



KADIR HAS ÜNİVERSİTESİ  
LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ  
KAMU HUKUKU PROGRAMI

**5237 SAYILI TÜRK CEZA KANUNU KAPSAMINDA  
ÇOCUKLARIN CİNSEL İSTİSMARI SUÇU**

SİMGE CANER

YÜKSEK LİSANS TEZİ

İSTANBUL, OCAK, 2023



Simge CANER Yüksek Lisans Tezi

2023

**5237 SAYILI TÜRK CEZA KANUNU KAPSAMINDA  
ÇOCUKLARIN CİNSEL İSTİSMARI SUÇU**

SİMGE CANER

DANIŞMAN: PROF. DR. TUĞRUL KATOĞLU

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Kamu Hukuku Programı'nda yüksek lisans derecesi için gerekli kısmi şartların yerine getirilmesi amacıyla Kadir Has Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü'ne teslim edilmiştir.

İstanbul, Ocak, 2023

## ONAY

**SİMGE CANER** tarafından hazırlanan **5237 SAYILI TÜRK CEZA KANUNU KAPSAMINDA ÇOCUKLARIN CİNSEL İSTİSMARI SUÇU** başlıklı bu çalışma jürimiz tarafından **YÜKSEK LİSANS TEZİ** olarak kabul edilmiştir.

Prof. Dr., Tuğrul Katoğlu (Danışman) .....  
Kadir Has Üniversitesi

Dr. Öğr. Üyesi, Aysun Altunkaş .....  
Kadir Has Üniversitesi

Dr. Öğr. Üyesi, Selcen Ataç .....  
Maltepe Üniversitesi

Yukarıdaki imzaların adı geçen öğretim üyelerine ait olduğunu onaylarım.

\_\_\_\_\_  
Prof. Dr., Mehmet Timur Aydemir  
Lisansüstü Eğitim Enstitüsü Müdürü  
Onay Tarihi: 10.01.2023

## ARAŞTIRMA ETİĞİ VE YAYIN YÖNTEMLERİ BİLDİRİMİ

Ben, SİMGE CANER;

- Hazırladığım bu Yüksek Lisans Tezinin tamamen kendi çalışmam olduğunu ve başka çalışmalardan yaptığım alıntıların kaynaklarını kurallara uygun biçimde belirttiğimi;
- Bu Yüksek Lisans Tezinin başka bir eğitim kurumunda bir derece veya diplomaya sunulan veya kabul edilen herhangi bir materyal içermediğini;
- "Yükseköğretim Kurulu Etik Davranış İlkeleri" uyarınca hazırlanan "Kadir Has Üniversitesi Akademik Etik İlkeleri"ni takip ettiğimi onaylıyorum.

Buna ek olarak, bu çalışma ile ilgili ortaya çıkabilecek herhangi bir usulsüzlük iddiasının, üniversite mevzuatına uygun olarak disiplin işlemi ile sonuçlanacağını kabul ediyorum.

Simge CANER

---

10.01.2023

*Beni bir ağaç addedip köküme su döken, gübre veren,  
Her daim çiçek açtıran ve asla yaprak dökmeme izin vermeyen  
Anneme, babama ve kardeşime ithafen...*

## TEŞEKKÜR

Kendisinin öğrencisi olmakla gururlandığım, tez yazım sürecinde kıymetli fikirlerini aktararak her türlü desteği sağlayan ve sürekli ulaşılabilir olan değerli tez danışmanı hocam Sayın Prof. Dr. Tuğrul Katoğlu'na; bana Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunu sevdiren, bu yolda lisansüstü çalışma yapmam hususunda beni cesaretlendiren ve destekleyen kıymetli hocalarım Sayın Prof. Dr. Hamide Zafer ve Sayın Dr. Öğr. Üyesi Aysun Altunkaş'a teşekkürlerimi sunuyorum.

Lisansüstü eğitime başvuru ve teorik ders sürecinde ofiste çalışabilmem adına her türlü teknik desteği sağlayan, tez konum bakımından bilgi ve tecrübesi ile tez yazım sürecinde manevi desteğini hiçbir zaman esirgemeyen, tartışmalı hususlarda kendisinin kanaatini sorduğum zamanlarda büyük bir sabırla değerli yorumlarını aktaran, yanında staj yaptığım dört yıl boyunca beni *çantası gibi yanında taşıyıp asla çanta taşıtmayan* kıymetli üstadım, idolüm, ağabeyim Av. Süleyman Özen'e büyük bir teşekkürü borç bilirim.

Beni bugünlere kadar getirip özellikle eğitimim konusunda her zaman destekleyen, bin kez dünyaya gelsem yine onların kızı olmak istediğim canım anneme ve babama, üzerimde en az annem ve babam kadar emeği olan, beni büyüten ve yakın zamanda kaybettiğim melek babaanneme, tüm eğitim hayatım boyunca süreci kolaylaştırmak için her türlü desteği gösteren anneanneme ve dayıma, iş yoğunluğum ile tez yazım sürecini dengelemeye çalıştığım dönemde üzerimdeki stresi atabilmem için büyük bir gayretle benim yanımda duran kardeşime, amcama, halama, yengeme, enişteme ve çocukluk arkadaşım Dr. Zeynep Erhap'a binlerce kez teşekkür ederim.

Çalışmamın tüm hukukçu meslektaşlarıma katkı sağlamasını temenni ediyorum.

## 5237 SAYILI TÜRK CEZA KANUNU KAPSAMINDA ÇOCUKLARIN CİNSEL İSTİSMARI SUÇU

### ÖZET

Çocuklar, fiziksel ve ruhsal zayıflıkları hasebiyle kolay bir şekilde istismara maruz kalabilmektedir. Bu istismar türleri fiziksel istismar, duygusal istismar, ihmal suretiyle istismar ve cinsel istismar olarak karşımıza çıkabilir. Bu nedenle, çocuk üzerinde gerçekleştirilen ve istismar sayılan davranışların ceza normlarında düzenlenerek yaptırıma bağlanması ile çocukların etkin bir biçimde korunması önem arz eder. Çalışmamızda, diğer istismar türlerinden bahsedilmekle birlikte esas olarak çocuğun cinsel istismarı ve bu istismar türünü yaptırıma bağlayan cinsel istismar suçu (TCK m.103) incelenmiştir. Bu kapsamda ulusal ve uluslararası düzeyde çocuk kavramı ve bu kavramdan ne anlaşılması gerektiği aktarılmış; akabinde cinsel istismar suçunun Türk Hukukundaki gelişim süreci incelenmiştir. 5237 sayılı TCK'nın cinsel istismar suçunu hükme bağlayan 103.maddesinde bulunan Kanun boşlukları ile maddede düzenlenen sair hususlara ilişkin doktrin tartışmaları aktarılarak suç ile ilgili tartışmalı hususlara katkı yapılması amaçlanmıştır. Nihayet, Kanunda düzenlenen diğer cinsel özgürlüğe karşı suçlarla bu suçun farkı ortaya konulmuştur.

**Anahtar Sözcükler:** Çocuk, Cinsel İstismar, Cinsel Özgürlük, Rıza, Cinsel Davranış, Cinsel İlişki, Cinsel Taciz, Cinsel Saldırı, Reşit Olmayanla Cinsel İlişki.



THE CRIME OF SEXUAL ABUSE OF CHILDREN UNDER THE TURKISH  
CRIMINAL CODE ACT NO. 5237

**ABSTRACT**

Children can easily be abused due to their physical and mental weaknesses. These types of abuse can be physical abuse, emotional abuse, inattentiveness abuse and sexual abuse. For this reason, it is important to protect children effectively by controlling and sanctioning the behaviors that are considered as abuse in criminal norms. In this study, although other types of abuse are mentioned, the sexual abuse of the child and the crime of abuse are mainly examined (Turkish Criminal Code Art. 103). In this context, the concept of child at the national and international level and what should be understood from this concept and the development process of the crime of sexual abuse in Turkish Law were examined. It is aimed to contribute to the controversial issues related to crime by conveying the doctrinal discussions regarding the gaps in the Article and other issues regulated in the Article 103 of the Turkish Criminal Code No. 5237, which regulates the crime of sexual abuse. Finally, the difference between this crime and other crimes against sexual freedom regulated in the Turkish Criminal Code has been revealed.

**Keywords: Child, Sexual Abuse, Sexual Freedom, Consent, Sexual Behaviour, Sexual Intercourse, Sexual Molestation, Sexual Assault, Sexual Intercourse with Those Who Have Not Achieved Adulthood.**

## KISALTMALAR LİSTESİ

ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
Bkz.	: Bakınız
BM	: Birleşmiş Milletler
CAPTA	: Child Abuse Prevention and Treatment Act
CD	: Ceza Dairesi
ÇHS	: Çocuk Haklarına Dair Sözleşme
ÇKK	: Çocuk Koruma Kanunu
dn.	: Dipnot
ed/eds	: Editör
edn	: Edition (Baskı)
eTCK	: Eski Türk Ceza Kanunu
m.	: Madde
NCCAN	: National Conference on Child Abuse and Neglect
No.	: Numara
p.	: Paragraf
RG	: Resmi Gazete
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
TCK	: Türk Ceza Kanunu
TDK	: Türk Dil Kurumu
TMK	: Türk Medeni Kanunu
vb.	: Ve benzeri
vd.	: Ve devamı

WHO : World Health Organisation



# İÇİNDEKİLER

<b>TEŞEKKÜR</b> .....	<b>v</b>
<b>ÖZET</b> .....	<b>vi</b>
<b>ABSTRACT</b> .....	<b>vii</b>
<b>KISALTMALAR LİSTESİ</b> .....	<b>viii</b>
<b>İÇİNDEKİLER</b> .....	<b>x</b>
<b>1. GİRİŞ</b> .....	<b>1</b>
<b>2. KAVRAMSAL ÇERÇEVE</b> .....	<b>3</b>
<b>2.1 Çocuk Kavramı ve Yasal Metinlerde Çocuk</b> .....	<b>3</b>
2.1.1 Türk hukukunda çocuk kavramı .....	3
2.1.2 Uluslararası hukuk belgelerinde çocuk kavramı .....	5
<b>2.2 Çocuk İstismarı Kavramı</b> .....	<b>8</b>
<b>2.3 Çocuk İstismarının Türleri</b> .....	<b>9</b>
2.3.1 Fiziksel istismar .....	10
2.3.2 Duygusal istismar .....	12
2.3.3 İhmal .....	14
2.3.4 Cinsel istismar .....	15
<b>3. TÜRK CEZA HUKUKUNDA CİNSEL İSTİSMAR SUÇUNUN TARİHİ GELİŞİMİ</b> .....	<b>18</b>
<b>3.1 1858 tarihli Ceza Kanunname-i Hümayununda Cinsel İstismarın Cezalandırılması</b> .....	<b>18</b>
<b>3.2 765 Sayılı Türk Ceza Kanununda Çocuğa Yönelik Cinsel Suçlar</b> .....	<b>19</b>
<b>3.3 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Çocuğun Cinsel İstismarı</b> .....	<b>24</b>
<b>3.4 6545 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikler</b> .....	<b>26</b>
<b>3.5 6763 sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikler</b> .....	<b>29</b>
<b>4.ÇOCUĞUN CİNSEL İSTİSMARI SUÇU (TCK m.103)</b> .....	<b>34</b>
<b>4.1 Genel Olarak</b> .....	<b>34</b>
<b>4.2 Suçun Hukuki Konusu</b> .....	<b>35</b>

<b>4.3 Suçun Maddi Konusu .....</b>	<b>37</b>
<b>4.4 Mağdur .....</b>	<b>38</b>
4.4.1 Fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği kavramına ilişkin eleştiriler .....	39
4.4.2 Suçun eşe karşı işlenip işlenemeyeceği sorunu .....	42
<b>4.5 Fail .....</b>	<b>45</b>
<b>4.6 Suçun Unsurları .....</b>	<b>47</b>
4.6.1 Maddi unsur .....	47
4.6.1.1 Basit cinsel istismar suçu bakımından (TCK m.103/1) .....	47
4.6.1.1.1 Cinsel istismar - cinsel taciz ilişkisi .....	48
4.6.1.1.2 Cinsel davranış .....	51
4.6.1.1.3 Suçun cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak işlenmesi .....	53
4.6.1.1.4 Suçun daha az cezayı gerektiren hali (sarkıntılık) .....	59
4.6.1.2 Nitelikli cinsel istismar suçu bakımından (TCK m.103/2) .....	62
4.6.1.3 Hukuka uygunluk nedenleri .....	68
4.6.1.3.1 Rıza .....	69
4.6.1.3.2 Beden muayenesi ve üst araması bakımından kanun hükmünün yerine getirilmesi .....	71
4.6.2 Manevi unsur .....	73
4.6.2.1 Doktrinde kast yönünden tartışmalar .....	74
4.6.2.2 Hata .....	77
<b>4.7 Suçun Ortaya Çıkış Biçimleri .....</b>	<b>80</b>
4.7.1 Suça etki eden nedenler .....	80
4.7.1.1 Ağırlaştırıcı nedenler .....	80
4.7.1.1.1 Cezada artırımı neden olan ağırlaştırıcı haller .....	80
4.7.1.1.1.1 Suçun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi (TCK m.103/3-a) .....	81
4.7.1.1.1.2 Suçun insanların toplu olarak bir arada yaşama zorunluluğunda bulunduğu ortamların sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle işlenmesi (TCK m.103/3-b) .....	84
4.7.1.1.1.3 Suçun 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 işlenmesi (TCK m.103/3-c) .....	85
4.7.1.1.1.4 Suçun vasi, eğitici, öğretici, bakıcı, koruyucu aile veya sağlık hizmeti veren ya da koruma, bakım veya gözetim yükümlülüğü bulunan kişiler tarafından işlenmesi (TCK m.103/3-d) .....	88
4.7.1.1.1.5 Suçun kamu görevinin veya hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle işlenmesi (TCK m.103/3-e) .....	91

4.7.1.1.1.6 Suçun birinci fıkranın (A) bendindeki çocuklara karşı cebir veya tehditle ya da (B) bendindeki çocuklara karşı silah kullanmak suretiyle işlenmesi (TCK m.103/4) .....	93
4.7.1.1.2 Suçun neticesi (sonucu) sebebiyle ağırlaşmış halleri .....	96
4.7.1.1.2.1 Başvurulan cebir ve şiddetin kasten yaralama suçunun ağır neticelerine neden olması (TCK m.103/5) .....	96
4.7.1.1.2.2 Suç sonucunda mağdurun bitkisel hayata girmesi veya ölümü (TCK m.103/6) .....	97
4.7.1.1.2.3 6545 sayılı Kanun değişikliği ile madde metninden çıkarılan mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulmasına yol açması hükmü .....	101
4.7.1.2 Genel nitelikteki haksız tahrik .....	103
4.7.2 Suçun özel görünüş biçimleri .....	104
4.7.2.1 Suça teşebbüs .....	104
4.7.2.2 Suça iştirak .....	110
4.7.2.3 Suçların içtimai .....	113
<b>4.8 Cinsel İstismar Suçunun Benzer Suçlardan Ayrılması .....</b>	<b>120</b>
4.8.1 Cinsel saldırı suçu ve bu suçtan farkları (TCK m.102).....	121
4.8.2 Reşit olmayanla cinsel ilişki suçu ve bu suçta farkları (TCK m.104) .....	122
4.8.3 Cinsel taciz suçu ve bu suçtan farkları (TCK m.105) .....	124
<b>4.9 Yaptırım .....</b>	<b>126</b>
<b>4.10 Zamanaşımı .....</b>	<b>127</b>
<b>5.SONUÇ.....</b>	<b>130</b>
<b>KAYNAKÇA .....</b>	<b>134</b>

## 1. GİRİŞ

Fiziki yapıları ve yaşları gereği yetişkinlere nazaran daha savunmasız olan çocukların istismara maruz kalması sık karşılaşılan bir durumdur. İstismar bir çatı kavram olup çocuğa yönelen her türlü fiziksel, duygusal, cinsel davranışları içerisinde barındırmaktadır. Ayrıca, çocuğun istismara maruz kalması, sonuçları itibariyle yalnızca hukuk bilimini değil, aynı zamanda tıp, psikoloji, antropoloji, sosyoloji gibi pek çok alanı ilgilendiren de bir konudur. Bu nedenle, çocukların, gerek kendi fiziksel ve ruhsal bütünlüklerinde gerekse kamu vicdanında telafisi güç zararlar açan istismarın her türüne karşı etkin biçimde korunmaları gerekmektedir. Bu koruma, istismarın türüne ve ortaya çıkacak sonuca göre Kanunlarda ceza normu öngörülmesi ile sağlanabilir.

Çalışmamızda, istismar türlerinden biri olan çocuğun cinsel istismarı ve bunu yaptırma bağlayan cinsel istismar suçu incelenmiştir. Ancak konuya değinmeden evvel, çalışmamızın ikinci bölümünde kimlerin çocuk sayıldığına ve çocuk kavramından ne anlaşılması gerektiğine ilişkin ulusal ve uluslararası düzenlemeleri de gözeterek aktarım yapmayı tercih ettik. Zira çocuk kavramının ortaya koyulması, cinsel davranışlara maruz kalan mağdurun yaşına bağlı olarak ayrı suçun oluşmasına sebebiyet verebileceğinden son derece önem arz etmektedir. Bununla birlikte, Türk Medeni Kanunu hükümlerine göre evlilikle reşit olan kimselerin hukuki statülerinin belirlenmesi, oluşacak suçun tespiti açısından mühimdir.

Cinsel özgürlüğe karşı suçları yaptırma bağlayan ceza normlarının geçmişten günümüze kadar değiştiğini söylemek mümkündür. Çocuğun cinsel istismarını yaptırma bağlayan ilk düzenleme ise 1858 Tarihli Ceza Kanunname-i Hümayununda hükme bağlanmıştır. Günümüze kadar bu düzenlemeler önce 765 sayılı mülga Türk Ceza Kanununda hükme bağlanmış; akabinde 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda tek bir madde altında düzenlenmiş ve 6545 sayılı Kanun ve 6763 sayılı Kanun ile yeni Kanunda yapılan değişikliklerle birlikte günümüzdeki son şeklini almıştır. Günümüzde, bu değişimlerin ne kadar yerinde olduğu tartışılabilir. Zira, kanun koyucu tarafından öngörülen düzenlemelerde bazı hallerde kanun boşluğu bulunduğundan, suçta ve cezada kanunilik prensibi ile kıyas yasağı ilkeleri gözetildiğinde, mahkemeler için bir hükme

varmak her zaman kolay olmayabilir. Bununla birlikte, kanun metninin açık olmaması, suça sürüklenen çocuklar bakımından ayrı düzenlemelerin hükümde öngörülmemiş olması kamu vicdanını zedeleyen neticelerin ortaya çıkmasına sebebiyet vermektedir. Çalışmamızın üçüncü bölümünde Türk Ceza Hukukundaki düzenlemeleri geçmişten günümüze kadar aktararak, cinsel istismar suçuna ilişkin son düzenlemeyi detaylarıyla dördüncü bölümde mercek altına aldık.

5237 sayılı TCK'nın cinsel istismar suçunun düzenlendiği 103.maddede çocuklar yönünden yaş ayrımına gidildiği görülmektedir. Bu bağlamda, yapılan düzenlemeye göre onbeş yaşını tamamlamış ve fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmiş çocukların üzerlerinde gerçekleşen cinsel davranışlar yönünden rızalarına değer atfedilmiştir. Ancak kanun koyucu, m.103/1-a bendinde belirttiği çocukların rızalarına değer atfetmemiştir. Dolayısıyla, kanun koyucu, bir yandan toplumsal hassasiyetler, aile düzeni gibi etkenleri gözeterek çocuğa rağmen çocuğu erken cinsel deneyimden korumayı amaçlarken, diğer yandan çocuğun cinselliğini yaşama hakkını belli durumlara göre güvence altına almaya çalışmaktadır. Bu sebeptir ki, kanun yapma sürecinde diğer suçlara nazaran daha fazla baskı altındadır; tüm bu düşünceler Demokles'in kılıcı gibi başının üzerinde dolaşmaktadır.

TCK'da düzenlenen cinsel özgürlüğe karşı suçlar cinsel istismar suçu ile sınırlı değildir. TCK m.102 "*Cinsel Saldırı*", m.104 "*Reşit Olmayanla Cinsel İlişki*", m.105 ise "*Cinsel Taciz*" suçlarını hüküm altına almaktadır. Cinsel istismar suçunu detaylı bir şekilde aktardıktan sonra dördüncü bölümün sekizinci alt başlığında bu suçlarla cinsel istismar suçu arasındaki farkları ortaya koyarak çalışmamızı tamamladık.



## 2. KAVRAMSAL ÇERÇEVE

### 2.1 Çocuk Kavramı ve Yasal Metinlerde Çocuk

Çalışmamıza temel olan kavramların aktarımı konu bütünlüğünün sağlanması bakımından önem teşkil etmektedir. Suçun sübjektif unsurundan mağdur çocuk kavramının aktarımı için öncelikle çocuk kavramından ne anlaşılması gerektiğinin tespiti mühimdir. Akabinde, gerek uluslararası hukukta gerekse iç hukukta birtakım ilke ve ölçütler doğrultusunda çocuk kavramından ne anlaşıldığı ve suçu oluşturan yasal düzenlemelerin temelini hangi kurallar bütününden aldığı hususlarını aktarım önem arz etmektedir.

Çocukluk kavramının açıklanmasında kavramın kullanıldığı bilim dalına göre farklı yaşam dönemleri anlaşılabilir. Buna göre, çocukluğun başlangıcı doğum olarak kabul edilmekte ancak çocukluk sürecinin bitişi noktasında farklı görüşler ortaya konmaktadır.<sup>1</sup>

#### 2.1.1 Türk hukukunda çocuk kavramı

Çocuk, Türk Dil Kurumu tarafından şu şekilde tanımlanmaktadır:<sup>2</sup>

*Küçük yaştaki erkek veya kız, soy bakımından oğul veya kız, evlat, bebeklik ile erginlik arasındaki gelişme döneminde bulunan oğlan veya kız, uşak, büyükler arasında daha az yaşlı olan kişi, büyüklere yakışmayacak, daha çok küçüklerin yapabileceği gibi davranan kimse, belli bir işte yeteri kadar deneyimi ve yeteneği olmayan kimse.*

Türk Dil Kurumu'nun tanımları doğrultusunda “çocuk” kelimesinin günlük kullanım alanının oldukça fazla ve esnek olduğu görülmektedir. Ancak hukuk düzeni bakımından

---

<sup>1</sup> Emine Akyüz, Çocuk Hukuku Çocukların Hakları ve Korunması (7<sup>th</sup> edn, Pegem Akademi 2020) 94; Ayşe Nur Akın Ün, ‘Cinsel İstismar Suçunun Soruşturulmasındaki Özellikler Ve Mağdurun Korunması’(Ulusal Tez Merkezi, 2019) < file:///C:/Users/Win/Downloads/560114.pdf> Erişim Tarihi 5 March 2022. Psikolojide çocukluğun oral dönem, ilk çocukluk dönemi, orta çocukluk dönemi ve ergenlik dönemi olmak üzere 4 dönemden oluştuğu; tıpta çocuk kavramı hususlarında detaylı bilgi için Bkz. Akyüz (n 1) 98 vd.

<sup>2</sup> Türk Dil Kurumu, ‘Güncel Türkçe Sözlük’ (Türk Dil Kurumu Sözlükleri) <http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com\_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.52cbb4df69dd> Erişim Tarihi 5 March 2022.

bu kavramın hukuki ve cezai alanda adeta bir statü ifade ettiği kabul edilerek kendisine has usul ve esasların belirlenmesi gerekmektedir.<sup>3</sup>

5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu<sup>4</sup> çocuğu “*daha erken yaşta ergin olsa bile, on sekiz yaşını doldurmamış kişi*” olarak tanımlamıştır (m.3/1-a). Dolayısıyla ÇKK bakımından 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu<sup>5</sup> hükümleri doğrultusunda ergin olan bir kimse dahi şayet on sekiz yaşından küçükse ÇKK hükmü uyarınca çocuk olarak kabul edilmektedir.

ÇKK’da yapılan çocuk tanımının alt bendinde ise korunma ihtiyacı olan çocuk tanımı yapılmıştır. Buna göre, “*Bedensel, zihinsel, ahlaki, sosyal ve duygusal gelişimi ile kişisel güvenliği tehlikede olan, ihmal veya istismar edilen ya da suç mağduru çocuk*” korunmaya ihtiyacı olan çocuktur.

6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun<sup>6</sup> kapsamında herhangi bir çocuk tanımı yapılmamakla birlikte aile içinde bilhassa kadınlar ve çocuklara yönelik uygulanan ve uygulanma ihtimali bulunan her türlü şiddetin önüne geçilmesi amaçlanmaktadır.<sup>7</sup>

1 Haziran 2005 tarihinde değin yürürlükte olan ve 5237 sayılı Kanunun yürürlüğe girişi ile yürürlükten kaldırılan 765 sayılı Türk Ceza Kanununda<sup>8</sup> çocuğa ilişkin herhangi bir tanıma yer verilmemiştir. Bu Kanunda yalnızca suç sonucu verilecek cezada belirli yaş aralıklarına göre cezasızlık veya cezada indirim halleri gösterilmiştir.<sup>9</sup>

---

<sup>3</sup> İpek Ağcaoğlu, Mağduru Çocuk Olan Cinsel Suçlarda Suça Sürüklenen Çocuk (1st edn, Seçkin 2021) 21.

<sup>4</sup> Çocuk Koruma Kanunu, Kanun Numarası: 5395, Kabul Tarihi: 03.07.2005, RG 15.07.2005/25876.

<sup>5</sup> Türk Medeni Kanunu, Kanun Numarası: 4721, Kabul Tarihi: 22.11.2001, RG 08.12.2001/24607. TMK hükümleri doğrultusunda “*erginlik, onsekiz yaşın doldurulması ile başlar, evlenme kişiyi ergin kılar*” (m.11). Aynı Kanunun takip eden 12.maddesi ise “*Ergin Kılınma*” kenar başlıklı hükmü amirdir. Buna göre, onbeş yaşını dolduran küçük kendi isteği ve velisinin rızası ile mahkemece ergin kılınabilir.

<sup>6</sup> Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun, Kabul Tarihi: 08.03.2012, RG 20.03.2012/28239.

<sup>7</sup> İsmail Çelik, ‘*Türk Ceza Hukukunda Çocukların Cinsel İstismarı Suçu (Yozgat Örneği)*’ (Ulusal Tez Merkezi,2018)<file:///C:/Users/Win/Downloads/Tu%CC%88rk%20Ceza%20Hukukunda%20C%CC%A7ocuklar%C4%B1n%20Cinsel%20I%CC%87stismar%C4%B1%20Suc%CC%A7u%20(Yozgat%20C%CC%88rneğ%CC%86i).pdf> Erişim Tarihi 06 March 2022.

<sup>8</sup>Mülga Türk Ceza Kanunu, Kanun Numarası: 765, Kabul Tarihi: 01.03.1926, RG 13.03.1926/320.

<sup>9</sup> Çelik (n 7) 8. Düzenleme uyarınca fiili işlediği sırada 11 yaşını doldurmamış olanlar hakkında takibat ve cezalandırma yapılamayacağı, fiili işlediği sırada 11 yaşını doldurmuş olup da 11 yaşını doldurmamış olanların fiilin anlam ve sonuçlarını algılayamaması (*farik ve mümeyyiz olunmaması*) halinde haklarında

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu<sup>10</sup> ile çocuk “*henüz on sekiz yaşını doldurmamış kişi*” olarak tanımlanmıştır (m.6/1-b). Görüldüğü üzere, TCK’da belirlenen tanım uluslararası metinlerle uyumlu olması ve anlam karmaşasının önüne geçilmesi amacıyla<sup>11</sup> ÇKK hükümleri ile ters düşmemekte, fakat ÇKK’ya göre daha dar bir tanıma ihtiva etmektedir. Zira çocuğun ergin kılınması halinde ne olacağı yönünden bir belirleme yapılmamıştır.

5237 sayılı Türk Ceza Kanununun “*Yaş Küçüklüğü*” kenar başlıklı 31.maddesi ise suç sonucu çocuğa verilecek cezada belirli yaş aralıklarına göre cezasızlık veya indirim sebepleri öngörmektedir. Buna göre fiili işlediği sırada 12 yaşını doldurmamış çocuklar hakkında ceza kovuşturmasının yapılamayacağı ancak güvenlik tedbirlerine hükmedilebileceği, 12 yaşını doldurmuş olup da onbeş yaşını doldurmamış olanların işlediği fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılayamaması veya davranışlarını yönlendirme yeteneğinin gelişmemiş olması halinde cezalandırma yapılamayacağı ancak bunların varlığı halinde 2.fıkırdaki gösterilen oranlarda cezada indirim yapılacağı, fiili işlediği sırada onbeş yaşını doldurmuş olup da onsekiz yaşını doldurmamış olan kişiler hakkında ise 3.fıkırdaki gösterilen oranlar dahilinde cezada indirim yapılacağı düzenlenmiştir.<sup>12</sup>

### **2.1.2 Uluslararası hukuk belgelerinde çocuk kavramı**

Çocuğa ilişkin yapılacak tanım bakımından Devletler her ne kadar kendi iç hukuk düzenlemeleri ve toplumsal ihtiyaçları çerçevesinde farklı tanımlar ortaya koymuş olsa da, uluslararası düzeyde tüm Devletlerce benimsenecek bir çocuk tanımının yapılması adeta bir zorunluluk halini almıştır.<sup>13</sup>

---

takibat ve cezalandırma yapılamayacağı, ancak fiilin anlam ve sonuçlarını algılayanlar hakkında cezada indirim yoluna gidileceği, fiili işlediği sırada 15 yaşını doldurmuş olup da 18 yaşını doldurmamış olanların fiilin anlam ve sonuçlarını algılayabilme yetenekleri kabul edilerek haklarında maddede gösterilen cezalandırmanın yapılacağı hüküm altına alınmıştır (eTCK m.53, 54 ve 55).

<sup>10</sup> Türk Ceza Kanunu, Kanun Numarası: 5237, Kabul Tarihi: 26.09.2004, RG 12.10.2004/25611.

<sup>11</sup> Veli Özer Özbek, Koray Doğan and Pınar Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (12th edn, Seçkin 2021) 363; Çelik (n 7) 9.

<sup>12</sup> Bu bağlamda, 765 sayılı eTCK’nın aksine sonuç cezada yaş küçüklüğüne ilişkin yapılan ayırım tek bir maddede hükme bağlanmış ve cezalandırma yapılamayan yaş 5237 sayılı Kanun ile 11 yaştan 12 yaşa çekilmiştir.

<sup>13</sup> Çelik (n 7) 12.

Bu kapsamda, çocukların korunması ve geliştirilmesi amacını esas alan ve bu alanda yapılan ilk yasal düzenleme niteliğini haiz metin<sup>14</sup> 26 Eylül 1924'te Milletler Cemiyeti Genel Kurulu'nda kabul edilen Cenevre Çocuk Hakları Bildirisidir. Bildiri yalnızca 5 maddeden oluşmaktadır.<sup>15</sup>

Bildiride tüm çocukların fiziksel ve psikolojik gelişimlerinin sağlanması, aç kalanların beslenmesi, hasta çocukların iyileştirilmesi, yetim ve kimsesiz çocukların korunması gibi çocuğun korunmasına yönelik hususlar belirtilmektedir. Ancak ne yazık ki, Bildiri'ye uyulmaması durumunda ne olacağına ilişkin hiçbir yasal müeyyideden bahsedilmediğinden Bildiri yazılı bir metin olmaktan öteye geçememiştir.<sup>16</sup>

Uluslararası düzeyde çocuk kavramı ile yapılan en geniş tanım ise 20 Kasım 1989 Birleşmiş Milletler (BM) Genel Kurulu tarafından kabul edilen ve Resmi Gazete'de yayımı akabinde Anayasanın<sup>17</sup> 90/5 maddesi uyarınca<sup>18</sup> iç hukukta bağlayıcı hale gelen Çocuk Hakları Sözleşmesi'nde<sup>19</sup> (ÇHS) yer almaktadır.<sup>20</sup> Bu Sözleşmeye imza koyan Devletler, çocukları Sözleşmenin getirdiği kurallar çerçevesinde koruma altına almayı kabul etmiştir.<sup>21</sup>

---

<sup>14</sup> Celal Murat Göral, 'Avrupa Konseyi Çocuğun Cinsel Sömürü ve İstismara Karşı Korunması Sözleşmesi Kapsamında Cinsel İstismar Suçu' (Ulusal Tez Merkezi 2014) < <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezDetay.jsp?id=hLYEZDR8n5Lhx3gSffyMDg&no=4Y4fjJweI CWWpkI84L0-KQ>> Erişim Tarihi 7 March 2022.

<sup>15</sup> Bildirinin, Ulu Önder Gazi Mustafa Kemal Atatürk tarafından 1928 yılında imzalandığı ve belirtilen 5 maddenin metni hakkında detaylı bilgi için Bkz. Gülgün Müftü, "Çocukların Hakları ve Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme: Bir Tarihçe" (Uluslararası Çocuk Merkezi UNICEF 1993) < <https://haberdecocuk.org/mevzuat/uluslararasi-mevzuat/geriye-donuk-2/>> Erişim Tarihi 19 March 2022.

<sup>16</sup> Gürol Herkesecan, 'Çocukların Cinsel İstismarı Suçu/ TCK m.103', (Ulusal Tez Merkezi 2020) < <file:///C:/Users/Win/Downloads/Herkesecan-Gurol-2020.pdf>> Erişim Tarihi 7 March 2022.

<sup>17</sup> Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, Kanun Numarası: 2709, Kabul Tarihi: 18.10.1982, RG 09.11.1982/1786 (Mükerrer).

<sup>18</sup> Anayasa m.90/5 "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş Milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır."

<sup>19</sup> BM Çocuk Haklarına Dair Sözleşme, Türkiye tarafından 14.09.1990 tarihinde imzalanmış, 4058 sayılı Kanunla onaylanması uygun bulunmuş ve 27.01.1995 tarihli ve 22184 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

<sup>20</sup> Ağcaoğlu (n 3) 21.

<sup>21</sup> Özlem Yenerer Çakmut, 'Cinsel Şiddet Mağduru Çocuk Kavramı ve Türk Ceza Kanunu'nun Çocuğa Yönelik Cinsel Şiddet Düzenlemelerine Genel Bakış' (2016) 22 (1) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 35,36.

ÇHS'nin belirlediği tanıma göre, “*Daha erken yaşta reşit olma durumu hariç, on sekiz yaşına kadar her insan*” çocuktur (m.1). Görüldüğü üzere, ÇKK kapsamında benimsenen tanım Çocuk Hakları Sözleşmesi ile paralel bir düzenlemeyi ihtiva etmektedir.

Devletler, Sözleşme'nin 34/a maddesi uyarınca “*Çocuğun yasadışı bir cinsel faaliyete girişmek üzere kandırılması veya zorlanmasını önlemek amacıyla ulusal düzeyde ve ikili ile çok taraflı ilişkilerde gerekli her türlü önlemi alırlar.*”

Çocuğun bir diğer tanımı ise Avrupa Konseyi tarafından 25.10.2007 tarihinde onaylanan ve Türkiye'nin 18.07.2011 tarihinde onayladığı Çocukların Cinsel Sömürü ve Cinsel İstismara Karşı Korunmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi'nde (Lanzarote Sözleşmesi)<sup>22</sup> gösterilmektedir. Sözleşmenin temel amacı, aşağıdaki şekilde belirtilmek suretiyle Sözleşmenin 1.maddesinde gösterilmiştir:<sup>23</sup>

*Çocukların cinsel suistimalini ve çocuğa yönelik cinsel istismarı önlemek ve bunlarla mücadele etmek; cinsel suistimal ve cinsel istismar mağduru çocukların haklarını korumak; çocukların cinsel suistimaline ve cinsel istismarına karşı ulusal ve uluslararası işbirliğini yaygınlaştırmak.*

Sözleşmede yapılan tanıma göre, “*on sekiz yaşından küçük herhangi bir birey*” çocuk sayılır (m.3/a). Konumuzla bağlantılı olarak çocuğun cinsel istismarı ve cinsel sömürüsüne ilişkin hükümler Sözleşmenin 18-23.maddeleri arasında düzenlenmiştir. Buna göre, Devletler, çocuk istismarının (m.18) yanı sıra çocuk fuhuşu (m.19), çocuk pornografisi (m.20-21), çocukların cinsel faaliyetlere kasıtlı olarak tanık olmalarına yol açma (m.22), çocukların cinsel amaçlı faaliyetlere katılmasının talep edilmesi (m.23) fiillerini suç haline getirmek taahhüdü altındadır. İlaveten, Sözleşme'de küçük yaştaki çocuklar arasındaki rızaya dayalı cinsel faaliyetlerin düzenlenme amacı bulunmadığı hükme bağlanmıştır (m.18/3).

Çocuk tanımının yapıldığı bir diğer uluslararası metin ise Sınırşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesine Ek, İnsan Ticaretinin, Özellikle Kadın ve Çocuk

<sup>22</sup> Çocukların Cinsel Sömürü ve Cinsel İstismara Karşı Korunmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi Türkiye tarafından 25.11.2010 tarihinde imzalanmıştır. Bakanlar Kurulu'nca 18.07.2011 tarihinde onaylanan Sözleşme 10.09.2011 tarihli ve 28050 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

<sup>23</sup>Yenerer Çakmut (n 21) 38. Avrupa Konseyi Sözleşmesi, ‘*Çocukların Cinsel Suistimal ve Cinsel İstismara Karşı Korunmasına İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi*’, (Avrupa Konseyi Sözleşmeler Dizisi - No. 201 2007) < <https://rm.coe.int/168046e1de> > Erişim Tarihi 7 March 2022.

Ticaretinin Önlenmesine, Engellenmesine ve Cezalandırılmasına İlişkin Protokol'dür.<sup>24</sup> Buna göre, “Onsekiz yaşın altındaki herkes 'çocuk' kabul edilecektir.” denmektedir (m.3/d).

## 2.2 Çocuk İstismarı Kavramı

İstismar kavramı Türk Dil Kurumu tarafından “birinin iyi niyetini kötüye kullanma, sömürme” olarak tanımlanmaktadır.<sup>25</sup>

Çocuk istismarı ise hukuki, tıbbi, sosyolojik ve psikolojik yönden çok yönlü bir kavram olup bir kimse tarafından bilerek yahut bilmeyerek gerçekleştirilen ve çocuğun maddi ve manevi gelişimini olumsuz yönde etkileyen davranışlar bütünüdür.<sup>26</sup> Çocuk istismarı, belirli bir zaman dilimi içerisinde bir yetişkin tarafından tarafların içinde buldukları kültürde kabul edilmeyen bir davranışın uygulanmasıdır<sup>27</sup> ve bir şiddet eylemidir.<sup>28</sup> Bu noktada davranışın gerçekleştiği toplumun kültür değerleriyle bağdaşık bağdaşmadığı hususu zaman ve mekana göre değişiklik gösterebilir. Zira bir kültür tarafından istismar olarak tanımlanamayacak herhangi bir davranış diğer bir kültür tarafından istismar olarak tanımlanabilir.<sup>29</sup>

Bir diğer tanıma göre çocuk istismarı, 0-18 yaş grubu aralığındaki çocuğun, kendisine bakmakla yükümlü olan kimse veya kurumlar tarafından uygunsuz yahut zarar verici olarak nitelendirilen, çocuğun fiziksel, psikolojik ve sosyal gelişimini olumsuz yönde etkileyen kaza dışı ve önlenemez eylem ya da eylemsizliklerin tümüdür.<sup>30</sup>

---

<sup>24</sup> Birleşmiş Milletler çerçevesinde 12-13 Aralık 2000 tarihlerinde Palermo'da düzenlenen konferansta kabul edilen Protokol, Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesine Ek İnsan Ticaretinin, Özellikle Kadın ve Çocuk Ticaretinin Önlenmesine, Durdurulmasına ve Cezalandırılmasına İlişkin Protokolün Onaylanmasının Uygun Bulduğuna Dair Kanunun (Kanun Numarası: 4804) 30.01.2003 tarihinde yürürlüğe girmesi ile iç hukukta bağlayıcı özelliğe sahiptir.

<sup>25</sup> Türk Dil Kurumu, ‘Güncel Türkçe Sözlük’ (Türk Dil Kurumu Sözlükleri) <[http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com\\_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.52cbb4df69dd](http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.52cbb4df69dd)> Erişim Tarihi 23 January 2023.

<sup>26</sup> Bilgehan Savaşçı, Çocukların Cinsel İstismarı Suçu (1st edn, Legal 2013) 21; Neylan Ziyalar, ‘Çocuk İstismarı ve İhmalinin Önlenmesi’ (1999) 2 (3) Çocuk Forumu Dergisi 31,31.

<sup>27</sup> Cankat Taşkın, ‘Çocuğun Cinsel İstismarı Suçu’ (2011) 35 (91) Bursa Barosu Dergisi 83,85.

<sup>28</sup> Akın Ün (n 1) 7.

<sup>29</sup> Çelik (n 7) 23.

<sup>30</sup> Resmiye Oral, Demet Can and Sandra Kaplan, ‘Child abuse in Turkey: an experience in overcoming denial and a description of 50 cases’ (2001) 25 (2) Child Abuse & Neglect 279, 280; Selen Acehan,

Dünya Sağlık Örgütü, çocuk istismarının üst çatısı olan çocuğa kötü muameleyi, istismar kavramına atıf yapmak suretiyle şu şekilde tanımlamaktadır:<sup>31</sup>

*Bir sorumluluk, güven veya güç ilişkisi bağlamında, çocuğun sağlığı, yaşamı, gelişmesi ve saygınlığı açısından, fiilen zararlı veya potansiyel olarak zararlı sonuçlar verebilecek her tür fiziksel ve/veya duygusal kötü muamele, cinsel istismar, ihmal veya ihmalkar davranış veya ticari amaçlı ya da başka tür sömürü.*

1974 yılında ABD’de federal kanun haline gelen Child Abuse Prevention and Treatment Act (CAPTA), çocuk istismarını aşağıdaki gibi tanımlamaktadır:<sup>32</sup>

*Çocuğun bakımını üstlenen bir kişinin gerçekleştirdiği ve ölüm, ciddi fiziksel veya duygusal zarar, cinsel istismar veya kullanma ya da çocuğa yönelik ciddi zarar oluşturan ve önlenemeyen risk oluşturan herhangi bir davranışta bulunma veya bulunmaya teşebbüs etme.*

Görüldüğü üzere, çocuk istismarı pek çok bilim dalının inceleme alanına giren bir kavram olup, çocuğun etkin korunmasının sağlanması için kanunlarca konunun düzenlenmesi gerekmektedir. Bu noktada ceza hukukunun genel ve özel işlevleri ile caydırıcılığın sağlanması, toplumun hukukun işleyişi hususunda güven içinde hissetmesi ve suçu sübut bulan failin tekrar suç işlemekten alıkonulması ceza hukuku tarafından sağlanacaktır.<sup>33</sup>

### 2.3 Çocuk İstismarının Türleri

Cinsel istismarın türlerine ilişkin her ne kadar doktrinde farklı görüşler bulunsa da,<sup>34</sup> genel kabule göre, fiziksel, duygusal, cinsel ve ihmal suretiyle istismar olmak üzere dört tür istismar bulunmaktadır.<sup>35</sup>

---

Ayşegül Bilen, Mehmet Oğuzhan Ay, Müge Gülen, Akkan Avcı and Ferhat İçme, ‘Çocuk İstismarı ve İhmalinin Değerlendirilmesi’ (2013) 22 (4) Arşiv Kaynak Tarama Dergisi 591, 594 .

<sup>31</sup> Dünya Sağlık Örgütü, ‘Report of the Consultation on Child Abuse Prevention’ (WHO, 1999) <file:///C:/Users/Win/Downloads/WHO\_HSC\_PVI\_99.1.pdf> Erişim Tarihi 7 April 2022.

<sup>32</sup> Yakup Yıldız, ‘Çocukların Cinsel İstismarı Suçu ve İkincil Mağduriyet Sorunu’ (Ulusal Tez Merkezi, 2012)<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezDetay.jsp?id=YAeY0H7NZVMvhCp6MAZW\_g&no=TdcOPgRjBADb58tR3zl2HA> Erişim Tarihi 27 April 2022; Akın Ün (n 1) 8.

<sup>33</sup> Savaşçı (n 26) 21.

<sup>34</sup> Doktrindeki bu görüşe göre çocuk istismarı bedensel, cinsel, duygusal, kimyasal suiistimal veya beslenme açısından, tıbbi bakımdan ya da genel olarak ihmale uğratma şekillerinden biri ile gerçekleşebilir. Görüş için Bkz. Füsun Sokullu Akıncı, ‘İstismar Mağduru Çocukların Suç Sonrası Sorunları Ve Hukuksal Korunmaları’ (2013) 19 (Özel Sayı) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

### 2.3.1 Fiziksel istismar

En geniş anlamıyla fiziksel istismar çocuğun kaza dışı yaralanmasıdır.<sup>36</sup> Onsekiz yaşından küçük çocuk ya da gencin bakımından sorumlu kişi ya da kişiler tarafından fiziksel olarak sağlığına zarar verecek biçimde yaralanması, zarar görmesi ve zarar görme potansiyeline sahip olması fiziksel istismar olarak tanımlanır.<sup>37</sup> Fiziksel istismar, en sık rastlanılan istismar türü olup bu tür davranışların bilinçdışı olarak yapılması halinde dahi fiziksel istismar sonucu doğar.<sup>38</sup> Bu istismar türü, rutin bir fiziksel muayene ile kolayca belirlenebilir.<sup>39</sup>

En çok ebeveynler tarafından uygulanan bu tür davranışların amacı genellikle itaati sağlama, cezalandırma, öfke boşaltma olup, çocuğa elle yahut aletle vurulması, sarsılması, ısırılması ya da yakılması gibi davranışlar fiziksel istismar sonucunu meydana getirir. Bu davranışlar çocuğun vücudunda iz bıraksın ya da bırakmasın, şiddet uygulanmak suretiyle bir çocuğa zarar verilmesi fiziksel istismardır.<sup>40</sup>

Çocuğun fiziksel istismar sayılan bu tür davranışlardan korunması ve bu davranışların suç olarak kabulü temelini Anayasanın 17.maddesinden alır. “*Kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı*” kenar başlıklı 17.maddeye göre “*Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir*”.

5237 sayılı TCK’da ise çocuğa karşı gerçekleştirilen davranışların gerçekleştiriliş şekli, davranışı gerçekleştiren kişi/kişilerin çocuğa olan yakınlık durumu, fiziksel istismarın oluşmasına neden olan davranışın basit tıbbi müdahale ile giderilip giderilemeyeceği

---

Hukuk Araştırmaları Dergisi 3,4. Doktrindeki ağırlıklı görüşe katıldığımızı belirterek, örneğin, çocuğa yemek verilmemesi çocuğu fiziksel ve duygusal olarak olumsuz yönde etkileyeceğinden halihazırda çatı kavramın bulunması hasebiyle bu yönde bir ayrıma mahal bulunmadığı görüşündeyiz.

<sup>35</sup> Oğuz Polat, Cinsel İstismar, Çocuk ve Şiddet (1st edn, Der 2001) 88 (‘*Çocuk ve Şiddet*’); Taşkın (n 27) 85; Akın Ün (n 1) 12; Savaşçı (n 26) 21; Çelik (n 7) 23; Oral, Can and Kaplan (n 30) 282; Yıldız (n 32) 7; Randell Alexander, Kent Hymel and Gene A Shally, ‘*Guidelines for the Evaluation of Sexual Abuse of Children: Subject Review*’ (1999) 103 (1) Pediatrics 186,186; Yaşar Tıraşçı and Süleyman Gören, ‘*Çocuk İstismarı ve İhmali*’ (2007) 34 (1) Dicle Tıp Dergisi 70,70; Acehan, Bilen, Ay, Gülen, Avcı and İçme (n 30) 594.

<sup>36</sup> Tıraşçı and Gören (n 35) 70.

<sup>37</sup> Acehan, Bilen, Ay, Gülen, Avcı and İçme (n 30) 595.

<sup>38</sup> Çelik (n 7) 24; Akın Ün (n 1) 13.

<sup>39</sup> Alexander, Hymel and Shalley (n 35) 186.

<sup>40</sup> Ayşe Nuhoglu, Aile Düzenine Karşı Suçlar (1st edn, Beta Basım Yayın 2009) 108; Tıraşçı and Gören (n 35) 70; Akın Ün (n 1) 13.



veya süreklilik arz edip etmediği gibi durumlara göre farklı suç tipleri öngörülmüş ve bu davranışlar cezai müeyyideye bağlanmıştır.<sup>41</sup>

Çocuğa acı vermeye yönelik olan o davranışın suçun maddi ve manevi unsurlarını meydana getirmesi halinde o davranışa göre Kasten Yaralama (TCK m.86)<sup>42</sup> ya da Eziyet (TCK m.96)<sup>43</sup> suçları vücut bulabilir.<sup>44</sup>

TCK m.96 hükmünün gerekçesinde eziyet suçunu oluşturacak davranışın kişinin bedensel ve ruhsal yönden acı çekmesine neden olması gerektiği ancak davranışın ani olarak değil, sistematik bir şekilde ve belli bir sürece yayılması gerektiği belirtilmiştir.<sup>45</sup> Bize göre de, eziyet suçu teşkil edecek davranışın sistematik olması ve belli bir süreç içerisinde düzenli ve bütünlük arz eder şekilde olması gerekmektedir. Çocuğun bedensel olarak acı çekmesine yol açacak davranışlar çocuğun fiziksel istismarı olarak değerlendirilir.<sup>46</sup> Çocuğun ruhsal yönden acı çekmesine sebep olan davranışların ise duygusal istismar sonucunu meydana getireceğini bir alt başlıkta inceleyeceğiz.

Fiziksel istismara sebep olan davranış, basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek düzeyde fiziksel zarar meydana getirmişse ve yaralama ya da eziyet suçlarındaki kanuni tanıma uymuyor ise çocuğun ebeveynleri veya idaresi altında bulunduğu kişiler tarafından çocuğa karşı gerçekleştirilen kötü muamele niteliğindeki her tür davranış TCK'nın "Kötü muamele" kenar başlıklı 232.maddesi doğrultusunda cezalandırılabilir.<sup>47</sup> Buna göre:

---

<sup>41</sup> Nazmi Küçükosmanoğlu, 'Çocuğun Cinsel İstismarı Suçunun Türk Ceza Kanunu Kapsamında Değerlendirilmesi'(Ulusal Tez Merkezi, 2014) <<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp>> Erişim Tarihi 1 May 2022; Akın Ün (n 1)15; Çelik (n 7) 24.

<sup>42</sup> TCK m.86/1 "Kasten başkasının vücuduna acı veren veya sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulmasına neden olan kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır."

<sup>43</sup>TCK m.96/1 "Bir kimsenin eziyet çekmesine yol açacak davranışları gerçekleştiren kişi hakkında iki yıldan beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur." TCK m.96/2 uyarınca eziyet suçunun çocuğa karşı işlenmesi sonuç cezada artırım sebebi olan nitelikli hal olarak düzenlenmiştir. Belirtilen suçlar başka bir araştırma metninin konusu olacağından konuyu dağıtmamak adına detaya ilişkin açıklama yapılmamıştır.

<sup>44</sup> Küçükosmanoğlu (n 41) 7; Akın Ün (n 1) 15.

<sup>45</sup> TBMM , '5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Gerekçesi' (TBMM Mevzuat Bilgi Sistemi, 2005) <<https://mevzuat.tbmm.gov.tr/mevzuat/faces/kanunmaddeleri?pkunlarno=24110&pkannunnumarasi=5237>> Erişim Tarihi 1 May 2022.

<sup>46</sup> Küçükosmanoğlu (n 41) 9.

<sup>47</sup> Çelik (n 7) 24.

*(1) Aynı konutta birlikte yaşadığı kişilerden birine karşı kötü muamelede bulunan kimse, iki aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (2) İdaresi altında bulunan veya büyütmek, okutmak, bakmak, muhafaza etmek veya bir meslek veya sanat öğretmekle yükümlü olduğu kişi üzerinde, sahibi bulunduğu terbiye hakkından doğan disiplin yetkisini kötüye kullanan kişiye, bir yıla kadar hapis cezası verilir.*

Görüldüğü üzere 1.fıkra da çocuğun aynı konutta birlikte yaşadığı kişiler tarafından kötü muamele görmesine sebep olan failler cezalandırılırken, maddenin 2.fıkrası disiplin yetkisinin kötüye kullanılması suretiyle gerçekleşen kötü muamelede faili cezalandırılmaktadır.<sup>48</sup>

Ancak her türden kötü muamele bittabi bu suçun oluşmasına vücut vermeyecektir. Madde gerekçesinde belirtildiği üzere, kötü muamelenin merhamet, acıma ve şefkatle bağdaşmayacak nitelikte bulunması gereklidir. Fail tarafından çocuğa yönelik gerçekleştirilen davranış, basit tıbbi müdahale ile giderilemeyecek derecede etki yaratmışsa bu halde kasten yaralamadan hüküm kurmak gerekmektedir.<sup>49</sup> Kötü muameleye çocuğun aç, susuz, uykusuz bırakılması sonucu çocukta fiziksel bir zararın meydana getirilmesi gibi davranışlar örnek verilebilir.<sup>50</sup>

Ezcümle, çocuk üzerinde gerçekleştirilen davranış sonucu çocukta basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek ölçüde fiziksel zarar gelmesi halinde fail kötü muamele suçundan cezalandırılır. Ancak basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek ölçünün aşılması halinde failin kasten yaralama hükümleri doğrultusunda cezalandırılması gerekir. Basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek ölçünün aşıldığı hallerin sistematik olması ve belirli bir zamana yayılması halinde ise fail eziyet suçundan cezalandırılacaktır.

### **2.3.2 Duygusal istismar**

Duygusal istismar da tıpkı fiziksel istismar gibi sıkça rastlanan fakat tespiti zor bir istismar türüdür.<sup>51</sup> Bazı kaynaklarda duygusal istismar kavramı yerine zihinsel istismar,

<sup>48</sup> Küçükosmanoğlu (n 41) 8.

<sup>49</sup>TBMM , ‘5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Gerekçesi’ (TBMM Mevzuat Bilgi Sistemi, 2005) < <https://mevzuat.tbmm.gov.tr/mevzuat/faces/kanunmaddeleri?pkunlarno=24110&pkunnumarasi=5237>> Erişim Tarihi 1 May 2022. Aynı yönde Bkz. Nuhoglu (n 40) 113.

<sup>50</sup> Küçükosmanoğlu (n 41) 8.

<sup>51</sup> Tıraşçı and Gören (n 35) 72; Küçükosmanoğlu (n 41) 11; Akın Ün (n 1) 16.

duygusal kötü muamele, psikolojik istismar, sözel istismar gibi kavramların kullanıldığı da görülmektedir.<sup>52</sup>

Duygusal istismar, çocuğun kendisini etkileyen tutum ve davranışlara maruz kalarak veya ihtiyaç duyduğu ilgi, şefkat ve bakımdan mahrum bırakılarak psikolojik yönden hasara uğratılması durumudur.<sup>53</sup>

Duygusal istismarın başka bir tanımı, çocuğun duygusal bütünlüğünü veya öngörüsünü bozan her türlü eylem ya da eylemsizliktir.<sup>54</sup> Çocuğun yeteneklerinin üzerinde talep ve beklenti içinde olma ve saldırganca davranma olarak da tanımlanması mümkündür.<sup>55</sup> Duygusal istismarın oluşumuna sebebiyet veren davranışlara çocuğa küfretme, yalnız bırakma, aşağılama, korkutma, reddetme, bağırma, tehdit etme, sevgi göstermeme, duygusal bakımdan ihtiyaçlarını karşılamama, küçük düşürme, alaylı konuşma, aşırı otorite kurma, bağımlı kılma, aşırı koruma ve kabul edilemez cezalar verme örnek olarak verilebilir.<sup>56</sup>

Duygusal istismar tek başına mevcut olabileceği gibi fiziksel ve cinsel istismar türleri ile de mevcut olabilir. Bu istismar türü, diğer tüm istismar biçimlerini adeta bir şemsiye gibi altında toplayan bir istismar türüdür.<sup>57</sup> Diğer istismar türlerine maruz kalan bir çocukta duygusal istismarın da olduğu çoğu zaman gözlenmektedir. Ancak fiziksel ya da cinsel istismarın aksine bu istismar türünün fiziksel olarak tespiti mümkün değildir.<sup>58</sup> Çocuk, bu tür davranışları normal addederek duygusal istismara uğradığına ilişkin herhangi bir açıklama yapmayabilir ve bu durum istismara uğradığının tespitini neredeyse imkânsız kılar.<sup>59</sup>

Çocuğun duygusal istismarına sebep olan davranışları gerçekleştirilen fail, şartları olduğu takdirde Türk Ceza Kanununda gösterilen bazı suçlardan cezalandırılacaktır.

---

<sup>52</sup> Küçükosmanoğlu (n 41) 11.

<sup>53</sup> Oğuz Polat, Tüm Boyutlarıyla Çocuk İstismarı-I Tanımlar (3rd edn, Seçkin 2019) 46 ('Çocuk İstismarı'); Hilal Karaca, 'Çocuğun Cinsel İstismarı' in Cengiz Yaka (ed) (2016) 90 (2) İstanbul Barosu Dergisi 207, 209.

<sup>54</sup> Acehan, Bilen, Ay, Gülen, Avcı and İçme (n 30) 596.

<sup>55</sup> Akın Ün (n 1) 16; Acehan, Bilen, Ay, Gülen, Avcı and İçme (n 30) 596.

<sup>56</sup> Oral, Can and Kaplan (n 30) 282; Tıraşçı and Gören (n 35) 72; Çelik (n 7) 25; Akın Ün (n 1) 17; Küçükosmanoğlu (n 41) 12.

<sup>57</sup> Polat, 'Çocuk İstismarı' (n 53) 46; Küçükosmanoğlu (n 41) 13.

<sup>58</sup> Polat, 'Çocuk İstismarı' (n 53) 46; Akın Ün (n 1) 18.

<sup>59</sup> Akın Ün (n 1) 17.

Bu suçlar, davranışa göre *Terk* (TCK m.97), *Tehdit* (TCK m.106), *Hakaret* (TCK m.125), *Dilencilik* (TCK m.229), *Kötü Muamele* (TCK m.232), *Aile Hukukundan Kaynaklanan Yükümlülüğün İhlali* (TCK m.233) olarak sayılabilir.<sup>60</sup>

### 2.3.3 İhmal

İhmal, çocuğa bakmakla yükümlü olan kişinin ya da kurumların bu yükümlülüğünü fiziksel ve duygusal yönden yerine getirmemesi durumudur.<sup>61</sup> Çocuğun beslenmesinin, tıbbi ihtiyaçlarının, eğitiminin ve güvenliğinin her ne sebeple olursa olsun göz ardı edilmesi halinde ihmal meydana gelecektir.<sup>62</sup> Bir görüşe göre ihmalin pasif, istismarın ise aktif davranış olması hasebiyle ihmal kavramı pasif çocuk istismarı olarak tanımlanmalıdır.<sup>63</sup>

Fiziksel ihmal, çocuğun beslenme, barınma, sağlık, giyinme gibi temel gereksinimlerini karşılamada yoksunluk veya yetersizlik olarak tanımlanmaktadır. Bu davranışlara örnek olarak çocuğun yaşına uygun yiyeceklerle yeterince beslenmemesi, yaşadığı fiziki çevrenin yetersiz oluşu, temiz giydirilmemesi örnek verilebilir.<sup>64</sup>

Çocuğun fiziksel ihmali sonucunda çocukta ölüm ya da yaralanma meydana gelmişse, TCK m.83 ve TCK m.88 vücut bulacak olup kasten öldürmenin veya kasten yaralamanın ihmali davranışla işlenmesi nedeniyle fail cezalandırılır.<sup>65</sup>

Duygusal ihmal ise çocuğa bakmakla yükümlü olan kişiler tarafından çocuğun ilgi, güvenlik ihtiyaçlarının karşılanmaması, çocuğa başkaca kimseler tarafından kötü davranılmasına göz yumulması ya da çocuğu terk etmek örnek verilebilir.<sup>66</sup> Çocuğun bakmakla yükümlü olduğu kişiler tarafından terk edilmesi TCK'da suç olarak düzenlenmiş ve cezai yaptırıma bağlanmıştır (m. 97).<sup>67</sup>

---

<sup>60</sup> Çelik (n 7) 25; Akın Ün (n 1) 18.

<sup>61</sup> Polat, 'Çocuk İstismarı' (n 53) 46; Akın Ün (n 1) 18.

<sup>62</sup> Acehan, Bilen, Ay, Gülen, Avcı and İçme (n 30) 597; Oral, Can and Kaplan (n 30) 28; Çelik (n 7) 27.

<sup>63</sup> Tıraşçı and Gören (n 35) 72.

<sup>64</sup> Acehan, Bilen, Ay, Gülen, Avcı and İçme (n 30) 597;

<sup>65</sup> Akın Ün (n 1) 19; Çelik (n 7) 27.

<sup>66</sup> Nuhoğlu (n 40) 151-152; Akın Ün (n 1) 20.

<sup>67</sup> Küçükosmanoğlu (n 41) 15; Çelik (n 7) 28; Akın Ün (n 1) 20.

İlaveten, yaşı nedeniyle kendisini idare edemeyecek durumda olan kimse için yardım veya bildirim yükümlülüğünü yerine getirmeyen kişiler hakkında TCK m. 98 uyarınca cezai yaptırım uygulanacaktır.<sup>68</sup>

### 2.3.4 Cinsel istismar

Çocuk üzerinde gerçekleştirilen hangi davranışın cinsel istismar sonucunu doğurabileceği çalışmamıza konu cinsel istismar suçunun aktarımı bakımından son derece önemlidir. Bu kavram, farklı disiplinler tarafından farklı şekillerde tanımlanmaktadır. Hukuk bilimine göre “cinsel istismar” olarak tanımlanacak davranışların çocuk üzerinde gerçekleştirilmesi TCK m.103’ün uygulanmasına sebebiyet verecek ve fail bu doğrultuda cezalandırılacaktır.

Cinsel istismar, henüz gelişimini tamamlamamış olan bir çocuğun, bir yetişkin tarafından cinsel uyarı veya cinsel doyum amacıyla kullanılmasıdır.<sup>69</sup> Başka bir deyişle, psikososyal gelişimini tamamlamamış ve yaşı küçük olan çocuk, bir yetişkin tarafından cinsel stimülasyon<sup>70</sup> için kullanılmaktadır.<sup>71</sup>

Amerikan Ulusal Çocuk İstismarı ve İhmali Merkezi (NCCAN)<sup>72</sup> cinsel istismarı şöyle tanımlamıştır:<sup>73</sup>

*Çocuk ve erişkin arasındaki temas ve ilişki o erişkinin veya başka birinin seksüel stimülasyonu (cinsel doyum) için kullanılmışsa, çocuğun cinsel istismarından söz edilebilir. Cinsel istismar, eğer bir çocuğun diğeri üzerinde belirgin bir gücü veya kontrolü söz konusuysa veya bariz bir yaş farkı varsa, iki çocuk arasında da gerçekleştirilebilir.*

Bu tanım esas alındığında, yaşları birbirine yakın olan iki çocuk arasında suçun işlenmesinin mümkün olmadığı sonucu ortaya çıkmaktadır. Bu tanımın, çalışmamızın

<sup>68</sup> Akın Ün (n 1) 20.

<sup>69</sup> Savaşçı (n 26) 21; Taşkın (n 27) 85; Akın Ün (n 1) 29; Çelik (n 7) 26; Yıldız (n 32) 9.

<sup>70</sup> Tıp dilinde zevk veren aktivite, vücutta uyarım yaratma anlamına gelmektedir. Bkz. Your Dictionary, ‘Stimulation’ <<https://www.yourdictionary.com/stimulation>> Erişim Tarihi 30 May 2022.

<sup>71</sup> Polat, ‘Çocuk İstismarı’ (n 53) 45.

<sup>72</sup> National Conference on Child Abuse and Neglect. NCCAN, CAPTA tarafından oluşturulan, Amerika Birleşik Devletleri’nin bir kurumu olan Çocuk Bürosu, Sağlık ve İnsan Hizmetleri Departmanı bünyesinde kurulmuş ulusal bir merkezdir. NCCAN’ın temel amacı, çocuğa yönelen her türlü istismarın ve ihmalin önüne geçilmesidir. Bkz. National Conference on Child Abuse and Neglect, ‘About’ (NCCAN, 1974) < <https://nccan.acf.hhs.gov/> > Erişim Tarihi 16 September 2022.

<sup>73</sup> Yıldız (n 32) 11; Akın Ün (n 1) 29.

4.bölümünde detaylı olarak ele aldığımız TCK'nın 103.maddesine uygun olmadığını ifade etmek gerekir.

Cinsel istismarın tanımını veren bir başka görüşe göre çocuk ile istismarda bulunan kişinin arasındaki yaş farkı esas alınmış ve cinsel istismar, çocuğun kendisinden en az altı yaş büyük bir kişi tarafından cinsel doyum amacıyla zorla veya ikna edilmek suretiyle kullanması ya da başkalarının çocuğu bu amaçla kullanılmasına izin verilmesi şeklinde tanımlamıştır.<sup>74</sup> Burada hemen belirtmek gerekir ki, aynı gelişim düzeyindeki çocukların cinsel ilişki olmaksızın birbirlerinin genital organlarına bakması yahut dokunması tıbben normal kabul edilir. Örneğin 6 yaşındaki bir çocuk ile 3 yaşındaki bir çocuğun oral-genital ilişkisi istismar sayılmaz ancak bu durumun tıbben araştırılması gerekir.<sup>75</sup>

Bir diğer tanıma göre ise cinsel istismar, çocuğun anlayamayacağı, gelişimsel olarak hazır olmadığı ve rıza gösteremeyeceği ve/veya kanunları ya da toplumun sosyal tabularını ihlal eden cinsel faaliyetlerde bulunulmasıdır.<sup>76</sup>

Cinsel istismar, toplumların gelenek ve görenekleri ile kanuni düzenlemelerine göre değişiklik arz etse de, genital bölgelerin okşanması, teşhircilik, röntgencilik ile pornografiden ırza geçmeye kadar cinsel içerikli davranışları kapsar.<sup>77</sup> Cinsel istismarın varlığı için çocuğa yönelik davranışların muhakkak şiddet içermesi gerekmez. Cinsel istismar, diğer istismar türlerinden sıklık ve karmaşıklık bakımından ayrılmaktadır.<sup>78</sup> Bunlara örnek olarak çocuğu dudağından öpmek, çocuğu kendi cinsel organına dokundurmak, vajinal ya da anal sürtünme, çocuğun bacak gibi cinsel olmayan organlarına cinsel uyarıyı sağlamak amacıyla dokunmak, cinsel yollu bakış ve/veya cinsel şakalaşma, davet edici mesajlar gönderme ve/veya kışkırtma, çocuğa cinsellik içeren lakap takma, pornografik ve çıplak insanların bulunduğu resim ya da videolar gösterme gibi davranışlar sayılabilir.<sup>79</sup> Burada önemle ifade etmek gerekir ki, cinsel

---

<sup>74</sup> Tıraşçı and Gören (n 35) 71; Oral, Can and Kaplan (n 30) 283.

<sup>75</sup> Savaşçı (n 26) 22.

<sup>76</sup> Alexander, Hymel and Shalley (n 35) 186.

<sup>77</sup> Polat, 'Çocuk İstismarı' (n 53) 45; Özbek, Doğan and Bacaksız (n 11) 356; Savaşçı (n 26) 22; Taşkın (n 27) 85; Akın Ün (n 1) 31; Çelik (n 7) 26; Alexander, Hymel and Shalley (n 35) 186; Tıraşçı and Gören (n 35) 71; Karaca (n 53) 209.

<sup>78</sup> Akın Ün (n 1) 29.

<sup>79</sup> Polat, 'Çocuk ve Şiddet' (n 35) 42; Akın Ün (n 1) 31.

şakalaşma, cinsel yollu bakış, lakap takma, davet edici mesajlar gönderme gibi temas içermeyen cinsel davranışlar TCK m.103 kapsamında cinsel istismar suçuna vücut vermeyecektir.



### 3. TÜRK CEZA HUKUKUNDA CİNSEL İSTİSMAR SUÇUNUN TARİHİ GELİŞİMİ

#### 3.1 1858 tarihli Ceza Kanunname-i Hümayununda Cinsel İstismarın Cezalandırılması

Çocuğu cinsel yönden istismar eden davranışlarda bulunanın cezalandırılmasına yönelik ilk düzenleme 1858 tarihli Ceza Kanunname-i Hümayununun 197-200.maddeleri arasında yapılmıştır. Bu Kanun öncesinde özellikle çocuğa yönelen cinsel davranışların nasıl cezalandırılacağına ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamaktaydı. Kanunun 197 ve 198. maddelerinde suçun basit şekli; 197.maddenin ikinci cümlesi ile 199 ve 200.maddelerde ise suçun ağırlatıcı sebeplerini düzenlemektedir.<sup>80</sup>

Kanunun 197.maddesi şu hükmü amirdi:<sup>81</sup>

*Her kim onbir yaşını ikmal etmemiş bir çocuğa veya mecnun veya irade ve temyizi salib maluliyeti akliye ile malul olduğunu veyahut şuurunu inhisafı marazi halinde bulunduğunu bildiği bir kimseye fiili şeni icra eylerse beş seneden aşağı olmamak üzere küreğe konulur. İşbu fiil cebir ve şiddet veya tehdit icrasıyla veya mukavemeti kaldıracak diğer bir vasıta ile veya mukavemete gayrimuktedir bir halde bulunan şahsa vaki olursa kürek cezası yedi seneden az olmaz.*

Kanunun 198.maddesi ise çocuğun onbeş yaşından büyük olduğu hallerde cebirle ırza geçmeyi cezalandırmaktadır. Görüldüğü üzere, Kanun cezalandırma bakımından mağdurun yaşını kriter almış ve onbeş yaşını doldurmuş olması halinde ayrıca cebir uygulanmasını aramıştır. Kanunun devam maddeleri ise fiilin birden fazla kişi tarafından ya da usulden biri veya veli ve vasi veya mürebbi ve müalimler tarafından işlenmesi hallerini ağırlatıcı sebep olarak düzenlenmiştir.<sup>82</sup>

1858 tarihli Ceza Kanunname-i Hümayununun çocuğu cinsel yönden istismar eden davranışlarda bulunanın cezalandırılmasına yönelik bu ilk hükümleri, bir sonraki

---

<sup>80</sup> Mehmet Oral, 'Irza Geçme Suçu' (İstanbul Üniversitesi Gazeteden Tarih Bakış Projesi, 1994) <<http://nek.istanbul.edu.tr:4444/ekos/TEZ/24710.pdf>> Erişim Tarihi 16 September 2022.

<sup>81</sup> Oral (n 80) 11.

<sup>82</sup> Oral (n 80) 11.



başlıkta detaylıca açıklayacağımız üzere 01.07.1926 yılında yürürlüğe giren 765 sayılı Türk Ceza Kanununun düzenlemelerini aldığı yasal temel olmuştur.<sup>83</sup>

### 3.2 765 Sayılı Türk Ceza Kanununda Çocuğa Yönelik Cinsel Suçlar

765 Sayılı Türk Ceza Kanununda cinsel suçlar “*Genel Adap Ve Aile Düzeni Aleyhine İşlenen Suçlar*” babında düzenlenmiştir.<sup>84</sup> Kanunun İkinci Kitabının “*Adabı Umumiye ve Nizamı Aile Aleyhinde Cürümler*” başlıklı sekizinci Babında “*Cebren Irza Geçen, Küçükleri Baştan Çıkaran ve İffete Taaruz Edenler*” başlıklı birinci faslında 414 ve 423. maddeler arasında belirtilen suçlar hükme bağlanmıştır.

Bu bölümde belirtilen suçların tanımları ve belirtilmesi mühim unsurlarını aktardıktan sonra çocuklara karşı işlenen cinsel suçlara ilişkin düzenlemeleri incelemekte fayda gördüğümüzden evvel emirde belirtilen suçları kısaca inceleyeceğiz.

Bu suçlardan ırza geçme Yargıtay tarafından, “*aktif failin cinsel organını, diğerinin vücuduna normal veya anormal bir şekilde menisini boşaltacak şekilde kısmen veya tamamen ithal etmesi, sokması*” olarak tanımlanmaktadır.<sup>85</sup> Dolayısıyla 765 sayılı Kanunda düzenlenen bu suç tipinde, suç ancak erkeğin cinsel organını ithal etmesi suretiyle oluşacağından failin yalnızca erkek olabileceği kabul edilerek özgü suçtan bahsedilir.<sup>86</sup> Bu haliyle cinsel organ dışındaki bir organın veya cismin cinsel organa sokulması ırza geçme suçunu oluşturmamaktadır.<sup>87</sup>

765 sayılı Kanunda düzenlenen ırza geçme suçu, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun “*Cinsel Saldırı*” kenar başlıklı 102.maddesine tekabül etmekle birlikte madde metninde

---

<sup>83</sup> Küçükosmanoğlu (n 41) 17.

<sup>84</sup> TBMM, ‘765 Sayılı Türk Ceza Kanunu’ (TBMM Mevzuat Bilgi Sistemi, 1926) <[https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR\\_KARARLAR/kanuntbmmc004/kanuntbmmc004/kanuntbmmc00400765.pdf](https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc004/kanuntbmmc004/kanuntbmmc00400765.pdf)> 16 September 2022; Damla Seçgin, ‘Çocukların Cinsel İstismarı Suçu’ (Ulusal Tez Merkezi, 2018) < [https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezDetay.jsp?id=-Q\\_SXoxU\\_-RhadqfjPRVOg&no=DvdrRPjzuXnzFITJhYRpxA](https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezDetay.jsp?id=-Q_SXoxU_-RhadqfjPRVOg&no=DvdrRPjzuXnzFITJhYRpxA)> Erişim Tarihi 18 September 2022; Herkesecan (n 16) 30.

<sup>85</sup> Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 5/101-156, 04.06.1990.

<sup>86</sup> Handan Yokuş Sevik, ‘5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Saldırı Ve Cinsel Taciz Suçları’ (2005) (57) TBB Dergisi 243,258 (‘Cinsel Saldırı Ve Cinsel Taciz Suçları’); Herkesecan (n 16) 31.

<sup>87</sup> Nur Centel, ‘5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Saldırı Suçu Ve Cinsel Suçlar Değişiklik Tasarısı’nın Değerlendirilmesi’ (2012) 25 (99) TBB Dergisi < <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2012-99-1160>> 17 September 2022.

“organ veya sair bir cisim sokulması” arandığından herkesin fail olabilmesi yönüyle ırza geçme suçundan ayrılmaktadır.<sup>88</sup>

Irza geçme suçu ile ilgili belirtilmesi gereken bir diğer husus, karı koca arasında gerçekleşen ve “Evlilik içi ırza geçme” olarak da nitelendirilen eylemin bu suç kapsamında cezalandırılmadığı hususudur.<sup>89</sup> Ancak, kocanın karısının rızası hilafına gerçekleştirdiği anal yoldan organ ithali durumunda, eyleminin aile efradına karşı kötü muamele suçunu oluşturması hasebiyle cezalandırılması mümkündür.<sup>90</sup> Bu durum, ırza geçme suçunda mağdurun failin eşi olmaması unsuruna yer verilmediği gerekçesiyle haklı olarak eleştirilmiştir.<sup>91</sup>

765 sayılı Kanundaki cinsel suçlardan bir diğeri olan ırza tasaddi ise şöyle tanımlanmaktadır:<sup>92</sup>

*Eyleme maruz kalanın rızası hilafına organ ithali olmaksızın bedeni üzerinde zorla ve doğrudan doğruya cinsel ilişkiye varmayacak ve fakat mağdurunun ırz ve namusuna tasaddiyi gösteren şehveti nitelikteki hareketler.*

Yargıtay ırza tasaddiyi, “mağdur üzerinde işlenen ve cinsel birleşme kastı taşımayan devamlılık gösteren şehvi davranışlar.” şeklinde tanımlamaktadır. Irza tasaddi suçu, 5237 sayılı Kanunun “Cinsel Saldırı” kenar başlıklı 102. Maddesi ile “Çocukların Cinsel İstismarı” kenar başlıklı 103.maddesinde tanımlanan suçların basit hallerini karşılamaktadır. Yargıtay, ırza tasaddi suçu yönünden hüküm kurulması gerektiğine ilişkin verdiği bir kararda, “...devamlılık arz eden ve şehvi hislerini cinsel birleşme dışında tatmine yönelik olan hareketleri sarkıntılık hududunu aşıp ırz ve namusa

<sup>88</sup> Ibid.

<sup>89</sup> Yokuş Sevük, ‘Cinsel Saldırı Ve Cinsel Taciz Suçları’ (n 86) 259; Centel (n 87) 275; Herkesecan (n 16) 31.

<sup>90</sup> Yargıtay’ın bu konuda verdiği bir kararda “Sanığın resmi eşi olan mağdureyle isteği dışında zorla fiili livata suretiyle birden fazla cinsel ilişkide bulunduğu, eylemlerinin suç tarihinde yürürlükte bulunan ve sanığın lehine olan 765 sayılı TCK.nun 478. maddesinde düzenlenen aile efradına kötü muamele suçunu oluşturduğu, ancak bu suçun kanun maddesinde öngörülen cezasının üst sınırı itibariyle aynı Kanunun 102/4. maddesinde belirlenen beş yıllık asli zamaşımına tâbi olduğu, zamaşımını en son kesen 15.06.2006 günlü sorgu tarihi ile inceleme tarihi arasında bu sürenin gerçekleştiği anlaşıldığından...” denilmektedir. Karar için Bkz. Yargıtay 14 CD, 3355-5971, 27.12.2011. Benzer yönde Bkz. Yargıtay 4 CD, 2788/6217, 07.07.1994.

<sup>91</sup> Centel (n 87) 275.

<sup>92</sup> Herkesecan (n 16) 31.

*tasaddi suçunu oluşturduğu halde sarkıntılık olarak kabulü” gerekçesiyle yerel mahkeme hükmünü bozmuştur.*<sup>93</sup>

Sarkıntılık suçunda ise bir erkek tarafından kadın, kız çocuğu yahut bir erkeğe aleniyet şartı aranmadan, ırza geçme ve ırza tasaddi suçlarının teşebbüs halini teşkil etmeyen, vücut temasının mecbur olmadığı ve mağdur üzerinde devamlılık arz etmeyen, temelinde cinsel dürtülerin bulunduğu söz, yazı yahut diğer hareketlerle gerçekleştirilen davranışlar cezalandırılmaktadır.<sup>94</sup> Diğer bir tanımla, şu durum sarkıntılık sonucunu meydana getirecektir:<sup>95</sup> *“bir kişiye karşı, onun isteğinin aksine, şehvet amacıyla söz, fiil ve hareketle edep ve iffete tecavüz oluşturacak şekilde ve ancak ırza geçme ve tasaddi suçlarına veya bunların teşebbüsüne varmayacak biçimde yönelen tecavüz”*

Mülga Türk Ceza Kanununun ilk şeklinde yer almayan sarkıntılık fiili uygulamada ya hiç cezalandırılmamakta ya da 419. maddede düzenlenen alenen hayasızca hareket suçu kapsamında değerlendirilerek cezalandırılmaktaydı. Kanun koyucu, 2275 sayılı ve 08.06.1933 tarihli Kanunla 421. maddeye sarkıntılık suçunu ekleyerek bu boşluğu doldurmuştur.<sup>96</sup>

Bu bağlamda örneğin *“mağdurenin külotuna el atan fail”* sarkıntılık suçundan cezalandırılır.<sup>97</sup> Failin mağdureye karşı söz atma şeklindeki davranışı sırnaşık bir hale bürünmüşse artık sarkıntılık suçunun oluştuğunun kabulü gerekir.<sup>98</sup>

765 sayılı Türk Ceza Kanununa bakıldığında çocuklara karşı işlenen cinsel suçlarla ilgili düzenlemelerde 414 ve 415.maddelerinde *“ırza geçme”* ve *“ırza tasaddi”* suçlarının düzenlendiği; m. 416/3’te belirtilen düzenlemenin ise 5237 sayılı TCK’nın

---

<sup>93</sup> Yargıtay 5 CD, 2334/8215, 09.12.2002.

<sup>94</sup>Kılıç (n 93) 180; Herkesecan (n 16) 31.

<sup>95</sup> Seçgin (n 84) 79.

<sup>96</sup>Akın Ün (n 1) 34.

<sup>97</sup> Yargıtay 5. CD, 2155/2323, 24.07.1967.

<sup>98</sup> Yargıtay Ceza Genel Kurulu tarafından verilen bir kararda sarkıntılık *“Belirli bir kimseye karşı işlenen, o şahsın edep ve iffetine dokunan ani ve hareketler yönünden kesiklik gösteren, şehvet kastıyla işlenen edepsizce davranışlardır. Fail ile mağdurenin vücutlarının teması şart değildir. Islık çalmak, mağdurun peşinden giderek sırnaşıkça hareketlerde bulunmak, cinsel organını göstermek veya mağdurun cinsel organını seyretmek, birden fazla aşk mektubu yazmak, çimdik atmak, el kol işaretleri ile cinsel ilişkide bulunmayı önermek gibi hareketler sarkıntılık suçunu oluşturmaktadır. Tasaddi ise mağdur üzerinde işlenen ve cinsel birleşme kastı taşımayan, devamlılık gösteren shevi hareketlerdir. Sarkıntılık suçunda ani ve kesiklik gösteren hareketler, tasaddi fiilinde süreklilik kazanmakta ve ısrarla sürdürülmektedir. Fail, shevi hislerinin tatmini için süreklilik arz eden hareketlerde bulunmaktadır.”* şeklinde tanımlanmıştır. Karar için Bkz. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 343/361, 24.12.1990. Herkesecan (n 16) 31.

104.maddesinde düzenlenen “reşit olmayanla cinsel ilişki” suçu ile örtüştüğü görülmektedir.<sup>99</sup>

“Mefruz<sup>100</sup> cebir ile ırza geçme” olarak bilinen<sup>101</sup> 414.madde şu hükmü amirdi:

*Her kim 15 yaşını bitirmiyen bir küçüğün ırzına geçerse beş seneden aşağı olmamak üzere ağır hapis cezasına mahkûm olur.*

*Eğer fiil cebir ve şiddet veya tehdit kullanılmak suretiyle veya akıl veya beden hastalığından veya failin fiilinden başka bir sebepten dolayı veya failin kullandığı hileli vasıtalarla fiile mukavemet edemeyecek bir halde bulunan bir küçüğe karşı işlenmiş olursa ağır hapis cezası on seneden aşağı olamaz.*

Bu haliyle kanun koyucu 15 yaşını doldurmamış çocukların rızasına değer atfetmemiş ve bu yaş gurubundaki çocukları çocuklara rağmen koruma altına almıştı.<sup>102</sup> İkinci fıkrada ise çeşitli sebeplerle mağdurun fiile direnç göstermemesi halinde mefruz cebirin varlığı kabul edilerek mağdurun akıl ve beden hastalığı sebebiyle veya failin kullandığı hileli araçlarla yahut failin fiilinden başka bir sebeple davranışına karşı koyamayacak halde olması olarak belirtilmişti. Bu hüküm 5237 sayılı Kanunda yer almamaktadır.<sup>103</sup>

765 sayılı Kanunun 15 yaşını doldurmamış çocuğa karşı ırza tasaddiyi düzenleyen 415.maddesi ise şu hükmü amirdi:

*Her kim 15 yaşını bitirmiyen bir küçüğün ırz ve namusuna tasaddiyi muta zammın bir fiil ve harekette bulunursa iki seneden dört seneye ve bu fiil ve hareket yukarki maddenin ikinci fıkrasında yazılı şartlar içinde olursa üç seneden beş seneye kadar hapsolünür.*

414.maddede olduğu gibi yine çeşitli sebeplerle ırza geçme veya ırza tasaddi fiiline mağdurun direnç göstermemesi halini düzenleyen fakat bu defa 15 yaşını doldurmuş olan mağduru esas alan 416.maddede ise aşağıdaki hüküm mevcuttu:

---

<sup>99</sup> Seçgin (n 84) 47.

<sup>100</sup> Farz edilen, varsayılan. Bkz. Sesli Sözlük, ‘Mefruz’ (Sesli Sözlük) <<https://www.seslisozluk.net/mefruz-nedir-ne-demek/>> Erişim Tarihi 19 September 2022.

<sup>101</sup> Herkesecan (n 16) 32; Seçgin (n 84) 47-48.

<sup>102</sup> Ibid.

<sup>103</sup> Yokuş Sevik, ‘Cinsel Saldırı Ve Cinsel Taciz Suçları’ (n 86) 251 dn. 33; Savaşçı (n 26) 16-17.

*On beş yaşını bitiren bir kimsenin cebir ve şiddet veya tehdit kullanmak suretiyle ırzına geçen veyahut akıl veya beden hastalığından veya kendi fiilinden başka bir sebepten veya kullandığı hileli vasıtalarından dolayı fiile mukavemet edemeyecek bir halde bulunan bir kimseye karşı bu fiili işliyen kimse yedi seneden aşağı olmamak üzere ağır hapis cezası ile cezalandırılır.*

*Yine bu suretle ırz ve namusa tasaddiyi tazammun eden diğer bir fiil ve harekette bulunursa üç seneden beş seneye kadar hapsolunur.*

*Reşit olmıyan bir kimse ile rızasıyla cinsi münasebette bulunanlar fiil daha ağır cezayı müstelzim bulunmadığı takdirde altı aydan üç seneye kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*

Bağırarak, yardım istemek, failin davranışlarına karşı tedbir almak gibi durumlar direnmek anlamı taşıyacağından, fiilin görme, işitme ve konuşma engeli bulunan çocuğa karşı işlenmesi halinde mağdurun kendini savunamayacak durumda olduğu varsayılmalıdır.<sup>104</sup> Maddenin son fıkrası, reşit olmayan çocuğun “cinsi münasebete” rızası bulunsa dahi failin cezalandırılacağını öngörmekteydi.<sup>105</sup>

765 sayılı Türk Ceza Kanununda 5237 sayılı Kanunun aksine failden ya da fiilden kaynaklanan sebepler ayrı maddelerde düzenlenmişti.<sup>106</sup> Failden kaynaklanan ve çocuğun aile içi cinsel davranışa maruz kalmasını tıpkı yeni kanunda olduğu gibi ağırlaştırıcı hal olarak düzenleyen 417.maddede şu hüküm mevcuttu:

*Yukarıdaki maddelerde yazılı fiil ve hareketler birden ziyade kimseler tarafından işlenir veya usulden biri veya veli ve vasi veya mürebbi ve muallimleri ve hizmetkarları veya terbiye ve nezaret veya muhafazaları altına bırakılan veya buna düçar olanların üzerlerine hüküm ve nüfuzu olan kimseler tarafından vuku bulursa kanunen muayyen olan ceza yarısında kadar artırılır.*

Fiile bağlı ağırlaştırıcı sebep ise 418.maddede düzenlenmiş olup aşağıdaki şekilde hükme bağlanmıştı:

*Yukarıdaki maddelerde yazılı fiil ve hareketler mağdurun ölümünü mucip olursa faile idam cezası verilir. Eğer bu fiil ve hareketler bir marazın sirayetini mağdurun sıhhatine sair büyük bir nakisa irasına veya maluliyet veya mayubiyetini müstelzim olursa cezanın yarısı ilave edilerek hükmolunur.*

---

<sup>104</sup> Yokuş Sevük, ‘Cinsel Saldırı Ve Cinsel Taciz Suçları’ (n 86) 266.

<sup>105</sup> Herkesecan (n 16) 33.

<sup>106</sup> Ibid.

765 sayılı Kanununun 423.maddesinde ise yeni kanunda suç olarak düzenlenmeyen “evlilik vaadi ile kızlık bozma suçu” hükme bağlanmıştır. Buna göre:

*Her kim onbeş yaşını dolduran bir kızı alacağını diye kandırıp kızlığını bozarsa altı aydan iki seneye kadar hapsedilir.*

*Evlenme vukuu halinde dava ve ceza tecil olunur. Şu kadarki beş sene içinde koca aleyhine boşanmaya hükmolunursa hukuku amme davası avdet eder ve evvelce ceza hükmolunmuşsa çektirilir.*

Belirtilen suç mahiyeti gereği yalnızca kız çocuklarına karşı işlenen bir suçtu.<sup>107</sup> Bu düzenlemeye göre, mağdurun “kızlığını bozan” fail ile evlenmesi halinde faile verilen ceza askıya alınmakta; beş sene içerisinde boşanma gerçekleşmezse cezanın sonuçları kendiliğinden ortadan kalkmaktaydı.<sup>108</sup> Faili adeta örtülü olarak affeden ve cezalandırmayan bu düzenleme karşısında suç nedeniyle mağdur olan çocuğun düzenleme hasebiyle yeniden mağdur edilmesi isabetli olarak eleştirilmekteydi.<sup>109</sup> Nihayet, 5237 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesi ile suçun mevcudiyeti son bulmuştur.

### 3.3 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Çocuğun Cinsel İstismarı

1 Haziran 2005 tarihi itibarıyla yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda cinsel istismar suçu “Kişilere Karşı Suçlar” kısmının “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar” bölümünün 103. maddesinde hükme bağlanmıştır. Yeni Kanundaki düzenlemeye bakıldığında, 765 sayılı Kanunun aksine bireysel özgürlüğün ruh ve beden bütünlüğünün korunduğunu söylemek mümkündür.<sup>110</sup>

Yeni Kanun ile cinsel özgürlüğe karşı suçlar, cinsel saldırı (m. 102), çocuğun cinsel istismarı (m. 103), reşit olmayanla cinsel ilişki (m. 104) ve cinsel taciz (m. 105) olmak üzere dört ana suç tipi halinde hükme bağlanmıştır. Yeni Kanunda 765 sayılı Kanunun

---

<sup>107</sup> Ersin Şare, ‘Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlarda İlgilinin Rızası’ (2019) 21 (2) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi < <https://hukuk.deu.edu.tr/wp-content/uploads/2019/12/ERSIN-SARE.pdf>> 20 September 2022.

<sup>108</sup> Herkesecan (n 16) 34.

<sup>109</sup> Ibid.

<sup>110</sup> Muhammed Zeki Temel, ‘Yargıtay İçtihatları Işığında Çocuğun Cinsel İstismarı Suçu Açısından Teşebbüs ve İştirak Hükümlerinin Uygulanması’ (2019) 11 (25) Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi 289, 294.

aksine yetişkinlere karşı işlenen cinsel davranışları “cinsel saldırı” olarak tanımlarken, çocuklara karşı gerçekleştirilen bu nitelikteki fiilleri “cinsel istismar” olarak nitelendirmiştir.<sup>111</sup>

Kanun koyucu, çocukların yaptıkları davranışın mahiyetini bilemeyecekleri ve bu tür ilişkilerde onların kullanıldığını düşündüğündendir ki, çocuklara karşı işlenen cinsel suçları hükme bağlarken “istismar” terimini kullanmıştır. Fail, mağdur çocuk üzerinde görgü, bilgi, yaş, konum itibarıyla sahip olduğu otoriteyi kullanarak bu fiili işleyebilmekte yani mağdur çocuğu istismar etmektedir.<sup>112</sup>

Uluslararası terminolojiye daha uygun olan ve yaş ve yapı itibarıyla cinsel saldırıya karşı koyması oldukça güç olan çocuklara karşı bu suçun daha kolay işlenmesi hasebiyle istismar kavramının kullanımı doktrin tarafından desteklenmiştir.<sup>113</sup> Aksi görüşü savunan yazara göre, suç adının mağdura göre değişmeyeceği ve istismarın birden çok türü varken bunu yalnızca cinsel yönden ele almanın doğru olmadığı belirtilmiştir.<sup>114</sup> Kanımızca, çocuk istismarının diğer türleri bakımından failin davranışı, Kanunda gösterilen suç tanımına uygun olması halinde zaten cezalandırıldığından yeni düzenleme yerindedir.

765 sayılı Kanun, suçun basit şeklini, nitelikli hallerini ve netice sebebiyle ağırlaşmış halini ayrı maddeler halinde düzenlerken, yeni TCK bunları tek bir madde içerisinde hükme bağlamıştır. Yeni TCK ile ırza tasaddi, ırza geçme, söz atma kavramları yerine cinsel saldırı, cinsel istismar, cinsel taciz gibi yeni kavramlar getirilmiştir.<sup>115</sup>

Doktrinde iffet, ırz gibi kavramların soyut, dönemden döneme değişebilen, rölatif kavramlar olduğu, bu nedenle daha somut, insanın beden bütünlüğüne yönelen fiilleri

---

<sup>111</sup> Akın Ün (n 1) 34.

<sup>112</sup> Fahri Gökçen Taner, *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar* (2nd edn, Seçkin 2017) 305; Akın Ün (n 1) 35.

<sup>113</sup> Polat, ‘*Çocuk ve Şiddet*’ (n 35) 207; Taner, ‘*Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*’ (n 113) 305; Ersan Şen, *Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu* (1st edn, Vedat Yayıncılık 2006) 395; Akın Ün (n 1) 35; Yokuş Sevik, ‘*Cinsel Saldırı Ve Cinsel Taciz Suçları*’ (n 86) 281.

<sup>114</sup> Türkan Yalçın Sancar, ‘*Çocuk İstismarı ve Türk Ceza Kanunu*’ (2008) 12 (17) *Güncel Hukuk Dergisi* 1,14.

<sup>115</sup> Akın Ün (n 1) 36.

ifade eden kavramları kullanmanın daha doğru olduğu ve değişikliğin isabetli olduğu ifade edilmiştir.<sup>116</sup>

Aksi görüşe göre ise 765 sayılı TCK'nın ırza geçme, ırza tasaddi, sarkıntılık ve söz atmak şeklinde benimsediği ayırım uzun yıllarca uygulanarak Yargıtay'ın içtihat oluşturmasını sağlamıştır. Ayrıca yine bu görüşe göre eski Kanun ile yeni Kanun arasında bütünlük sağlanmadığı ve örneğin cinsel saldırı, çocukların cinsel istismarı ve cinsel taciz ayırımının nasıl yapılacağı konusunda herhangi bir düzenlemeye gidilmediği, bu nedenle uygulamada güçlükler yaratmaya sebep olabileceği gerekçesiyle eleştirilmiştir.<sup>117</sup>

### 3.4 6545 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikler

Kanun koyucu, cinsel suçlarla ilgili kanun yapma sürecinde diğer suçlara nazaran daha fazla baskı altındadır. Zira toplumsal hassasiyetler, ahlak, töre, aile düzeni, çocukların korunması gibi düşünceler<sup>118</sup> Demokles'in kılıcı gibi başının üzerinde dolanmaktadır.

5237 sayılı Kanunun ilk halinin yürürlüğe girmesinin ardından geçen dokuz senede cinsel istismar suçunun düzenleniş şekli, cezaların miktarı, “*beden veya ruh sağlığının bozulması*” gibi hatalı düzenlemelerin varlığı ve nitelikli hallerin eksikliği doktrinde sıklıkla eleştiri konusu olduğundan 18.06.2014 tarihli 6545 sayılı Kanunun<sup>119</sup> 59.maddesi ile cinsel istismar suçunda birtakım değişiklikler yapılmıştır.

TCK m.103'ün ilk haline gelen eleştirilerden biri, cezaların miktarının az olması hasebiyle toplumda cinsel istismarın artması ve bunun da infial meydana getiriyor olmasıydı.<sup>120</sup> 6545 sayılı Kanunla, özellikle cinsel suçların karşılığında öngörülen cezaların artırılması yoluna gidilmiştir.

---

<sup>116</sup> Taner, ‘*Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*’ (n 113) 71-72.

<sup>117</sup> Durmuş Tezcan and Mustafa Ruhan Erdem, ‘*Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin TCK Tasarısı Hakkındaki Raporu*’ (2004) Türkiye Barolar Birliği Türk Ceza Kanunu Reformu, Makaleler, Görüşler, Raporlar 2. Kitap < [http://tbbyayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/tck\\_reformu2.pdf](http://tbbyayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/tck_reformu2.pdf)> 23 September 2022.

<sup>118</sup> Taner, ‘*Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*’ (n 113) 69.

<sup>119</sup> Türk Ceza Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, Kanun Numarası: 6545, Kabul Tarihi: 18.06.2014, RG 28.06.2014/29044.

<sup>120</sup> Akın Ün (n 1) 37.



Cinsel istismar suçunun basit şeklini düzenleyen birinci fıkrasında “Çocuğu cinsel yönden istismar eden kişi, üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.” hükmü bulunmaktaydı. Kanun koyucu, buna ilişkin öngördüğü cezayı sekiz yıldan on beş yıla kadar hapis cezası şeklinde değiştirmiştir.

Suçun nitelikli halini hüküm altına alan ikinci fıkrada ise “Cinsel istismarın vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi durumunda, sekiz yıldan on beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.” denilmekteydi. Bu hüküm, 6545 sayılı Kanun ile failin on altı yıldan aşağı olmamak üzere hapis cezası ile cezalandırılacağı şeklinde düzenlenmiştir.

Tasarı metninin gerekçesinde, cezaların artırılmasına ilişkin yapılan düzenlemenin amacının şüpheli, sanık veya hükümlüler bakımından lehe sonuç doğmaması ve çocukların cinsel istismarı suçuyla daha etkin mücadele edilebilmesi olduğu belirtilmiştir.<sup>121</sup> Oysa, suçlarla mücadelenin salt suç karşılığında öngörülen cezanın artırılmasıyla sağlanması mümkün değildir. Bu durum, her ne kadar TCK’nın 1. maddesinde öngörülen toplumsal barışı koruma ve suç işlenmesini önleme amacının gerçekleşmesine katkı sağlasa da salt bu yönlü yaklaşımın yeterli olmayacağı ve bu hususun kriminoloji, penoloji, sosyoloji, psikoloji gibi bilim dallarının multidisipliner bir çalışmasıyla doğrulanması gerektiği ifade edilmiştir.<sup>122</sup>

Kanunun ilk halinde öngörülen nitelikli haller aşağıdaki şekilde gösterilmiştir:

*Cinsel istismarın üstsoy, ikinci veya üçüncü derecede kan hısmı, üvey baba, evlat edinen, vasi, eğitici, öğretici, bakıcı, sağlık hizmeti veren veya koruma ve gözetim yükümlülüğü bulunan diğer kişiler tarafından ya da hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle gerçekleştirilmesi.*

---

<sup>121</sup> TBMM , ‘6545 Sayılı Türk Ceza Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Gerekçesi, m.43’ (TBMM Mevzuat Bilgi Sistemi, 2014) <<https://mevzuat.tbmm.gov.tr/mevzuat/faces/madedetaylari?psira=119171>> Erişim Tarihi 1 October 2022. Aynı yönde Bkz. Yenerer Çakmut (n 21) 44.

<sup>122</sup> Handan Yokuş Sevik, ‘6545 Sayılı Kanun İle Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlarda Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi’ (2015) 3 (2) Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi 119, 123 (‘6545’). Getirilen değişiklikler ile çözümü cezaları artırmakta bulan yaklaşımının tek başına bir anlam ifade etmediği, ağır cezaların devletleri baskıcı hale getirdiği hususunda örneklerin bulunduğu yönünde görüş için Bkz. Taner, ‘Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar’ (n 113) 73.

Burada öngörülen nitelikli hallerin yetersizliğine ilişkin gelen eleştiriler akabinde 6545 sayılı Kanun ile kanun koyucu nitelikli halleri düzenleme yoluna gitmiştir.<sup>123</sup>Buna göre:

*Suçun; a) Birden fazla kişi tarafından birlikte, b) İnsanların toplu olarak bir arada yaşama zorunluluğunda bulunduğu ortamların sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle, c) 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, d) Vasi, eğitici, öğretici, bakıcı, koruyucu aile veya sağlık hizmeti veren ya da koruma, bakım veya gözetim yükümlülüğü bulunan kişiler tarafından, e) Kamu görevinin veya hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle, işlenmesi hâlinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza yarı oranında artırılır.*

Gerçekten de, suçun, ceza infaz kurumu, öğrenci yurdu, okul pansiyonu, hastane gibi insanların toplu olarak bir arada yaşama zorunluluğunda bulunduğu ortamların sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle işlendiği hallerde mağdur çocuk bu ortamlarda daha korumasızdır.<sup>124</sup> Yapılan değişiklikte bu nitelikli hale yer verilmesi son derece isabetlidir.

Kanunun ilk halinde eşitlik ilkesine aykırı olduğu ifade edilen hükümde, failin yalnızca üvey baba olması hali öngörülmüşken, yapılan değişiklik ile üvey annenin de suçun faili olabileceği hükme bağlanmıştır.<sup>125</sup>

Kanunun önceki düzenlemesinde “*Cinsel istismarın, birinci fıkranın (a) bendindeki çocuklara karşı cebir veya tehdit kullanmak suretiyle gerçekleştirilmesi hâlinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza yarı oranında artırılır.*” hükmü öngörülmüştü. Bu haliyle, onbeş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan çocuklara karşı cebir veya tehdit ile suçun işlenmesi halinde cezanın artırılacağı hükme bağlanmıştır. Ancak, cinsel saldırı suçunu düzenleyen 102.maddede suçun silahla işlenmesi nitelikli hal olarak düzenlenmişken onbeş yaşını tamamlamış ve fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmiş olan çocuklar bakımından (*b bendi*) bu nitelikli halin öngörülmemesi eksiklik olarak değerlendirilmiştir.<sup>126</sup>

---

<sup>123</sup> Ibid.

<sup>124</sup>Yokuş Sevik, ‘6545’ (n 123) 130-131.

<sup>125</sup> Yokuş Sevik, ‘*Cinsel Saldırı Ve Cinsel Taciz Suçları*’ (n 86) 288; Akın Ün (n 1) 39.

<sup>126</sup> Akın Ün (n 1) 39.

6545 sayılı Kanunla yapılan değişiklik akabinde bu eksiklik tamamlanmış ve maddeye “(b) bendindeki çocuklara karşı silah kullanmak suretiyle gerçekleştirilmesi hâlinde” hükmü eklenmiştir.<sup>127</sup> Onbeş yaşını doldurmuş ve fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmiş olan çocuklara karşı bu suç cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak işlenebileceğinden, diğer bir ifadeyle cebir ve tehdit suçun unsuru olduğundan, bu çocuklara karşı yalnızca silah kullanmak suretiyle gerçekleştirilen cinsel istismar halinde verilecek cezanın yarı oranında artırılması hükmüne bağlanmıştır.<sup>128</sup>

Yapılan değişiklik ile cinsel istismar suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hali olarak düzenlenen suç sonucunda mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması hâli yürürlükten kaldırılmıştır. Fakat konunun kapsamı nedeniyle konuyu ayrı bir başlık halinde ele almakta fayda gördüğümüzden bu hususa çalışmamızın 4.Bölümünün “*Suçun Ortaya Çıkış Biçimleri*” kenar başlıklı alt başlığında değineceğiz.

### **3.5 6763 sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikler**

6545 sayılı Kanun ile yapılan değişikliklerin ardından 103. maddenin 1. ve 2. fıkrası Anayasa Mahkemesi tarafından farklı tarihlerde iptal edilmiştir. İptal kararları üzerine 22.11.2016 tarihinde TBMM’de kabul edilerek 6763 sayılı Kanunun<sup>129</sup> 13.maddesi ile 103.madde yeniden düzenlenmiş ve 24.11.2016 tarihinde Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

Erzurum 2.Asliye Ceza Mahkemesinin iptal talebi ardından Anayasa Mahkemesi tarafından Anayasaya aykırılık gerekçesiyle 12.11.2015 tarihinde iptal edilen ilk hüküm 103.maddenin ikinci fıkrasıdır. Fıkroda “*Cinsel istismarın vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi durumunda, on altı yıldan aşağı olmamak üzere hapis cezasına hükmolunur.*” hükmü düzenlenmekteydi. İptal kararı kanun

---

<sup>127</sup> Necati Meran, ‘*Cinsel İstismar ve Cinsel Saldırı Suçlarında 6545 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikler ve Yeni Yorumlar*’ in Mutlu Dinç (ed) (2014) 9 (98) Terazi Hukuk Dergisi 78, 82.

<sup>128</sup> Yokuş Sevük, ‘6545’ (n 123) 132.

<sup>129</sup> Ceza Muhakemesi Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, Kanun Numarası: 6763, Kabul Tarihi: 24.11.2016, RG 02.12.2016/29906.

boşluğu doğmasının önüne geçilmesi adına yayım tarihinden (11.12.2015) itibaren 1 yıl sonra yürürlüğe girmiştir.<sup>130</sup>

Anayasa Mahkemesi tarafından verilen iptal kararı şu şekilde gerekçelendirilmiştir:<sup>131</sup>

*Mahkemeye olaya özgü takdir marjı tanımayan ve onarıcı hukuk kurumları öngörmeyen kuralda düzenlenen ceza yaptırımının alt sınırının onaltı yıldan aşağı olmamak üzere hapis cezası olarak belirlenmesi; fiilin farklı yaş kategorilerindeki mağdurlara karşı işlendiği veya failin de küçük olduğu ya da fiilden sonra mağdurun yaşının ikmali ile fiili birlikteliğin resmi evliliğe dönüşmesi gibi her bir somut olayın özellikleri dikkate alınarak ceza tayin edilmesi veya onarıcı adalet kurumunun uygulanması imkânını ortadan kaldırdığı ve bazı durumlarda somut olayın özellikleriyle bağdaşmayacak ve suçla yaptırım arasında bulunması gereken adil dengeyi ortadan kaldıracak ölçüde ağır cezaların verilmesi sonucunu ortaya çıkarabilecek bir niteliğe sahip bulunduğu, kuralda belirlenen ceza miktarının, bu ceza ile ulaşılmak istenen amacı her somut olayda gerçekleştirebilecek orantıda ve ölçüde olmadığından hukuk devleti ilkesine aykırılık taşıdığı...*

Cinsel istismarın vücuda organ veya sair bir cisim sokulmasıyla gerçekleştirilmesi halinin cinsel saldırı suçunda öngörülen cezadan daha ağır bir yaptırıma bağlanması<sup>132</sup> çocuğun etkin bir şekilde korunmasını amaçlamaktadır. Kanun koyucu, davranışın çocuklarda yetişkinlere oranla daha büyük zararlara yol açmasını dikkate almıştır.<sup>133</sup>

Anayasa Mahkemesi tarafından verilen bir diğer iptal kararı ise 1. fıkranın (a) bendinde yer alan “tamamlamamış” sözcüğü yönünden 103. Maddenin 1. fıkrasının 1. ve 2. cümlelerinin iptaline ilişkindir. “Çocuğu cinsel yönden istismar eden kişi, sekiz yıldan on beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Cinsel istismarın sarkıntılık düzeyinde kalması hâlinde üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.” hükmü Anayasa Mahkemesi’nin 26.05.2016 tarihli kararı ile iptal edilmiş olup, kararın Resmi

---

<sup>130</sup> Akın Ün (n 1) 44.

<sup>131</sup> Anayasa Mahkemesi, 26/100, 12.11.2015.

<sup>132</sup> TCK m.102/2 “Fiilin vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi durumunda, on iki yıldan az olmamak üzere hapis cezasına hükmolunur. Bu fiilin eşe karşı işlenmesi hâlinde, soruşturma ve kovuşturmanın yapılması mağdurun şikâyetine bağlıdır.” hükmünü amirdir.

<sup>133</sup> İnanç İştin, ‘Anayasa Mahkemesi’nin İptal Kararları ve Yasal Değişiklikler Çerçevesinde Çocukların Cinsel İstismarı Suçu’ in Sezgin Seymen Çebi (ed) (2017) 5 (9) Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 139, 148; Akyüz (n 1) 59.

Gazete’de yayımlandığı 13.07.2016 tarihinden başlayarak altı ay sonra yürürlüğe girmesi hüküm altına alınmıştır.<sup>134</sup>

Bafra Ağır Ceza Mahkemesi tarafından iptal talebinin gerekçesi olarak şu hususlar gösterilmiştir.<sup>135</sup>

*İtiraz konusu kuralın, farklı yaş gruplarında olan tüm mağdurlara yönelik eylemler arasında ceza müeyyidesi bakımından herhangi bir ayırım yapmadığı, dört yaşındaki bir mağdura yönelik cinsel istismar suçu ile ondört yaşındaki mağdura yönelik cinsel istismar suçunun ceza müeyyidesinin kademeli bir ceza anlayışı içermeyerek aynı olduğu, suça sürüklenen çocuklar yönünden oniki ilâ onbeş yaş arasında olup da kendisine yönelik eylemin anlam ve mahiyetini algılama yeteneği olan mağdurun rızasına hukuki sonuç tanınmadığı, bu mağdurların rızasıyla yaşadığı cinsel eylemler hakkında cezanın çok yüksek olduğu, suçun en nitelikli hali için en düşük yaşın onbeş şeklinde belirlenmesinin suç ve cezada korunmak istenen hukuki yarar ile müeyyide arasındaki orantıyı bozduğu belirtilerek itiraz konusu kuralın, Anayasa’nın 2., 5., 10. ve 41. maddelerine aykırı olduğu...*

Anayasa Mahkemesi, belirtilen kararında daha önce m.103/2’ye ilişkin iptal kararına atıf yapmak suretiyle bu hüküm yönünden de iptal kararı vererek gerekçesini şu hususa dayandırmıştır.<sup>136</sup>

*İtiraz konusu kuralla onbeş yaşını tamamlamamış çocuğu cinsel yönden istismar eden kişi için sekiz yıldan onbeş yıla kadar hapis cezası ve cinsel istismarın sarkıntılık düzeyinde kalması hâlinde üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası öngörülmüştür. Çocuğun cinsel yönden istismar edilmesinin ağır bir yaptırıma bağlanmasının çocuğun etkin bir şekilde korunması amacını gerçekleştirmeye yönelik olduğuna şüphe yoktur. Ancak cinsel istismarın vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi eylemi hakkında Anayasa Mahkemesi tarafından verilen iptal kararı gerekçelerinin itiraz konusu kural bakımından da geçerli bulunması ve Anayasa’nın 41. maddesinin dördüncü fıkrası uyarınca mağdur ya da fail sıfatıyla çocuğun korunmasının hedef alınması gerekliliği dikkate alındığında, itiraz konusu kuralın da aynı şekilde bazı durumlarda somut olayın özellikleriyle bağdaşmayacak ve suçla yaptırım arasında bulunması gereken adil dengeyi ortadan kaldıracak ölçüde ağır cezaların verilmesi sonucunu ortaya çıkarabilecek bir niteliğe sahiptir. Bu nedenle kural ölçüsüz bir yaptırım öngördüğünden hukuk devleti ilkesine aykırıdır.*

<sup>134</sup> Anayasa Mahkemesi, 108/46, 26.05.2016.

<sup>135</sup> Anayasa Mahkemesi, 108/46, 26.05.2016, p.9.

<sup>136</sup> Anayasa Mahkemesi, 108/46, 26.05.2016, p.17.

Anayasa Mahkemesinin iptal kararının Resmi Gazete’de yayımının ardından iptal gerekçesi dikkate alınarak yapılan düzenlemelerde 1. ve 2. fıkra hükümleri aynen korunmuş ve fıkralara mağdurun on iki yaşını tamamlamamış olması hâlinde cezai yaptırımın alt sınırına ilişkin yeni hükümler eklenmiştir. Buna göre, maddenin 1. fıkrası “*Mağdurun on iki yaşını tamamlamamış olması hâlinde verilecek ceza, istismar durumunda on yıldan, sarkıntılık durumunda beş yıldan az olamaz.*” hükmü ile; 2. fıkrası ise “*Mağdurun on iki yaşını tamamlamamış olması hâlinde verilecek ceza on sekiz yıldan az olamaz.*” şeklinde yasalaşmıştır.

Yeni düzenleme karşısında bazı sivil toplum örgütleri mağdur çocuğun rıza yaşının on beşten on ikiye düşürülmesine sebep olabileceğini ve on iki-on beş yaş arası cinsel istismar suçlarında daha düşük ceza verilebileceğini ileri sürerek yeni düzenlemeyi eleştirmiştir.<sup>137</sup>

Düzenleme ile on iki-on beş yaş arasında bulunan çocukların rızalarına itibar edilebileceği ve sanıkların ceza miktarlarının düşürülebileceği şeklinde bir yorumlamaya yol açabileceği söylenmiş olsa da,<sup>138</sup> madde metnine bakıldığında on beş yaşını tamamlamamış çocuklar bakımından kanun koyucunun mağdurun rızasına itibar etmediği açıktır.

Anayasa Mahkemesinin iptal kararının gerekçesi esas alınarak, 6763 sayılı Kanun ile değişikliğe gidilmeden önce bazı milletvekilleri, fail ile mağdurun evlenmesi halinde yapılacak cezalandırmaya (*ya da cezalandırmamaya*) ilişkin önerge vermişlerdir. Buna göre:<sup>139</sup>

*Cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir neden olmaksızın 16.11.2016 tarihine kadar işlenen cinsel istismar suçunda mağdurla failin evlenmesi durumunda koşullarına bakılmaksızın hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına, hüküm verilmiş ise cezanın infazının ertelenmesine karar verilir.*

---

<sup>137</sup> Sercan Aran, ‘*Yeni TCK 103. madde değişikliği ve istismarda 12 yaş tartışması*’ Toplumsal Hukuk <<https://sendika.org/2016/11/yeni-tck-103-madde-degisikligi-ve-istismarda-12-yas-tartisma-av-sercan-aran-toplumsal-hukuk-391242/>> Erişim Tarihi 22 September 2022.

<sup>138</sup> Akın Ün (n 1) 46.

<sup>139</sup> TBMM, ‘*26. Dönem 2. Yasama Yılı 22. Birleşim 17 Kasım 2016 Tarihli Oturum Tutanağı*’ <<https://www5.tbmm.gov.tr/tutanak/donem26/yil2/ham/b02201h.htm>> Erişim Tarihi 22 September 2022.

Diğer milletvekilleri tarafından 765 sayılı TCK'nın 434.madde hükmüne (*evlilik vaadiyle kızklık bozma suçu*) benzetilen önerge, faile ceza verilmemesi halinde “tecavüzcüsüyle evlenen” mağdurun ömür boyu hapse mâhkum edileceği şeklinde ağır eleştirilere tabi tutulmuştur.<sup>140</sup> Doktrinde, evlenmeyi esas alan düzenlemenin “*bir çıkmaz ve bizzat kendisi bir sorun*” düzenleme olduğu ifade edilmiştir.<sup>141</sup> Nihayetinde, evlilikle meşrulaştırılma gerekçesiyle kamuoyunda oluşan yoğun baskılar sonucu tasarı geri çekilmiştir.<sup>142</sup>

Gerçekten de, evliliğin cezasızlık sebebi olarak kabulü halinde, istismardan korumaya çalıştığımız çocuklarımızın, aile baskısı, örf ve adetler gibi birtakım nedenlerle suçun faili ile evlendirilmesi çocuk yaşta evliliğin ciddi şekilde artmasına sebep olacak; suç hasebiyle mağdur olan çocuğun evlilikle yeniden ve sürekli olarak istismar edilmesi sonucunu doğuracaktır.

---

<sup>140</sup> Bkz. Cumhuriyet Halk Partisi Muğla Milletvekili Ömer Süha Aldan'ın önerge hakkında eleştirileri. , '26. Dönem 2. Yasama Yılı 22. Birleşim 17 Kasım 2016 Tarihli Oturum Tutanağı' <<https://www5.tbmm.gov.tr/tutanak/donem26/yil2/ham/b02201h.htm>> Erişim Tarihi 22 September 2022.

<sup>141</sup> Fahri Gökçen Taner, 'Anayasa Mahkemesi'nin Çocukların Cinsel İstismarına Ve Evlenmenin Dinsel Törenine İlişkin İptal Kararlarının Ardından Çok Katmanlı Bir Çözüm Önerisi' in Özlem Bilgilioğlu (ed) (2016) 29 (124) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 221, 228 ('Çözüm Önerisi');Taner, 'Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar' (n 113) 320.

<sup>142</sup> Akın Ün (n 1) 46.

## 4.ÇOCUĞUN CİNSEL İSTİSMARI SUÇU (TCK m.103)

### 4.1 Genel Olarak

Çocukların cinsel istismarı suçu, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun ikinci kitabının “Kişilere Karşı Suçlar” başlıklı ikinci kısmının “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar” başlıklı altıncı bölümünün 103.maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre:

*(1) Çocuğu cinsel yönden istismar eden kişi, sekiz yıldan on beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Cinsel istismarın sarkıntılık düzeyinde kalması hâlinde üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. Mağdurun on iki yaşını tamamlamamış olması hâlinde verilecek ceza, istismar durumunda on yıldan, sarkıntılık durumunda beş yıldan az olamaz. Sarkıntılık düzeyinde kalmış suçun failinin çocuk olması hâlinde soruşturma ve kovuşturma yapılması mağdurun, velisinin veya vasisinin şikâyetine bağlıdır. Cinsel istismar deyiminden;*

*a) On beş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan çocuklara karşı gerçekleştirilen her türlü cinsel davranış,*

*b) Diğer çocuklara karşı sadece cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilen cinsel davranışlar, anlaşılır.*

*(2) (Yeniden düzenleme: 24/11/2016-6763/13 md.) Cinsel istismarın vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi durumunda, on altı yıldan aşağı olmamak üzere hapis cezasına hükmolunur. Mağdurun on iki yaşını tamamlamamış olması hâlinde verilecek ceza on sekiz yıldan az olamaz.*

*(3) Suçun;*

*a) Birden fazla kişi tarafından birlikte,*

*b) İnsanların toplu olarak bir arada yaşama zorunluluğunda bulunduğu ortamların sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle,*

*c) 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,*

*d) Vasi, eğitici, öğretici, bakıcı, koruyucu aile veya sağlık hizmeti veren ya da koruma, bakım veya gözetim yükümlülüğü bulunan kişiler tarafından,*



e) Kamu görevinin veya hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle, işlenmesi hâlinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza yarı oranında artırılır.

(4) Cinsel istismarın, birinci fıkranın (a) bendindeki çocuklara karşı cebir veya tehditle ya da (b) bendindeki çocuklara karşı silah kullanmak suretiyle gerçekleştirilmesi hâlinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza yarı oranında artırılır.

(5) Cinsel istismar için başvurulmuş cebir ve şiddetin kasten yaralama suçunun ağır neticelerine neden olması hâlinde, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır.

(6) Suç sonucu mağdurun bitkisel hayata girmesi veya ölümü hâlinde, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükmolunur.

## 4.2 Suçun Hukuki Konusu

765 sayılı Türk Ceza Kanununun “Adabı Umumiye ve Nizamı Aile Aleyhinde Cürümler” başlığı aksine 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu çocukların cinsel istismarı suçunun bölüm başlığının “*Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar*” olarak düzenlemiştir. Bu değişim, suçla korunan hukuki değere dair anlayış konusunda nihayet cinselliğin bir genel ahlak sorunu değil, özgürlük sorunu olduğu anlayışının ortaya çıkmasına sebep olmuştur.<sup>143</sup> Adalet Komisyonu raporunda “*cinsel özgürlüğe (dokunulmazlığa) karşı suçların, kişilere karşı işlenen suçlar arasına alınmasının, kişi hak ve özgürlüklerine verilen bir değer göstergesi olduğu*” ifade edilmiştir.<sup>144</sup>

Yeni kanunun düzenlemesine bakıldığında, lafzında “cinsel dokunulmazlık” ifadesinin tercih edilmesi sebebindendir ki, öğretilerde suçla korunan hukuki yararın ne olduğu son derece tartışmalı bir konudur. Tartışmaya değinmeden evvel, tartışmanın sebebi “*cinsel özgürlük*” kavramını aktarmakta yarar görüyoruz.

Cinsel özgürlük, hukukun ya da örf ve adetin belirlediği sınırlar içinde, cinsel ilişkiler bakımından insanın kendi vücudu üzerinde serbestçe tasarruf edebilmesidir.<sup>145</sup> Bir diğer

---

<sup>143</sup> Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem and Murat Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku (19th edn, Seçkin 2021) 399.

<sup>144</sup> Adalet Komisyonu Raporu, ‘*Türk Ceza Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/593)*’ (TBMM, 12.05.2003) <<https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss664m.htm>> 18 September 2022.

<sup>145</sup> Ibid.

ifadeyle, bireyin, hukukun izin verdiği sınırlar içerisinde cinselliğe ilişkin seçimlerini serbestçe yapabilmesidir.<sup>146</sup>

Cinsel özgürlüğün ikili yönü vardır: negatif yön ve pozitif yön. Cinsel özgürlüğün negatif yönü kişiyi hukuka aykırı cinsel müdahalelerden korumaktadır. Pozitif yönü ise kişinin cinsel kimliğini özgürce ifade edebilmesini koruma altına alır. Öğretide cinsel özgürlüğün negatif yönü “*cinsel dokunulmazlık hakkı*” olarak da adlandırılmaktadır.<sup>147</sup>

Suçla korunan hukuki değeri açıklama konusunda her iki kavramı da esas alan görüşe göre, cinsel özgürlüğün yanında kişinin cinsel tercihlerini bizzat belirleme hakkı ve cinsel dokunulmazlığının da korunduğu ifade edilmektedir. Çocuğun cinsel dokunulmazlığı, gelişimi ve yararı, ruh ve beden bütünlüğü korunmalıdır.<sup>148</sup>

Öte yandan, cinsel özgürlüğün tanımından hareketle cinsel dokunulmazlık adı altında cinsel özgürlükten arı bir menfaatin var olmasının düşünülemeyeceği yönündeki görüşe göre, cinsel dokunulmazlık cinsel özgürlüğün yalnızca bir yüzüdür. Bu nedenle cinsel özgürlüğün negatif yönünü ifade eden cinsel dokunulmazlık tek başına korunan hukuki yararı ifade etmeye elverişli değildir. Cinsel dokunulmazlık, olsa olsa hukuki korumanın sonucu olabilir. Ancak bilinmeyen bir nedenle kanun koyucu cinsel dokunulmazlık kavramını kullanmayı tercih etmiştir.<sup>149</sup>

Bilindiği üzere suçun hukuki konusu suçu düzenleyen norm tarafından korunan ve suç ile ihlal edilen hukuki varlık yahut menfaattir.<sup>150</sup> Mağdur çocukların cinsel özgürlükleri suçun varlığı ile çocuğun kendisine rağmen korunmaktadır.<sup>151</sup> Böylece çocuk hem dışarıya hem de kendisine karşı korunarak yaşı ya da içinde bulunduğu durum itibariyle kendisine yönelen davranışların cinsel içerikli olduğunun ayırtına dahi varamayabileceği için rızasına değer izafe edilmemiş ve cinsel davranışlarla muhatap

---

<sup>146</sup> Taner, ‘*Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*’ (n 113) 32.

<sup>147</sup> Ibid 33.

<sup>148</sup> Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen and Caner Yenidünya, *Ceza Hukuku Özel Hükümler* (11th edn, Adalet 2011) 166.

<sup>149</sup> Taner, ‘*Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*’ (n 113) 65-66.

<sup>150</sup> Nevzat Toroslu and Haluk Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım* (23rd edn, Savaş 2016) 107.

<sup>151</sup> Yener Ünver, ‘*Türk Maddi Ceza Hukukunda Cinsel Suçların Eleştirel Olarak İncelenmesi*’ in Yener Ünver (ed.) II. Türkiye-Slovenya Uluslararası Hukuk Sempozyumu “Cinsel Suçlar ve Evlilik Hukuku” (Seçkin 2014) 40; Sinan Kocaoğlu, *Yargı Kararları Işığında Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar* (TCK m.102-105) (1st edn, Yetkin 2016) 263; Yıldız (n 32) 83.

olması engellenmiştir. Zira çocuk erken cinsel deneyimden korunmalı ve çocuğun engelsiz cinsel gelişimi sağlanmalıdır.<sup>152</sup>

Gerçekten de, rıza açıklamaya ehil olmayan çocuklar yönünden kanun koyucu dengelenmesi güç iki menfaat arasında kalmaktadır. Bunlardan biri cinsel olgunluğa ulaşmayan çocuğun cinsel özgürlüğünün negatif yönünü teşkil eden cinsel dokunulmazlığını mutlak suretle korumak; diğeri ise çocuğun cinselliğini yaşama hakkını belli durumlara göre güvence altına almaktır. Kanun koyucu, bir yandan çocuğun cinsel dokunulmazlığını korumaya çabalarken öte yandan onun cinsel alanına tanıdığı serbesti ile uzlaşmacı bir yol bulmak için uğraşmaktadır.<sup>153</sup>

### 4.3 Suçun Maddi Konusu

Suçun maddi konusu, davranışın üzerinde işlendiği doğal varlık, yani insan ya da şeydir. Fakat buradan anlaşılması gereken davranışın somut biçimde üzerinde gerçekleştirildiği her insan ya da şey değil, yalnızca suç yaratan normda yer alan tanımda ifade edilen insan ya da şey olmasıdır.<sup>154</sup> Çocukların cinsel istismarı suçunun maddi konusu, suçun adından da anlaşılacağı üzere “*çocuk*”tur.<sup>155</sup>

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ile çocuk “*henüz on sekiz yaşını doldurmamış kişi*” olarak tanımlanmıştır (m.6/1-b). Çocuk kavramını çalışmanın “*Kavramsal Çerçeve*” başlıklı ikinci bölümünde aktardığımızdan tekerrüre mahal vermemek adına yenilemiyoruz.

---

<sup>152</sup> Kocaoğlu (n 152) 263; Taner, ‘*Çözüm Önerisi*’ (n 142) 287; Gökhan Taneri, Cinsel Suçlar (2nd edn, Bilge Yayınevi 2015) 105; Hamza Küskü, Çocukların Cinsel İstismarı Suçunun Nitelikli Hali (1st edn, Adalet Yayınevi 2020) 28.

<sup>153</sup> Taner, ‘*Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*’ (n 113) 287.

<sup>154</sup> Toroslu and Toroslu (n 151) 108.

<sup>155</sup> Denizhan Horozgil, ‘*Çocukların Cinsel İstismarı Suçunun Basit Şekli (TCK m. 103/1)*’ in Özlem Bilgilioğlu (ed), (2011) 23(93) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 108, 114; Taner, ‘*Çözüm Önerisi*’ (n 142) 290; Taneri (n 153) 105.

#### 4.4 Mağdur

Cinsel istismar suçunun mağduru cinsiyetine bakılmaksızın çocuktur.<sup>156</sup> Pasif süje olan mağdur ile suçun maddi konusu kavramsal olarak her durumda örtüşmüyor olsa da, maddi konunun birey olduğu durumlarda iki kavramın örtüştüğü görülmektedir.<sup>157</sup> Cinsel istismar suçunun maddi konusu birey, yani çocuk olduğundan maddi konu ile mağdur kavramları örtüşmektedir.<sup>158</sup>

Suçun mağduru bakımından cinsiyet ayrımı yapmayan kanun koyucu, istismar suçu mağduru çocuğun yaşı bakımından ayrıma gitmiştir. Buna göre, çocuklar, onbeş yaşını tamamlamamış veya onbeş yaşını tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olanlar (m. 103/1-a) ve onbeş yaşını tamamlamış olup fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmiş olanlar (m. 103/1-b) şeklinde gruplandırılmıştır. Dolayısıyla, 15-18 yaş grubunda olan çocuklar bakımından fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmiş olan çocuklar ve gelişmemiş olan çocuklar şeklinde ikili bir ayrıma gidilmiştir.

Kanun koyucunun yaşa göre tasnifinin temel sebebi, çocukların rızasına bir önem atfetmemiş olmasındandır. Farklı bir ifadeyle, onbeş yaşını doldurmamış veya onbeş yaşını doldurmuş olmakla birlikte kendisine yönelik gerçekleştirilen fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş çocukların rızaları dahilinde birtakım cinsel davranışların gerçekleşmesi halinde, bu rıza geçersiz sayılacağından TCK m.103'te düzenlenen çocukların cinsel istismarın suçu vücut bulacaktır.<sup>159</sup> Yargıtay,

---

<sup>156</sup> Ağcaoğlu (n 3) 89; Savaşçı (n 26) 43; Göral (n 14) 17; İbrahim Üzülmez, 'Çocukların Cinsel İstismarı Suçu' in Cengiz Gül, Burak Adıgüzel, Ertuğrul Yuvalı, Müzeyyen Eroğlu Durkal, Ahmet Hulusi Akkaş and Şükran Akgün (eds) (2009) 4 (2) Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 25, 29; Taşkın (n 27) 86; Ozan Yücel Ünlü, 'Çocukların Cinsel İstismarı Suçu ve Katrasyon' in Ramazan Yücel (ed) (2017) 5 (2) Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 75, 89; Horozgil (n 156) 115; İştin (n 134) 143; Doğukan Nişancı, '6545 Sayılı Kanun İle Getirilen Yenilikler Işığında 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Çocukların Cinsel İstismarı Suçu' in Özlem Bilgilioğlu (ed) (2015) 28 (120) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 209, 215; Küskü (n 153) 32.

<sup>157</sup> Toroslu and Toroslu (n 151) 114.

<sup>158</sup> Horozgil (n 156) 115.

<sup>159</sup> Şare (n 108) 993; Dilay Tüysüz, 'Çocukların Cinsel İstismar Suçu'(Ulusal Tez Merkezi, 2021) <<http://acikerisim.antalya.edu.tr/bitstream/handle/20.500.12566/927/%c3%87ocuklar%c4%b1n%20cinsel%20istismar%c4%b1%20su%c3%a7u?sequence=3&isAllowed=y>> Erişim Tarihi 28 September 2022.

onbeş yaşından küçük çocukların maruz kaldıkları fiile rıza gösteremeyeceklerini kabul ederek suçu mefruz cebirle işlenmiş saymakta ve cebrin varlığını kabul etmektedir.<sup>160</sup>

Cinsel davranışların üzerinde gerçekleştirildiği bir ölüyse, failin kişinin hatırasına hakaret (TCK m.130) suçundan sorumluluğu doğacaktır.<sup>161</sup>

#### **4.4.1 Fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği kavramına ilişkin eleştiriler**

Onbeş yaşını doldurmuş olup kendisine yönelik gerçekleştirilen fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmiş olan çocuklara karşı cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak yapılan cinsel davranışlar da cinsel istismar suçunu oluşturacaktır.<sup>162</sup> Zira bu noktada rızadan bahsedilmesi mümkün değildir.<sup>163</sup>

Onbeş yaşını doldurmuş ve kendisine yönelik gerçekleştirilen fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmiş olan çocukların cinsel davranışa rızalarının bulunması halinde cinsel özgürlükleri sınırlı olarak tanındığından TCK m.103'te yer alan cinsel istismar suçu değil, TCK m.104'te yer alan reşit olmayanla cinsel ilişki suçu vücut bulacaktır.<sup>164</sup> Bununla birlikte, bu çocukların kendi rızaları dahilinde cinsel birlikteliğe varmayan cinsel deneyimleri ise herhangi bir suç teşkil etmemektedir.<sup>165</sup>

Burada değinilmesi gereken bir diğer önemli husus, fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğinin gelişmemiş olmasının ne anlam ifade ettiğidir. 5237 sayılı TCK'da fail açısından, failin algılama yeteneğini ortadan kaldıran ya da azaltan

---

<sup>160</sup> Yargıtay'ın bu konuda verdiği bir kararda "5237 sayılı TCK'nın 103/1-a maddelerinde mefruz cebirin unsur olarak yer almasına ve aynı yasanın 103/4. maddesinin ise yalnızca maddi cebiri ifade etmesine göre; olayda maddi cebirin gerçekleşip gerçekleşmediğinin gerekçeleri karar yerinde gösterilip tartışılmadan TCK'nın 103/4. maddesi ile artırım yapılması bozmayı gerektirmiştir." denilmiştir. Karar için Bkz. Yargıtay 5.CD, 19127/339, 03.01.2006.

<sup>161</sup> Seçgin (n 84) 124.

<sup>162</sup> Herkesecan (n 16) 39; Ebru Altaş, 'Çocukların Cinsel İstismar Suçu'(Ulusal Tez Merkezi, 2009) < <http://acikerisim.deu.edu.tr:8080/xmlui/bitstream/handle/20.500.12397/11056/239113.pdf?sequence=1> > Erişim Tarihi 24 September 2022.

<sup>163</sup> Pınar Memiş Kartal, Türk Ceza Hukukunda Çocukların Cinsel İstismarı (1st edn, Der Yayınları 2014) 145.

<sup>164</sup> Seçgin (n 84) 67; Savaşçı (n 26) 45.

<sup>165</sup> İşten (n 134) 144; Tüysüz (n 160) 28.

nedenler olarak 31.maddede “yaş küçüklüğü” , 32.maddede “akıl hastalığı”, 33.maddede “sağır ve dilsizlik” hükümleri sayılmıştır.<sup>166</sup> Fakat yaş küçüklüğünün cinsel istismar suçu bakımından algılama yeteneğinin gelişmesini engelleyen sebep olarak kabulü mümkün değildir. Zira Kanun zaten 15 yaşından küçük çocukların algılama yeteneğinin gelişmediğini aksi ispat edilemez bir karine olarak kabul etmiştir.<sup>167</sup> Bu nedenle, mağdurun algılama yeteneğinin gelişmesini engelleyen nedenlerin akıl hastalığı ile sağır ve dilsizlik olduğu kabul edilmelidir.<sup>168</sup> Akıl hastalığı bakımından, mağdurun cinsel davranışı algılama yeteneğinin bulunmadığı otomatik olarak kabul edilmemelidir. Bu durumda, objektif yönden hastalığın durumu ile mağdurun subjektif durumunun olaya göre değerlendirilmesi gerekir.<sup>169</sup>

Kanun lafzında “hukuki” ibaresinin yer alması doktrinde isabetli olarak eleştiri konusu olmuştur.<sup>170</sup> Bu görüşe göre, suç mağduru çocuğun fiilin hukuki anlamını değil, kendisine karşı yapılan cinsel içerikli bir davranışın anlamını ve sonucunu algılayabilir olması aranmalıdır. Başka bir deyişle, bu unsurdan anlaşılması gereken, çocuğun kendisine yönelen “cinsel davranışları” anlama ve bunların sonuçlarını algılama yeteneğinin bulunup bulunmadığıdır. Mağdur çocuğun iradeyi etkileyen cebrin, tehdidin, hilenin, rızanın veya diğer sebeplerin hukuki anlamlarını bilmesine mahal yoktur.<sup>171</sup> Aksinin kabulü halinde mağdura, fiilin hukuki niteliğini ve sonuçlarını bilmesi gibi bir yükümlülük yüklenecektir.<sup>172</sup>

Yargıtay’ın bazı kararlarında Kanundaki ibareyle paralel olarak “*fiili hukuki anlam ve sonuçlarını algılayabilme*” ifadesi kullanılmışken,<sup>173</sup> bazı kararlarında ise “*fiilin (ahlaki) kötülüğünü idrak edemeyecek durumda olma*”<sup>174</sup> veya “*fiilin anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği*”<sup>175</sup> şeklinde ifadeler kullanılmıştır. Bu nedenle konuyla

---

<sup>166</sup> Suat Çalışkan, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar ve Cinsel Amaçlı Hürriyetten Yoksun Kılma Suçu (1st edn, Adalet 2013) 88; Savaşçı (n 26) 49; Altaş (n 163) 13; Seçgin (n 84) 71.

<sup>167</sup> Horozgil (n 156) 124; Altaş (n 163) 13; Savaşçı (n 26) 49.

<sup>168</sup> Tezcan, Erdem and Önok (n 144) 461; Altaş (n 163) 13.

<sup>169</sup> Tezcan, Erdem and Önok (n 144) 461.

<sup>170</sup> Şen (n 114) 398.

<sup>171</sup> Tezcan, Erdem and Önok (n 144) 461; Şen (n 114) 398; Horozgil (n 156) 124; Nişancı (n 157) 217.

<sup>172</sup> Altaş (n 163) 13. Aksi görüş için Bkz. Taner, ‘*Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*’ (n 113) 270.

<sup>173</sup> Yargıtay 5. CD, 463/3140, 16.03.2009; Yargıtay 14. CD, 3900/7731, 05.07.2012.

<sup>174</sup> Yargıtay 5. CD, 14544/3539, 07.01.2015.

<sup>175</sup> Yargıtay 5. CD, 11527/592, 05.02.2007.

ilgili verilen kararlara bakıldığında Yargıtay'ın içtihat yeknesaklığı bulunmadığını söylemek mümkündür.<sup>176</sup>

Mağdurun algılama yeteneğinin bulunup bulunmadığının belirlenmesi, suçun unsurlarının, yapılacak uygulamaların ve lehe kanun değerlendirmelerinin ele alınabilmesi açısından son derece mühimdir.<sup>177</sup> Bu hususta eksik değerlendirme yapılması bozma sebebi teşkil etmektedir.<sup>178</sup> Mağdurun kendisine yönelen cinsel davranışın anlamını ve sonucunu algılama yeteneğinin bulunup bulunmadığı tam teşekküllü sağlık kuruluşundan uzman hekim raporu alınması ile mahkemece tespit edilmelidir. Duraksama halinde Adli Tıp Kurumu ilgili ihtisas dairesi tarafından rapor alınarak mağdurun durumu bu sonuca göre değerlendirilmelidir.<sup>179</sup> Doktrinde, mahkemenin, algılama yeteneğinin gelişip gelişmediğini her durumda mı araştırmak zorunda olduğu, yoksa sadece bu yönde bir itiraz varsa mı bu hususun irdelenmesi gerektiği tartışılmıştır. Bir görüşe göre, mahkeme yargılama sırasında gerek görürse veya Cumhuriyet savcısı ya da sanıktan bu yönde bir itirazın gelmesi halinde mağduru adli tıpa sevk ederek algılama yeteneğinin gelişip gelişmediğine ilişkin rapor aldırılmalıdır.<sup>180</sup> Bizim de katıldığımız aksi görüşe göre, buna yönelik araştırma talebe bağlı olmaksızın re'sen yapılmalıdır.<sup>181</sup> Zira doğrudan cezaya etki eden bu hususun sadece taleple araştırılması, taraflarca ileri sürülmeyen ancak onbeş yaşını tamamlamakla birlikte algılama yeteneği gelişmeyen çocuğun suçun mağduru olduğu durumda rızasına değer atfedilmesi tehlikesini meydana getirecektir.

---

<sup>176</sup> Nişancı (n 157) 217.

<sup>177</sup> Savaşçı (n 26) 49; Horozgil (n 156) 125.

<sup>178</sup> “...raporlar arasında önemli farklılıklar bulunduğu, bu hususların suçların kabulü halinde unsurlarına, yapılacak uygulamalara ve lehe kanun değerlendirmesinde verilecek cezaya çok önemli etkisinin olduğu nazara alınarak dosya ile birlikte mağdurenin Adli Tıp Kurumu Genel Kuruluna sevki sağlanarak raporlar arasında çelişki giderilip küçük mağdurenin akıl hastalığı sebebiyle suç tarihinde maruz kaldığı” Karar için Bkz. Yargıtay 5. CD, 12751/3944, 24.05.2007. Benzer yönde “24. 07. 1991 doğumlu olduğundan 22. 08. 2006 suç tarihinde 15 yaş 28 günlük olan mağdur Y. Ç'nin fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmiş çocuklardan olup olmadığının uzman hekim raporu ile saptanıp sonucuna göre 5237 Sayılı Yasa'nın 103. maddesinin hangi bendindeki çocuklardan sayılacağı kesin olarak belirlenmesi yerine, mağdurun sanığa karşı “sen homoseksüel misin?” şeklindeki sorusundan onun algılama yeteneğinin geliştiği sonucunun çıkarılması suretiyle eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm kurulması yasaya aykırıdır” Bkz. Yargıtay 5. CD, 3130/3652, 15.05.2007.

<sup>179</sup> Horozgil (n 156) 125.

<sup>180</sup> Altaş (n 163) 13.

<sup>181</sup> Şen (n 114) 396.

Bununla birlikte, mağdurun gerçek yaşının tespiti de son derece önemlidir. Mahkeme, mağdurun nüfus kayıt örneğini dosyaya eklemelidir.<sup>182</sup> Mağdurun nüfusa kayıtlı olmaması halinde öncelikle bilimsel olarak yaşı belirlenerek nüfusa tescili sağlanmalıdır.<sup>183</sup>

#### 4.4.2 Suçun eşe karşı işlenip işlenemeyeceği sorunu

Bilindiği üzere, Türk Medeni Kanunu yasal temsilcinin izni ile 17 yaşında; olağanüstü hallerin varlığı halinde ise hakim kararıyla 16 yaşında evlenmeye cevaz vermektedir.<sup>184</sup> Bununla birlikte yine aynı Kanunun 11.maddesinde evlenmenin kişiyi ergin kılacağı hüküm altına alınmıştır. Buna karşılık, TCK'nın m.6/1-b maddesi uyarınca 18 yaşını doldurmamış herkes çocuktur. Yine aynı şekilde Çocuk Koruma Kanunu m.3 uyarınca “*Daha erken yaşta ergin olsa bile, onsekiz yaşını doldurmamış kişi*” çocuk kabul edilmektedir.

Tartışmaya değinmeden evvel belirtmek gerekir ki, 16-17 yaşlarındaki çocukların rızaları dahilinde eşleriyle cinsel ilişkiye girmeleri halinde cinsel istismar suçunun değil, reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun (TCK m.104) mevcudiyeti tartışılmalıdır.<sup>185</sup> Bir görüşe göre, reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun mağduru 15 yaşını tamamlayan çocuktur. Her ne kadar madde başlığında “reşit olmayan” ifadesi geçmiş olsa dahi, başlık metne dahil kabul edilmeyeceğinden ve madde metninde de çocuğun reşit olmamasıyla ilgili herhangi bir tespit yapılmadığından 16 veya 17 yaşında evlenen çocuk bu suçun mağduru olabilir. Fakat bu görüşe göre, evlilik birliği içerisinde eşler rızaları dahilinde cinsel ilişkide bulunabileceğinden bu durum hakkın kullanılması olarak kabul edilecek ve davranış hukuka uygun sayılacaktır. Eylem tipik olsa da hukuka aykırı değildir.<sup>186</sup> Bu görüş, evli kişilerin birbirleri ile cinsel ilişkiye girmelerini

---

<sup>182</sup> “Suçun niteliğine etkisi bakımından mağdurun nüfus idaresinden onaylı nüfus kayıt örneğinin getirilmesi gerektiğinin düşünülmemesi” Yargıtay 5.CD, 13595/1963, 15.03.2007.

<sup>183</sup> Savaşçı (n 26) 50.

<sup>184</sup> “Madde 124- Erkek veya kadın onyediyi yaşını doldurmadıkça evlenemez. Ancak, hâkim olağanüstü durumlarda ve pek önemli bir sebeple onaltı yaşını doldurmuş olan erkek veya kadının evlenmesine izin verebilir. Olanak bulundukça karardan önce ana ve baba veya vasi dinlenir.”

<sup>185</sup> Nurullah Kantarcı, ‘Cinsel İstismar Suçunun Eşe Karşı İşlenip İşlenemeyeceği Sorunu’ in Veli Özer Özbek (ed) (2017) 12 (33) Ceza Hukuku Dergisi 151, 159 dn. 36 (‘Cinsel İstismar Suçu’).

<sup>186</sup> Tartışmaya ilişkin Bkz. Nurullah Kantarcı, Türk Ceza Hukukunda Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu (1st edn, Legal Yayıncılık 2016) 131 vd.



gerektiren bağlayıcı rızadan söz edilemeyeceği, bu nedenle “hakkın kullanılması” şeklindeki hukuka uygunluk nedenine dayanmanın mümkün olmadığı gerekçesiyle eleştirilmiştir.<sup>187</sup>

Eşi tarafından cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak, yani rızası hilafına cinsel davranışlara maruz kalan çocuğun hangi hüküm kapsamında korunacağı ise doktrinde tartışmalıdır. Zira, TCK m.102/2 eşler arasında rızaya dayalı olmadan gerçekleşen cinsel saldırı suçunu düzenlenmiştir. Bu hükme göre:

*Fiilin vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi durumunda, on iki yıldan az olmamak üzere hapis cezasına hükmolunur. Bu fiilin eşe karşı işlenmesi hâlinde, soruşturma ve kovuşturmanın yapılması mağdurun şikâyetine bağlıdır.*

TMK m.124'e göre evlilik ile reşit olan çocuğun hukuki statüsündeki bu değişimin meydana gelen suçun tasnifini etkileyip etkilemeyeceği tartışılmıştır. Bu halde çocuk, evlenmeyle reşit olduğundan TCK m.102/2 uyarınca cinsel saldırı suçunun mu, yoksa yaşı gereği cinsel istismar suçunun (TCK m.103) mu mağduru olacaktır?

Bir görüşe göre, ergin kılınma durumu, ceza hukuku açısından değil de medenî hukuk açısından mühimdir. Buna göre, kanun koyucunun evlilik birliği içinde gerçekleşen cinsel istismarı hüküm altına alırken korumak istediği hukuki yararlarından birinin “aile birliğini korumak” olduğu, bu nedenle onsekiz yaşını doldurmamış ancak evlilikle reşit olmuş mağdur çocuk bakımından TCK m.102/2'nin uygulanması gerektiği ifade edilmiştir.<sup>188</sup> Ancak on sekiz yaşından küçük olan mağdura karşı eşi dışında üçüncü kişiler tarafından gerçekleştirilen her türlü cinsel davranış bakımından TCK m.103 uygulama alanı bulacaktır.<sup>189</sup>

TCK m.102'nin uygulanması gerektiğini ifade eden bir diğer görüşe göre ise evlilik kişiyi ergin kılacağından eşi tarafından çocuğa yönelik gerçekleştirilen cinsel davranışlar m.102 kapsamında ele alınmalıdır. Yine bu görüşe göre, evliliğin

---

<sup>187</sup> Şare (n 108) 996.

<sup>188</sup> Taner, ‘Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar’ (n 113) 161; Horozgil (n 156) 116; Göral (n 14) 22.

<sup>189</sup> Savaşçı (n 26) 69-70; Taner, ‘Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar’ (n 113) 161.

olağanüstü haller çerçevesinde 16 yaşında gerçekleşmiş olması da önem arz etmemektedir.<sup>190</sup>

Doktrindeki diğer bir görüşe göre ise cinsel istismar suçunun mağdurun yaşı esas alınarak düzenlendiği ve on sekiz yaş altındaki çocuğa karşı rızası hilafına cinsel davranışlarda bulunulması halinde TCK m.103'ün uygulanması gerektiği belirtilmektedir.<sup>191</sup> Buna göre, her kanunun amacı birbirinden farklı olduğundan kanun koyucunun koyduğu normları kendi içinde ayrıca ve amaca uygun şekilde değerlendirmek gerektiği ifade edilmiştir.<sup>192</sup> Böylece, çocuğun eşinin, rıza hilafına çocuk üzerinde gerçekleştirdiği cinsel davranışlar bakımından failerin farklı kanun hükümleri çerçevesinde yargılanmasının da önüne geçilecektir.<sup>193</sup> Bu görüş, aynı nitelikteki davranışın TCK m.102/2'de eşler arasında işlenmesi halini şikayete tabi tutan düzenleme karşısında TCK m.103'ün re'sen soruşturulduğu ve bu durumun bilhassa çocuk eşler aleyhine eşitsizlik yarattığı gerekçesiyle eleştirilmektedir.<sup>194</sup>

Anayasa Mahkemesi tarafından konuyla ilgili verilen bir kararda aşağıdaki hususlara değinilmek suretiyle TCK m.102'nin vücut bulacağı belirtilmiştir.<sup>195</sup>

*Türk Medeni Kanunu'nun konuya ilişkin hükümleri incelendiğinde, Türk Ceza Kanunu'nda benimsenen ve henüz onsekiz yaşını doldurmamış kişilerin çocuk olarak tanımlanması yolundaki yaklaşımın bir benzerinin kabul edildiği ve onsekiz yaşını dolduran her kişinin ergin sayıldığı ve evlenmenin kişiyi ergin kılacağına hükme bağlandığı görülmektedir. Yine Türk Medeni Kanunu'nda, erkek veya kadının onyediyi yaşını doldurmadıkça evlenemeyeceği, ancak olağanüstü durumlarda ve pek önemli bir sebeple onaltı yaşını doldurmuş olan erkek veya kadının evlenmesine hâkimin izin verebileceği belirtilmiştir. Bu anlamda, kişinin onsekiz yaşını doldurmadan önce evlenebilmesinin koşullarının Türk Medeni Kanunu'nda düzenlendiği ve buna uygun olarak gerçekleşen evlilikler yönünden itiraz konusu kuralda öngörülen suçun işlenebilmesinin mümkün olmadığı açıktır. Kaldı ki evli kişilerin cinsel davranışlarla eşlerinin vücut dokunulmazlığını ihlâl etmesi, Türk Ceza Kanununun 102. maddesinde, takibi şikayete bağlı olan ayrı bir suç olarak öngörülmüştür.*

<sup>190</sup> Doğan Soyaslan, Ceza Hukuku Özel Hükümler (10th edn, Yetkin Yayıncılık 2014) 252; İştin (n 134) 150; Taşkın (n 27) 86.

<sup>191</sup> Tezcan, Erdem and Önok (n 144) 463-464; Yenerer Çakmut (n 21) 44; Horozgil (n 156) 116; Kantarcı, 'Cinsel İstismar Suçu' (186) 168 vd.; Herkesecan (n 16) 38; Ünlü (n 157) 89.

<sup>192</sup>Tüysüz (n 160) 27.

<sup>193</sup> Memiş Kartal (n 164) 148; Nişancı (n 157) 222.

<sup>194</sup>Taşkın (n 27) 86.

<sup>195</sup> Anayasa Mahkemesi, 43/101, 12.11.2015, p.23

Yargıtay, on sekiz yaşından önce reşit olmuş kişilerin halen “çocuk” sıfatını koruduğunu belirtse de, bu çocuklara karşı eşleri tarafından rızaları hilafına organ ya da sair cisim sokma davranışının gerçekleştirilmesi halinde TCK m.102/2'nin uygulama alanı bulacağını kararlarında belirtmiştir.<sup>196</sup>

Kanımızca, eşler arasında rıza hilafına organ ya da sair bir cisim sokmak suretiyle gerçekleşen cinsel davranışı cezalandıran hükmün varlığı nedeniyle TCK m.102/2 uygulama alanı bulacaktır. Belirtilen hükümde soruşturma ve kovuşturmanın şikayete bağlı olarak yapılması gözetildiğinde aile birliğini koruma amacına hizmet edilecek ve böylece m.103'te re'sen soruşturma ve kovuşturmaya bağlı olarak ortaya çıkan eşitsizlik durumunun önüne geçilecektir. Fakat TCK'nın 102.maddesinin yalnızca organ ya da sair bir cisim sokmak suretiyle işlenmesini düzenleyen hükmün varlığı ile<sup>197</sup> cinsel istismar kavramına dahil olan cinsel davranışların organ ya da sair bir cisim sokmakla sınırlı olmadığı hususu ve TCK ve ÇKK'nın çocuk tanımına ilişkin hükümleri göz önüne alındığında, tartışmaların giderilmesi için cinsel istismar suçunun eşler arasında işlenmesi halini düzenleyen ayrı bir norm düzenlemesine gidilmesi önem arz etmektedir.

#### 4.5 Fail

Fail, Kanuni tanıtmda yer alan suçtu icra eden kadın veya erkek herkes olabilir. Fail ve mağdur farklı cinsten olabilecekleri gibi aynı cinsten de olabilirler. Failin ergin

---

<sup>196</sup> “Cinsel istismar suçunun, cinsel saldırı suçundan farklı olarak düzenlenmesi amacının sadece ve sadece mağdurun yaşı olduğu anlaşılmaktadır. Çünkü gerekçede aynen “erişkin kişilere karşı işlenen fiiller açısından cinsel saldırı ifadesi kullanılmasına rağmen, çocuklar açısından cinsel istismar ifadesi kullanılmıştır” denilmektedir. Buradan da her iki suç düzenlenirken mağdurun yaşının on sekizden büyük olması durumunda cinsel saldırı, on sekiz yaşından küçük olması -102.maddenin ikinci fıkrasının ikinci cümlesindeki eylemin on sekiz yaşından küçük olan eşe karşı işlenmesi ihtimali hariç olmak üzere- durumunda da cinsel istismar suçu olarak düzenleme yapıldığı anlaşılmaktadır.” Yargıtay 14. CD, 3380/2793, 22.03.2016. Aynı yönde Bkz. Yargıtay 14. CD, 582/14622, 22.12.2014.

<sup>197</sup> “...eşe karşı işlenen cinsel suçlarda cinsel saldırının sadece nitelikli halinin TCK m.102/2'nin ikinci cümlesinde şikayete tabi suç olarak düzenlenmesi, cinsel saldırı suçunun basit halinin eşe karşı işlenmesinin ise suç olarak düzenlenmemesi karşısında, olay tarihinde mağdure ile resmi evli olan sanığın eşinin rızası hilafına onu kendisine doğru çekerek sarılıp öpmesi şeklindeki eyleminin TCK m.102/1'de düzenlenen suçu oluşturmadığı gözetilmeden sanığın mahkumiyetine karar verilmesi” Yargıtay 14. CD, 4276/1689, 13.02.2014.

olabilmesi mümkün olduğu gibi çocuk olması da mümkündür.<sup>198</sup> Ancak fail, 12 yaşını doldurmayan bir çocuksa TCK m.31/1 uyarınca cezai sorumluluğunun bulunmadığının kabulü gerekir.<sup>199</sup>

Cinsel davranışta bulunanların her ikisinin de çocuk olduğu bir durumda hangisinin fail hangisinin mağdur kabul edileceği ise doktrinde tartışma konusudur. Mağdur açısından Kanunun düzenlediği yaş kıstasının fail için de öngörülmemesi tartışmalara sebebiyet vermiştir.<sup>200</sup> Bu halde suçun mağduru ile faili birbirine karışmakta ve bu durum uygulamada çoğu zaman kamu vicdanını yaralayan kararlar verilmesine neden olmaktadır.<sup>201</sup> Öte yandan, her iki çocuğun da 14 yaşında olması halinde faile verilecek ceza ile 30 yaşında olan faile verilecek ceza arasında bir fark gözetilmemesi hakkaniyet duygusunu zedelemektedir.<sup>202</sup>

Her iki çocuğun da onbeş yaşını tamamlamamış olmaları halinde birbirleri arasında rıza dahilinde gerçekleşen cinsel davranışların cinsel istismar suçuna vücut verip vermeyeceği hususunda Kanununda hüküm bulunmamaktadır. Bu menfi durum 6545 sayılı Kanunla yapılan değişiklik ile de giderilmiş değildir.<sup>203</sup>

Bir görüşe göre, onbeş yaşını tamamlamayan çocukların cinsel davranışlarda bulunması halinde her iki çocuk da hem fail hem mağdur olacaktır.<sup>204</sup> Ancak bu durumda istismar edilen çocuğun aynı zamanda istismar eden çocuk olduğu temel ceza hukuku prensiplerine aykırı bir durum ortaya çıkmaktadır.<sup>205</sup> Bir diğer görüşe göre, bu suçun faili diğerini cinsel davranışta bulunmaya ikna eden taraftır.<sup>206</sup> Ancak bu görüş de, çocuklardan hangisinin ikna ettiğine yönelik yapılacak tespit in zorluk arz edeceği

---

<sup>198</sup> Taşkın (n 27) 86; Üzülmez (n 157) 29; Ünlü (n 157) 87; Horozgil (n 156) 114; İşt en (n 134) 142-143; Taner, 'Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar' (n 113) 277; Nişancı (n 157) 215; Savaşçı (n 26) 37; Herkesecan (n 16) 37; Altaş (n 163) 9; Tüysüz (n 160) 24; Seçgin (n 84) 61; Göral (n 14) 15; Ağcaoğlu (n 3) 88; Yıldız (n 32) 83; Ahmet Ceylani Tuğrul, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar ve Enstet İlişkiler (2nd edn, Adalet 2013) 251.

<sup>199</sup> Taşkın (n 27) 86. TCK m.31/1 "Fiili işlediği sırada oniki yaşını doldurmamış olan çocukların ceza sorumluluğu yoktur. Bu kişiler hakkında, ceza kovuşturması yapılamaz; ancak, çocuklara özgü güvenlik tedbirleri uygulanabilir." hükmünü amirdir.

<sup>200</sup> Horozgil (n 156) 118-119.

<sup>201</sup> Herkesecan (n 16) 37.

<sup>202</sup> Ünlü (n 157) 88.

<sup>203</sup> Ibid.

<sup>204</sup> Soyaslan (n 191) 252-253.

<sup>205</sup> Taner, 'Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar' (n 113) 309; Nişancı (n 157) 224.

<sup>206</sup> İsmail Malkoç, Yeni Türk Ceza Kanununda Cinsel Saldırı Suçları (1st edn, Malkoç Kitabevi 2005) 307.

gerekçesiyle eleştirilmektedir.<sup>207</sup> Konu hakkındaki farklı bir görüşte ise isnat bakımından TCK m.31 dikkate alınarak yaş gruplarına göre düzenleme yapılması gerektiği belirtilmektedir.<sup>208</sup> Yine bir diğer görüşe göre, her iki çocuğun da onbeş yaşını tamamlamadığı hallerde failin tespitinin zorluğu ve fail olarak tespit edilen çocuğun ağır cezayla karşı karşıya kalacağı gözetilerek cezalandırma yapılmaması gerektiğidir.<sup>209</sup> Bizim de katıldığımız görüşe göre, sorunun çözümü mevcut düzenlemelerle mümkün değildir. Çözüm için onbeş yaşını tamamlamayan çocuklar yönünden birbirleri arasında gerçekleşen cinsel davranışları düzenleyen hükmün TCK'ya eklenmesi gerekmektedir.<sup>210</sup>

## 4.6 Suçun Unsurları

Her suç gibi cinsel istismar suçu da maddi ve manevi olmak üzere iki unsurdan oluşur.<sup>211</sup>

### 4.6.1 Maddi unsur

TCK m.103/1'de çocuğun cinsel yönden istismar edilmesi; m.103/2'de ise cinsel istismarın vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi düzenlenmiştir. Suça vücut veren davranışın çocuk üzerinde gerçekleştirilmesi 1.fıkraya göre suçun basit halini; 2.fıkraya göre nitelikli halini teşkil ettiğinden çalışmamızda maddi unsur yönünden suçu “basit cinsel istismar bakımından” ve “nitelikli cinsel istismar bakımından” olarak iki ayrı bölümde inceleyeceğiz.

#### 4.6.1.1 Basit cinsel istismar suçu bakımından (TCK m.103/1)

TCK m.103/1 aşağıdaki hükmü amirdir:

---

<sup>207</sup> Memiş Kartal (n 164) 158.

<sup>208</sup> Taner, ‘Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar’ (n 113) 289.

<sup>209</sup> Nişancı (n 157) 224.

<sup>210</sup> Memiş Kartal (n 164) 158; Tuba Kelep Pekmez, ‘Suçla Korunan Hukuki Değer Çerçevesinde Çocuklar Arasında Gerçekleşen Rızaya Dayalı Cinsel İlişkinin Cezalandırılabilirliği Sorunu’ in Esra Hamamcıoğlu, Özge Uzun Kazmacı, Aysun Altunkaş, Murat Ceyhan and Argun Karamanlıoğlu (eds) (2020) 8 (2) Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 179, 192.

<sup>211</sup>Toroslu and Toroslu (n 151) 303.

(1) *Çocuğu cinsel yönden istismar eden kişi, sekiz yıldan on beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Cinsel istismarın sarkıntılık düzeyinde kalması hâlinde üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. Mağdurun on iki yaşını tamamlamamış olması hâlinde verilecek ceza, istismar durumunda on yıldan, sarkıntılık durumunda beş yıldan az olamaz. Sarkıntılık düzeyinde kalmış suçun failinin çocuk olması hâlinde soruşturma ve kovuşturma yapılması mağdurun, velisinin veya vasisinin şikâyetine bağlıdır. Cinsel istismar deyiminden*

a) *On beş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte filin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan çocuklara karşı gerçekleştirilen her türlü cinsel davranış,*

b) *Diğer çocuklara karşı sadece cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilen cinsel davranışlar, anlaşılır.*

Maddede cinsel istismar deyiminden ne anlaşılması gerektiği a ve b bentlerinde açıklanmıştır. Buna göre, onbeş yaşını tamamlamamış veya onbeş yaşını tamamlamış olmakla birlikte kendisine karşı gerçekleştirilen cinsel davranışı algılama kabiliyeti gelişmemiş çocuklara gerçekleştirilen “*cinsel davranış*” ile onbeş yaşını tamamlamış ancak kendilerine karşı gerçekleştirilen cinsel davranışı algılama yeteneği gelişmiş çocuklara karşı cebir, tehdit, hile ve iradeyi etkileyen başka bir sebebe dayalı olarak gerçekleştirilen “*cinsel davranışlar*” cinsel istismar sayılır.

#### **4.6.1.1.1 Cinsel istismar - cinsel taciz ilişkisi**

Düzenlemeye ilişkin tartışmaların ilki “*cinsel davranış*” ifadesinden ne anlaşılması gerektiğinin maddede düzenlenmemiş olmasına ilişkindir. Zira, çocuk üzerinde gerçekleştirilen cinsel davranışların vücut dokunulmazlığını ihlal etmesinin gerekip gerekmediği, şayet gerekiyorsa bu ihlalden neyin anlaşılması gerektiği, bu hususta cinsel taciz suçunun uygulama alanının sınırlarının ne olduğu muğlak bırakılmıştır.<sup>212</sup> Bu durum kanunilik ilkesi bakımından doktrinde tartışmalara sebebiyet vermiştir.

---

<sup>212</sup> Nevzat Toroslu and Yüksel Ersoy, ‘*Kanunlaşmaması Gereken Bir Tasarı*’ (2004) Türkiye Barolar Birliği Türk Ceza Kanunu Reformu, Makaleler, Görüşler, Raporlar 2. Kitap < [http://tbbyayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/tck\\_reformu2.pdf](http://tbbyayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/tck_reformu2.pdf)> 23 September 2022; Duygun Yarsuvat, Köksal Bayraktar, Necmi Yüzbaşıoğlu, Eylem Aksoy, Pınar Memiş, Gülşah Kurt and Çağla Tansuğ, ‘*Türk Cez Kanunu Tasarısı Hakkında Galatsaray Üniversitesi’nin Görüşü*’ (2004) Türkiye Barolar Birliği Türk Ceza Kanunu Reformu, Makaleler, Görüşler, Raporlar 2. Kitap < [http://tbbyayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/tck\\_reformu2.pdf](http://tbbyayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/tck_reformu2.pdf)> 23 September 2022; Mehmet Emin

6545 sayılı Kanunla yapılan düzenlemelerden önce madde metninde “*her türlü cinsel davranış*” ibaresi yer aldığından çocuklara karşı gerçekleştirilen cinsel davranışların vücuda temas oluşturmaması halinde cinsel istismar suçunun mu yoksa TCK m.105’te düzenlenen cinsel taciz suçunun mu oluşacağı hususu doktrinde tartışılmıştır.<sup>213</sup>

O dönem ileri sürülen bir görüşe göre, cinsel istismar suçundan farklı olarak çocuğa yönelik gerçekleşen cinsel davranışlarda bu davranışların gerçekleştirilmesi yeterli olup aynı zamanda vücut dokunulmazlığının ihlali şartı aranmamalıdır.<sup>214</sup> Bu halde, çocuklara yönelik gerçekleşen fakat temas içermeyen cinsel davranışlar da cinsel istismar suçuna vücut verecekti.<sup>215</sup> Bir diğer görüş ise cinsel istismar suçunun basit halinde belirtilen cinsel davranışların cinsel ilişki boyutuna ulaşmayan fakat mağdurun vücuduna temas içeren davranışları ifade ettiğini belirterek bu durumda failin TCK m.105’ten sorumlu tutulacağını ifade etmekteydi.<sup>216</sup>

Yargıtay, o dönemde verdiği kararlarında, bizce de isabetli olarak, m.103’ün geniş yorumlanmasını engellemek amacıyla hakkaniyete uygun davranma ve ceza hukukunun temel ilkelerinden olan “*suçta ve cezada kanunilik*” (*nullum crimen nulla poena sine lege*) ilkesini hayata geçirme saikiyle maddeyi dar yorumlayarak “*temas*” şartını aramıştı.<sup>217</sup>

6545 sayılı Kanununun 61.maddesi ile TCK m.105/1 hükmüne “*failin çocuğa karşı işlenmesi hâlinde altı aydan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur*” ibaresi eklenmesi üzerine temas içermeyen cinsel davranışların çocuklara karşı gerçekleştirilmesi halinde cinsel taciz suçunun vücut bulacağı hükme bağlanmıştır. Bu

---

Artuk and Ali Rıza Çınar, ‘*Yeni Bir Ceza Kanunu Arayışları ve Adalet Alt Komisyonu Tasarısı Üzerinde Görüşler*’ (2004) Türkiye Barolar Birliği Türk Ceza Kanunu Reformu, Makaleler, Görüşler, Raporlar 2. Kitap < [http://tbbyayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/tck\\_reformu2.pdf](http://tbbyayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/tck_reformu2.pdf)> 23 September 2022; Horozgil (n 156) 121.

<sup>213</sup> İşten (n 134) 146.

<sup>214</sup> Tezcan, Erdem and Önok (n 144) 464; Murat Kaya, ‘*Çocuğun Cinsel İstismarı Suçunda Vücuda Temas Şartı Var mıdır?*’ in Mutlu Dinç (ed) (2010) 5 (52) Terazi Hukuk Dergisi 103, 109; Soyaslan (n 191) 181.

<sup>215</sup> Horozgil (n 156) 122-123.

<sup>216</sup> Malkoç (n 207) 124-125; Şen (n 114) 378.

<sup>217</sup> Seçgin (n 84) 76. “*Mağdureler Melek ve Beyhan’ın samimi iddiaları, tarafsız tanık Ahmet’in anlatımı, tüm dosya içeriği ve mahkemenin kabulüne göre; sanığın, parkın içindeki kulübenin kapısında durarak öğrenci olan mağdureler geçerken pantolonunu indirip, eliyle “gel gel” işareti yapmak suretiyle cinsel organını onlara göstermekten ibaret eyleminin, bedensel temas içermemesi sebebi ile cinsel taciz suçunu oluşturduğu hâlde suç vasfında yanılıya düşülerek yazılı şekilde çocukların basit cinsel istismarı suçundan hüküm kurulması...*” (Seçgin (n 84) 76 dn.170’ten naklen).

haliyle cinsel taciz suçunun çocuklara karşı işlenebileceği hususundaki şüpheler giderilmiştir.<sup>218</sup> Doktrinde, suçun oluşması için temas şartı aramayan görüşü destekleyen Tezcan, Erdem ve Önok, yapılan değişiklik akabinde madde gerekçesinin de bu yönde düzenlendiğini belirterek artık suçun oluşması için fiziksel temasın varlığının gerektiğini vurgulamaktadır.<sup>219</sup> Buna göre, uzaktan cinsel içerikli laf atmak, cinsel organını göstermek, mağdurun karşısına geçip kendini tatmin etmek, mağdura dokunmadan ondan soyunmasını isteyerek soyunan mağduru seyretmek gibi davranışlar temas içermediğinden TCK m.103'te düzenlenen cinsel istismar suçunu oluşturmayacaktır.<sup>220</sup>

Bununla birlikte, “temas” kavramından sadece failin mağdurun vücuduna temasının anlaşılması gerekir. Failin mağdur çocuğu kendi vücuduna dokunmaya zorladığı durumda da temas mevcut olduğundan cinsel istismar suçu oluşacaktır.<sup>221</sup>

Ayrıca, sosyal medya araçları, anlık mesajlaşma hizmeti veren uygulamalar veya sosyal bağlantı kurma uygulamaları kullanılmak suretiyle çocuk sanal olarak istismar edilebilir.<sup>222</sup> 6545 sayılı Kanun ile değişiklik yapılmadan evvel, fail ile mağdur çocuğun sosyal medya üzerinden görüntülü konuşma yaptığı sırada failin mağdurdan kıyafetlerini çıkarmasını, cinsel içerikli davranışlar sergilemesini talep ettiği olayda yerel mahkeme cinsel istismar suçuna hükmetmiş olsa da, Yargıtay tarafından anılan karar bozulmuştur.<sup>223</sup> Nihayet, 6545 sayılı Kanunun yürürlüğü ile birlikte çocuğa karşı sanal yoldan gerçekleşen ve bedensel temas içermeyen fiiller hasebiyle failin cinsel taciz suçundan sorumluluğuna gidilmesi önünde herhangi bir şüphe kalmamıştır.<sup>224</sup> Ancak buna rağmen, İnternet Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında

---

<sup>218</sup> Nişancı (n 157) 228.

<sup>219</sup> Tezcan, Erdem and Önok (n 144) 466.

<sup>220</sup> Seçgin (n 84) 77. “Saniğin, mağdurenin vücut dokunulmazlığını ihlal etmeksizin yanına çağırarak cinsel organını gösterdiği olayda, bedensel temas içermeyen eyleminin TCK'nın 105/1.maddesinde öngörülen cinsel taciz suçunu oluşturduğu gözetilmeden, sanık hakkında TCK'nın 103/1.maddesinde düzenlenen cinsel istismar suçundan hüküm kurulması” Yargıtay 14. CD, 509/5632, 08.05.2013.

<sup>221</sup> Nişancı (n 157) 229; Üzülmöz (n 157) 31.

<sup>222</sup> Neslihan Can, ‘Çocuğun Sanal Cinsel İstismarı’ (2022) (50) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 115, 125; Kocaoğlu (n 152) 449.

<sup>223</sup> Yargıtay 14. CD, 3380/2793, 22.03.2016.

<sup>224</sup> Can (n 223) 130.



Kanunun<sup>225</sup> içeriğın çıkarılması ve erişimin engellenmesine ilişkin 8.maddesinin 1.fıkrasında sayılan suçlar arasında cinsel istismar suçu mevcudiyetini korumaktadır.

#### 4.6.1.1.2 Cinsel davranış

Onbeş yaşını tamamlamamış veya onbeş yaşını tamamlamış olmakla birlikte kendisine yönelik gerçekleştirilen fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğİ gelişmemiş çocuklara karşı rızaları dâhilinde birtakım cinsel davranışların gerçekleşmesi halinde, kanun koyucunun çocuğın rızasını geçersiz saydığını ve bu durumda cinsel istismar suçunun vücut bulacağını daha evvel ifade etmiştik. Buna karşılık, mağdurun onbeş yaşını tamamlamış ve üzerinde gerçekleştirilen fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğinin gelişmiş olması halinde, mağdur üzerinde gerçekleştirilen cinsel davranışların bu suçu oluşturması için cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilmesi gerekmektedir.

“*Cinsel davranış*” ifadesinden ne anlaşılması gerektiğinin açıklanmaması doktrinde eleştirilmiştir.<sup>226</sup> 6545 sayılı Kanunla gelen değışiklik ile cinsel istismar suçunun oluşması için mağdurun vücuduna temas şartı arandığından, çocuğa yönelik gerçekleşen, bedene temas bulunmakla birlikte cinsel birliktelik seviyesine ulaşmayan cinsel davranışlar suçun basit haline vücut verecektir.<sup>227</sup>

Gerçekleştirilen hareketlerin objektif olarak şehevî nitelikte bulunmaları yeterlidir; failin şehevî arzularının fiilen tatmin edilmiş olması gerekmez.<sup>228</sup> Davranışın cinsel davranış sayılabilmesi için objektif olarak bu niteliğİ havi olması gerekir. Objektif olarak bu niteliğİ havi olmayan davranışların mağdur tarafından öyle anlaşılmış olması, davranışın cinsel olarak değerlendirilmesi için yeterli sayılamaz. Farzı misal, cinsel duyarlılığİ aşırı gelişmiş bir fail için mağdurun ayakkabısını ellemek tahrik edici olabilir. Fakat bu davranış, objektif olarak cinsel davranış olarak nitelendirilemeyeceğinden cinsel davranış sayılmamalıdır. Bu nedenle, tıp, psikoloji,

---

<sup>225</sup> İnternet Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 5651, Kabul Tarihi: 04.05.2007, RG 23.05.2007/26530.

<sup>226</sup> Yarsuvat, Bayraktar, Yüzbaşıoğlu, Aksoy, Memiş, Kurt and Tansuğ (n 213) 308.

<sup>227</sup> Tüysüz (n 160) 30; Altaş (n 163) 19; Taşkın (n 27) 88; Ünlü (n 157) 88.

<sup>228</sup> Horozgil (n 156) 123. Konuya ilişkin detaylı açıklamalar çalışmamızın “Manevi Unsur” başlığİ altında aktarılacaktır.

antropoloji ve sosyoloji bilimlerinin verileri ışığında, objektif biçimde cinsel hisleri uyandırıcı olarak nitelenebilen davranışlar cinsel davranışlardır.<sup>229</sup> Örneğin, cinsel amaçlı olmayarak şefkatle çocuğun yanağının okşanması halinde cinsel davranıştan bahsedilmesi mümkün değildir. Davranışın objektif olarak cinsel içerikli olup olmadığı her bir somut olay için ayrı değerlendirilmelidir.<sup>230</sup>

Cinsel istismar suçuna vücut verecek davranışın doğrudan mağdur çocuğun genital organlarına yönelik olması aranmamaktadır. Genital olmayan bölgelere yönelik temaslar da bu suçun oluşumu için yeterlidir. Failin mağdur çocuğu yanağından öpmesi, ellerini okşaması gibi fiiller bu suçun unsurunu oluşturabilecektir. Burada mühim olan nokta, failin gerçekleştirdiği eylemleri şehvi duygularını tatmin etmek amacıyla yapmış olmasıdır.<sup>231</sup>

Kanunun 1.fikrasının a bendinde onbeş yaşından küçük olan çocuklar bakımından “*her türlü cinsel davranış*”; b bendinde onbeş yaşından büyük olan çocuklar bakımından ise “*cinsel davranışlar*” ibarelerinin kullanılmış olması, doktrinde, b bendinde yer alan çocuklara karşı çok sayıda cinsel davranışın varlığı halinde suçun oluşacağı şeklinde anlaşılmasına sebebiyet verebileceği; ancak kanun koyucunun amacının bu olmadığı ifade edilmiştir.<sup>232</sup> Farklı kullanımın kanun koyucunun özensizliğinden kaynaklandığını söylemek mümkündür.<sup>233</sup> 6545 sayılı Kanun ile getirilen düzenlemelerle birlikte bu ibarelerin değiştirilmemesinin mantıklı bir açıklaması bulunmamaktadır.

Suç, çocuğun cinsel özgürlüğünü ihlal eden davranışın gerçekleştirildiği anda tamamlanır. Kanun koyucu, suçun oluşması için cinsel davranışın gerçekleştirilmesini

---

<sup>229</sup> Tezcan, Erdem and Önok (n 144) 416; Altaş (n 163) 19-20; Göral (n 14) 23.

<sup>230</sup> Savaşçı (n 26) 30.

<sup>231</sup> Seçgin (n 84) 77. “*Tüm dosya içeriğine göre sanığın mağdureye cinsel organını gösterdikten sonra kolundan tutarak çekmesi şeklindeki bedensel temas içeren eylemlerinin bir bütün olarak TCK’nın 103/1-a maddesinde düzenlenen çocuğun basit cinsel istismarı suçunu oluşturduğu anlaşıldığı hâlde mahkûmiyeti yerine isabetsiz gerekçe ile beraatine karar verilmesi*” Yargıtay 14. CD, 15010/1029, 04.02.2013. “*Sanığın 18 yaşını bitirmediği anlaşılan mağdureye karşı işlediği iddia edilen ve bedensel temas içeren karın bölgesini, bacak arasını ve cinsel organını elleme ve sıkma eylemlerinin 5237 sayılı TCK’nın 103/1.maddesine uyan çocuğa karşı basit cinsel istismar suçunu oluşturacağı gözetilmeden 105.maddeyle uygulama yapılması*” Yargıtay 5. CD, 8246/10932, 15.12.2008.

<sup>232</sup> Tezcan, Erdem and Önok (n 144) 464.

<sup>233</sup> Horozgil (n 156) 123; Çelik (n 7) 41.

yeterli gördüğünden sonuç aranmamaktadır. Bu haliyle suç “sırf hareket (davranış) suçu” olarak kabul edilir.<sup>234</sup>

#### **4.6.1.1.3 Suçun cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak işlenmesi**

Onbeş yaşını tamamlamış ve algılama yeteneği gelişmiş olan çocuklara karşı gerçekleştirilen cinsel davranışların suç teşkil etmesi, cinsel davranışın cebir, tehdit, hile ve iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilmesine, yani rıza dışı olmasına bağlanmıştır.<sup>235</sup>

Doktrinde, bu çocuklara karşı belirtilen sebepler dışında rızalarının yokluğuna sonuç bağlanmamış olmasının noksanlık olduğu yönünde eleştiri mevcuttur.<sup>236</sup> Bununla birlikte, belirtilen noksanlığın giderilmesinin zorunlu olmadığı da ifade edilmektedir.<sup>237</sup> Yine düzenlemeye ilişkin diğer bir eleştiri ise hükmün on sekiz yaşından küçük tüm çocuklar için ortak şekilde düzenlenmesi gerektiğine ilişkindir. Zira, cinsel istismar zaten kendi içerisinde bir irade fesadı taşıdığından ve uluslararası sözleşmelerde de on sekiz yaşından küçük olan herkes çocuk kabul edildiğinden bu şekilde bir yaş ayırımına gitmek doğru değildir.<sup>238</sup> Bu görüşün çocuğun korunması amacını esas alan görüş olduğunu belirtmekle birlikte aksi görüşe göre, TCK m.31’de oniki yaşını doldurmamayan çocukların cezai sorumluluğu bulunmadığı düzenlemesi göz önüne alındığında TCK m.103’te yaş ayırımına gidilmesi kanun sistematığı açısından daha doğrudur.<sup>239</sup>

TCK m. 103/1-b’de suçun oluşması için cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen herhangi bir nedene dayalı olarak cinsel davranışın gerçekleştirilmesi arandığından cebir ve tehdit suçu cinsel istismar suçunun unsuru haline gelmiştir.<sup>240</sup> Böylece, TCK m.42’de düzenlenen “bileşik suça” yer verilmiş olup içtima hükümleri

<sup>234</sup> Horozgil (n 156) 127.

<sup>235</sup> Savaşçı (n 26) 36; Tüysüz (n 160) 34-35; Taşkın (n 27) 88; Üzülmöz (n 157) 32; Ünlü (n 157) 83; Horozgil (n 156) 125.

<sup>236</sup> Taner, ‘*Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*’ (n 113) 115 vd.; Şen (n 114) 377.

<sup>237</sup> Taner, ‘*Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*’ (n 113) 117.

<sup>238</sup> Özkan Yücel, ‘*Toplumsal Değişim Sürecinde Türk Ceza Kanunu Reformu*’(2004) Türk Ceza Kanunu Reformu, 1. Kitap, Panel <<http://tbbyayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/tck-reformu-1.pdf>> 30 September 2022.

<sup>239</sup> Taşkın (n 27) 88.

<sup>240</sup> Seçgin (n 84) 82; Altaş (n 163) 25; Horozgil (n 156) 126-127.

uygulanamayacağından faile ayrıca cebir veya tehdit suçlarından ceza verilmeyecektir.<sup>241</sup> Ancak cebrin yaralama boyutuna ulaşması halinde, basit yaralama sınırı aşılsa, fail neticesi (sonucu) sebebiyle ağırlaşmış yaralama suçundan da (TCK m.87) ayrıca sorumlu tutulur.<sup>242</sup>

Maddede belirtilen “*cebir, tehdit, hile ve iradeyi etkileyen herhangi bir neden*” ifadesinden ne anlaşılması gerektiği ise izaha muhtaçtır. Bu hususları tek tek incelemek suçun oluşup oluşmadığını tespit için son derece önemlidir.

Cebir, mağdurun direncini kırmak ve suçun işlenmesini kolaylaştırmak amacıyla mağdura karşı gerçekleştirilen ve mağdura acı veren fiziki (maddi) gücü ifade eder.<sup>243</sup> Mağdurun fiziksel acı hissetmesi halinde cebrin ne şekilde gerçekleştiğinin bir önemi yoktur. Cebir, failin mağdura tokat atması ya da saçlarını çekmesi şeklinde de gerçekleşmiş olabilir.<sup>244</sup> Yargıtay, konuyla alakalı verdiği bir kararda, cinsel davranışın mağdurun ağzı kapatılarak gerçekleştirilmesini cebir olarak değerlendirmiştir.<sup>245</sup> Cebrin bizzat mağdur üzerinde icra edilmesi gerekir. Mağdurun yakınları yahut herhangi bir eşya üzerinde icra edilen ve bu yolla mağduru cinsel davranışa katlanmaya zorlayan davranışlar cebir teşkil etmeyecektir. Bu halde tehditten bahsedilir.<sup>246</sup> Öte yandan, cebre, suçu işleyebilmek amacıyla ve davranışın gerçekleştirilmesinden önce veya en geç gerçekleştirilmesi sırasında başvurulmuş olması gerekir. Failin, davranışı gerçekleştirememesi hasebiyle duyduğu kızgınlığın etkisi ile mağdura cebir uygulaması halinde bu davranış ayrıca kasten yaralama suçuna vücut verecektir.<sup>247</sup>

Cebrin suçun icrasında araç olarak kullanıldığı hallerde, davranışın devamı süresince mevcut bulunması şart değildir. Mağdurun başlangıçtaki direncini kırmaya elverişli olarak cebir kullanımı yeterlidir.<sup>248</sup> Mağdurdan, davranışın devam ettiği süreç boyunca,

---

<sup>241</sup> Horozgil (n 156) 127. TCK m.42 “*Biri diğerinin unsurunu veya ağırlaştırıcı nedenini oluşturması dolayısıyla tek fiil sayılan suça bileşik suç denir. Bu tür suçlarda içtima hükümleri uygulanmaz.*” hükmünü amirdir.

<sup>242</sup> Altaş (n 163) 35.

<sup>243</sup> Caner Yenidünya, ‘5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar’ (2005) (33) Legal Hukuk Dergisi 3284, 3289; Memiş Kartal (n 164) 168; Ünlü (n 157) 84; Üzülmöz (n 157) 32; Altaş (n 163) 26; Seçgin (n 84) 84; Tuğrul (n 197) 256.

<sup>244</sup> Seçgin (n 84) 84.

<sup>245</sup> Yargıtay 5. CD, 12606/93, 18.01.2010.

<sup>246</sup> Üzülmöz (n 157) 32; Ünlü (n 157) 84.

<sup>247</sup> Seçgin (n 84) 85.

<sup>248</sup> Savaşçı (n 26) 46; Seçgin (n 84) 84; Altaş (n 163) 25.

gücünün tüm sınırlarını zorlayarak sürekli biçimde olağanüstü bir direniş sergilemesi beklenemez.<sup>249</sup> Mağdur, maruz kaldığı cebir sebebiyle direnç göstermekten vazgeçmişse, mağdurun artık direnç göstermemesi bu davranışa rızası olduğu anlamına gelmemektedir. Failin kendisine tokat atması nedeniyle yere düşen mağdurun artık direnç göstermesinde herhangi bir yarar olmadığını anlayıp pasif duruma geçmesi halinde de cebrin varlığı kabul edilir.<sup>250</sup>

“Manevi cebir” olarak da ifade edilen tehdit ise, mağdurun cinsel davranışa rıza göstermemesi durumunda ileride kendisinin veya yakınının hayatına, vücut ya da cinsel dokunulmazlığına bir zarar verileceğinin mağdura bildirilmesidir.<sup>251</sup> Tehdidin konusunun bu hukuki değerlerle sınırlı olmadığını ifade etmek gerekir. Tehdit, mağdurun iç huzurunun bozan, serbestçe karar vermesini veya verdiği kararlar doğrultusunda hareket edebilme kabiliyetini engelleyen; yani, mağdurun karar veya hareket hürriyetini tehlikeye sokan bir zor kullanma aracıdır.<sup>252</sup> Mağdurun yakınına esas alan zarar bildirimlerinde yakınının muhakkak akraba olması gerekmez.<sup>253</sup>

Doktrinde tehdidin niteliği, başka bir deyişle tehdidin ağırlığı tartışma konusu olmuştur. Bir görüşe göre, tehdide maruz kalan çocukların, tehdit karşısında haklar arasında menfaat dengesi kurmalarının kendilerinden beklenmediği; bu haliyle tehdidin varlığı için iradenin etkilenmesinin yeterli olacağı ileri sürülmüştür.<sup>254</sup> Zira hayata dair tecrübesi olmayan çocuğun hukuki değerler arasında bir tercih yapmasını beklemek, cinsel istismar suçu ile korunmak istenen hukuki menfaati yok etmek anlamına gelmektedir.<sup>255</sup> Aksi görüşe göre, tehdit ağır ve ciddi bir nitelik taşımalıdır. Çocuk üzerinde gerçekleştirilen cinsel davranışların sonuçları bakımından daha hafif sayılacak bir tehdit yeterli değildir.<sup>256</sup> Zira basit bir söz söylenmesi ile tehdidin vücut bulacağıının var sayılması halinde, mağdurun yararına genişleyen ve fakat ceza hukuku adaleti

---

<sup>249</sup> Yenidünya (n 244) 3289; Altaş (n 163) 25; Seçgin (n 84) 84.

<sup>250</sup> Altaş (n 163) 27-28.

<sup>251</sup> Memiş Kartal (n 164) 170; Üzülmöz (n 157) 32; Ünlü (n 157) 84; Altaş (n 163) 29; Savaşçı (n 26) 46; Tuğrul (n 197) 256.

<sup>252</sup> Memiş Kartal (n 164) 170.

<sup>253</sup> Ünlü (n 157) 84.

<sup>254</sup> Memiş Kartal (n 164) 170-171.

<sup>255</sup> Seçgin (n 84) 86.

<sup>256</sup> Yenidünya (n 244) 3290; Ünlü (n 157) 84.

açısından kabul edilemez bir yaklaşımdan bahsedilecektir.<sup>257</sup> Yargıtay, tehdit konusu kötülüğün cinsel davranış sonucunda ortaya çıkacak ihlalden daha ağır nitelikte olmasını aramaktadır.<sup>258</sup> Kanımızca, ağırlık kriteri yorumlanırken iradenin etkilenmesinin yeterli olacağı kabulü gerekir. Zira örneğin, gerçekleştirilen cinsel davranışların aileye söyleneceğinin bildirilmesi halinde çocuğun iradesinin etkileneceği ve haklar arasında menfaat dengesi kurmasının mümkün olmadığı açıktır. Bu haliyle, Yargıtay'ın da benimsemiş olduğu ikinci görüşe katılmamaktayız.

Tehdidin tıpkı cebirde olduğu gibi cinsel davranışların gerçekleştirilmesinden önce veya en geç gerçekleştiği sırada yapılmış olması gerekir. Cinsel davranış gerçekleştikten sonra yapılması ayrı bir tehdit suçunun oluşmasına sebep olacaktır.<sup>259</sup>

Hile ise mağdurun iradesini bertaraf ederek ona yönelik cinsel davranışların gerçekleştirilmesini mümkün kılan aldatıcı hareketlerdir.<sup>260</sup> Bu durumda mağdur çocuğun rızasını elde etmek amacıyla, var olan yokmuş gibi yahut olmayan varmış gibi gösterilmektedir.<sup>261</sup> Böylece mağdur çocuk kendisine yönelen davranışların yanlış olmadığı hususunda kanaate varacak ve istismara maruz kalacaktır.<sup>262</sup>

Hilenin mağduru kandırabilecek nitelikte ve düzeyde, denetleme olanağının ortadan kaldırılabilecek şekilde olması gerekir. Hileli davranışın yöneltildiği çocuğun bu davranışla aldatılması şarttır. Hilenin kandırma niteliği mağdur çocuğun ailevi durumuna, sosyal ve ekonomik koşullarına, eğitim seviyesine ve psikolojik haline göre değişkenlik gösterir. Bu nedenle mağdurun sübjektif durumunun ayrıca değerlendirilmesi gerekir.<sup>263</sup> Bir çocuktan yetişkinin algısına sahip olması beklenemez.<sup>264</sup> Ancak basit bir şaka veya ikna girişimi hile olarak

---

<sup>257</sup> Ibid.

<sup>258</sup>Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 5-196/201, 17.10.2000; Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 5-248/240, 26.10.1999.

<sup>259</sup> Savaşçı (n 26) 47.

<sup>260</sup> Üzülmöz (n 157) 33; Altaş (n 163) 31; Seçgin (n 84) 86; Mustafa Arslantürk, Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar (5th edn, Seçkin 2019) 287.

<sup>261</sup> Memiş Kartal (n 164) 171; Ünlü (n 157) 84; Tuğrul (n 197) 258.

<sup>262</sup> Ünlü (n 157) 84.

<sup>263</sup> Savaşçı (n 26) 47-48.

<sup>264</sup> Memiş Kartal (n 164) 173.

değerlendirilmemelidir.<sup>265</sup> Hileye örnek olarak failin kendisini doktor olarak tanıtır mağduru muayene ediyor gibi göstermesi verilebilir.<sup>266</sup>

Failin evlenme vaadinde bulunarak mağduru cinsel davranışlara razı etmesinin hile sayılıp sayılmayacağı doktrinde tartışma konusu olmuştur. Daha önce de ifade ettiğimiz gibi, eski TCK'da evlilik vaadiyle kızlığın bozulması ayrı bir suç olarak düzenlenmişken 5237 sayılı TCK'da bu suça yer verilmemiştir. Doktrindeki bir görüşe göre, hile, cinsel davranışa mağdurun rıza göstermesini sağlamak amacıyla kullanılan her türlü aldatıcı davranışla gerçekleşeceğinden, evlenme vaadi mağdurun iradesini ortadan kaldırdığı için suç oluşacaktır.<sup>267</sup> Bizim de katıldığımız aksi görüşe göre, suçun oluşup oluşmayacağı somut olayın özelliklerine göre değerlendirilmesi gerekir. Ancak, çocuğun saflığı ve tecrübesizliği nedeni ile bir yetişkine bakarak daha kolay kandırılabilmesi hususu göz ardı edilmemelidir.<sup>268</sup>

İradeyi etkileyen diğer sebeplerin ne olduğunun Kanunda açıkça belirtilmemesi Ceza Hukukuna egemen olan suçta ve cezada kanunilik ve kıyas yasağı ilkesi nedeniyle doktrinde tartışmalara sebep olmuştur. Konuyla alakalı madde gerekçesinde şu husus belirtilmiştir: “*Fıkranın (b) bendinde söz konusu edilen cinsel istismar bakımından, çocuğun iradesinin ortadan kaldırılmış olması değil, "iradeyi etkileyen neden" ifadesi kullanılmıştır.*”<sup>269</sup> Bu gerekçe ile cinsel saldırı (TCK m.102) açısından öngörülme durumlarının cinsel istismar suçu bakımından aranıyor olmasındaki çelişkinin giderilmesi amaçlanmıştır.<sup>270</sup>

---

<sup>265</sup> Ünlü (n 157) 84.

<sup>266</sup> Savaşçı (n 26) 48; Altaş (n 163) 31.

<sup>267</sup> Tezcan, Erdem and Önok (n 144) 413; Memiş Kartal (n 164) 172.

<sup>268</sup> Seçgin (n 84) 87.

<sup>269</sup> TBMM , ‘5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Gerekçesi’ (TBMM Mevzuat Bilgi Sistemi, 2005) < <https://mevzuat.tbmm.gov.tr/mevzuat/faces/kanunmaddeleri?pkanunlarno=24110&pkanunnumarasi=5237> > Erişim Tarihi 8 October 2022.

<sup>270</sup> Seçgin (n 84) 87-88. “15-18 yaş grubunda olan mağdureye karşı işlenen, sanığın mağdurenin arkasından yaklaşarak haberi ve rızası olmaksızın aniden eteğini kaldırıp kalçasını ellemesi şeklinde gerçekleşen maddi olayda, her ne kadar maddi cebir veya tehdit ya da hile unsuru gerçekleşmemiş ise de, iradeyi etkileyen başkaca neden kanun koyucu tarafından açıklanmadığından, karar merciin somut olayın özelliklerine göre çocuğun cinsel istismarı suçu yönünden iradeyi etkileyen halin varlığını saptamak durumunda olduğu anlaşılmaktadır. Mahkeme kararında iradeyi etkileyen neden hiç irdelenmemiştir. Öte yandan mağdurenin direnç göstermesine fırsat vermeyecek şekilde bedensel temasla aniden yapılan davranışların da suçun cebir unsurunu oluşturacağı hususundaki istikrar kazanmış yargı kararları bir yana, mağdurenin iradesini kullanmasına fırsat tanımaması itibarıyla da bu nitelikteki eylemin iradeyi etkileyen başkaca neden olarak kabul edilmesi gerektiği anlaşıldığından, somut olayda

İradeyi etkileyen nedenin çocuğun direncini ortadan kaldıracak nitelikte olması şart değildir; iradenin etkilenmiş olması yeterlidir.<sup>271</sup> Bu nedenle, mağdurun uyuşturucu madde etkisinde olması, uyku hali, baygınlığı, sarhoşluğu gibi davranışlarını yönlendirme yeteneğinin ortadan kalktığı durumlar iradeyi etkileyen neden olarak kabul edilir.<sup>272</sup> Cebir, tehdit ve hileden farklı olarak iradeyi etkileyen nedenlerde failin aktif bir davranışının bulunması aranmaz. Örneğin, failin mağdura uyuşturucu madde vermediği ancak mağdurun bu maddeyi başka birinden temin ettiği bir durumda, mağdurun o maddenin etkisi altında bulunduğu sırada mağduru istismar eden kişi bu halden sorumlu tutulacaktır.<sup>273</sup> Ayrıca, cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir neden dışında kalan “*sağır ve dilsizlik*” ile “*Geçici nedenler, alkol veya uyuşturucu madde etkisinde olma*” hallerinin de bu kapsama dâhil olacağı doktrinde ifade edilmiştir.<sup>274</sup> Yine bir görüşe göre, 107. madde uyarınca çocuğa cinsel amaçlı yapılan şantajın da iradeyi etkileyen neden olarak kabul edilebilmesi gerekir. Bununla beraber çocuğu uyuşturucu bağımlısı haline getirip sonra uyuşturucu karşılığında çocuk üzerinde cinsel davranışların gerçekleştirilmesi durumunda da iradeyi etkileyen neden mevcuttur.<sup>275</sup>

Kanaatimizce, çocuğun alkol veya uyuşturucu madde etkisi altında bulunduğu süreçte, çocuk maddeyi kendi isteğiyle dahi almış olsa, üzerinde cinsel davranışların gerçekleştirilmesi iradeyi etkileyen neden olarak kabul edilmelidir. Zira çocuğun madde etkisi altındayken cinsel davranışlara verdiği rızanın ne derece samimi olduğu tartışmalıdır. Bu halde çocuğa rağmen çocuğu korumak önem arz eder. Madde gerekçesinde de çocuğun iradesinin ortadan kalkmasının değil, etkilenmiş olmasının arandığı gözetildiğinde, failin iradenin etkilenmesinde aktif bir davranışının

---

*sanığın eyleminin TCK 103/1. maddesindeki çocuğun basit cinsel istismarı suçunu oluşturduğu gözetilmeden, isabetsiz bir yorumla ve mağdurun çocuk olduğu bilinerek aynı kanunun 102/1. maddesinden uygulama yapılması*” Yargıtay 14. CD, 6921/10417, 30.10.2012.

<sup>271</sup> Çalışkan (n 167) 88; Taşkın (n 27) 89; Ünlü (n 157) 85.

<sup>272</sup> Ünlü (n 157) 85; Arslantürk (n 261) 298; Tuğrul (n 197) 260.

<sup>273</sup> “*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*” Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 5-59/64, 13.04.1999 (Altaş (n 163) 33’ten naklen)

<sup>274</sup> Horozgil (n 156) 125-126.

<sup>275</sup> Şen (n 114) 396-397; Altaş (n 163) 33.



bulunmadığı ancak iradenin etkilenmesinden yararlandığı her durum olaya göre değerlendirilerek bu hal kapsamına sokulabilir.

#### 4.6.1.1.4 Suçun daha az cezayı gerektiren hali (sarkıntılık)

Sarkıntılık kelimesi TDK'da “*sataşma, laf atma, rahatsız etme, huzur bozma, tasallut*” olarak tanımlanmıştır.<sup>276</sup> Sarkıntılık, bir suç tipi olarak ilkin 1840 tarihli Ceza Kanunname-i Hümayunun 202.maddesinde elle sarkıntılık halinde yaptırma bağlanmıştı.<sup>277</sup> Bu suç tipi 765 sayılı Türk Ceza Kanununun ilk halinde düzenlenmemiştir. O dönemde, uygulamada sarkıntılık eylemi ya cezasız bırakılır ya da davranışın boyutuna ve şekline göre hayasızca hareket olarak değerlendirilirdi.<sup>278</sup> Akabinde, 1933 yılında 765 sayılı Kanunda yapılan değişiklik ile sarkıntılık hükme dâhil edilerek yaptırma bağlanmıştı.<sup>279</sup> Eski Kanunun yeni metninde sarkıntılığın her halinin cezai yaptırma tabi tutulduğu görülmekteydi. Ancak sarkıntılık ifadesinden anlaşılması gereken ne Kanunda ne de madde gerekçesinde açıklanmıştı.<sup>280</sup>

Eski Kanun döneminde söz atma ve ırza tasaddi arasında yer alan sarkıntılığın, fiziksel temas içermeyen davranışlardan veya temadi teşkil eden sözlü ifadeler ile fiziksel temas içermekle birlikte ani ve kesik davranışlardan oluştuğu kabul edilmekteydi.<sup>281</sup>

5237 sayılı Kanunun ilk halinde sarkıntılık düzenlenmemekle birlikte, 6545 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle TCK m.102 ve TCK m.103'te “*fiilin sarkıntılık*

---

<sup>276</sup> Türk Dil Kurumu, ‘*Güncel Türkçe Sözlük*’ (Türk Dil Kurumu Sözlükleri) <[http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com\\_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.52cbb4df69dd](http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.52cbb4df69dd)> Erişim Tarihi 8 October 2022.

<sup>277</sup> Recep Kahraman, ‘*Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlarda Sarkıntılık Fiilinin Ayırt Edilmesi Sorunu*’ in Sezgin Seymen Çebi (ed) (2021) 9 (18) Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 469, 471. Ceza Kanunname-i Hümayunu m. 202 “*Zükür ve inasdan genç kimselere harf-endazlık edenler bir haftadan bir aya kadar ve elleriyle sarkıntılık eyleyenler bir aydan üç aya kadar hapis olunur.*” Maddenin ilk düzenlemesi “genç erkek” tabirini içermekteydi. Ancak bu tabir açık şekilde düzenlenmediğinden “genç erkek” ifadesine farklı anlamlar yüklenebiliyordu. Anayasa Mahkemesinin 20.03.2002 tarihli ve 2000/39 Esas-2002/35 Karar sayılı kararıyla, düzenlemenin Anayasanın 2. ve 10. maddelerine aykırılık teşkil ettiği gerekçesine dayanılarak, “genç” sözcüğü iptal edilmiş olup; madde dipnot başında belirttiğimiz şekilde tekrar düzenlenmiştir.

<sup>278</sup> Altaş (n 163) 31.

<sup>279</sup> 765 sayılı Kanun m.421: “*Kadınlara ve erkeklere söz atanlar üç aydan bir seneye ve sarkıntılık edenler altı aydan iki seneye kadar hapsolunur.*”

<sup>280</sup> Alahattin Şimşek, ‘*Cinsel Saldırı ve Cinsel İstismar Suçlarının Hafif Şekli: Sarkıntılık*’ in Veli Özer Özbek (ed) (2015) 10 (28) Ceza Hukuku Dergisi 309, 319.

<sup>281</sup> Şimşek (n 281) 319.

*düzeyinde kalması” cinsel istismar suçunun daha az cezayı gerektiren hali olarak hükme bağlanmıştır.*<sup>282</sup> Sarkıntılık hasebiyle suç sonucunda öngörülen cezanın azaltılması cinsel özgürlüğe karşı suçlarda suçla korunan hukuki değerın öneminin azaldığı şeklinde yorumlanmamalıdır. Zira kanun koyucu, cinsel özgürlüğe yönelen her türlü saldırıyı daha orantılı cezalandırmak amacıyla sarkıntılığı açıkça ve ayrıca düzenlemiştir.<sup>283</sup>

Madde gerekçesinde düzenlemenin getiriliş amacının zamanla ortaya çıkan sorunları gidermek olduğı belirtilse de, bu sorunların ne olduğına ilişkin somut bir ifadeye yer verilmemiştir.<sup>284</sup> Yine gerekçede, suçın sarkıntılık düzeyinde kalması haline ilişkin düzenlemenin getiriliş sebebi şu şekilde gösterilmiştir:

*Buna karşılık, cinsel arzuların tatmini amacına yönelik olarak mağdurun vücuduna fiziksel temasta bulunulması halinde, mağdurun çocuk olup olmamasına göre 102 veya 103 üncü maddede tanımlanan suçlardan biri oluşmaktadır. Tasarıyla, bu iki maddede tanımlanan suçların temel şeklinden dolayı verilecek cezaların artırılması öngörüldüğünden, somut olayın özelliklerine göre ani hareketlerle yapılan cinsel saldırılar bakımından ceza miktarının suçun temel şeklinden daha az bırakılması ihtiyacı ortaya çıkmıştır. Bu nedenle, maddenin birinci fıkrasına hüküm eklenmekte ve ani hareketle yapılan dokunuşta maddenin mevcut metnindeki cezanın verilmesi sağlanmaktadır. Diğer yandan, cinsel taciz suçuyla bir karışıklığa neden olabileceğı mülahazasıyla "sarkıntılık" ibaresinin yerine "suçun ani hareketle işlenmesi" ibaresi tercih edilmiştir.*<sup>285</sup>

Ne var ki, ani hareket ifadesinin belirsizliğinin fazla olması hasebiyle maddede kriterleri bilinen ve uygulamada daha kolay anlaşılır “sarkıntılık” kavramının kullanılması tercih edilmiştir.<sup>286</sup> Doktrinde, ceza normunda tercih edilen kavramların hukuk diline yerleşmiş kavramlar olması gerektiğı ve ani hareket ifadesinden ne anlaşılması gerektiğinin soyut olduğı belirtilerek sarkıntılık kavramının kullanılmasının yerinde olduğı ifade edilmiştir.<sup>287</sup>

---

<sup>282</sup> Ünlü (n 157) 85.

<sup>283</sup> Kahraman (n 278) 476.

<sup>284</sup> Şimşek (n 281) 323.

<sup>285</sup> TBMM , ‘5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Gerekçesi’ (TBMM Mevzuat Bilgi Sistemi, 2005) < <https://mevzuat.tbmm.gov.tr/mevzuat/faces/kanunmaddeleri?pkanunlarno=24110&pkanunnumarasi=5237> > Erişim Tarihi 10 October 2022.

<sup>286</sup> Kahraman (n 278) 471.

<sup>287</sup> Centel (n 87) 286; Kahraman (n 278) 471-472.

Nihayetinde, 6545 sayılı Kanun ile yapılan değişlikle vücuda temas içeren cinsel davranışın “*ani*” ve “*sürekli*” olduğu hallerde sarkıntılığın vücut bulacağı hüküm altına alınmıştır.<sup>288</sup> Madde gerekçesinde, sarkıntılığın “*ani hareketli dokunuş*” şeklinde gerçekleşeceği belirtildiğinden, anlık ve kısa süren her türlü cinsel davranış, sarkıntılık kapsamında değerlendirilmektedir.<sup>289</sup> Sarkıntılık, aralarındaki yoğunluk farkı nedeniyle birinci cümlede yer alan basit cinsel istismar suçundan ayrılmaktadır.<sup>290</sup>

Kavramsal olarak birbirinden kolay ayrılan sarkıntılık ve basit cinsel istismar, içerik bakımından birbirinden her zaman kolay ayrılmaz. Bu nedenle mağdur üzerinde gerçekleştirilen cinsel davranışın hangi suça vücut vereceğı somut olaya göre değerlendirilmelidir.<sup>291</sup> Ayrıca, sarkıntılık halinin oluşabilmesi için gerekli fiziksel temas mağdurun vücudunun herhangi bir bölgesine yönelebilir.<sup>292</sup> Yargıtay’ın yerleşmiş içtihatları madde gerekçesiyle paraleldir. Farklı bir anlatımla, Yargıtay, kısa süreli ve ani temas içeren cinsel davranışların sarkıntılık düzeyinde kaldığını kabul etmektedir.<sup>293</sup> Bu bağlamda sanığın mağdura sarılarak göğüslerine dokunması,<sup>294</sup> mağdurun elini tutarak kendi cinsel organına dokundurması,<sup>295</sup> mağdurun arkasından sarılıp yanağını öperek kalçasına sürütmesi,<sup>296</sup> mağdurun bacağına okşayıp kıyafeti üzerinden cinsel organına dokunması,<sup>297</sup> mağduru kucağına oturtarak dudağından öpmesi<sup>298</sup> gibi durumlar Yargıtay tarafından sarkıntılık olarak kabul edilmiştir. Buna karşılık Yargıtay,

---

<sup>288</sup> Ünlü (n 157) 86.

<sup>289</sup> İşten (n 134) 147-148; Altaş (n 163) 10.

<sup>290</sup> Altaş (n 163) 30.

<sup>291</sup> Yokuş Sevük, ‘6545’ (n 123) 126; Altaş (n 163) 32.

<sup>292</sup> Şimşek (n 281) 329.

<sup>293</sup> Okşama şeklinde gerçekleşen cinsel davranış bakımından olayın özellikleri esas alınarak iki farklı sonuca ulaşılan Yargıtay kararları şu şekildedir: “*Mağdurenin aşamalarındaki samimi anlatımları, savunma ile tüm dosya kapsamına göre olay günü sanığın aynı işyerinde çalışan on yedi yaşındaki mağdurenin göğüslerine dokunup, yanağından öpmek ve kalçasını okşamak şeklindeki fiziksel temas içeren eyleminin kısa süreli, ani, kesintili olması ve fiilin kendiliğinden sonlandırılması da göz önüne alındığında eylemin sarkıntılık düzeyinde kaldığı nazara alınarak*” Yargıtay 14.CD, 2261/6685, 22.10.2019; “*Sanığın olay tarihinde parkta oturdukları sırada mağdurlara sarılmak, yüzlerini ve dudaklarını okşamak-öpmek, mağdurları omzuna yatırmak suretiyle gerçekleştirdiği cinsel istismar eylemlerinin sarkıntılık düzeyini aştığı, sanığın eylemlerinin ani ve kesik hareketler şeklinde olmayıp devamlılık arz eden eylemler niteliğinde olduğu ve bu haliyle sanığın mağdurlar Y. ve S.ye yönelik eylemlerinin çocuğun basit cinsel istismarı suçu kapsamında kaldığı*” Yargıtay 14.CD, 2261/6685, 25.05.2015.

<sup>294</sup> Yargıtay 14. CD, 3051/4421, 22.06.2021.

<sup>295</sup> Yargıtay 14. CD, 11172/4357, 17.06.2021.

<sup>296</sup> Yargıtay 8. CD, 14611/16168, 16.06.2021.

<sup>297</sup> Yargıtay 14. CD, 321/2057, 15.03.2021.

<sup>298</sup> Yargıtay 14. CD, 10552/1800, 03.03.2021.

sanığın mağdurun yattığı odaya giderek cinsel organını çıkarması ve mağdurun üzerine yatarak boynundan öpmesi,<sup>299</sup> mağduru apartman girişinde kucağına alarak bodrum kata indirerek kıyafet üzerinden cinsel organını sürtüp boynundan öpmesi,<sup>300</sup> mağdurun göğüslerine, vajinasına ve kalçasına kıyafet altından dokunarak cinsel organını kalçasına sürtmesi ve boynundan öpmesi<sup>301</sup> gibi durumların kısa süreli ve ani temas içeren davranış olmadığından bahisle sarkıntılık düzeyini aşarak basit cinsel istismar suçunu oluşturduğu yönünde karar vermiştir.

6763 sayılı Kanununun 13.maddesi ile 1.fıkraya eklenen hüküm uyarınca sarkıntılık düzeyinde kalmış suçun failinin de çocuk olması halinde soruşturma ve kovuşturma yapılması mağdurun velisinin yahut vasisinin şikâyetine bağlıdır. Değişikliğin gerekçesinde hükmün getiriliş amacına yer verilmemiş olsa da, amacın özellikle ergenlik çağına girmiş akran çocuklar arasında gerçekleştirilen, farklı bir deyişle hem failin hem mağdurun çocuk olduğu durumlarda suçun takibinin şikâyete bağlı olmamasının yaratabileceği sorunların önüne geçmek olduğu söylenebilir.<sup>302</sup> Bu durumda, suça sürüklenen çocuk hakkında şikâyet mevcut değilse şikâyet yokluğu hasebiyle düşme kararı verilerek lehe bir değerlendirme ölçütü göz önünde tutulmalıdır.<sup>303</sup> Bu düzenleme, istismar suçunun sarkıntılık düzeyinde kalması halinden başka bir duruma çözüm getirmediği, çocuklar arasında gerçekleşen cinsel davranışlar hasebiyle suça sürüklenen çocuğun ağır yaptırıma maruz kalma tehdidi ile karşı karşıya kaldığı ve cinsel davranışların suça vücut vermesi halinde failin kim olacağına ilişkin açıklama getirmediği gerekçesiyle haklı olarak eleştirilmiştir.<sup>304</sup>

#### **4.6.1.2 Nitelikli cinsel istismar suçu bakımından (TCK m.103/2)**

Failin, organ ya da sair bir cismi mağdura ithal etmesi halinde, istismar suçunun nitelikli halinin mi yoksa bağımsız bir suçun mu oluşacağı doktrinde tartışma konusudur. Tartışmaya ilişkin görüşlerin aktarımı teşebbüs ve gönüllü vazgeçme

---

<sup>299</sup> Yargıtay 14. CD, 3051/4421, 25.02.2016.

<sup>300</sup> Yargıtay 14. CD, 10027/1473, 18.02.2016.

<sup>301</sup> Yargıtay 14. CD, 626/367, 21.01.2021.

<sup>302</sup> İşten (n 134) 147-148.

<sup>303</sup> Meran (n 128) 80.

<sup>304</sup> Nişancı (n 157) 223.

kurumlarını doğrudan etkileyeceğinden, başlık altındaki açıklamalarımıza değinmeden evvel tartışmayı aktarmakta fayda görüyoruz.

Failin, organ ya da sair bir cisimi mağdura ithal etmesi halinde bağımsız bir suçun oluşacağını savunan yazarlara göre, kanun koyucu tarafından mülga 765 sayılı TCK'da "ırza geçme" ve "ırza tasaddi" kavramlarının yerine farklı bir terim bularak bu kavramların tek bir başlık altında toplama gayesi güdülmüş ve bu kavramlar "cinsel istismar" terimi altında birleştirilmiştir. Ayrıca, TCK m.102 kapsamında, eşler arasında gerçekleşen cinsel saldırı suçunda yalnızca vücuda organ veya sair bir cisim sokmak şeklinde gerçekleştirilen davranışın suç olarak öngörülmesi (m.102/2), burada bağımsız bir suçun söz konusu olduğu görüşüne üstünlük kazandırmıştır.<sup>305</sup> Bizim de katıldığımız aksi görüşe göre, failin, organ ya da sair bir cisimi mağdura ithal etmesi halinde cinsel istismar suçunun nitelikli hali söz konusu olacaktır. Zira, kanun koyucu tarafından, 1.fıkra düzenlenmiş suçun temel şekli olarak bağımsız bir suç tanımı yapılmamıştır. Ayrıca, penetrasyonun gerçekleşmesi halinde temel cezanın belirlenmesinde esas alınacak ceza miktarı daha yüksek olacak şekilde hükme bağlanmıştır.<sup>306</sup>

Cinsel istismarın vücuda organ ya da sair bir cisim sokulmak suretiyle işlenmesi cinsel istismar suçunun nitelikli halini oluşturur (TCK m.103/2). 5237 sayılı Kanunda nitelikli hale ilişkin yapılan ilk düzenlemenin Anayasa Mahkemesi tarafından Anayasaya aykırılık gerekçesiyle 12.11.2015 tarihinde iptal edilmesi üzerine 6763 sayılı Kanunla yapılan ek neticesinde<sup>307</sup> nitelikli cinsel istismara ilişkin hükmün son hali şu şekildedir:

---

<sup>305</sup> Tezcan, Erdem and Önok (n 144) 424; Centel (n 87) 275; Ecem Ceylan Akçay, Türk Ceza Kanunu'nda Çocukların Cinsel İstismarı Suçu (1st edn, Seçkin Yayıncılık 2022) 116-117; Gülşah Bostancı Bozbayındır, Özel Ceza Hukuku Cilt II Kişilere Karşı Suçlar (1st edn, Onikilevha Yayıncılık 2017) 513.

<sup>306</sup> Taner, 'Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar' (n 113) 162; Küskü (n 153) 41; Fatma Ayrıl, 'Çocukların Cinsel İstismarı Suçu ve Bu Suçla Mücadele' (Ulusal Tez Merkezi, 2010) <<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezDetay.jsp?id=KFzBNUR6bS0CmyJWGflADw&no=6psOzX2e-N5YPDvZDGLT1g>> Erişim Tarihi 1 February 2023; Bünyamin Uçan, 'Çocukların Cinsel İstismarı' (Ulusal Tez Merkezi, 2010) <[https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezDetay.jsp?id=GGEyORI\\_QK06JuqOA7fbbg&no=6D4-SwSwks0DpBfA6iq-cg](https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezDetay.jsp?id=GGEyORI_QK06JuqOA7fbbg&no=6D4-SwSwks0DpBfA6iq-cg)> Erişim Tarihi 1 February 2023.

<sup>307</sup> İptal kararı ve 6763 sayılı Kanunla yapılan düzenlemeye ilişkin detaylı bilgi için Bkz. 30 vd.

(2) *Cinsel istismarın vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi durumunda, on altı yıldan aşağı olmamak üzere hapis cezasına hükmolunur. Mağdurun on iki yaşını tamamlamamış olması hâlinde verilecek ceza on sekiz yıldan az olamaz.*

Çocukların cinsel istismarı suçunun vücuda organ veya cisim sokulması suretiyle işlenmesi halinde, fail hakkında çok daha ağır bir yaptırım uygulanması öngörülmüştür. Zira, vücuda organ veya sair cisim sokmak suretiyle işlenen nitelikli cinsel istismar suçu, basit cinsel istismar suçuna göre mağdurun cinsel özgürlüğünü çok daha ağır bir biçimde ihlâl etmektedir.<sup>308</sup>

Maddeden anlaşılacağı üzere, kanun koyucu, çocukların yaş küçüklüğünü esas alarak kademeli olarak ceza artırımını öngörmüştür. 765 sayılı TCK'nın 414. maddesi de mağdurun yaşı bakımından ayrıma gitmişti.<sup>309</sup> Ancak yeni Kanunda, 765 sayılı Kanundan farklı olarak “ırza geçme” kavramı yerine “cinsel istismar” kavramı kullanılmıştır.<sup>310</sup> Yine eski TCK'da sadece “organ” ifadesi kullanılmışken yeni TCK'da “organ veya sair cisim” ifadesine yer verilmesi hasebiyle failin kadın olabilmesi mümkündür.<sup>311</sup>

Suçun bu şekli bakımından da onbeş yaşından küçük çocukların ve onbeş yaşını tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş çocukların üzerlerinde gerçekleşen cinsel davranışa rızalarına değer atfedilmemiştir. TCK m.103/1-b bendinde belirtilen çocuklar bakımından cinsel istismar suçunun oluşması, vücutlarına organ veya sair bir cismin cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir sebebin varlığı ile sokulması gerekir. Cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir sebebin yokluğu halinde, diğer bir ifadeyle çocuğun rızasıyla cinsel ilişkide bulunması halinde, fail bu suçtan değil, TCK'nın

---

<sup>308</sup> Üzülmez (n 157) 33; İştin (n 134) 148.

<sup>309</sup> *Her kim 15 yaşını bitirmeyen bir küçüğün ırzına geçerse beş seneden aşağı olmamak üzere ağır hapis cezasına mahkûm olur”, yine aynı Kanun'un 416. maddesi ise “On beş yaşını bitiren bir kimsenin cebir ve şiddet veya tehdit kullanmak suretiyle ırzına geçen veyahut akıl veya beden hastalığından veya kendi fiilinden başka bir sebepten veya kullandığı hileli vasıtalarla dolaylı fiille mukavemet edemeyecek bir halde bulunan bir kimseye karşı bu fiili işleyen kimse yedi seneden aşağı olmamak üzere ağır hapis cezası ile cezalandırılır.*

<sup>310</sup> Tüysüz (n 160) 39.

<sup>311</sup> Soyaslan (n 191) 236; Seçgin (n 84) 107-108.

104.maddesinde düzenlenen “reşit olmayanla cinsel ilişki” suçundan sorumlu tutulacaktır.<sup>312</sup>

Nitelikli hale ilişkin gerekçe yönünden 103.madde gerekçesinde cinsel saldırı suçunun gerekçesine atıf yapıldığından, 102.maddenin gerekçesine bakmak gerekir.<sup>313</sup> 102. maddenin organ ya da sair bir cisim sokulması ile ilgili gerekçesi şudur:<sup>314</sup>

*Suçun bu nitelikli hâli için, vücuda vajinal, anal veya oral yoldan organ veya sair bir cismin ithal edilmesi gerekir. Bu bakımdan vücuda penis ithal edilebileceği gibi, vajinal veya anal yoldan cop gibi sair bir cisim de ithal edilebilir. Bu bakımdan, söz konusu suçun temel şeklinin aksine, bu fıkra tanımlanan nitelikli hâlinin oluşabilmesi için, gerçekleştirilen davranışın cinsel arzuların tatmini amacına yönelik olması şart değildir.*

Bu nitelikli halde suçun meydana gelmesi için organ ya da sair bir cismin vajinal, anal ya da oral yoldan mağdurun vücuduna sokulmuş olması gerekir. Failin organ ya da kullandığı sair cismin mağdurun vücuduna tamamen girmiş olması şart değildir.<sup>315</sup> Suçun nitelikli hâlinin oluşabilmesi için vücuda vajinal, anal veya oral yoldan organ veya sair bir cismin sokulması arandığından, yalnızca sayılan üç boşluktan cinsel organ değil, vajinal veya anal yoldan cop, sopa, kalem gibi sair cisimlerin sokulması halinde de suçun nitelikli hali vücut bulacaktır.<sup>316</sup> Bununla beraber, organ ya da sair cismin vücudun cinsel olarak tanımlanabilecek ve buna elverişli yerlere sokulması gerekir. Burun, göbek deliği, kulak deliği gibi vücut bölümleri bu kapsamda değerlendirilemez.<sup>317</sup> Doğrudan Kanunun lafzı dikkate alınarak hareket edilmesi ve

<sup>312</sup> Üzülmez (n 157) 33; Nişancı (n 157) 230; Tüysüz (n 160) 40.

<sup>313</sup> “Maddenin birinci fıkrasında, cinsel istismar suçunun temel şekli açısından ceza yaptırımını belirlenmiştir. İkinci fıkra ise, bu suçun işleniş tarzı itibarıyla nitelikli hâli tanımlanmıştır. Buna göre, cinsel istismarın vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi, suçun temel şekline nazaran daha ağır ceza ile cezalandırılmayı gerektirmektedir. Suçun bu nitelikli hâline ilişkin açıklama için, cinsel saldırı suçunun gerekçesine bakılmalıdır.” <sup>313</sup> TBMM , ‘5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Gerekçesi’ (TBMM Mevzuat Bilgi Sistemi, 2005) < <https://mevzuat.tbmm.gov.tr/mevzuat/faces/kanunmaddeleri?pkanunlarno=24110&pkanunnumarasi=5237> > Erişim Tarihi 15 October 2022.

<sup>314</sup> TBMM , ‘5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Gerekçesi’ (TBMM Mevzuat Bilgi Sistemi, 2005) < <https://mevzuat.tbmm.gov.tr/mevzuat/faces/kanunmaddeleri?pkanunlarno=24110&pkanunnumarasi=5237> > Erişim Tarihi 15 October 2022.

<sup>315</sup> Taner, ‘Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar’ (n 113) 156; Herkesecan (n 16) 49.

<sup>316</sup> Yenidünya (n 244) 3292; Üzülmez (n 157) 33; Tüysüz (n 160) 42; Göral (n 14) 28; Yıldız (n 32) 89.

<sup>317</sup> Herkesecan (n 16) 48; Tüysüz (n 160) 40; Seçgin (n 84) 106; Çelik (n 7) 46; Tuğrul (n 197) 277.

aksinin kabulü halinde, cezalandırma suçun temel amacına ters düşeceğinden adaletsiz sonuçların ortaya çıkması kaçınılmazdır.<sup>318</sup>

Elverişli bir organın veya sair bir cismin gerekçede sayılan üç boşluktan birine sokulduğu her durumda suç oluşacak mıdır? Doktrindeki bir görüşe göre, failin cinsel arzularını tatmin etme saikinin aranmadığı ve maddede “organ veya sair bir cisim” ifadesinin geçtiği göz önüne alındığında, çocuğun ağzına cop, şişe gibi cisimlerin sokulması durumunda da nitelikli hal gerçekleşecektir. Hatta çocuğun vücuduna organ veya sair bir cismin sokulması çocuğu aşağılamak, ana babasından intikam almak gibi bir amaçla da yapılmış olsa nitelikli hal vücut bulacaktır.<sup>319</sup> Kanımızca bu görüş, suçtan sorumluluğu fail aleyhine oldukça genişletmektedir. Kaldı ki, cinsel davranış, tıp, psikoloji, antropoloji ve sosyoloji bilimlerinin verileri ışığında, objektif biçimde cinsel hisleri uyandırıcı davranışlar olduğundan ve örneğin ağza cop sokmak cinsel davranış olarak nitelendirilemeyeceğinden bu kapsamda değerlendirilmesi mümkün değildir.

Bizim de katıldığımız ikinci görüşe göre, her somut olayda hangi organın veya cismin mağdurun üç vücut boşluğundan hangisine duhul ettirildiği, yapılan davranışın objektif olarak çocuğun cinsel özgürlüğünü ihlal edici nitelik taşıyıp taşımadığı, mağdurun cinsel özgürlüğünün suçun basit şekline göre daha ağır biçimde ihlâl edilip edilmediği ayrıca incelenmelidir.<sup>320</sup> Duhul edilmek istenen organ ya da sair cisim ile vücut noktası arasında cinsel bir bağ yahut ilişki bulunması gerekmektedir.<sup>321</sup> Yargıtay, suçun nitelikli boyuta ulaşabilmesi için, ya failin sokma fiilinde kullandığı organ veya sair cismin cinsel motif taşıması ya da cinsel saldırı fiiline maruz kalan mağdurun organının cinsel motif taşıyan bir organ (vajina veya anüs) olması gerektiğini ifade ederek, failin oral yoldan mağdura cinsel organını ithal etmesi halinde nitelikli cinsel istismar suçunun oluştuğunu kabul etmiş; ancak mağdurun ağzına parmak sokulması veya öperken dilin ağza sokulması hallerini basit cinsel istismar saymıştır.<sup>322</sup>

---

<sup>318</sup> Tüysüz (n 160) 40.

<sup>319</sup> Yokuş Sevük, ‘*Cinsel Saldırı Ve Cinsel Taciz Suçları*’ (n 86) 287-288.

<sup>320</sup> Üzülmüş (n 157) 34.

<sup>321</sup> Veli Özer Özbek, TCK İzmir Şerhi - Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı (2nd edn, Seçkin Yayıncılık 2008) 616-617; Ağcaoğlu (n 3) 100.

<sup>322</sup> “Diğer yandan, sanığın cinsel organını (veya yapay penisi) mağdurun vücuduna anal, oral veya vajinal yoldan ithal etmesi halinde suçun nitelikli boyuta ulaşacağı hususunda tereddüt bulunmamaktadır. Nitelikli cinsel saldırı suçunu düzenleyen TCK’nın 102/2 ve 103/2. maddelerine ve



Failin, onbeş yaşını tamamlamamış veya onbeş yaşını tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş çocuğa ya da onbeş yaşını tamamlamakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmiş çocuğa karşı tehdit, cebir, hile veya iradeyi etkileyen başka bir neden kullanarak çocuğun kendi vücuduna organ veya sair cisim sokturması halinde de nitelikli cinsel istismar suçu vücut bulacaktır. Bu bakımdan örneğin, failin, 10 yaşındaki bir kız çocuğuna hiç dokunmadan yalnızca talimat vererek çocuğun vajinasına kalem sokturması halinde fail TCK m.103/2'den sorumlu tutulacaktır. Bu durumda, fail her ne kadar doğrudan çocuk üzerinde bir davranışta bulunmuyor olsa da, çocuğun iradesini yöneterek hareket ettiğinden dolayı faillik gündeme gelecektir.<sup>323</sup> Kanun metninin lafzında edilgen bir dil kullanılmış olup failin davranışı bizzat gerçekleştirmiş olması aranmamıştır.<sup>324</sup>

Failin çocuğu ikna etmek suretiyle kendi vücuduna organ veya sair bir cisim sokturması hali ise doktrinde tartışma konusu olmuştur. Kadın olan failin mağdur çocuğun cinsel organını veya yapay penis, cop, şişe gibi maddeleri kendi vücuduna sokturması halinde burada hangi suçun olduğundan bahsedilecektir? Bir görüşe göre maddi unsur sokma kabul edildiğinden nitelikli halin olduğundan bahsedilemez.<sup>325</sup> Diğer görüşe göre ise zorlayan kişinin sorumluluğu dolaylı faillik kabul edilerek fail nitelikli cinsel istismar

---

*madde gerekçelerine bakıldığında; suçun nitelikli boyuta ulaşabilmesi için, ya failin sokma fiilinde kullandığı organ veya sair cismin cinsel motif taşıması (örneğin penis veya yapay penis) ya da cinsel saldırı fiiline maruz kalan mağdurenin organının cinsel motif taşıyan bir organ (vajina veya anüs) olması gerekir. Eğer failin sokma fiilinde kullandığı organ veya sair cisim, cinsel motif taşıyor ve mağdurun sokma fiiline maruz kalan organı da cinsel organ olarak kabul edilen anüs veya vajina değil ise bu suçun nitelikli cinsel saldırı olarak kabul edilmesi mümkün olmayacaktır. Yani sanığın, parmağını veya dilini cinsel amaçla mağdurenin ağızına sokması nitelikli cinsel saldırı suçunu oluşturmayacak ve suç basit cinsel saldırı boyutunda kalacaktır. Bu bağlamda, sanığın penisini (veya yapay penisini) vajinal, anal veya oral yoldan, diğer organ veya sair cismin ise vajinal veya anal yoldan vücuda ithali halinde nitelikli cinsel saldırı suçu oluşacaktır. Eğer cinsel amaçla da olsa, failin; mağdurun ağızına parmaklarını sokması ve dilini okşamayı veya dilini mağdurenin ağızına sokması şeklindeki eylemleri basit cinsel saldırı olarak kabul edilmelidir” Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 4-294/615, 17.12.2013. Aynı yönde görüş için Bkz. Özbek, ‘İzmir Şerhi’ (n 322) 616.*

<sup>323</sup> Tezcan, Erdem and Önok (n 144) 424; Küçükosmanoğlu (n 41) 37. Bu durumda dolaylı faillikten değil, doğrudan faillikten bahsedileceğine ilişkin görüş için Bkz. Ünlü (n 157) 98.

<sup>324</sup> Üzülmüş (n 157) 34; Tüysüz (n 160) 42.

<sup>325</sup> Tezcan, Erdem and Önok (n 144) 425; Memiş Kartal (n 164) 183; Ünlü (n 157) 98. Yargıtay’ın da görüşü bu yöndedir. “Sanık Emine’nin nüfus kayıt örneğine göre 12 yaş 10 aylık olan mağdurun cinsel organını kendi organına sokturduğu, sanık tarafından işlenen bu olayda, mağdurun vücuduna organ veya sair bir cisim sokulması şeklinde bir eylemin bulunmadığı, sanığın bu eyleminin basit cinsel istismar suçunu oluşturduğu...” Yargıtay 14. CD, 7470-10266, 18.10.2013.

suçundan cezalandırılmalıdır.<sup>326</sup> Ancak, nitelikli suçun maddi unsuru sokma olarak belirlenmiştir.<sup>327</sup> Bize göre, bu halde sokma davranışı failin vücuduna yönelik gerçekleştirildiğinden suçun nitelikli halinin oluşması mümkün değildir; fail suçun basit halinden sorumlu tutulmalıdır.

#### 4.6.1.3 Hukuka uygunluk nedenleri

“Suçun ortaya çıkmasını engelleyen objektif nedenler” olarak da adlandırılan hukuka uygunluk nedenleri, fiilin hukuka aykırı olmasını önler ve hukuken meşru ya da hukuka uygun bir fiil olarak ortaya çıkmasını sağlar.<sup>328</sup>

Hukuka uygunluk nedenleri, 5237 sayılı Kanunun “Ceza Sorumluluğunu Kaldıran Veya Azaltan Nedenler” başlığı altında, 24, 25 ve 26.maddelerde düzenlenmiştir. Bununla birlikte, söz konusu hükümler 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun<sup>329</sup> 223.maddesi<sup>330</sup> ile birlikte değerlendirildiğinde belirtilen maddelerden bazılarının

<sup>326</sup> Özbek, ‘İzmir Şerhi’ (n 322) 617.

<sup>327</sup> Altaş (n 163) 36.

<sup>328</sup> Toroslu and Toroslu (n 151) 154; Tuğrul Katoğlu, Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık (1st edn, Seçkin Yayıncılık 2003) 21-24. Çalışmamızda, hukuka uygunluk nedenleri, suçun maddi unsurları içinde fiilin negatif unsuru olarak incelenmiştir. Bu yönde Bkz. Horozgil (n 156) 128 vd.

<sup>329</sup> Ceza Muhakemesi Kanunu, Kanun Numarası: 5271, Kabul Tarihi: 04.12.2004, RG 17.12.2004/25673.

<sup>330</sup> “Madde 223 – (1) Duruşmanın sona erdiği açıklandıktan sonra hüküm verilir. Beraat, ceza verilmesine yer olmadığı, mahkûmiyet, güvenlik tedbirine hükmedilmesi, davanın reddi ve düşmesi kararı, hükümdür. (2) Beraat kararı; a) Yüklenen fiilin kanunda suç olarak tanımlanmamış olması, b) Yüklenen suçun sanık tarafından işlenmediğinin sabit olması, c) Yüklenen suç açısından failin kast veya taksirinin bulunmaması, d) Yüklenen suçun sanık tarafından işlenmesine rağmen, olayda bir hukuka uygunluk nedeninin bulunması, e) Yüklenen suçun sanık tarafından işlendiğinin sabit olmaması, Hallerinde verilir. (3) Sanık hakkında; a) Yüklenen suçla bağlantılı olarak yaş küçüklüğü, akıl hastalığı veya sağır ve dilsizlik hali ya da geçici nedenlerin bulunması, b) (Değişik: 25/5/2005 - 5353/30 m.) Yüklenen suçun hukuka aykırı fakat bağlayıcı emrin yerine getirilmesi suretiyle veya zorunluluk hali ya da cebir veya tehdit etkisiyle işlenmesi, c) Meşru savunmada sınırın heyecan, korku ve telaş nedeniyle aşılması, d) Kusurluluğu ortadan kaldıran hataya düşülmesi, Hallerinde, kusurunun bulunmaması dolayısıyla ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilir. (4) İşlenen fiilin suç olma özelliğini devam ettirmesine rağmen; a) Etkin pişmanlık, b) Şahsî cezasızlık sebebinin varlığı, c) Karşılıklı hakaret, d) İşlenen fiilin haksızlık içeriğinin azlığı, Dolayısıyla, faile ceza verilmemesi hallerinde, ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilir. (5) Yüklenen suç işlediğinin sabit olması halinde, sanık hakkında mahkûmiyet kararı verilir. (6) Yüklenen suç işlediğinin sabit olması halinde, belli bir cezaya mahkûmiyet yerine veya mahkûmiyetin yanı sıra güvenlik tedbirine hükümlenir. (7) Aynı fiil nedeniyle, aynı sanık için önceden verilmiş bir hüküm veya açılmış bir dava varsa davanın reddine karar verilir. (8) Türk Ceza Kanununda öngörülen düşme sebeplerinin varlığı ya da soruşturma veya kovuşturma şartının gerçekleşmeyeceğinin anlaşılması hallerinde, davanın düşmesine karar verilir. Ancak, soruşturmanın veya kovuşturmanın yapılması şarta bağlı tutulmuş olup da şartın henüz gerçekleşmediği anlaşılırsa; gerçekleşmesini beklemek üzere, durma kararı verilir. Bu karara itiraz edilebilir. (9) Derhâl beraat kararı verilebilecek hâllerde durma, düşme veya ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilemez. (10) Adli yargı dışındaki bir yargı merciine yönelik görevsizlik kararı kanun yolu bakımından hüküm sayılır.”

hukuka uygunluk nedenleri; bazılarının ise ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilmesini gerektirecek nedenler olarak düzenlendiği görülmektedir. Bu doğrultuda hukuka uygunluk nedenleri kanun hükmünün yerine getirilmesi, meşru savunma, hakkın kullanılması ve ilgilinin rızası olarak kabul edilir.<sup>331</sup> Meşru savunma ve hakkın kullanılması hukuka uygunluk nedenlerinin incelenen suç bakımından uygulanma imkânı bulunmadığından,<sup>332</sup> çalışmamızda, suçla ilgili olarak yalnızca ilgilinin rızası ile beden muayenesi ve üst araması yönünden kanun hükmünün yerine getirilmesi hukuka uygunluk nedenleri incelenecektir.

#### 4.6.1.3.1 Rıza

Kelime anlamıyla rıza, bir kimsenin, kendisine yönelen bir davranışa razı olması, müsaade etmesi, uygun bulması ya da onaylamasıdır.<sup>333</sup> Rıza, kişinin hukuksal değerine karşı gerçekleştirilen bir fiili kabul ettiğini açıklamasıdır.<sup>334</sup> Kişi, rıza ile hukuksal değerini ihlâl eden veya onu tehlikeye düşüren bir fiilin gerçekleşmesini kabul ettiğini açıklar ve o hukuksal değerine ilişkin hukuki korumadan vazgeçer.<sup>335</sup>

TCK'nın 26/2. maddesinde hukuka uygunluk nedenlerinden biri olan "*ilgilinin rızası*" hükmüne yer verilmiştir. TCK m. 26/2 uyarınca "*kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez.*"

Anayasanın 20.maddesi "*Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz.*" hükmünü amirdir. Bu doğrultuda, kişinin cinsel hayatı özel hayatın gizli alanına dâhildir; bu alana dışarıdan müdahale edilemez. Gizli alanda yalnızca birey ve karşısındaki kişi bulunmaktadır. Bu nedendir ki, gerçekleştirildiği iddia edilen cinsel suçlar yönünden ekseriyetle tanık bulunmaz ve yapılan savunma çoğunlukla kişinin

---

<sup>331</sup> Horozgil (n 156) 128.

<sup>332</sup> Horozgil (n 156) 129.

<sup>333</sup> Şare (n 108) 979.

<sup>334</sup> Seçgin (n 84) 94.

<sup>335</sup> Meral Ekici Şahin, 'Ceza Hukukunda Rıza' (Ulusal Tez Merkezi, 2010) <<https://dspace.ankara.edu.tr/xmlui/bitstream/handle/20.500.12575/37388/265465.pdf?sequence=1&isAllo wed=y>> Erişim Tarihi 15 October 2022.

cinsel davranışa rızasının bulunduğu savına dayanır. Dolayısıyla, cinsel suçlar yönünden, ilgilinin geçerli bir rızasının varlığının ya da yokluğunun tespiti mühimdir.<sup>336</sup>

Ancak Kanunun da açıkça ifade ettiği üzere, rızanın mutlak surette tasarruf edilebilen haklara ilişkin olması gerekmektedir. Örneğin yaşam hakkı, üzerinde mutlak suretle tasarruf edilebilecek haklardan değildir; kişi yaşamına son verilmesine rıza gösteremez.<sup>337</sup> Zira Anayasanın 12. ve 17. maddeleri doğrultusunda yaşam hakkı vazgeçilmez ve devredilmez bir haktır. Öte yandan, kişi cinsel özgürlüğü üzerinde serbestçe tasarruf edebilir.<sup>338</sup>

Cinsel istismar suçu bakımından ise onbeş yaşını tamamlamış çocukların rızalarına hiçbir suretle değer atfedilmezken; onbeş yaşını tamamlamış ve cinsel davranışın anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmiş çocukların kendileri üzerlerinde gerçekleştirilen ve cinsel ilişki boyutuna varmayacak davranışlara rıza göstermeleri, yani iradelerinin cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen herhangi bir sebeple etkilenmemesi bu davranışları hukuka uygun hale getirecektir.<sup>339</sup> Buna karşılık, onbeş yaşını tamamlamış ve fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmiş çocuğun cinsel ilişkiye rıza göstermesi halinde TCK m.104'te hüküm altına alınan reşit olmayanla cinsel ilişki suçu vücut bulacaktır.<sup>340</sup>

Rızanın açıklanması belirli bir şekil şartına bağlı değildir. Mağdurun davranışlarından anlaşılması yeterlidir; ayrıca sözle rıza verdiğini belirtmesine gerek yoktur.<sup>341</sup> Gerçekleştirilen cinsel davranış başta rızaya dayalı olmakla birlikte, sonradan rızanın

---

<sup>336</sup> Şare (n 108) 980.

<sup>337</sup> İyileşmez bir hastalığı ve dindirilemez acısı olan, bu durumu tıbben tespit edilen ve zihinsel yeterliliğe sahip olduğu bilinen bir kişinin hukuken geçerli rıza göstermesi sonucu hekim tarafından acısız olarak hayatına son verilmesi olarak tanımlanan “ötenazi” hakkında detaylı bilgi için Bkz. Aysun Altunkaş, ‘Ötanazinin Türleri ve Ötanazinin Türk Ceza Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi’ (2016) III. Sağlık Hukuku Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı ve Ötanazi Sempozyumu (1st edn, Seçkin 2017) 61.

<sup>338</sup> Ekici Şahin (n 336) 102.

<sup>339</sup> Berrin Akbulut, ‘Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlarda Rızanın Niteliği’ in Veli Özer Özbek (ed) (2019) 14 (40) Ceza Hukuku Dergisi 265, 278; Nişancı (n 157) 235; Horozgil (n 156) 128-129; Şimşek (n 281) 345; Ünlü (n 157) 93; Üzülmüş (n 157) 38; Herkesecan (n 16) 79; Altaş (n 163) 62; Tüysüz (n 160) 64; Seçgin (n 84) 94; Şare (n 108) 993. “Çocukların cinsel istismarı suçunda rıza yaşı 15 olarak belirlenmiştir. 15 yaşını bitirmemiş küçüklerin suçun oluşması açısından rızaları etkili değildir. Ancak şikayeti kullanma açısından ayırt etme gücüne sahip bulunan küçüklerin, kişiye sıkı surette bağlı bulunan bu hakkı kullanmasında da bir engel söz konusu değildir.” Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 14-599/431, 24.10.2017.

<sup>340</sup> Şare (n 108) 1008; Çelik (n 7) 59; Küçükosmanoğlu (n 41) 34.

<sup>341</sup> Akbulut (n 340) 272.

ortadan kalkması halinde cinsel istismar suçu oluşacaktır. Diğer bir deyişle rıza, cinsel davranışın devamı boyunca varlığını sürdürmeli ve davranışın gerçekleştiriliş biçimini de kapsamalıdır. Failin mağdurun uygun gördüğü ölçünün ötesinde davranışlar gerçekleştirilmesi halinde rıza ortadan kalkmış olacağından cinsel istismar suçu oluşacaktır.<sup>342</sup> Rızanın mevcut olup olmadığına yönelik yapılan değerlendirmede mağdurun yalnızca “hayır” demesinin yeterli olup olmadığının somut olayın özelliklerine göre ele alınması gerektiği ifade edilmektedir.<sup>343</sup> Kanımızca, mağdurun yalnızca “hayır” demesi rızanın yokluğunun bir göstergesi olup, rızanın mevcut olmadığı yönünde yapılacak bir değerlendirme için yeterlidir. Bu noktada mağdurun bir çocuk olduğu unutulmamalı ve rızaya dair değerlendirme bu husus gözetilerek yapılmalıdır.

#### **4.6.1.3.2 Beden muayenesi ve üst araması bakımından kanun hükmünün yerine getirilmesi**

Kanun hükmünün yerine getirilmesi hukuka uygunluk nedeni TCK.’nın 24.maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, “(1) Kanunun hükmünü yerine getiren kimseye ceza verilmez.” Konuya ilişkin verilebilecek en klasik iki örnek mağdurun beden muayenesi ile üst aramasının yapılması durumlarıdır.

Beden muayenesi CMK.’nın 75 ve 76.maddelerinde düzenlenmiş olup bedenın dış yüzeyinin ve içinin tıbbi yöntemlerle incelenmesini ifade eder.<sup>344</sup> Beden muayenesinin temel amacı soruşturma ve kovuşturma konusu olayla ilgili delil elde etmektir.<sup>345</sup> Burada ayırt edici olan durum, Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelik<sup>346</sup> hükümleri doğrultusunda muayenenin yalnızca hekim veya sağlık mesleği mensubu diğer bir kişi tarafından ve hâkim veya

---

<sup>342</sup> Herkesecan (n 16) 62; Kılıç (n 93) 86.

<sup>343</sup> Kılıç (n 93) 86.

<sup>344</sup> Pervin Aksoy İpekçioğlu, ‘Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi Ve Vücuttan Örnek Alma’ (2012) 70 (1) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 19,21 (‘Beden Muayenesi’).

<sup>345</sup> Aksoy İpekçioğlu, ‘Beden Muayenesi’ (n 345) 20.

<sup>346</sup> Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelik, RG 01.06.2005/ 25832.

gecikmesinde sakınca olan hallerde Cumhuriyet savcısı kararıyla yapılacak olmasıdır. Ayrıca, muayenenin iç veya dış beden muayenesi olmasının bir önemi yoktur.<sup>347</sup>

Kanunda ve Yönetmelikte bulunan düzenlemeler karşısında, hekimlik mesleğinin icrası sırasında hekim tarafından tıbbi müdahaleler çerçevesinde vücutta cinsel bölgelere yapılan muayeneler hukuka uygunluk sebebi teşkil eder ve suç oluşmaz.<sup>348</sup> Ancak, tedavi gereği olacak davranışların özellikle cinsel anlam taşıyabileceği durumlarda, bu davranışların tıbbi tedavi ile ilgili olup olmadığı durumunun saptanması gerekir.<sup>349</sup> Şayet hekim, tıbben gerekmediği halde cinsel arzuların tatmini amacıyla çocuğa temas ederse bu durumda hukuka uygunluk sebebinden bahsedilmeyecek ve cinsel istismar suçu vücut bulacaktır.<sup>350</sup> Failin sağlık çalışanı olması nedeniyle TCK m.103/3-d uyarınca verilecek ceza yarı oranında artırılacaktır.<sup>351</sup>

Konuya ilişkin verilebilecek bir diğer örnek ise kolluk görevlisi tarafından şüpheliye üst araması yapılması halidir. Polis Vazife ve Salahiyet Kanununun<sup>352</sup> 4/A maddesi<sup>353</sup> ile Adli ve Önleme Arama Yönetmeliğinin 27.maddesinde<sup>354</sup> kolluğa kaba üst araması yapma

---

<sup>347</sup> “Madde 4 - Bir suça ilişkin delil elde etmek için, şüpheli veya sanık üzerinde iç beden muayenesi yapılabilmesine Cumhuriyet savcısı veya mağdurun istemiyle ya da re’sen hâkim veya mahkeme, gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısı tarafından karar verilebilir.” “Madde 4/2- Şüpheli veya sanığın iç beden muayenesi ancak tabip tarafından yapılır.” “Madde 7 - Bir suça ilişkin delil elde etmek amacıyla, mağdurun ve diğer kişilerin vücudu üzerinde dış veya iç beden muayenesi yapılabilmesine sağlığını açıkça ve öngörülebilir şekilde tehlikeye düşürmemek ve cerrahî bir müdahalede bulunmamak koşuluyla; Cumhuriyet savcısının istemiyle ya da re’sen hâkim veya mahkemeye, gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısı tarafından karar verilebilir.” “Madde 7/2- Mağdurun ve diğer kişilerin beden muayenesi ancak tabip tarafından yapılır.”

<sup>348</sup> Herkesecan (n 16) 64; Tüysüz (n 160) 63; Seçgin (n 84) 93; Ünlü (n 157) 93; Şimşek (n 281) 347; Horozgil (n 156) 128.

<sup>349</sup> Şimşek (n 281) 347.

<sup>350</sup> Tüysüz (n 160) 63; Seçgin (n 84) 93; Ünlü (n 157) 93.

<sup>351</sup> “d) Vasi, eğitici, öğretici, bakıcı, koruyucu aile veya sağlık hizmeti veren ya da koruma, bakım veya gözetim yükümlülüğü bulunan kişiler tarafından işlenmesi hâlinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza yarı oranında artırılır.”

<sup>352</sup> Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu, Kanun Numarası: 2559, Kabul Tarihi: 04.07.1934, RG 14.07.1934/2451.

<sup>353</sup> “Polis, durdurduğu kişi üzerinde veya aracında silah veya tehlike oluşturan diğer bir eşyanın bulunduğu hususunda yeterli şüphenin varlığı halinde, kendisine veya başkalarına zarar verilmesini önlemek amacıyla yönelik gerekli tedbirleri alabilir. Bu amaçla kişinin üzerindeki elbisenin çıkarılması veya aracın, dışarıdan bakıldığında içerisi görünmeyen bölümlerinin açılması istenemez. (Ek cümleler: 27/3/2015-6638/1 md.) Ancak, el ile dıştan kontrol hariç, (İptal ibare: Anayasa Mahkemesinin 4/5/2017 tarihli ve E.: 2015/41, K.: 2017/98 sayılı Kararı ile) (2) (...) Kolluk amirinin kararı yirmi dört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur.”

<sup>354</sup> “Madde 27-Durdurma üzerine aşağıdaki işlemler yapılır: a) Durdurulan kişi üzerinde giysilerinden herhangi birisi çıkarılmaksızın, yoklama biçiminde bir kontrol yapılır. Bu işlem sonucunda, kişide silâh bulunduğu sonucunu çıkarmaya yeterli şüphe meydana gelirse, memur kendiliğinden silâh ve diğer suç eşyası araması yapabilir. b)Yoklama suretiyle kontrol, kişinin cinsiyetinde bulunan görevli tarafından

yetkileri tanınmıştır. Bu nedenle polisin, Kanunun ve Yönetmeliğin verdiği yetki ve sınırlar içerisinde durdurma akabinde üst araması yapması hukuka uygunluk sebebinin varlığı hasebiyle suç teşkil etmez. Yönetmeliğin 28/9-d maddesinde “*Arama sırasında bedene dokunulmaması için gerekli özen gösterilir*” şeklinde düzenleme mevcuttur. Üst araması, Adli ve Önleme Arama Yönetmeliği ve PVSK hükümlerince gerçekleştirileceğinden bunlar amir hüküm olup,<sup>355</sup> polisin hükümlerde ifade edilen kurallar dışında cinsel arzuların tatmini amacıyla çocuğa temas etmesi halinde cinsel istismar suçu vücut bulacaktır.<sup>356</sup> Yönetmelikte “*b)Yoklama suretiyle kontrol, kişinin cinsiyetinde bulunan görevli tarafından yapılır.*” denilmişse de, cinsel istismar suçunun oluşması bakımından failin farklı bir cinsten olması aranmadığından suç oluşacaktır.

#### 4.6.2 Manevi unsur

Suçun manevi unsuru “*kusurluluk*” olarak ifade edilmekte olup, davranışın ve ihmalin mutlaka bilinçli yahut iradi olmasını gerektiren iki kavram halinde ortaya çıkar: kast ve taksir.<sup>357</sup> Esasen, manevi unsur failin içinde bulunduğu ruh halini niteler.<sup>358</sup>

Taksir ise, TCK m.22’de dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen neticesi öngörülmeyle gerçekleştirilmesi olarak tanımlanmaktadır. Kusurluluğun ikinci türü olan taksir istisnai bir nitelik taşır. Farklı bir deyişle, suçun taksirle işlenebilmesi, ceza kanununda bu yönde açık bir

---

*yapılır. c)Yapılan kontrolün konusu ve sebepleri ilgiliye açıklanır. e)Yoklama suretiyle kontrol, kişiye en az sıkıntı verici şekilde yapılır. h)Yoklama suretiyle kontrol, kişinin veya aracın ilk durdurulduğu yerde veya o yerin yakınında, mümkün olduğu kadar başkalarının göremeyeceği tarzda yapılır. Başka yere götürülerek kontrol yapılamaz.”*

<sup>355</sup> Özbek, ‘İzmir Şerhi’ (n 322) 632.

<sup>356</sup> Seçgin (n 84) 93.

<sup>357</sup> Nur Centel, Hamide Zafer and Özlem Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş (11th edn, Beta Basım Yayın 2020) 359; Toroslu and Toroslu (n 151) 198.

<sup>358</sup> Ünlü (n 157) 91.

düzenleme olması halinde mümkündür.<sup>359</sup> Kanunda suçun taksirli hali düzenlenmediğinden cinsel istismar suçunun taksirle işlenmesi mümkün değildir.<sup>360</sup>

TCK'nın 21. maddesine göre kast, suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir.<sup>361</sup> Kastın birçok çeşidi olsa da,<sup>362</sup> konu bakımından yalnızca doğrudan kast-olası kast (dolaylı kast) ayrımı ve genel kast-özel kast ayrımı incelenecektir. Failin gerçekleşmesini hedeflediği sonuçlara ilişkin kast, doğrudan kast olarak adlandırılır.<sup>363</sup> Olası kast ise failin muhtemel, hatta mümkün olarak görebileceği sonuçlara ilişkin kastını ifade eder.<sup>364</sup> Olası kast için “*gayrimuayyen kasıt*”, “*muhtemel kasıt*”, “*dolaylı kasıt*” ve “*olursa olsun kasıt*” isimlerinin kullanıldığı da görülmektedir.<sup>365</sup> Genel kast, maddi fiilin bilinçli ve iradi olması yeterli kabul edilen, suçun oluşması için faili harekete geçiren amacın önem taşımadığı haldir. Buna karşın özel kast, maddi fiilin bilinçli ve iradi olmasının yanında failin özel bir amaçla hareket etmesi halinde ortaya çıkan kast türüdür.<sup>366</sup>

#### 4.6.2.1 Doktrinde kast yönünden tartışmalar

Doğrudan kast-dolaylı kast ayrımı bakımından bir görüşe göre, çocukların cinsel istismarı suçu doğrudan kastla işlenebileceği gibi olası kastla da işlenebilir. Örneğin, fail kalabalık bir ortamda bir kişiye sürtünmeye çalışırken başkasının vücuduna dokunabileceğini öngörerek davranışı gerçekleştirirse olası kasttan söz edilebilir.<sup>367</sup> Bizim de katıldığımız aksi görüşe göre, suçun olası kastla işlenmesi mümkün değildir. Zira kasten öldürme, yaralama gibi bazı suçlarda ortaya çıkabilecek olası kast

---

<sup>359</sup> Toroslu and Toroslu (n 151) 226. TCK m.22/1 “*Taksirle işlenen fiiller, kanunun açıkça belirttiği hallerde cezalandırılır.*” Çalışmamıza konu suçun taksirle işlenmesi mümkün olmadığından, taksirin kendi içerisinde “basit taksir” ve “bilinçli taksir” olarak ikiye ayrılmasına ilişkin konu bütünlüğünü bozmamak adına bahsetmedik. Taksir çeşitleri hakkında detaylı bilgi için Bkz. Toroslu and Toroslu (n 151) 240-241.

<sup>360</sup> Horozgil (n 156) 130; Şimşek (n 281) 343.

<sup>361</sup> Centel, Zafer and Çakmut (n 358) 369; Herkesecan (n 16) 65.

<sup>362</sup> Detaylı bilgi için Bkz. Toroslu and Toroslu (n 151) 219 vd.

<sup>363</sup> Toroslu and Toroslu (n 151) 219; Tuğrul Katoğlu, ‘*Olası Kasıt ve Suça Teşebbüs*’ (2015) 2 Prof. Dr. Nevzat Toroslu’ya Armağan 611, 612.

<sup>364</sup> Toroslu and Toroslu (n 151) 220.

<sup>365</sup> Katoğlu (n 364) 613.

<sup>366</sup> Toroslu and Toroslu (n 151) 220.

<sup>367</sup> Horozgil (n 156) 129-130; Yokuş Sevik, ‘*Cinsel Saldırı Ve Cinsel Taciz Suçları*’ (n 86) 253; Tezcan, Erdem and Önok (n 144) 470; Şimşek (n 281) 344; Özbek, ‘*İzmir Şerhi*’ (n 322) 632.



kavramının tüm sonuçları kapsayacak şekilde kabul edilmesi, kusurluluk ilkesi yönünden tehlikeli durumlara sebebiyet verebilir.<sup>368</sup> Cinsel istismarın gerek basit şeklinin gerekse de nitelikli halinin sırf hareket (davranış) suçu olarak düzenlendiği göz önüne alındığında, olası kasta müsait bir suç tipi olmadığı ortadadır. Kaldı ki, olası kastın uygulanması cinsel istismar suçunun alanını çok genişletecektir.<sup>369</sup>

Genel kast-özel kast ayrımı bakımından ise çocukların cinsel istismarı suçunun genel kastla mı, yoksa özel kastla mı işlenebilen bir suç olduğu doktrinde tartışma konusu olmuştur. Bir görüşe göre, çocukların cinsel istismarı suçu, gerek temel şekli gerekse vücuda organ veya sair cisim sokmak suretiyle gerçekleştirilen nitelikli hali bakımından genel kastla işlenebilir. Faildeki kastın, suç tipinin objektif nitelikteki tüm unsurlarına (cinsel davranışa, mağdurun yaşına ve algılama yeteneğinin gelişip gelişmediğine ya da iradeyi etkileyen bir nedenin olup olmadığına) yönelik olması yeterlidir.<sup>370</sup> Kanun metninde cinsel arzuların tatmin edilmesi saikinin aranmasına yönelik herhangi bir ifade bulunmamaktadır. Suçun gerekçesine bakıldığında, 102. madde gerekçesine yollama yaptığı görülmektedir. 102.madde gerekçesinde ise, suçun temel şekli bakımından cinsel arzuları tatmin amacı aranmışken, organ ya da sair bir cisim sokmak suretiyle davranışın gerçekleştirildiği nitelikli halde cinsel arzuların tatmini şart değildir. Gerekçede bu husus belirtilmişse de, suçun temel ya da nitelikli şekli fark etmeksizin failin aynı zamanda cinsel arzularını tatmin etmek amacıyla hareket etmiş olması gerekmez. Suçun basit hali için aranan bir şartın, o suçun nitelikli hali için aranmayacağı yönündeki bir açıklama bu görüşe göre dayanaksızdır. Fail, toplum içinde mağduru küçük düşürmek saikiyle hareket etmiş olsa dahi bu suç oluşacaktır.<sup>371</sup>

Doktrindeki ikinci görüşe göre, suçun temel şeklinin manevi unsuru ile vücuda organ veya sair cisim sokmak suretiyle işlenen nitelikli halinin manevi unsuru ayrı ayrı incelenmelidir. 102.maddenin gerekçesine göre, suçun temel şekli açısından genel kast yeterli olmayıp, failin ayrıca cinsel arzularını tatmin saikinin bulunması aranmaktadır.

---

<sup>368</sup> Kayıhan İçel, İçel Ceza Hukuku Genel Hükümler (7th edn, Beta Yayıncılık 2016) 434; Seçgin (n 84) 90.

<sup>369</sup> Herkesecan (n 16) 50.

<sup>370</sup> Tezcan, Erdem and Önok (n 144) 470; Özbek, Doğan and Bacaksız (n 11) 368; Taner, 'Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar' (n 113) 171-180; Şimşek (n 281) 344; Horozgil (n 156); Nişancı (n 157) 229; Memiş Kartal (n 164) 214; Ağcaoğlu (n 3) 104; Çalışkan (n 167) 89; Tuğrul (n 197) 305.

<sup>371</sup> Tezcan, Erdem and Önok (n 144) 427-428; Özbek, 'İzmir Şerhi' (n 322) 632.

Suçun nitelikli hali bakımından ise failin vücuda organ veya sair cisim soktuğunu bilmesi ve istemesi kastı oluşturacaktır; davranışın cinsel arzuların tatminine yönelmesi gerekmez.<sup>372</sup> Her ne kadar nitelikli suçun oluşması için failin cinsel arzularını tatmin etmek saikiyle hareket etmesi gerekmesede, fiilin nitelik itibarıyla cinsel bir içerik taşıması gerekir. Bu açıdan, örneğin, bir kişinin vücut boşluğuna cisim saplanması bu suçu oluşturmaz. Vajinal veya anal yoldan mağdura organ veya sair bir cisim sokulması halinde fiilin cinsel içerikli olduğu konusunda tereddüt bulunmuyor olsa da, bir kimseye oral yoldan sıvı ya da katı maddeler sokulması halinde fiil cinsel nitelikte olmadığından suçun nitelikli halinin oluşmayacağı belirtilmektedir.<sup>373</sup>

Doktrindeki üçüncü görüşe göre, suçun basit hali bakımından cinsel arzuları tatmin amacının aranması gerektiği belirtilmekle birlikte nitelikli hal bakımından da faildeki bu saikin bulunması gerektiği yönündedir. Aksi görüşün kabulü halinde, iyiniyetli veya dostça müdahaleler ya da cinsel saik içermeyen davranışların cinsel istismar suçuna vücut vereceği kabul edilecek ve suçun kapsamı genişleyecektir.<sup>374</sup>

Bizim katıldığımız görüş ise doktrinde ileri sürülen ikinci görüştür. Failin kastına ilişkin değerlendirme basit istismar suçu ile nitelikli istismar suçu bakımından ayrı ayrı yapılmalıdır. Basit istismar suçu bakımından, gerekçede de ifade edildiği üzere failin mağdura cinsel arzularını tatmin gayesi ile cinsel bir davranışta bulunması gerekir. Bu nedenle basit istismar suçu bakımından failin özel kastı bulunmalıdır. Buna karşın, nitelikli istismar suçu bakımından mağdurun üç vücut boşluğundan birine organ ithali veya vajinasına yahut anüsüne sair bir cisim sokulması doğası itibarıyla zaten objektif nitelikte cinsel bir davranış olduğundan, failin ayrıca cinsel arzularını tatmin gayesi bulunması gerekmez. Bu halde genel kastın varlığı yeterli sayılmalıdır. Örneğin, failin oc alma saikiyle mağdurun ağzına cinsel organını ithal etmesi halinde nitelikli cinsel istismar suçunun oluştuğunun kabulü gerekir.

---

<sup>372</sup> Yokuş Sevük, 'Cinsel Saldırı Ve Cinsel Taciz Suçları' (n 86) 252; Taşkın (n 27) 89; Üzülmez (n 157) 38; Ünlü (n 157) 92; İştin (n 134) 152; Arslantürk (n 261) 250-251.

<sup>373</sup> Yenidünya (n 244) 3293.

<sup>374</sup> Şen (n 114) 382 vd; Kocaoğlu (n 152) 454.

#### 4.6.2.2 Hata

Suçun ortaya çıkmasını engelleyen sübjektif bir neden olarak hata, dış dünyaya ait bir şeyin gerçekte olduğu gibi değil de, yanlış biçimde bilinmesine neden olan zihinsel bir durumdur.<sup>375</sup> Hata, kastı ya da kusurluluğu ortadan kaldıran bir neden olarak karşımıza çıkar. Zihindeki düşüncenin dış dünyadaki gerçeklikle örtüşmemesi halinde failin yanlışlığından bahsedilir.<sup>376</sup>

Hata, 5237 sayılı TCK'nın 30. maddesinde hüküm altına alınmıştır. Buna göre:

*(1) Fiilin icrası sırasında suçun kanuni tanımındaki maddi unsurları bilmeyen bir kimse, kasten hareket etmiş olmaz. Bu hata dolayısıyla taksirli sorumluluk hali saklıdır. (2) Bir suçun daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli hallerinin gerçekleştiği hususunda hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır.(3) Ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır. (4) İşlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, cezalandırılmaz.*

Cinsel istismar suçunda, kanun koyucunun önemle üzerinde durduğu iki husus mağdurun yaşı ve rızasıdır. O halde örneğin, çocuğun 15 yaşında olduğunu zannederek rızası dâhilinde onu dudağından öpen bir kimse, sonradan bu davranışta bulunduğu kişinin aslında 14 yaşında olduğunu öğrenirse ne olacaktır?

Cinsel istismar suçu kasten işlenebilen bir suçtur; taksirli hali Kanunda düzenlenmemiştir. Suçun mevcudiyetinden bahsedebilmek için failin kastı suçun tüm maddi unsurlarını kapsamalıdır.<sup>377</sup> TCK m.30/1 uyarınca fiilin icrası sırasında suçun kanuni tanımındaki maddi unsurları bilmeyen bir kimse kasten hareket etmiş olmaz. Kast, suçun kanuni tanımındaki maddi unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesi

---

<sup>375</sup> Toroslu and Toroslu (n 151) 250.

<sup>376</sup> Centel, Zafer and Çakmut (n 358) 430; Murat Volkan Dülger, Onur Özkan and Merve Bakdur, 'Ceza Hukukunda Hata Ve Hataya Bağlanan Sonuçlar' (2021) (45) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi < <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/1500254>> Erişim Tarihi 19 October 2022. Günümüzde fiili hata – hukuki hata ayrımının doktrinde büyük ölçüde aşıldığı ve bunun yerine, kastı kaldıran hata ve kusurluluğu etkileyen hata şeklinde bir ayrımın benimsendiğine yönelik Bkz. Dülger, Özkan and Bakdur (n 377) 229.

<sup>377</sup> Horozgil (n 156) 132; Tüysüz (n 160) 59.

olduğuna gore, bu unsurlara ilişkin bilgisizlik, eksik veya yanlış bilgi sahibi olunması maddi unsurlarda hatayı gündeme getirir. Bu hata, kastın varlığına engel olacaktır.<sup>378</sup>

Failin hatasından yararlanması bu hatanın “*esaslı*” olmasına bağlıdır. Esaslı hatanın belirlenme olçütü, “*failin zihninde canlandırdığı olay gerçeğe uygun olsaydı fiili suç oluşturmazdı*” şeklinde ele alınır.<sup>379</sup> Bu bağlamda, çocuk üzerinde gerçekleştirilen cinsel davranış bakımından failin zannettiği durumda suç oluşmayacak ise failin hatası esaslı kabul edilir. Yukarıda verdiğimiz örneğe geri donecek olursak, Kanunda onbeş yaşını tamamlamış ve fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmiş çocukların rızalarının varlığı halinde cinsel istismar suçunun oluştuğundan bahsedilemez. Örneğimizde fail, 15 yaşında olduğunu düşündüğu bir çocuğu çocuğun rızasıyla dudağından öpmektedir. Failin zihninde canlandırdığı olay gerçeğe uygun olsaydı basit cinsel istismar suçu oluşmayacaktı. O halde failin yanılığı esaslı kabul edilir ve fail kasten hareket etmiş olmaz.<sup>380</sup> Buna karşın, failin 17 yaşında olduğunu zannettiği ancak gerçekte 16 yaşında olan çocukla cinsel ilişkiye girmesi halinde zaten reşit olmayanla cinsel ilişki suçu (TCK m.104) oluşacağından failin hatasının bir önemi olmayacaktır.<sup>381</sup> Suçun maddi unsurlarından birisinin var olup olmadığına dair failin emin olamaması ve şüphe duyması hata olarak kabul edilmez. Zira failin kastını ortadan kaldıran, maddi unsurların varlığına ilişkin duyulan şüphe değil, hatasının varlığıdır. Dolayısıyla failin, mağdurun 15 yaşından büyük olup olmadığı yönünde şüpheyeye düşmüş olması hata halinde olduğunu göstermemektedir.<sup>382</sup> Buna yönelik değerlendirmenin olayın koşullarına göre yapılması gerekir.<sup>383</sup>

---

<sup>378</sup> alışkan (n 167) 89; Altaş (n 163) 70.

<sup>379</sup> Dülger, Özkan and Bakdur (n 377) 239.

<sup>380</sup> Taner, ‘*Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*’ (n 113) 323-325; Altaş (n 163) 70.

<sup>381</sup> Herkesecan (n 16) 82.

<sup>382</sup> Dülger, Özkan and Bakdur (n 377) 232-233.

<sup>383</sup> “*Sanıkla mağdurenin olaydan önce 2-3 aydan beri arkadaş oldukları, mağdurenin yaşı küçük olduğu için ailelerin evlenmelerine karşı çıktığı somut olayda; suç tarihi itibarıyla 29 yaşının içerisinde olan sanığın, mağdurenin 15 yaşından küçük olduğunu bilmemesi hayatın olağan akışına uygun olmadığı gibi, savunmasının dahi hataya dayalı olmayıp mağdurenin kaydi yaşına itiraz ve gerçekte yaşının tespiti talebi niteliğinde olduğu, mağdurenin hastanede doğduğunun, ceza davası kesinleşmeden ve hastane kayıtları araştırılmadan görülen hukuk davası sonucunda değerştirilen doğum tarihine göre bile mağdurenin suç tarihinde 15 yaşından küçük olduğunun anlaşılması karşısında bu savunmaya itibar edilmesi mümkün değerdir.*” Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 14-462/13, 21.01.2014.

Mağdurun yaşı hususunda faile yanıltıcı belgeler göstermiş olması da ihtimal dâhilindedir. Bu halde failin suç işlemek kastıyla hareket ettiği söylenemez.<sup>384</sup> Bir an için failin taksirle hareket ettiği söylenebilirse de, cinsel istismar suçu taksirle işlenebilen bir suç değildir.<sup>385</sup> Suç tarihinde mağdurun yaşına ilişkin bir tereddüt bulunması halinde gerçek yaşının tespit edilmesi gerekir.<sup>386</sup>

---

<sup>384</sup> Tüysüz (n 160) 60.

<sup>385</sup> Altaş (n 163) 70.

<sup>386</sup> Tuğrul (n 197) 263. “Mağdurenin aşamalarda anlatımları, savunma ile tarafların sosyal ve kültürel durumları nazara alındığında fiziki görünüm itibarıyla on altı-on yedi yaşlarında gözükten mağdurenin on beş yaşından büyük olduğu yönündeki sanık savunmasının aksine delil bulunmaması ve tüm dosya içeriğine göre ilk derece mahkemesince sanık hakkında hata hükümlerinin tatbiki gerektiği gözetilmeden, yazılı şekilde hata halinin bulunmadığı gerekçesiyle sanığın mahkumiyetine karar verilmesi, bozmayı gerektirmiştir” Yargıtay 14. CD, 2602/10072, 18.06.2019; “Yargıtay 14. Ceza Dairesince 08.04.2013 gün ve 10975-4092 sayı ile; ‘Nüfus kaydına göre 22.06.1993 doğumlu olup suç tarihinde 15 yaş içerisinde olan ve bu yaşını tamamlamayan mağdure ile sanığın anlaşarak İzmir İli Menemen İlçesine birlikte kaçtıkları, burada birden fazla cinsel ilişkiye girdikleri, daha sonra önce gayri resmî olarak evlenip yaşamaya devam ettikleri, bilahare resmî olarak evlenip çocuk sahibi oldukları ve halen evliliğin devam ettiği anlaşılmış olup, sanığın, aşamalarda mağdurenin kendisine 16 yaşında olduğunu söylediğini ve bu nedenle onu 16 yaşında bildiğini savunması, mağdurenin de bunu doğrulaması ve Adli Tıp Kurumunun uygulamalarına göre de bazen kişinin kemik yaşının hormonal gelişimi, beslenme gibi nedenlerle gerçek yaşa göre farklılık gösterebileceğinin bilinmesi karşısında, mağdurenin suç tarihi itibarıyla 15 yaşından büyük gösterip göstermediği, sanığın mağdurenin yaşı konusunda hataya düşmesinin mümkün olup olmadığı mahkemenin dosyadaki tüm verilerle birlikte kendi gözlemine de tespit ederek ve gerekirse bu konuda bilirkişi incelemesi de yaptırılmak suretiyle belirlendikten sonra TCK’nın 30. maddesi gözetilerek sanığın hukuki durumunun tayin ve takdiri gerekirken eksik incelemeyle yazılı şekilde hüküm kurulması’ isabetsizliğinden bozulmasına karar verilmiştir. Yerel mahkeme ise 27.09.2013 gün ve 136-205 sayı ile; ‘... Mağdurenin suç tarihinde 15 yaşını tamamladığı, bu durumun nüfus kayıtları ve Menemen Devlet Hastanesi doğum raporu ile sabit olduğu, mağdurenin 01.08.2007 tarihli cinsel raporuna göre kızlığının bozulduğu, mahkememizce yargılama sürecinde toplanan tüm deliller ve duruşmada yapılan gözlemler neticesinde suça sürüklenen çocuğun 15 yaşından küçük mağdureye yönelik organ sokmak suretiyle zincirleme cinsel istismar suçunu işlediği, ayrıca mağdur ile suça sürüklenen çocuğun 2005 yılından beri duygusal arkadaş oldukları, evlenmek için ailelerine durumu bildirdikleri ancak mağdurun yaşının küçük olması nedeniyle evlenmelerine mağdurun ailesinin karşı çıktığı, suça sürüklenen çocuk ile mağdurun aileleri baskı altına alıp evlenmelerine rıza göstermelerini sağlamak için birlikte kaçıp 20 gün açık arazide kaldıkları, bu oluşa göre uzun süredir tanışan ailesini mağdurun ailesine kız istemek için gönderen ve mağdurun ailesinin yaş küçüklüğü nedeniyle kızlarını vermediğini öğrenen suça sürüklenen çocuğun mağdurun resmi yaşını bilmediği yönündeki iddiası samimi görülmemiş, bu nedenlerle Yargıtay 14.Ceza Dairesi'nin bozma ilamında belirttiği gerekçelerin yerinde olamayacağı, kamu davasının tarafların beyanlarına göre şikayete tabi bir dava haline dönüşme yolunun açılacağı kanaatine varılmıştır’ gerekçesiyle direnerek, sanığın ilk hükümdeki gibi cezalandırılmasına karar vermiştir.... İzmir 1. Çocuk Mahkemesinin 27.09.2013 gün ve 136-205 sayılı direnme hükmünün ONANMASINA” Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 749/277, 15.09.2015

## 4.7 Suçun Ortaya Çıkış Biçimleri

Suç, varlığı için zorunlu olmamakla birlikte değişik hukuki sonuçlara neden olan görünümlere sahip olabilir.<sup>387</sup>

### 4.7.1 Suça etki eden nedenler

“Suça etki eden nedenler” adı verilen nedenlerin bulunması halinde “ağırlaştırılmış” ya da “hafifletilmiş” suçtan söz edilir.<sup>388</sup>

#### 4.7.1.1 Ağırlaştırıcı nedenler

Ağırlaştırıcı nedenler, suçun basit halinde öngörülen cezanın artması sonucunu doğurur.<sup>389</sup>

##### 4.7.1.1.1 Cezada artırma neden olan ağırlaştırıcı haller

Cinsel istismar suçunda cezada artırma neden olan haller, maddenin 3. fıkrasında düzenlenen suçun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi (m.103/3-a), insanların toplu olarak bir arada yaşama zorunluluğunda bulunduğu ortamların sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle işlenmesi (m.103/3-b), 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 işlenmesi (m.103/3-c), vasi, eğitici, öğretici, bakıcı, koruyucu aile veya sağlık hizmeti veren ya da koruma, bakım veya gözetim yükümlülüğü bulunan kişiler tarafından işlenmesi (m.103/3-d), kamu görevinin veya hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle işlenmesi (m.103/3-e) ile 4. fıkarda belirtilen birinci fıkranın (a) bendindeki çocuklara karşı cebir veya tehditle ya da (b) bendindeki çocuklara karşı silah kullanmak suretiyle işlenmesi halleridir.

---

<sup>387</sup> Toroslu and Toroslu (n 151) 276.

<sup>388</sup> Ibid.

<sup>389</sup> Toroslu and Toroslu (n 151) 280.

#### 4.7.1.1.1 Suçun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi (TCK m.103/3-a)

Cinsel istismar suçunun birden fazla kişiyle birlikte işlenmesi halinde cezada artırım yoluna gidileceğine ilişkin düzenleme TCK'nın 103/3-a maddesinde hükme bağlanmıştır. Ancak hemen belirtmek gerekir ki, TCK'nın ilk halinde bu nitelikli hale yer verilmemiş; bu halde cezada artırım yoluna gidileceğine ilişkin düzenleme 29.06.2005 tarihli 5377 sayılı Kanunun<sup>390</sup> 12.maddesi ile 103.maddeye eklenmiştir.<sup>391</sup> Bu nedenle, Kanunun Resmi Gazete'de yayımlandığı 08.07.2005 tarihinden önce işlenen suçlarda suçun birden fazla kimse tarafından birlikte işlenmesi halinde 5237 sayılı TCK m.103/3'e göre bu nedenle cezada artış yapılması mümkün değildir.<sup>392</sup>

Cinsel istismar suçunun birlikte suç işleme kararına varılarak birden fazla kişi tarafından işlenmesi halinde cezada artırımına gidilmesinin sebebi bu durumun suçun işlenmesini kolaylaştırmasıdır. Zira bu halde çocuğun direnci daha kolay kırılacak; mağdurda ve kamuoyunda ortaya çıkan olumsuz etki daha fazla olacaktır.<sup>393</sup> Bu nitelikli halin uygulanması için en az iki failin bulunması gerekir.<sup>394</sup> Faillerin tamamının cezai ehliyetinin bulunması şart değildir. Faillerden birinin oniki yaşından küçük veya akıl hastası olması halinde de cezada artırımına gidilir.<sup>395</sup> Faillerin cinsiyetinin de bir önemi bulunmamaktadır. Bir kısmı kadın ve bir kısmı erkek olabileceği gibi tamamının da

---

<sup>390</sup> Türk Ceza Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, Kanun Numarası: 5377, Kabul Tarihi: 29.06.2005, RG 08.07.2005/25869.

<sup>391</sup> "MADDE 12. — Türk Ceza Kanununun 103 üncü maddesinin üçüncü fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir. (3) Cinsel istismarın üstsoy, ikinci veya üçüncü derecede kan hısmı, üvey baba, evlat edinen, vasi, eğitici, öğretici, bakıcı, sağlık hizmeti veren veya koruma ve gözetim yükümlülüğü bulunan diğer kişiler tarafından ya da hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle veya birden fazla kişi tarafından birlikte gerçekleştirilmesi hâlinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza yarı oranında artırılır."

<sup>392</sup> "Suç tarihinde onaltı yaşında bulunan mağdurenin onsekiz yaşından küçük olması nedeniyle hükümlü Ü. Y'nin eyleminin 5237 Sayılı TCK'nın 103/1-b maddesi delaletiyle 103/2. maddesinde belirtilen nitelikli cinsel istismar suçunu oluşturacağı, suçun silahla işlenmesi halinin maddede artırım nedeni olarak öngörülmediği ve birden fazla kişi ile birlikte işlenmesini ağırlatıcı neden olarak kabul eden 103/3. maddesinin ise 29.6.2005 tarih ve 5377 sayılı yasa ile maddeye sonradan eklendiği için hükümlü aleyhine uygulanamayacağı gözetilerek karşılaştırma yapılması ve lehe kanunun belirlenmesi yerine, uyarlanmanın 102/2, 102/3-d maddeleriyle yapılıp, bu sonuca göre 765 sayılı yasanın lehe kabul edilerek kesinleşen hükmün aynen infazına karar verilmesi, BOZULMASINA" Yargıtay 5.CD, 8211/6967, 18.09.2006.

<sup>393</sup> Savaşçı (n 26) 81; Nişancı (n 157) 243; Ünlü (n 157) 99; Üzülmez (n 157) 36.

<sup>394</sup> Tezcan, Erdem and Önok (n 144) 434; Taşkın (n 27) 92; Ünlü (n 157) 99; Savaşçı (n 26) 82; Herkesecan (n 16) 68; Çalışkan (n 167) 112.

<sup>395</sup> Nişancı (n 157) 243; Altaş (n 163) 45. "Sanığın çocukların cinsel istismarı suçunu, yaşı nedeniyle hakkında takipsizlik kararı verilen M.M ile birlikte işlediği anlaşıldığı halde, sanık hakkında TCK'nın 103/3. maddesinin uygulanmaması suretiyle eksik ceza tayini..." Yargıtay 5. CD, 8617/7741, 09.10.2006.

erkek yahut kadın olması mümkündür.<sup>396</sup> TCK m.103/3-a, organ veya sair bir cisim sokmak suretiyle nitelikli cinsel istismar suçunda artırımı sebep olacağı gibi basit cinsel istismar suçu bakımından da uygulanabilir.<sup>397</sup>

Burada özellikle belirtilmesi gereken husus, kanun koyucunun suçun birlikte işlenmesinden kastettiğinin TCK m.37’de belirtilen şekilde müştereken işlenmesi durumu olduğudur. Buna göre, “suçun kanuni tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştiren kişilerden her biri, fail olarak sorumlu olur.” Dolayısıyla, asıl faille birlikte azmettiren ya da yardım eden sıfatına haiz kişiler ağırlaştırıcı nedenden sorumlu tutulmaz. TCK m.37’nin gerekçesinde “Müşterek faillikte, birlikte suç işleme kararının yanı sıra, fiil üzerinde ortak hâkimiyet kurulduğu için, her bir suç ortağı fail statüsündedir” denilmektedir. Bu nedenle, müşterek faillikte birlikte suç işleme kararının yanı sıra, fiil üzerinde ortak hâkimiyet kurulması da aranmaktadır.<sup>398</sup> Ağırlaştırıcı nedenin uygulanması için, faillerin müşterek fail olarak suçu doğrudan birlikte işlemeleri gerekir.<sup>399</sup> Fakat, ağırlaştırıcı sebebin sirayeti gereği, birden fazla kişinin fail olduğu durumlarda bir başka kişinin azmettiren olduğu da tespit edilirse, diğer faillere uygulanan ağırlaştırıcı neden azmettiren sıfatı bulunan kişiye de

<sup>396</sup> Altaş (n 163) 45.

<sup>397</sup> “Mahkemenin oluşa uygun kabulüne göre, eylemlerini birden fazla kişiyle birlikte ve mağduru tehdit etmek suretiyle gerçekleştiren sanıklar hakkında, çocuğun basit cinsel istismarı suçundan hüküm kurulurken TCK’nın 103/3 ve 103/4. maddelerinin uygulanması gerektiğinin gözetilmemesi...BOZULMASINA” Yargıtay 14. CD, 1453/4967, 14.04.2014.

<sup>398</sup> Madde 37 Gerekçesi- “Müşterek faillikte, birlikte suç işleme kararının yanı sıra, fiil üzerinde ortak hâkimiyet kurulduğu için, her bir suç ortağı fail statüsündedir. Ortak hâkimiyetin kurulup kurulmadığının saptanmasında suç ortaklarının suçun icrasındaki rolleri ve katkılarının taşıdığı önem göz önünde bulundurulur. Bu durumda, fiilin icrası veya sonuçsuz kalması ortak faillerden her birinin elinde bulunmaktadır. Örneğin suç ortaklarından birinin cebir veya tehdit kullanarak mağduru etkisiz hâle getirdiği, diğerinin de üzerindeki para ve sair kıymetli eşyayı aldığı yağma suçunda her iki suç ortağının suçun işlenişine yaptıkları katkı, suçun icrası açısından birbirini tamamlayıcı niteliktedir. Dolayısıyla, her iki suç ortağı, suçun işlenişinde ortak bir hâkimiyet kurmaktadır.”

<sup>399</sup> Savaşçı (n 26) 82; Herkesecan (n 16) 68; Yenidünya (n 244) 3297; Şen (n 114) 387; Altaş (n 163) 45; Tüysüz (n 160) 44-45; Yokuş Sevik, ‘Cinsel Saldırı Ve Cinsel Taciz Suçları’ (n 86) 267; Taşkın (n 27) 92; Üzülmöz (n 157) 36; Memiş Kartal (n 164) 197; Ünlü (n 157) 99; Nişancı (n 157) 243. “Aralarında fikir ve eylem birliği bulunan sanıkların üzerinde müşterek hakimiyet kurdukları mağdureye karşı nitelikli cinsel istismar eylemlerini aynı mekanda birbirini takiben gerçekleştirdikleri ve her bir sanığın bizzat işlediği eylemden ayrı olarak diğerlerinin eylemlerine de TCK’nın 37. maddesi anlamında katıldığı gözetilerek misnet suçun birden fazla kişiyle birlikte işlenmesi nedeniyle tayin edilen cezalarının TCK’nın 103/3. maddesi ile artırılması gerektiğinin gözetilmemesi” Yargıtay 14. CD, 10211/8401, 20.03.2019; “Sanıkların aralarında iştirak iradesi bulunmaksızın değişik zamanlarda cinsel ilişkiye girdiklerinin dosya içeriğinden anlaşılması karşısında, her bir sanığın diğerinden bağımsız şekilde gerçekleştirdiği eylemlerde fiili birlikte işleme durumu söz konusu olmadığından, sanıklar haklarında belirlenen cezanın koşulları oluşmadığı halde eylemi birden fazla kişinin birlikte işlediği kabul edilerek aynı Kanununun 103/3. maddesiyle artırılması suretiyle fazla ceza tayini bozmayı gerektirmiştir.” Yargıtay 14. CD, 6814/207, 10.01.2019.



uygulanacaktır.<sup>400</sup> Ağırlaştırıcı sebebin uygulanması için suçun tamamlanması gerekmez. Suç teşebbüs aşamasında kalmış olsa dahi cezada artırım yoluna gidilecektir.<sup>401</sup>

Ağırlaştırıcı nedenin uygulanması için cinsel istismar suçunun aynı yer ve zamanda birden fazla kişi tarafından işlenmesi gerekir.<sup>402</sup> Buna karşın, birlikte hareket eden faillerin tümünün cinsel istismara yönelik davranışta bulunması aranmaz. Örneğin faillerden birinin, mağdurun kollarını veya bacaklarını tutması suretiyle suçun işlenmesini sağlaması durumunda birlikte suç işleme iradesinin varlığı ve ortak hâkimiyetin kurulması hasebiyle davranış birlikte işlenmiş kabul edilir ve fail cinsel istismar fiilinden müşterek fail olarak sorumlu tutulur. Burada mühim olan, faillerin müşterek şekilde hareket etmeleri gerekliliğidir.<sup>403</sup> Bununla birlikte, doktrinde birden fazla failin aynı yerde ve zamanda mağdura karşı birbiri ardına cinsel istismar suçunu işlemesi halinde, aralarında yardımlaşma olmasa dahi mağdurun direncinin kırılmasındaki kolaylığın göz önünde tutularak isabetli olarak bu ağırlaştırıcı nedenin uygulanması gerektiği ileri sürülmüştür.<sup>404</sup>

Hem failin hem mağdurun sayısının birden fazla olması ve her bir failin yalnızca bir mağdura yönelik cinsel davranışta bulunması halinde birlikte suç işleme iradesinden bahsedilemeyeceğinden ağırlaştırıcı sebebin varlığından da bahsedilemez.<sup>405</sup> Yargıtay'ın görüşü de bu yöndedir.<sup>406</sup>

---

<sup>400</sup> Tezcan, Erdem and Önok (n 144) 434; Yenidünya (n 244) 3297; Savaşçı (n 26) 82; Herkesecan (n 16) 68.

<sup>401</sup> Yenidünya (n 244) 3298; Tezcan, Erdem and Önok (n 144) 435; Savaşçı (n 26) 83; Altaş (n 163) 47.

<sup>402</sup> Savaşçı (n 26) 82; Nişancı (n 157) 244.

<sup>403</sup> Savaşçı (n 26) 83; Nişancı (n 157) 243-244. “Sanığın diğer sanıkla aynı zaman ve mekanda birbirlerini takiben nitelikli cinsel istismar eylemlerini gerçekleştirirken mağduru tutmak suretiyle direncini kırıp birbirlerine yardımcı oldukları, bizzat gerçekleştirdiği eylemle birlikte diğerinin eylemine fail olarak katılmış olmasından dolayı hakkında bu suçun nitelikli unsurunun uygulanması gerektiği gözetilmeden çocuğun nitelikli cinsel istismarından ve bu suça yardım etmekten ayrı ayrı hüküm kurulmak suretiyle fazla ceza tayini kanuna aykırıdır.” Yargıtay 5. CD, 16058/2686, 04.03.2009.

<sup>404</sup> Yokuş Sevük, ‘Cinsel Saldırı Ve Cinsel Taciz Suçları’ (n 86) 267.

<sup>405</sup> Centel (n 87) 279-280; Yenidünya (n 244) 3298; Tezcan, Erdem and Önok (n 144) 435; Nişancı (n 157) 244. Buna karşın, suçun mağdurlar üzerinde etkisi ve faillerin birbirlerinin suç işleme kararını kuvvetlendirmesi nedeniyle cezada artırma gidilmesi yönünde görüş için Bkz. Nişancı (n 157) 244.

<sup>406</sup> “Sanıkların mağdurları tehdit ederek, yaşadıkları bölgede bulunan samanlık ve ağaçlık alanlara götürüp pantolonlarını çıkarıp arkalarından sürtünmek suretiyle her mağdura yönelik ayrı ayrı zincirleme şekilde çocuğun basit cinsel istismarı suçlarını işledikleri gözetilmeden yazılı şekilde beraat hükümleri kurulması” Yargıtay 14. CD, 14107/10380, 23.09.2014.

#### 4.7.1.1.1.2 Suçun insanların toplu olarak bir arada yaşama zorunluluğunda bulunduğu ortamların sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle işlenmesi (TCK m.103/3-b)

Suçun, insanların toplu olarak bir arada yaşama zorunluluğunun bulunduğu ortamların sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle işlenmesine yönelik nitelikli halin, 6545 sayılı Kanunla maddeye yeni bir artırım sebebi olarak eklendiğini daha önce ifade etmiştik.<sup>407</sup> Gerçekten de, suçun insanların toplu olarak bulunduğu ortamlarda işlenmesi cinsel davranışları gerçekleştirmek açısından faile kolaylık sağlamaktadır. Zira bu tarz yerlerde mağdurda güven duygusu bulunur ve kalabalık ortam hasebiyle failin gerçekleştirdiği davranışlar dikkat çekmez.<sup>408</sup> Bu nedenle kanun koyucu cinsel istismar suçunun bu şekilde gerçekleştirilmesi halinde cezada artırımı gidilmesini isabetli olarak uygun görmüştür.

6545 sayılı Kanununun 59.maddesinin gerekçesinde bir arada yaşanan toplu ortamlara örnek verilmiştir:

*İnsanların toplu olarak bir arada yaşamasının zorunlu olduğu yetiştirme yurdu, ceza infaz kurumu, öğrenci yurdu, okul pansiyonu ve hastane gibi yerlerde bu suçların işlenmesi de artırım nedeni olarak kabul edilmektedir.*

Dolayısıyla, Kanun hükmü ile gerekçe bir arada değerlendirildiğinde, metro, miting meydanları, toplu taşıma araçları, sinema salonları gibi insanların geçici olarak bir arada bulunduğu ortamlar bu ağırlaştırıcı sebep kapsamında değerlendirilmeyecektir.<sup>409</sup> Yargıtay kararları da bu yöndedir.<sup>410</sup>

---

<sup>407</sup> Bkz. 27.

<sup>408</sup> Ünlü (n 157) 100.

<sup>409</sup> Seçgin (n 84) 110-111.

<sup>410</sup> “Sanık hakkında hüküm kurulurken 6545 sayılı TCK'nın 103/3-b maddesi uyarınca artırım yapılmış ise de, bu maddenin kanun gerekçesinden de anlaşılacağı üzere suçun yetiştirme yurdu, ceza infaz kurumu, öğrenci yurdu, okul pansiyon ve hastane gibi insanların toplu olarak bir arada yaşama zorunda bulunduğu ortamların sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle işlenmesi halinde sanığın cezasında artırım yapılabileceği, suçta konu olayda sanığın, çocuğun basit cinsel istismarı suçunu belediye otobüsünde yolculuk yaparken işlediği ve eylemin gerçekleştirildiği otobüsün TCK'nın 103/3-b maddesinde insanların toplu olarak bir arada yaşama zorunluluğunda bulunduğu ortamlar şeklinde tarif edilen yerlerden olmadığı gözetilmeden, hakkında koşulları oluşmadığı halde anılan maddenin tatbiki suretiyle fazla ceza tayini” Yargıtay 14. CD, 7521/7172, 18.10.2016.

#### 4.7.1.1.1.3 Suçun 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 işlenmesi (TCK m.103/3-c)

5237 sayılı TCK'nın ilk halinde belirtilen nitelikli hallerin eksikliğine yönelik eleştiriler ardından kanun koyucu 6545 sayılı Kanun ile nitelikli halleri düzenleyerek suçun üçüncü derece dâhil kan veya kayın hısımları veya üvey anne, üvey baba, üvey kardeş ya da evlat edinen tarafından işlenmesi halinde cezada artırımı gidileceğini hükme bağlamıştır. 5377 sayılı Kanun kapsamında yapılan değişiklikte metinde bulunan "üstsoy" ibaresi 6545 sayılı Kanunla çıkartılmış olsa da, son değişiklikte bulunan "üçüncü derece dâhil kan veya kayın hısımlığı" ibaresi üstsoyu da kapsadığından ağırlaştırıcı nedenin uygulanması hususunda bir değişiklik bulunmamaktadır.<sup>411</sup>

Gerçekten de, çocuğun yakınlarıyla arasında bulunan güven ilişkisi hasebiyle bu halde suçun işlenmesi kolaylaşmakta ve çocuk savunmasız kalmaktadır.<sup>412</sup> Bu yakınlık ilişkilerinin varlığı mağdurun fiile direncini azaltacağı gibi, bu kimselerin cinsel istismar suçunu işlemesi toplumda infial uyandıracaktır.<sup>413</sup>

Akrabalık ilişkilerinin tespitinde TMK hükümleri dikkate alınır. TMK m.17'de "*kan hısımlığı*"<sup>414</sup>; TMK m.18'de ise "*kayın hısımlığı*"<sup>415</sup> düzenlenmiştir. 17.madde uyarınca üçüncü derece dâhil kan hısımlığı, altsoy, üstsoy ve yansoy ilişkilerinin tamamını kapsamaktadır. Bu kişilerden mağdurun annesi, babası, büyük babası, büyük annesi, kardeşleri, amcaları, halaları, teyzeleri, yeğenleri anlaşılmalıdır.<sup>416</sup> Kayın hısımlığı bakımından ise 18.maddeye bakıldığında, mağdurun eşinin üçüncü dereceye kadar kan hısımlarının (annesi, babası, büyük annesi, büyük babası, torunu, kardeşleri, teyzesi, amcası, halası, dayısı) mağdurun üçüncü dereceye kadar kayın hısımları olacağı ve mağdur ile eşi arasındaki evlilik birliği sona erse dahi kayın hısımlığının sona

---

<sup>411</sup> Nişancı (n 157) 237.

<sup>412</sup> Ünlü (n 157) 100; Taşkın (n 27) 92; Nişancı (n 157) 237.

<sup>413</sup> Yenidünya (n 244) 3297; Taşkın (n 27) 92.

<sup>414</sup> "*Kan hısımlığının derecesi, hısımları birbirine bağlayan doğum sayısı ile belli olur. Biri diğerinden gelen kişiler arasında üstsoy-altsoy hısımlığı; biri diğerinden gelmeyip de, ortak bir kökten gelen kişiler arasında yansoy hısımlığı vardır.*"

<sup>415</sup> "*Eşlerden biri ile diğer eşin kan hısımları, aynı tür ve dereceden kayın hısımları olur. Kayın hısımlığı, kendisini meydana getiren evliliğin sona ermesiyle ortadan kalkmaz.*"

<sup>416</sup> Tüysüz (n 160) 68.

ermeyeceği anlaşılmaktadır.<sup>417</sup> Bu suçların belirtilen kişiler tarafından işlenmesi halinde cezada artırım yoluna gidilecektir.<sup>418</sup> Ağırlaştırıcı halin tatbiki için failin akrabalık ilişkisinin varlığını bilmesi şartı aranmaktadır. Aksi halde ağırlaştırıcı nedenin uygulanması mümkün değildir.<sup>419</sup> Dolayısıyla, hukukumuzda ensest ilişkinin cezalandırıldığı söylenebilir.<sup>420</sup>

6545 sayılı Kanunla değiştirilmeden önce failin üvey baba olması hali öngörülmüşken, üvey ananın öngörülmemiş olması eşitlik ilkesine aykırılık hasebiyle doktrinde eleştiri konusu olmuştur.<sup>421</sup> Hatta, Karşıyaka 6. Asliye Ceza Mahkemesi tarafından fıkrada yer alan “üvey baba” ibaresinin Anayasanın 2. ve 10. maddelerine aykırılığı savıyla Anayasa Mahkemesinde ibarenin iptali talep edilmiştir. Anayasa Mahkemesi, 05.03.2009 tarihli kararında<sup>422</sup> düzenlemenin, cinsel istismar suçunun daha ziyade erkekler tarafından işlendiği ve erkeklerin kadınlara göre daha fazla fiziksel güç kullanma potansiyeline sahip olmaları dikkate alınarak üvey baba yönünden ağırlaştırıcı neden sayıldığı, kanun koyucunun takdir yetkisine dayanarak yapılan düzenlemenin hukuk devleti ilkesine aykırı olmadığı vurgulanmış ve iptal talebinin reddine karar verilmiştir. Karşı oy gerekçelerinde ise aynı suçu işleyen üvey baba ile üvey anne arasında ayırım yapılarak suçun üvey anne tarafından işlenmesi durumunda, bunun artırım nedeni kabul edilmemesinin eşitlik ilkesiyle bağdaşmadığı vurgulanmıştır.

---

<sup>417</sup> Seçgin (n 84) 97.

<sup>418</sup> “Mağdurenin soruşturma evresinde kollukta verdiği samimi beyanı, savunma ve tüm dosya kapsamına göre; suça sürüklenen çocuğun 2014 yılı içerisinde bir gün evde yalnız kaldığı onyediy yaşındaki kız kardeşi mağdurenin göğüslerine dokunduğu ve ertesi yıl içinde bir gece mağdureyi odasına çağıran suça sürüklenen çocuğun tehditle göğüslerine dokunduğu mağdurenin cep telefonuna gönderdiği mesajların okulda öğretmeni tarafından görülmesi üzerine adli makamlara konunun intikal ettirildiği anlaşıldığından, suça sürüklenen çocuğun eylemlerinin ani ve kesintili olması nedeniyle sarkıntılık düzeyinde kaldığı ve iki eylem arasındaki zaman gözetildiğinde suç kastının yenilendiği nazara alınarak 5237 sayılı TCK'nın 103/1-c.2, 103/3-c, 31/3. maddelerinin iki kez tatbiki suretiyle cezalandırılması yerine” Yargıtay 14. CD, 5627/6907, 10.10.2016; “5237 sayılı TCK'nın 103/3-c. maddesinde sayılan hısımlığa ilişkin nitelikli halin uygulanabilmesi için suça sürüklenen çocuk ile mağdure arasında üçüncü. derece dahil olmak üzere kan veya kayın hısımlığı ilişkisinin bulunması gerektiği ve dosya kapsamına göre suça sürüklenen çocuğun, mağdurenin amcasının oğlu olması nedeniyle mağdure ile arasında dördüncü derece kan hısımlığı mevcut olması karşısında hakkında münsnet suçtan belirlenen temel cezanın koşulları oluşmadığı halde anılan madde ile arttırılması suretiyle fazla cezaya hükmedilmesi” Yargıtay 14. CD, 7324/9212, 17.04.2019.

<sup>419</sup> Nişancı (n 157) 237.

<sup>420</sup> Taşkın (n 27) 92.

<sup>421</sup> Yokuş Sevük, ‘Cinsel Saldırı Ve Cinsel Taciz Suçları’ (n 86) 288.

<sup>422</sup> Anayasa Mahkemesi, 93/41, 05.03.2009.

Nihayet, eleştiriler doğrultusunda, 6545 sayılı Kanununun 59. maddesi ile 103/3. maddede cinsel istismar suçunun üvey ana ve üvey kardeş tarafından işlenmesi hali cezanın ağırlaştırılmasını gerektiren bir hal olarak düzenlenmiştir.<sup>423</sup> Mağdurun üvey annesi, mağdurun babasının kendi annesinden sonra evlendiği kadın, üvey babası mağdurun annesinin kendi babasından sonra evlendiği erkek ve üvey kardeşi ise üvey ana ya da babanın önceki evliliklerinden olma çocuklarıdır.<sup>424</sup> Suçun ağırlaştırıcı nedeninin varlığından bahsedebilmek için mağdurun sayılan kişilerle aynı evde yaşaması şart değildir. Cezada artırımı gidilebilmesi için suçun işlendiği sırada evlilik birliğinin devam ediyor olması gerektiği doktrinde ifade edilmiştir.<sup>425</sup> Buna karşılık doktrindeki bir görüşe göre, bu ağırlaştırıcı neden altında incelenen tüm hususları kapsamak üzere “*üst soy, evlat edinen de dâhil olmak üzere ebeveyn, evlat edinen veya bu kişilerle birlikte yaşayan veya mağdurla birlikte yaşayan*” tanımının esas alınması gerektiği ifade edilmiştir. Zira, bu tanımın kabulü halinde arada resmi bir evlilik ilişkisi olmasa dahi çocuğun ebeveyniyle birlikte yaşayanları da kapsayan bir düzenleme söz konusu olacağından hukuki koruma daha etkin bir şekilde sağlanacaktır.<sup>426</sup> Bu görüş son derece isabetli olmakla birlikte, Kanundaki mevcut düzenleme esas alındığında resmi evlilik olmaksızın fiili birlikteliğin bulunması halinde bu ağırlaştırıcı nedenin tatbikinin mümkün olmadığı kanaatindeyiz.

Evlat edinen bakımından ağırlaştırıcı sebebin varlığından bahsedebilmek için TMK'nın evlat edinme hükümlerini amir 305 ve devamı maddelerine bakılması gerekir.<sup>427</sup> TMK'nın 314. maddesi uyarınca evlatlık ilişkisinin kurulmasıyla ana ve babaya ait olan haklar ve yükümlülükler evlat edinene geçer. TMK'da gösterilen şartlar sağlanıp çocuğun evlat edinilmesine dair verilen karar kesinleştikten sonra, evlat edinenin evlat edinilen çocuğa karşı cinsel istismar suçu oluşturan davranışlarda bulunması halinde ağırlaştırıcı sebep uygulanacaktır.<sup>428</sup>

---

<sup>423</sup> Yokuş Sevik, '6545' (n 123) 131.

<sup>424</sup> Nişancı (n 157) 237.

<sup>425</sup> Ibid.

<sup>426</sup> Taner, 'Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar' (n 113) 334.

<sup>427</sup> “Madde 305-Bir küçüğün evlât edinilmesi, evlât edinen tarafından bir yıl süreyle bakılmış ve eğitilmiş olması koşuluna bağlıdır. Evlât edinmenin her hâlde küçüğün yararına bulunması ve evlât edinenin diğer çocuklarının yararlarının hakkaniyete aykırı bir biçimde zedelenmemesi de gerekir.”

<sup>428</sup> Altaş (n 163) 40; Nişancı (n 157) 237.

#### 4.7.1.1.1.4 Suçun vasi, eğitici, öğretici, bakıcı, koruyucu aile veya sağlık hizmeti veren ya da koruma, bakım veya gözetim yükümlülüğü bulunan kişiler tarafından işlenmesi (TCK m.103/3-d)

Vasi, TMK.'nın 404 ve devamı maddelerine göre velayet altında bulunmayan küçüklerin menfaatlerini korumak ve onun adına hukuki işlemleri yapabilmek üzere sulh hukuk mahkemesi tarafından atanan kimsedir.<sup>429</sup> Vesayet ilişkisinin kurulması akabinde vasi ile kısıtlanan kişi (çocuk) arasında bir yakınlık meydana geleceğinden kanun koyucu suçun vasi tarafından işlenmesini ağırlaştırıcı neden olarak düzenlemiştir. Buna karşılık, Kanunda suçun düzenleniş amacının çocuğun azami oranda korunması olduğu gözetildiğinde “kayımlık” kurumunun düzenlenmemesinin bir eksiklik olduğu doktrinde isabetli olarak belirtilmiştir.<sup>430</sup>

Ağırlaştırıcı halin uygulanabilmesi için vasi ile kısıtlının (çocuğun) aynı evde yaşaması gerekmediği gibi, vasinin kadın ya da erkek olmasının da bir önemi bulunmamaktadır. Öte yandan, yine TMK.'da düzenlenen “kayımlık” kurumunun TCK'da ağırlaştırıcı neden olarak düzenlenmemesinin sebebi, vasinin çocuğun üzerinde doğrudan gözetim yükümlülüğü bulunurken, kayımlığın ise yalnızca mali yönden yükümlülüğünün bulunmasıdır.<sup>431</sup>

Eğitici, çocuğun basketbol, satranç, bale, resim gibi alanlarda eğitim ve terbiyesiyle ilgilenen kişiyi ifade ederken; öğretici, çocuğa okul, kurs gibi yerlerde öğretim veren kişiyi ifade eder. Eğitcinin yahut öğreticinin mevzuat gereği bu yetkiyi haiz olması gerekmez.<sup>432</sup> Bakıcı ise süreli ya da süresiz veya ücretli ya da ücretsiz olarak çocuğun bakımını üstlenen kişidir.<sup>433</sup> Eğitici, öğretici yahut bakıcının çocuğa yakın ve kolay temasta bulunabilecek kişiler olmaları hasebiyle suçun bu kimseler tarafından işlenmesi ağırlaştırıcı sebep sayılmıştır.<sup>434</sup> Eğitici, öğretici veya bakıcı bakımından özel bir

---

<sup>429</sup> Nişancı (n 157) 239.

<sup>430</sup> Nişancı (n 157) 239.

<sup>431</sup> Herkesecan (n 16) 65-66; Altaş (n 163) 40-41.

<sup>432</sup> Altaş (n 163) 41.

<sup>433</sup> Nişancı (n 157) 239.

<sup>434</sup> “Sekiz yaşındaki mağdurenin yüzme öğretmeni olan sanığın farklı günlerde, mağdurenin yanaklarından ve dudağından öpmek, cinsel organını ellelemek biçimindeki eylemlerini mağdurenin cinsellik içerdiği düşüncesiyle rahatsız olarak ailesine bildirmesi karşısında tanıkların anlatımları ve sanığın ikrarından da sabit olduğu anlaşılan cinsel nitelikli hareketlerin TCK'nın 103/1-a, 103/3 ve 43. maddelerine uyduğu gözetilmeden ve sanığın, dudaktan öpme eyleminin yüzmeyi öğretmekle ilgisinin

görevlendirme şartı aranmamaktadır.<sup>435</sup> Ağırlaştırıcı nedenin tatbiki için suçun işlendiği sırada görevin bilfiil devam etmesinin gerekip gerekmediği hususunda doktrin ve Yargıtay fikir ayrılığı içerisinde. Yargıtay, ağırlaştırıcı nedenin tatbiki için, mağdur ile fail arasındaki bu türden bir ilişkiyi tek başına yeterli görmekte ve suçun, bu faaliyetin fiilen uygulanmakta olduğu bir zamanda işlenmesi gerektiğini kabul etmektedir.<sup>436</sup> Doktrinde ise, suçun işlendiği sırada mağdurla fail arasındaki eğitim öğretim işinin varlığı ağırlaştırıcı sebebin tatbiki için isabetli olarak yeterli görülmüştür.<sup>437</sup> Örneğin, öğretmen olan fail hakkında ağırlaştırıcı sebebin uygulanması için suçun muhakkak okul saatleri içerisinde işlenmesi gerekmez. Nihayetinde öğretmen, okul saati dışında da mağdur üzerinde nüfuz sahibidir. Bu durum suçun işlenmesini kolaylaştırır. Ancak öğretmen-öğrenci ilişkisinin son bulması halinde failin mağduru salt bu sebeple tanıyıp tanımadığına cezada artırma sebebiyet vermez.<sup>438</sup>

Koruyucu Aile Yönetmeliği<sup>439</sup> m.4/1-a koruyucu aileyi şu şekilde tanımlamaktadır:

*Bu Yönetmelikte belirlenen esas ve usuller çerçevesinde korunmayı gerektiren duruma göre belirlenen sürede, il veya ilçe müdürlükleri denetiminde, ödeme karşılığı ya da karşılıksız olarak çocuğun bakımını ve yetiştirilmesini üstlenen, aile ortamında yaşamını sağlayan, tercihen (j), (k), (s) bentlerinde tanımlanan eğitimlerden en az birini almış ve (a), (e), (r), (ş) bentlerinde tanımlanan modeller kapsamındaki aile veya kişi.*

Keza koruyucu aile, Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı tarafından aşağıdaki gibi tanımlanmıştır.<sup>440</sup>

*Çeşitli nedenlerle öz ailesi yanında bakımları bir süre için sağlanamayan çocukların kendi aile ortamlarında eğitim, bakım ve yetiştirilme sorumluluğunu kısa veya uzun süreli olarak, ücretli veya gönüllü statüde devlet denetiminde paylaşan, hissettikleri toplumsal sorumluluğu gösterebilen uygun aile ya da kişiler.*

---

*bulunmadığı da düşünülmeden eksik ve yerinde olmayan gerekçelerle beraatine hükmolunması...”* Yargıtay 14. CD, 20287/10595, 24.10.2013. Herkesecan (n 16) 66.

<sup>435</sup> Memiş Kartal (n 164) 192; Ünlü (n 157) 101.

<sup>436</sup> Yargıtay 5. CD, 3995/7617, 16.07.2008; Yargıtay 5. CD, 3805/3916, 16.11.1981 (Altaş (n 163) 41'den naklen). Yargıtay görüşü doğrultusunda görüş için Bkz. Savaşçı (n 26) 79.

<sup>437</sup> Taner, 'Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar' (n 113) 308; Nişancı (n 157) 240.

<sup>438</sup> Yenidünya (n 244) 3308.

<sup>439</sup> Koruyucu Aile Yönetmeliği, RG 14.12.2012/28497.

<sup>440</sup> Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı, 'Koruyucu Aile' < <https://www.aile.gov.tr/ss/cocuk-hizmetleri-genel-mudurlugu/koruyucu-aile-hizmeti/> > Erişim Tarihi 20 October 2022.

Söz konusu kurum, her ne kadar ihmal edilmiş çocukları korumaya yönelik kurulmuş ise de, bu kimselerin çocuklar üzerindeki hâkimiyeti ve çocuklar ile olan bağı nazara alındığında böyle bir düzenlemeye gidilmesi son derece isabetlidir.<sup>441</sup>

Sağlık hizmeti veren kimselerin kim olduğuna yönelik Kanunda bir belirleme yapılmamış olsa da, bundan anlaşılması gereken hekimler, hemşireler, ebeler, laborantlar, sağlık memurları, hasta bakıcılar gibi kimselerdir. Sağlık hizmeti veren bir kişi hakkında bu ağırlaştırıcı sebebin uygulanabilmesi için olayda sağlık hizmeti vermesinden kaynaklanan kolaylığın bulunması gerekir.<sup>442</sup> Örneğin, hasta bakıcı olan failin sağlık hizmeti vermeksizin arkadaşının çocuğuna cinsel istismarda bulunması bu kapsamda değerlendirilemez.<sup>443</sup>

Koruma ve gözetim yükümlülüğü bulunan kimseler ise çocuğun nezaret veya koruması altına bırakılan kişilerdir. Bu halde çocuk, bir-iki saatliğine bakılması için komşuya ya da tanıdık bir kişiye bırakılabileceği gibi, kamp, yaz okulu vb. etkinliklere de bırakılabilir. Suçun çocuğun teslim edildiği koruma ve gözetim yükümlülüğü bulunan kişilerce işlenmesi ağırlaştırıcı sebep olarak hükme bağlanmıştır.<sup>444</sup> Cezada artırımı gidilmesi için failin mağdur üzerinde ayrıca nüfuz sahibi olması ve bunu kötüye kullanması şart değildir.<sup>445</sup>

Koruma ve gözetim yükümlülüğü bakımından tartışılması gereken bir husus, mağdur çocuğun anne veya babasının resmi nikâh olmaksızın aynı evde yaşadığı erkek veya

---

<sup>441</sup> Herkesecan (n 16) 65.

<sup>442</sup> Memiş Kartal (n 164) 193; Nişancı (n 157) 240.

<sup>443</sup> “Ağız ve Diş Sağlığı Hastanesinde diş hekimi olarak görev yapan sanığın diğer mağdure G.’nin diş tedavisine devam ettiği sırada muayene salonunda refakatçi olarak bulunan mağdure K.’ya doğru yaklaşım belinden kavrayarak ‘senin dişlerini de tedavi edelim, çürükler var’ demesi biçiminde gerçekleşen olayda sanığın mağdure K.’ya yönelik bir sağlık hizmeti sunması söz konusu olmadığı halde hakkında TCK m.103/3 doğrultusunda fazla ceza tayini kanuna aykırıdır.” Yargıtay 14. CD, 15459/9529, 08.09.2014.

<sup>444</sup> Yenidünya (n 244) 3308. “İki yıldır birlikte olduğu ablası A’nın torunu olan mağdureyi ablasının yalnızlığını bahane edip anne ve babasının rızasıyla kendi evine getiren sanığın bu gelişlerinde evinde 3-5 gün kalan mağdurenin müteaddit kez ırz ve namusuna tasaddide bulunduğu anlaşılmaktadır. Gerek yargısal içtihatlarda, gerekse öğretide mağdurun geçici de olsa failin nezaret ve koruyuculuğunu sağlamak amacıyla ona teslimi 417. maddenin uygulanması bakımından yeterli kabul edilmektedir. Nezaret ve siyanetin devamlılığı şart değildir. Burada geçici de olsa birlikte bulunma ve bu yöndeki güvenin ve sıfatın kötüye kullanılması söz konusudur. İncelenen olayda mağdurenin zaman zaman 3-5 günlüğüne sanığın evine gönderilip onun nezaret ve koruyuculuğuna tevdi edildiği ve yüklenen suçun da bu arada işlendiği saptandığına göre sanık hakkında TCK’nun 417. (YTCK m. 103/3) maddesiyle uygulama yapılmasında bir isabetsizlik yoktur” Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 274/305, 26.11.1990.

<sup>445</sup> Özbek, ‘İzmir Şerhi’ (n 322) 631.



kadının çocuğa cinsel istismarda bulunması halidir. TMK m.185/1 uyarınca evlilik birliği evlenme ile kurulur. Yine aynı maddenin ikinci fıkrası uyarınca eşler, evlilik birliğinin mutluluğunu elbirliği ile sağlamak ve çocukların bakım, eğitim ve gözetimine özen göstermekle yükümlüdür. Bir görüŖe göre, bahsedilen yükümlülüğün vücut bulması için TMK'nın öngördüğü usule uygun olarak evlilik birliğinin kurulmuŖ olması gerekir. Verilen örnekte ise evlilik birliği kurulmamıŖtır. Bu nedenle, resmi nikâh olmaksızın çocukla aynı evde yaŖayan kadın veya erkek böyle bir yükümlülük altında olmadığı ifade edilmektedir. Failin, yükümlü olmadığı husus hasebiyle ađırlaŖtırılmıŖ cezaya tabi tutulması “*kanunsuz suç ve ceza olmaz*” (*nullum crimen nulla poena sine lege*) ilkesine aykırı düŖmektedir. O halde, verilen örnekte failin ađırlaŖtırıcı halden sorumlu tutulması mümkün değildir.<sup>446</sup> Bize göre, çocuğun anne veya babasının resmi nikâh olmaksızın aynı evde yaŖadıđı erkek veya kadın ađırlaŖtırıcı halden sorumludur. Zira, çocuğun sürekli olarak bu kiŖilerle yaŖadıđı gözetildiğinde, bu kiŖilerin çocuğu koruma ve gözetim yükümlülüğü bulunmaktadır. Çocuğun bir-iki saatliğine komŖuya bırakılması halinde çocuğa karŖı cinsel davranıŖlarda bulunan komŖu ađırlaŖtırıcı halden sorumluyken, çocukla devamlı olarak aynı evde yaŖayan erkek veya kadının, TMK hükümlerine göre evlilik birliğinin bulunmaması hasebiyle gözetim yükümlülüğünün bulunmadığını kabul etmek, hukuki korumanın etkin bir biçimde sağlanmaması sonucunu gündeme getirecektir.

#### **4.7.1.1.1.5 Suçun kamu görevinin veya hizmet iliŖkisinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle iŖlenmesi (TCK m.103/3-e)**

6545 sayılı Kanunla deđiŖiklik yapılmasından evvel, hizmet iliŖkisinin sağlığı nüfuzun kullanımı ađırlaŖtırıcı hal olarak sayılırken kamu görevine iliŖkin düzenleme Kanunda bulunmamaktaydı. 6545 sayılı Kanunla yapılan deđiŖiklik akabinde kamu görevinin sağladığı nüfuzun kullanılması halinde de cezada artırıma gidileceği hüküm altına alınmıŖtır.<sup>447</sup> Nüfuz, bir kimse veya topluluk üzerinde etkili olma, ona söz geçirme olarak tanımlanabilir.<sup>448</sup>

---

<sup>446</sup> Seçgin (n 84) 103; NiŖancı (n 157) 241.

<sup>447</sup> NiŖancı (n 157) 242.

<sup>448</sup> AltaŖ (n 163) 43.

Kamu görevi üstlenen bir kişinin bu görevin sağladığı nüfuzu kötüye kullanarak mağdur çocuğa cinsel istismarda bulunması mümkündür. Kanun koyucu, polis gibi kamu görevi üstlenen kimselerin bu görevin sağladığı yetkiyi suç işlemede araç olarak kullanmasının önüne geçmiştir.<sup>449</sup>

Hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuzun kötüye kullanılarak cinsel istismar suçunun işlenmesi hali de, bu nüfuzun kullanılmasının mağdurun direncinin daha kolay kırılmasına sebebiyet vereceğinden ağırlaştırıcı hal olarak kabul edilmiştir. Resmi yahut özel kurumlarda görev yapan yönetici gibi kimselerin sahip olduğu terfi, tayin, izin, ücret gibi yetkiler gözetildiğinde bu kişilerin mağdur üzerinde nüfuzunun bulunduğu şüphesizdir.<sup>450</sup> Öte yandan, bu hizmet ilişkisinin İş Kanunundan<sup>451</sup> kaynaklı iş akdi yahut hizmet akdi olması gerekmez. Hizmet ilişkisinin ücretli, ücretsiz, süreli veya süresiz olmasının yahut kamu ya da özel bir kuruma bağlı olarak gerçekleşmiş olmasının da bir önemi yoktur. Burada mühim olan, faille mağdur arasında bir hizmet ilişkisinin bulunması ve suçun hizmet ilişkisinden kaynaklanan nüfuzun kötüye kullanımını suretiyle işlenmesidir.<sup>452</sup> Aynı yerde çalışan, hizmet ilişkisi bulunmakla birlikte eşit konumlarda bulunan veya aralarında herhangi bir hiyerarşik ilişki bulunmayan fail ile mağdur bakımından ağırlaştırıcı sebebin tatbiki mümkün değildir.<sup>453</sup> Bununla birlikte, suçun aradaki hizmet ilişkisi devam ederken işlenmesi gerekir.<sup>454</sup> Failin mağdur üzerinde nüfuzunun bulunmasına rağmen bu nüfuz fail tarafından kullanılmadan suç işlenmişse ağırlaştırıcı nedenden bahsedilemez.<sup>455</sup>

---

<sup>449</sup> Ünlü (n 157) 102.

<sup>450</sup> Yenidünya (n 244) 3296; Altaş (n 163) 43.

<sup>451</sup> İş Kanunu, Kanun Numarası: 4857, Kabul Tarihi: 22.05.2003, RG 10.06.2003/25134.

<sup>452</sup> Özbek, 'İzmir Şerhi' (n 322) 631; Tezcan, Erdem and Önok (n 144) 432.

<sup>453</sup> "Özel şirkette temizlik işçisi olarak çalışan sanığın hizmet ilişkisinin sağladığı bir nüfuzunun söz konusu olamayacağı gözetilmeyerek 103/1. maddesiyle tayin olunan cezanın 103/3. maddesiyle artırılması..." Yargıtay 5. CD, 8023/7751, 15.09.2008.

<sup>454</sup> "Sanığın, dükkanında 4 gün çırak olarak çalıştıktan sonra işten ayrılan mağdura takriben 1 ay sonra nitelikli cinsel istismarda bulunması eyleminde, suç tarihi itibarıyla hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanma unsuru bulunmadığından tebliğnamede bu hususta bozma isteyen düşünceye iştirak edilmemiştir." Yargıtay 5. CD, 7481/6548, 20.09.2007.

<sup>455</sup> Memiş Kartal (n 164) 195; Nişancı (n 157) 242.

#### **4.7.1.1.1.6 Suçun birinci fıkranın (A) bendindeki çocuklara karşı cebir veya tehditle ya da (B) bendindeki çocuklara karşı silah kullanmak suretiyle işlenmesi (TCK m.103/4)**

Suçun onbeş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş çocuklara karşı cebir veya tehdit ile işlenmesi cezanın artırılmasını gerektiren ağırlaştırıcı sebep olarak hükme bağlanmıştır. Burada dikkat edilmesi gereken husus, suçun onbeş yaşını tamamlamış ve fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmiş çocuklara karşı cebir ve tehditle işlenmesinin suçun unsuru olduğu; fakat 103/4 bakımından cebir veya tehdit kullanılmasının suçun unsuru değil ağırlaştırıcı neden olduğudur. Başka bir ifadeyle, b bendi kapsamındaki çocuklara karşı cebir ve tehdit kullanımı zaten suçun unsuru olduğundan ağırlaştırıcı nedenin uygulanması mümkün değildir.<sup>456</sup> 103/1-a'da belirtilen çocukların rızalarına değer atfedilmediğinden, bu çocuklar üzerinde ayrıca cebir veya tehdit kullanımı çocuğun direncinin daha kolay kırılmasına sebep olacaktır.<sup>457</sup> Yine bu yaş grubundaki çocukların rızasının bir önemi olmadığından, anılan maddede hile veya iradeyi etkileyen herhangi bir sebeple suçun işlenmiş olması ağırlaştırıcı sebep sayılmamıştır. Başka bir deyişle, bu yaş haddindeki çocuğun verdiği rızanın hukuksal değeri bulunmadığından, hilenin varlığına ilişkin herhangi bir araştırma yapma ihtiyacı bulunmamaktadır.<sup>458</sup> Ancak doktrinde, cebir veya tehdide yer verilip hilenin maddede düzenlenmemiş olması eleştirilmiştir.<sup>459</sup>

Ağırlaştırıcı sebebin tatbiki için kullanılan cebrin en fazla kasten yaralama suçunun temel şeklini oluşturması gerekir. Cinsel istismar suçu bakımından başvuru kasten yaralama suçunun ağır neticelerine sebebiyet vermesi halinde m.103/5 uyarınca ayrıca kasten yaralamaya ilişkin hükümler uygulanacaktır.<sup>460</sup>

Bununla birlikte, uygulanan cebir veya tehdidin doğrudan mağdur çocuğa yönelmesi gerektiği ifade edilmiştir. Görüşe göre, suçun işlenmesine engel olmak isteyen üçüncü

<sup>456</sup> Üzülmöz (n 157) 36; Altaş (n 163) 47-48; Taşkın (n 27) 93.

<sup>457</sup> Ünlü (n 157) 103; İştin (n 134) 151.

<sup>458</sup> Herkesecan (n 16) 69-70. Hile veya iradeyi etkileyen bir nedenin bu yaş grubu çocuklar üzerindeki etkisinin cebir veya tehdit kullanımı kadar ağır haksızlık içermediği gerekçesiyle maddede düzenlenmediğine ilişkin Bkz. İştin (n 134) 152.

<sup>459</sup> Çalışkan (n 167) 128.

<sup>460</sup> İştin (n 134) 152; Nişancı (n 157) 245.

bir kişiye cebir veya tehdit uygulanması halinde m.103/4 gereği cezada artırımı gidilemeyecektir. Ancak bu durumda fail, üçüncü bir kişiye karşı gerçekleştirdiği davranışları yönünden ayrıca cebir veya tehdit suçlarından cezalandırılır.<sup>461</sup> Kanımızca, üçüncü bir kişiye uygulanan cebir veya tehdit, mağdur çocuk açısından da tehdit oluşturmaktadır. Zira tehdit, mağdurun iç huzurunun bozan, serbestçe karar vermesini veya verdiği kararlar doğrultusunda hareket edebilme kabiliyetini engelleyen bir zor kullanma aracıdır. Suçun işlenmesini engellemeye çalışan üçüncü bir kişiye uygulanan cebir veya tehdit, mağdur çocuğun iç huzurunu bozacak ve serbestçe karar vermesi mümkün olmayacaktır. Dolayısıyla, uygulanan cebrin veya tehdidin mağdura yönelik bir tehdide dönüşmesi halinde ağırlaştırıcı sebebin tatbiki gerektiği kanaatindeyiz.<sup>462</sup>

Cinsel istismar suçunun işlendiği sırada mağdura hem cebrin hem de tehdidin yöneltilmesi halinde ağırlaştırıcı neden iki defa uygulanmaz. Nitekim Yargıtay kararları da bu yöndedir.<sup>463</sup> Maddede belirtilen yaş grubundaki çocuklara karşı suçun cebir veya tehditten herhangi biri kullanılarak işlenmesi halinde ağırlaştırıcı sebep uygulanacaktır.<sup>464</sup> Cebir ve tehdide ilişkin açıklamalarımızı çalışmamızda daha evvel aktardığımızdan tekrara mahal vermemek adına bu kısımda yenilemiyoruz.<sup>465</sup>

---

<sup>461</sup> Tezcan, Erdem and Önok (n 144) 408.

<sup>462</sup> Aynı yönde Bkz. Taner, 'Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar' (n 113) 340-341.

<sup>463</sup> "5237 sayılı kanunun 103/4 fıkrası gereğince; 'Cinsel istismarın, birinci fıkranın (a) bendindeki çocuklara karşı cebir veya tehditle ya da (b) bendindeki çocuklara karşı silah kullanmak suretiyle gerçekleştirilmesi hâlinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza yarı oranında artırılır.' denilerek cinsel istismarın 15 yaşından küçük mağdureye karşı cebir veya tehditle işlenmesi durumunda cezanın artırılacağı belirtilmiştir. Dolayısıyla mahkememizce verilen kararın hüküm kısmında 'eylemin 15 yaşından küçük mağdureye karşı tehdit ile gerçekleştirildiği' belirtilmiş ise de aynı anda bitişik olarak yapılan cebir ve tehditten herhangi birinin hükme esas alınmış olması artırım için yeterli sebeptir. Sanığın eylemini 15 yaşından küçük mağdureye karşı gerçekleştirdiği esnada, bağırmasını önlemek için ağzını kapattığı esnada 'bir şey söylersen seni öldürürüm' şeklindeki tehdit ile gerçekleştirildiği gözönünde bulundurularak TCK'nun 103/4. maddesi gereğince sanığın cezasında yarı oranında artırım yapılmasına karar verilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmıştır." Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 178/152, 08.03.2022; "Mağdureyi ölümlü tehdit ederek ailesine anlatmamasını sağlayan ve inşaatın ikinci katına çıkartırken elini sıkı tutup kaçmasına engel olan sanığın suçunu 5237 sayılı Yasanın 103/4. maddesinde belirtilen maddi cebirle gerçekleştirdiği anlaşıldığından ... BOZULMASINA" Yargıtay 5. CD, 1822/3999, 06.05.2008.

<sup>464</sup> "Sanık yönünden yapılan değerlendirmede beden veya ruh sağlığını bozacak şekilde çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçu açısından sanığın on beş yaşından küçük mağdureye yönelik eylemini birden fazla kişiyle birlikte ve kendisiyle ilişkiye girmediği takdirde mağdurenin önceki ilişkilerini herkese söyleyeceğinden bahisle tehdit ederek gerçekleştirmesi karşısında, bu suçtan belirlenen temel cezada 5237 sayılı TCK'nın 103/3, 103/4. maddeleri ile artırım yapılması gerektiği gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması neticesinde eksik ceza tayini" Yargıtay 14. CD, 9622/2788, 06.04.2021; "Katılan mağdurenin aşamalarda olayın özüne ilişkin değişmeyen istikrarlı anlatımlarda bulunması, bu beyanları doğrulayacak şekilde muayenesinde kronik fiili livata bulgularının varlığının tespit edilmesi, tanık ...'nun

4.fıkıradaki belirtilen bir diğer ağırlaştırıcı sebep ise onbeş yaşını tamamlamış ve fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmiş çocuğa karşı suçun silah kullanılarak işlenmesi halidir. Bu ağırlaştırıcı sebep de 6545 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik kapsamında cezanın artırılmasını öngören bir sebep olarak hükme bağlanmıştır.<sup>466</sup>

“Silah” tabirinden ne anlaşılması gerektiği için TCK’nın 6.maddesinin 1.fıkrasının f bendine bakılması gerekir. Buna göre silah deyiminden anlaşılması gereken şudur:

*f) 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.*

Dolayısıyla, silah tanımında belirtilen her türlü aletle suçun bu yaş grubundaki çocuğa karşı işlenmesi, çocuğun direncinin daha kolay kırılmasına sebep olacağından cezada artırıma gidilecektir.<sup>467</sup>

---

*sanığın katılan mağdureyi kendisine doğru çekip kucağına oturttuğunu gördüğüne, sanığın katılan mağdureyi kendi evlerine hep olması gerekenden daha geç vakitte getirdiğine ve geç kaldıkları dönemde sanığı aradığında telefonlarına cevap vermediğine ilişkin beyanları, tanık...’nin katılan mağdurenin sanıkla görüştükten sonra eve döndüğünde lavaboya kendisini kilitleyip ağladığına ve kalçasının üzerine oturamadığına ilişkin ifadesi karşısında; suç tarihlerinde komşusunun kızı olan katılan mağdureyi değişik zamanlarda gezdirme ve ablasının yanına gtirme bahanesi ile alıp تنها yerlere götürerek cebir ve tehditle anal yoldan organ soktuğu anlaşılan sanığın Yerel Mahkemece TCK’nın 6545 sayılı Kanun ile değişik 103/2, 103/4, 43 ve 62. maddeleri uyarınca 26 yıl 8 ay hapis cezası ile cezalandırılmasına karar verilen olayda” Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 521/635, 05.11.2019.*

<sup>465</sup> Bkz. 53 vd.

<sup>466</sup> Nişancı (n 157) 245; İşten (n 134) 152.

<sup>467</sup> “Mağdurenin bütün ifadelerinde, sanığın bıçakla tehdit ederek zorla kendisiyle birden çok cinsel ilişkiye girdiğini iddia ettiği, ancak sanık hakkında reşit olmayanla cinsel ilişki suçundan TCK’nın 104/1. maddesi uyarınca cezalandırılması istemiyle Sulh Ceza Mahkemesi’ne kamu davasının aıldığı ve yapılan yargılama sonucunda sanığın TCK’nın 104/1, 43/1, 62/1. maddeleri uyarınca cezalandırılmasına karar verildiği, ...Sulh Ceza Mahkemesi tarafından düzenlenen gerekçeli kararda ise eylemlerin tehditle gerekleşiş gerçekleşmediğinin tartışıldığı, ancak mahkemenin zor ve tehdit iddiasını tartışmakla görev sınırını aştığı, zira cinsel ilişkinin cebir tehdit ve hile ile gerçekleştiğinin kabulü halinde, TCK’nın 103/2-4, 43/1. madde ve fıkralarında düzenlenen nitelikli cinsel istismar suçunun oluşacağı bu durumda; hükümden sonra 28.06.2014 tarihinde yürürlüğe giren ve cinsel dokunulmazlığa karşı suçlarda değişiklik yapan 6545 sayılı Kanun ile 02.12.2016 tarihinde yürürlüğe giren 6763 sayılı Kanunla yapılan değişiklikler sonrası öngörülen cezanın st sınırı itibarıyla davaya bakma, delilleri değerlendirme ve suç vasfının tayini ile buna göre lehe kanunu belirleme görevinin st dereceli Ağır Ceza Mahkemesine ait olduğu gözetilerek 5235 sayılı Kanununun 12 ve 5271 sayılı CMK’nın 4. maddeleri gereğince görevsizlik kararı verilmesinde zorunluluk bulunması, bozmayı gerektirdiğinden” Yargıtay 14. CD, 1899/10758, 11.09.2019.

#### 4.7.1.1.2 Suçun neticesi (sonucu) sebebiyle ağırlaşmış halleri

Neticesi (sonucu) sebebiyle ağırlaşmış suçlar, suçun oluşması için aranan sonuçtan farklı olarak ayrıca daha ağır ya da başka bir sonucun meydana gelmesi halidir. Burada temel fark, failin yöneldiği kastın aşılması ve aşılma neticesinde daha ağır sonucun veya farklı bir sonucun oluşması halidir. Öyle ki, ağır sonuç failin kastettiği neticeden ayrı ve bağımsız bir nitelik kazanmaktadır.<sup>468</sup> Buna verilen en tipik örnek, failin kastının yaralamaya yöneldiği ancak suç sonucu mağdurun ölümü durumudur.<sup>469</sup> Burada ele alınması gereken bir diğer husus ise nedensellik bağıdır. Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlardan bahsedebilmek için kastedilen temel suça ilişkin davranış ile ağır sonuç arasında nedensellik bağının bulunması şarttır. Farklı bir ifadeyle, meydana gelen ağır durum, gerçekleştirilen davranışın sonucu olmalıdır.<sup>470</sup> Aranması gereken bir diğer unsur ise, TCK m.23 hükmü doğrultusunda, failin sorumlu tutulabilmesi için meydana gelen ağır sonuç bakımından en azından taksirle hareket etmesi gerektiğidir.

Cinsel istismar suçu bakımından bu haller 103.maddenin 5. ve 6.fikralarında düzenlenmiştir.

#### 4.7.1.1.2.1 Başvurulan cebir ve şiddetin kasten yaralama suçunun ağır neticelerine neden olması (TCK m.103/5)

TCK m.103/5 “*Cinsel istismar için başvurulan cebir ve şiddetin kasten yaralama suçunun ağır neticelerine neden olması hâlinde, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır.*” hükmünü amirdir. Daha önce de ifade ettiğimiz gibi, cinsel istismar suçu bakımından başvurulan cebirin kasten yaralama suçunun ağır neticelerine sebebiyet vermesi halinde m.103/5 uyarınca ayrıca kasten yaralamaya ilişkin hükümler uygulanacaktır.<sup>471</sup> Dolayısıyla uygulanan cebirin basit yaralama (TCK m.86) kapsamında kalması halinde neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçtan söz edilemez. Ancak bu durumda, suç onbeş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte fiilin

<sup>468</sup> Veli Özer Özbek, ‘*Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar*’ in Veli Özer Özbek (ed) (2007) 2 (4) Ceza Hukuku Dergisi 223, 223.

<sup>469</sup> Friederike von Zezschwitz and Koray Doğan, ‘*Kast, Taksir ve Netice Sebebiyle Ağırlaşmış Suç*’ in Veli Özer Özbek (ed) (2014) 9 (26) Ceza Hukuku Dergisi 245, 246.

<sup>470</sup> Bengünur Kavlu, ‘*Sonucu Nedeniyle Ağırlaşmış Suçlar*’ (2020) 9 (26) 21.Yüzyılda Eğitim ve Toplum 575, 585 vd.; Herkesecan (n 16) 51.

<sup>471</sup> İştin (n 134) 152; Nişancı (n 157) 245.

hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş çocuğa karşı işlenmişse, TCK m.103/4 hükmü doğrultusunda cezada artırıma gidilecektir.

Burada önemle ifade edilmesi gereken husus, failin kastının cinsel istismar suçunu işlemeye yönelik olması gerektiğidir. Failin, davranışları gerçekleştirirken ayrıca yaralama kastı da varsa netice sebebiyle ağırlaşmış suç hükmünün uygulanması mümkün değildir.<sup>472</sup> Ancak failin kastının ayrıca yaralamaya yönelik yönelmediği hususunun tespiti zordur. Bu nedenle kastın varlığının somut olaya göre incelenmesi gerekir.

#### **4.7.1.1.2.2 Suç sonucunda mağdurun bitkisel hayata girmesi veya ölümü (TCK m.103/6)**

Suç sonucu mağdurun bitkisel hayata girmesi yahut ölümü hali, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç olarak 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 130.maddenin 6.fikrasında hükme bağlanmıştır. Buna göre, “*Suç sonucu mağdurun bitkisel hayata girmesi veya ölümü hâlinde, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükmolunur.*”

Mağdurun bitkisel hayata girmesi, ölüm aşamasında olduğu anlamına gelmez. Bununla birlikte bitkisel hayat, beyin ölümü demek de değildir.<sup>473</sup> Zira bitkisel hayata giren kişinin iyileşerek normal hayata dönmesi mümkünken, beyin ölümü gerçekleşen kişide bu durum söz konusu değildir.<sup>474</sup> Bitkisel hayat, beynin düşünce, konuşma ve kasların hareketinden sorumlu olan korteksin işlevini yitirmesi halidir.<sup>475</sup> Bu halde kişi konuşamaz, işitemez, hareket edemez. Ancak dolaşım, solunum ve bazı otomatik işlevler (uyuma, sindirim, kalbin atması gibi) devam etmektedir.<sup>476</sup> Mağdurun bitkisel hayata girdiğinin tespiti için tıbbi değerlendirmeler yapılması gerekir.<sup>477</sup>

---

<sup>472</sup> Seçgin (n 84) 113.

<sup>473</sup> Ahmet Gökçen and Murat Balcı, ‘*Kasten Yaralama Suçunun Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Halleri*’ (2015) 21 (2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 369, 386; Taner, ‘*Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*’ (n 113) 213-214.

<sup>474</sup> Gökçen and Balcı (n 474) 386.

<sup>475</sup> Işıl Işık Andsoy and Asiye Gül, ‘*Hemşirelerin Beyin Ölümü ve Bitkisel Hayat Konusundaki Bilgi ve Düşünceleri*’ (2018) 14 (1) Bakırköy Tıp Dergisi 2.

<sup>476</sup> Gökçen and Balcı (n 474) 386.

<sup>477</sup> Seçgin (n 84) 123.

Neticesi (sonucu) sebebiyle ağırlaşmış suç hükmünün uygulanabilmesi için, cinsel istismar kastıyla hareket edilmesi ancak meydana gelen sonucun istenmemesi ve failin iradesi dışında gerçekleşmesi gerekir. TCK m. 23 uyarınca,<sup>478</sup> neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçtan dolayı failin cezalandırılabilmesi için, failin dış dünyada meydana gelen sonuçtan en azından taksir derecesinde sorumluluğunun bulunması gerekir.<sup>479</sup> Yine aynı şekilde, davranış ile sonuç arasında nedensellik bağının bulunması da şarttır. Bu halde, failin meydana gelen sonuçtan taksir seviyesinde dahi sorumluluğu bulunmuyorsa yahut davranış ile sonuç arasında bir nedensellik bağı olayda yoksa neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç hükümlerinin tatbiki mümkün değildir.<sup>480</sup> Ancak failin kastı mağdurun bitkisel hayata girmesine yahut ölmesine yönelikse, fail kasten yaralamanın nitelikli halinden ya da kasten öldürme suçlarından sorumlu tutulacaktır.<sup>481</sup> Örneğin, failin, cinsel istismar suçunu gerçekleştirdikten sonra bunu gizlemek için yahut suçunu tamamlayamamaktan duyduğu öfkeyle mağduru öldürmesi halinde kastı doğrudan öldürmeye yönelik olduğundan nitelikli insan öldürme suçu bakımından sorumluluğu gündeme gelecektir.<sup>482</sup>

Bu bağlamda örneğin, failin mağdurun cinsel davranışa karşı koymasını engellemek ve onu bayıltıp etkisiz hale getirmek için kafasına sert bir cisimle vurarak cinsel davranış gerçekleştirdiğini ancak vurmanın etkisiyle mağdurun bitkisel hayata girdiğini veya öldüğünü düşünelim. Örnekte, failin kastının cinsel istismar suçuna yöneldiği, dış dünyada meydana gelen sonuç bakımından en azından taksir seviyesinde kusurunun

---

<sup>478</sup> “Madde 23- (1) Bir failin, 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.”

<sup>479</sup> Aranacak olan taksirin esasını Yargıtay şu şekilde ifade etmektedir: “Sanığın taksiri belirlenirken, somut olayın objektif koşulları içerisinde, failin sübjektif özelliklerine sahip makul ve tedbirli bir insanın yapması gereken davranışın ne olması gerektiği üzerinde durulmalıdır. Buna göre tespit edilen özenli davranış ile failin davranışı karşılaştırılarak failin sorumluluğu belirlenir. Buna göre failin sübjektif özelliklerine göre belirlenen ‘model ajan’ tespit olunurken, failin davranışlarının hangi davranış kurallarına ilişkin olarak ortaya çıktığının belirlenip ortaya konacak model ajanın buna göre belirlenmesinde zorunluluk bulunmaktadır. Buradan hareketle dikkat ve özen kurallarının somut olayda olduğu gibi hukuk kuralları tarafından belirlenmiş olması durumunda, bu kurallar önleyici niteliktedir ve önlemeyi amaçladıkları zararlı neticeyi önleyici nitelikteki davranışı belirler.” Yargıtay 14. CD, 281/132, 12.01.2016.Ünlü (n 157) 105.

<sup>480</sup> Nişancı (n 157) 247; İştin (n 134) 155; Ünlü (n 157) 104; Seçgin (n 84) 122.

<sup>481</sup> Memiş Kartal (n 164) 205; Tezcan, Erdem and Önok (n 144) 438.

<sup>482</sup> Nişancı (n 157) 247.



bulunduğu ve davranışla sonuç arasında nedensellik bağının olduğu gözetilerek fail m.103/6 kapsamında sorumlu tutulacaktır.<sup>483</sup>

Buna karşın, cinsel istismar mağduru çocuğun suç sebebiyle hastanede tedavi gördüğü sırada virüs kaparak ölmesi halinde failin cinsel davranışıyla meydana gelen ölüm sonucu arasında nedensellik bağının olmadığı açıktır.<sup>484</sup> Yine aynı şekilde, mağdurun cinsel istismar suçu sonucunda gebe kalması ve doğum esnasında ölmesi halinde davranışla sonuç arasındaki nedensellik bağı kopmaktadır.<sup>485</sup> Bu noktada doğal nedensellik veya şartların eşitliği anlayışına (*conditio sine qua non*) değinilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Şartların eşitliği anlayışı, sonucu meydana getirmek için gerekli ve yeterli şartların bütününe o sonucun nedeni kabul eden anlayıştır. Farklı bir deyişle, nedensellik bağının varlığı için insanın sonucun ortaya çıkması amacıyla zorunlu bir unsuru gerçekleştirilmesi şarttır.<sup>486</sup> Verdiğimiz örnek doğrultusunda, örneğin, cinsel istismar suçu sonucu gebe kalan A'nın doğum esnasında hayatını kaybetmesi halinde, fail B sonuçtan sorumlu tutulur. Zira, B kastıyla hareket etmiştir ve B'nin nitelikli cinsel istismar fiili olmasaydı A ölmeyecektir. Bu anlayış, objektif sorumluluk hallerinde cezai sorumluluğun sınırlarını genişlettiği için isabetli olarak eleştirilmiştir.<sup>487</sup> Dolayısıyla bu hallerde nedensellik bağı koptuğundan neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçtan bahsedilmesi mümkün değildir.

Neticesi sebebiyle ağırlaşmış bu halden sorumluluk, hem basit istismarda hem de organ ya da sair bir cisim sokmak suretiyle nitelikli istismarda gündeme gelebilir.<sup>488</sup> Yine neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç hükmünün tatbiki için ölüm sonucunun hemen meydana gelmesi de gerekmez.<sup>489</sup> Doktrinde, suçun teşebbüs aşamasında kalması halinde dahi bu hükmün uygulanabileceği ileri sürülmüştür.<sup>490</sup> Gerçekten de, hükmün tatbiki için suçun tamamlanması şart değildir. Mağdurun ölmesi veya bitkisel hayata girmesi ağır sonucunun ortaya çıkması ve failin taksir düzeyinde bir kusurunun varlığı hükmün tatbiki için yeterlidir.

---

<sup>483</sup> Üzülmöz (n 157) 40.

<sup>484</sup> Herkesecan (n 16) 51.

<sup>485</sup> Seçgin (n 84) 123.

<sup>486</sup> Toroslu and Toroslu (n 151) 145.

<sup>487</sup> Toroslu and Toroslu (n 151) 147.

<sup>488</sup> Taner, 'Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar' (n 113) 214; Nişancı (n 157) 246.

<sup>489</sup> Nişancı (n 157) 246.

<sup>490</sup> Tezcan, Erdem and Önok (n 144) 439; Yenidünya (n 244) 3299.

Doktrinde, suç sonucu mağdurun bitkisel hayata girmesinin veya ölmesinin netice sebebiyle ağırlaşmış suç olarak düzenlenip, mağduru yaşamsal tehlikeye sokma halinin düzenlenmemiş olmasının bir eksiklik olduğu ifade edilmektedir. Buna göre, örneğin suç sonucu mağdura HIV, HPV, Hepatit gibi virüslerin bulaşması halinde yaşamsal bir tehlikesinin bulunacağı sabit olduğundan buna yönelik bir düzenlemenin neticesi sebebiyle ağırlaşmış hal olarak Kanuna eklenmesi gerekmektedir.<sup>491</sup> Bize göre, yazarların düşüncesi doğrultusunda Kanuna bir ekleme yapılsa dahi bu maddenin uygulanabilirliği zordur. Zira bulaşıcı hastalığın kimden kime, ne zaman ve nasıl geçtiğinin tespiti çoğu zaman imkânsızdır. Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç hükümlerinin tatbiki için nedensellik bağının kurulması şart olduğundan, çocuğa bulaşan hastalığın bizzat failden ve failin cinsel davranışı sonucu bulaşmış olduğunun ispatı oldukça zordur. Kaldı ki, ceza hukukunun temel ilkelerinden “*şüpheden sanık yararlanır*” ilkesi gereği bulaşının failden kaynaklandığının ispatlanamaması halinde tatbik edilecek ceza kanuna aykırı olacaktır. Ancak bittabi, Kanunda bu yönde bir düzenleme yapılması halinde, failin önceki hasta kayıtları, reçeteleri gibi somut verilerle bu hastalığa sahip olduğu ve mağdurun da suç tarihinden önce bu hastalığa sahip olmadığı yönünde somut birtakım veriler ile tanık beyanları gibi delillerin bulunması halinde nedensellik bağı kurulacağından hükmün tatbiki yerinde olacaktır.

Tartışılması gereken bir diğer konu ise cinsel istismara uğramış bir çocuğun suç nedeniyle intihar etmesi durumudur. Bu durumda mağdur kendi iradesi ile yaşamına son vermektedir. Diğer bir ifadeyle, failin davranışından kaynaklı bir ölüm sonucu meydana gelmemektedir. Dolayısıyla davranış ile sonuç arasında nedensellik bağının bulunmaması nedeniyle neticesi sebebiyle ağırlaşmış bir suçtan bahsedilemez.<sup>492</sup> Cinsel istismar suçunu işleyen failin mağduru intihara yönlendirmesi halinde ise, kastının çocuğun intiharına yönelmesi hasebiyle bu durumda cinsel istismar suçu ile intihara yönlendirme suçundan (TCK m.84) ayrı ayrı sorumluluğu doğacaktır.<sup>493</sup>

---

<sup>491</sup> Memiş Kartal (n 164) 206 dn. 727-728; Nişancı (n 157) 247.

<sup>492</sup> Nişancı (n 157) 247; Seçgin (n 84) 124.

<sup>493</sup> Seçgin (n 84) 124.

#### **4.7.1.1.2.3 6545 sayılı Kanun değişikliği ile madde metninden çıkarılan mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulmasına yol açması hükmü**

TCK'nın ilk düzenlemesinde yer alan ‘‘Suçun sonucunda mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması halinde, on beş yıldı az olmamak üzere hapis cezasına hükmolunur’’ hükmü 6545 sayılı Kanun değişikliği ile neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç olmaktan çıkarılmıştır.

Değişiklikle ilgili 6545 sayılı Kanunun 59. madde gerekçesinde 102.madde değişikliğini düzenleyen 58.maddenin gerekçesine atıf yapıldığı görülmektedir:

*Maddenin altıncı fıkrasında yer alan ‘suçun sonucunda mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması halinde, onbeş yıldı az olmamak üzere hapis cezasına hkmolunacağına’ dair suçun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hali, 102 nci maddede yapılması öngörülen değişiklikler için belirtilen mülahazalarla kaldırılmaktadır. Buna karşılık maddenin birinci ve ikinci fıkrasında düzenlenen cezaların artırılması öngörülmektedir. Bu düzenlemeyle, şüpheli, sanık veya hükümlüler bakımından lehe sonuç doğmaması ve çocukların cinsel istismarı suçuyla daha etkin mücadele edilebilmesi amaçlanmaktadır.*

Yine 102.maddede bulunan beden ve ruh sağlığının bozulmasına dair hükmün 6545 sayılı Kanunla maddeden çıkarıldığını görmekteyiz. 103.maddede yapılan değişikliğe ilişkin gerekçede, yine aynı Kanunun 58.madde gerekçesine yollama yapılması hasebiyle bu gerekçenin incelenmesi gerekmektedir. Buna göre:

*Maddenin beşinci fıkrasında yer alan ‘suçun sonucunda mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması halinde, on yıldı az olmamak üzere hapis cezasına hkmolunacağına’ dair suçun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hali, bu suç mağdurlarının defalarca hastane veya Adli Tıp Kurumuna gitmelerine, buralarda müşahedeye tabi tutulmalarına ve maruz kaldıkları fiili tekrar tekrar yaşamalarına neden olmaktadır. Esasen, akademik çevrelerde bu suçlara maruz kalanların ruh sağlığının mutlaka bozulmuş olduğu kabul edilmekte ve ruh sağlığının bozulması kavramından neyin anlaşılması gerektiği hususunda da tam bir mutabakat bulunmamaktadır. Yapılan değişiklikle söz konusu artırım nedeninin kaldırılması, buna karşılık maddenin birinci ve ikinci fıkrasında düzenlenen cezaların artırılması öngörülmektedir. Bu düzenlemeyle, şüpheli, sanık veya hükümlüler bakımından lehe sonuç doğmaması amaçlanmaktadır.*

Gerçekten de, 6545 sayılı Kanun ile bu kavram madde metninden çıkarılmadan önce beden ve ruh sağlığından anlaşılması gereken hususunda doktrinde tam bir mutabakat bulunmamaktaydı. Maddenin tatbik edildiği dönemde, beden ve ruh sağlığının

bozulması açısından ağır, kalıcı ve geri dönülmez şekilde bozulmaların mevcut olması halinde neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçun vücut bulacağı ifade edilmekteydi.<sup>494</sup> Mağdurun suç sonucu beden ve ruh sağlığının bozulduğunun tespiti için Adli Tıp Kurumu ilgili ihtisas dairesinden bu yönde bir rapor alınması şartı aranmaktaydı.<sup>495</sup>

Doktrinde ruh sağlığının bozulmasına ilişkin hükmün varlığı, cinsel özgürlüğe karşı suçlarda zaten her halde mağdurun ruh sağlığının bozulacağı ve buradaki ölçünün ne olduğu ile nasıl tespit edileceği hususlarının açık olmaması yönünde haklı olarak eleştirilmekteydi.<sup>496</sup>

Nihayet, 6545 sayılı Kanun kapsamında yapılan değişiklikle hüküm 103.maddeden çıkarılmıştır. Gerekçede de isabetli olarak ifade edildiği üzere suç sonucu bu yönde bir tespit için rapor alınması mağdurun yeniden mağdur olmasına sebep olmaktaydı. Kaldı ki, mağdurun bir çocuk olduğu düşünüldüğünde, soruşturma ve kovuşturma evrelerinde defalarca kez başından geçen olayı anlatmasına rağmen, çocuk Adli Tıp Kurumu'na sevk edilip burada yaşadıkları tekrar anlatmak durumunda kalmaktaydı. Cinsel istismara maruz kalmış bir çocuğun suç sebebiyle ruh sağlığının zaten bozulmuş olduğu kabul edilmeli; çocuk yargılama süresince prosedürlerin uygulanması hasebiyle yeniden mağdur edilmemelidir. Bu nedenle Kanunda ayrıca böyle bir düzenlemeye yer verilmesine mahal bulunmamaktadır.<sup>497</sup> Düzenlemenin anılan maddeden çıkarılması son derece isabetlidir.

---

<sup>494</sup> Murat Aydın, 'Ceza Hukukunda Cinsel İstismara Bağlı Olarak Beden ve Ruh Sağlığının Bozulması Kavramı' in Mutlu Dinç (ed) (2009) 4 (40) Terazi Hukuk Dergisi 71, 77.

<sup>495</sup> Murat Aydın (n 495) 77 vd.; Taşkın (n 27) 93. "Adli Tıp Kurumu Trabzon Şube Müdürlüğü'nün 08. 12. 2005 günlü raporunda 'mağdurun ruh sağlığının olay nedeniyle bozulmamış olduğu, ancak bu hususun Adli Tıp Kurumu 6. İhtisas Kurulu uzmanlarınca değerlendirilmesi gerektiğinin bildirilmesi' karşısında, 5237 Sayılı TCK'nın 103/6. maddesinin tatbiki açısından nitelikli cinsel istismar suçunun sonucunda mağdurun beden ve ruh sağlığında bozulma olup olmadığının Adli Tıp Kurumu ilgili ihtisas dairesinden alınacak görüş sonucuna göre belirlenmesi gerektiği gözetilmeden kesin kanaat içermeyen yetersiz rapora dayanılarak eksik soruşturma ile hüküm kurulması yasaya aykırıdır." Yargıtay 5. CD, 6762/10177, 14.12.2006.

<sup>496</sup> Yenidünya (n 244) 3299; Yokuş Sevik, 'Cinsel Saldırı Ve Cinsel Taciz Suçları' (n 86) 269.

<sup>497</sup> Tüysüz (n 160) 56-57.

#### 4.7.1.2 Genel nitelikteki haksız tahrik

Hafifletici nedenler, suçun basit hali karşılığında öngörülen cezanın azaltılması sonucunu doğurur.<sup>498</sup> Haksız tahrik konusuna değinmeden evvel, cinsel istismar suçu bakımından Kanunda hafifletici neden öngörülmediğini ayrıca belirterek, haksız tahrike ilişkin genel bilgileri ve haksız tahrikin uygulanmama sebebini detaylıca aktarıyoruz.

Haksız tahrik, 5237 sayılı TCK'nın 29.maddesinde hükme bağlanmıştır. Buna göre:

*(1) Haksız bir fiilin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elem etkisi altında suç işleyen kimseye, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine onsekiz yıldan yirmidört yıla ve müebbet hapis cezası yerine oniki yıldan onsekiz yıla kadar hapis cezası verilir. Diğer hallerde verilecek cezanın dörtte birinden dörtte üçüne kadar indirilir.*

Dolayısıyla haksız tahrik, failin kendi kusuru olmaksızın başkalarının haksız hareketleri neticesinde kapıldığı hiddet veya elem hasebiyle bir tepki suçu işlemesi, işlediği tepki suçunun cezasının da bu nedenle bir miktar indirilmesi olarak ifade edilebilir.<sup>499</sup> Diğer bir deyişle, haksız tahrikte, mağdurun haksız bir fiilin yol açtığı hiddet veya şiddetli elem içerisinde failin bir suç işlemesi söz konusudur.<sup>500</sup> Burada dikkat edilmesi gereken husus, mağdurun tahrik oluşturan fiili ile failin hiddet veya şiddetli elem içerisinde işlediği suç arasında bir bağlantının bulunması ve mağdurun fiili ile suç arasında orantının olması gerekliliğidir. Fakat, orantı bulunması tepkisel olarak işlenen suçun haksız tahrik oluşturan fiilden daha ağır olmaması anlamına gelmez. Bunun anlamı, ortada kesin ve açık bir ölçsüzlük bulunmamasıdır.<sup>501</sup>

Bu anlatımlar doğrultusunda, örneğin çocuğun köy meydanında faile “*sen de erkek misin*” diye bağırması yahut evlenme sözü vermişken çocuğun sonradan bu sözünden dönmesi hasebiyle failin hiddet veya şiddetli elem içerisinde cinsel istismar suçunu

<sup>498</sup> Toroslu and Toroslu (n 151) 280.

<sup>499</sup> Devrim Aydın, ‘Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Haksız Tahrik’ (2004) 54 (1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 225,226.

<sup>500</sup> Zeynel T. Kangal, ‘Türk Ceza Hukukunda Haksız Tahrik’ (2010) 14 (3-4) Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 19, 19.

<sup>501</sup> Centel, Zafer and Çakmut (n 358) 448; Herkesecan (n 16) 81. “Haksız tahrik hükmünün uygulanmasına esas tutulması gereken husus, suçun işlenmesini tahrik eden haksız eylemlerle dava konusu suç arasındaki sebep ve sonuç bağının tespiti noktasında toplanmaktadır.” Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 1-426/290, 18.09.1972 (Centel, Zafer and Çakmut (n 358) 448’den naklen).

işlemesi halinde haksız tahrik hükmünün uygulanması mümkün olacak mıdır?<sup>502</sup> Burada, mağdurun fiili ile hiddet veya şiddetli elem içerisinde işlenen suç arasında bir orantının bulunduğundan bahsedilemez. Basit bir hakarete karşılık cinsel istismar suçunun gerçekleştirilmesinde haksız tahrik hükümlerinin uygulanması cinsel istismar suçu ile korunmak istenen hukuki menfaati zedeler ve hakkaniyete aykırı sonuçların ortaya çıkmasına sebebiyet verir.<sup>503</sup> Keza, mağdurun fiilinin cinsel istismarı tetikleyecek şekilde hiddet ve şiddetli elem yarattığının kabulü halinde, intikam duygusu nedeniyle gerçekleştirilen cinsel istismar suçları bakımından fail lehine sonuçların doğması tehlikesi meydana gelecektir.<sup>504</sup> Nitekim Yargıtay, kararına konu olan bir olayda, failin, kayısı toplamak amacıyla bahçesine gizlice giren mağdura cinsel saldırıda bulunması eylemini fiillerin orantısız olduğunu gerekçe göstererek haksız tahrik hükmünü uygulamamıştır.<sup>505</sup>

#### 4.7.2 Suçun özel görünüş biçimleri

Bu başlıkta suça teşebbüs, suçların içtimaı ve suça iştirak durumları incelenecektir.

##### 4.7.2.1 Suça teşebbüs

Suç, kural olarak çeşitli aşamalardan geçerek gerçekleşir. Suçun meydana gelinceye kadar izlediği aşamaların bütünü “suç yolu” (*iter criminis*) olarak adlandırılır.<sup>506</sup> Suçu oluşturan aşamalar olarak tanımlanan suç yolunun kaç aya ayrıldığı konusunda bir görüş birliği bulunmamaktadır.<sup>507</sup> Ancak suç yolunun düşünce, icra, tamamlanma ve son bulma olmak üzere dört aşamadan oluştuğunu söylemek mümkündür.<sup>508</sup>

---

<sup>502</sup>Seçgin (n 84) 126.

<sup>503</sup> Ibid.

<sup>504</sup> Herkesecan (n 16) 81.

<sup>505</sup> Yargıtay 5. CD, 5/84, 24.01.1978 (Centel, Zafer and Çakmut (n 358) 448 dn. 279’ dan naklen).

<sup>506</sup>Toroslu and Toroslu (n 151) 287.

<sup>507</sup>Ömer Dönmez, ‘Suça Teşebbüs ve Yargıtay Uygulaması’ (2016) 6 (1) Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 165, 167.

<sup>508</sup>Toroslu and Toroslu (n 151). Suç yolunun yine dört aşamadan oluştuğunu kabul eden Centel, Zafer ve Çakmut’a göre, bu dört aşama düşünce aşaması, hazırlık hareketleri, icra hareketleri ve suçun meydana gelmesidir. Detaylı bilgi için Bkz. Centel, Zafer and Çakmut (n 358) 457.

Düşünce aşaması failin psişğinde oluşarak son şeklini alır.<sup>509</sup> Düşünülerek ortaya çıkan bir kararın varlığı nedeniyle düşünce aşaması yalnızca kasıtlı suçlarda söz konusudur. Zira fail hem davranışı hem de sonucu istemektedir. Bu nedenle taksirli suçlarda düşünce aşamasından bahsedilemez.<sup>510</sup> Suç işleme kararının tek başına cezalandırılması mümkün değildir. Cezalandırılmama sebebi düşüncenin ispatının güç olması değil, düşünce ile düşüncüyü gerçekleştirmek arasında ciddi bir farkın bulunmasıdır.<sup>511</sup> Cezalandırma için failin kanunda öngörülen suç tanımını ihlal edecek ve toplum düzenini bozacak bir hareketinin olması gerekir.<sup>512</sup>

İcra aşaması ise kararın icrai yahut ihmali bir davranış olarak dış dünyada somutlaşmaya başlamasını ifade eder. Başka bir deyişle, bu aşamada fail suçun varlığı için gerekli olan dış davranışı işlemeye başlar.<sup>513</sup>

Kanuni tipin gerektirdiği tüm unsurların (davranış, sonuç, nedensellik bağı, manevi unsur) suçun varlığı için yeterli oranda gerçekleşmesiyle tamamlanma aşamasından bahsedilir. Diğer bir ifadeyle, failin fiilinin kanun koyucunun belirlediği soyut ipoteze tam olarak uymasıyla tamamlanma aşaması gerçekleşmiş olur.<sup>514</sup>

Tamamlanmış suç, somut ağırlığının en yoğun seviyesine ulaştığında son bulma aşaması gerçekleşmiş olur. Bazı durumlarda suçun tamamlanması ve son bulması aşamaları çakışabileceği gibi bunların çakışmaması da mümkündür. Örneğin birkaç el ateş etmek suretiyle işlenen bir yaralama suçunda, suç merminin ilk kez vücuda isabetiyle tamamlanır ve son merminin isabetiyle son bulur. Teşebbüs halinde kalan bir suç tamamlanan suçtan ayıran esaslı nokta da suçun sona erme anı değil, tamamlanma anıdır.<sup>515</sup>

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu 35.maddede teşebbüs kurumunu düzenlemiştir. Buna göre, “*Kişi, işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaz ise teşebbüsten dolayı sorumlu*

---

<sup>509</sup>Toroslu and Toroslu (n 151) 287; Pervin Aksoy İpekçioğlu, Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs (1st edn, Seçkin Yayıncılık 2009) 20 (‘Teşebbüs’).

<sup>510</sup>Aksoy İpekçioğlu, ‘Teşebbüs’ (n 510) 20.

<sup>511</sup>Toroslu and Toroslu (n 151) 287.

<sup>512</sup>Centel, Zafer and Çakmut (n 358) 458.

<sup>513</sup>Toroslu and Toroslu (n 151) 287.

<sup>514</sup>Ibid.

<sup>515</sup>Toroslu and Toroslu (n 151) 288.

tutulur.” Suç ve cezaların kanuniliği (*nullum crimen nulla poena sine lege*) gereği, failin kanuni tipe uyan hareketi nedeniyle sorumlu tutulması, ancak bunu düzenleyen bir hükmün varlığına bağlıdır.<sup>516</sup> Teşebbüs aşamasında kalan suç henüz tamamlanmadığından asıl ceza normunda tanımlanan suç tipine uygun değildir. Bu nedenle cezalandırma yapılamaz. Ancak teşebbüs halinde de toplum düzeni bozulur ve cezalandırma gerekir. Bu hareketlerin cezalandırılması da genel kısımda gösterilen açık hüküm sayesinde (m.35) olabilecektir.<sup>517</sup>

Cinsel istismar suçunun basit şekli bakımından teşebbüsün uygulanıp uygulanmayacağı konusunda doktrinde görüş ayrılığı bulunmaktadır. Bir görüşe göre, çocuğun basit cinsel istismarı bir sırf hareket (davranış) suçudur. Farklı bir deyişle, suçun oluşması için cinsel davranışın gerçekleştirilmesi yeterli görüldüğünden cinsel arzuların tatmin edilmiş olması sonucu aranmamaktadır.<sup>518</sup> Hareket kısımlara ayrılabilirdiğinden bu suça teşebbüs mümkündür.<sup>519</sup> Diğer görüşe göre, çocuğun cinsel istismarı suçu, cinsel saldırı niteliği taşıyan hareketlerin gerçekleştirilmesiyle oluşacağından ve cinsel saldırı suçunun basit haline teşebbüs mümkün olmadığından bu suçta da teşebbüs hükümleri uygulanamaz.<sup>520</sup> Bizce de isabetli olan görüş ilk görüştür. Suçun oluşması için cinsel davranışın gerçekleştirilmesi yeterlidir; cinsel arzuların tatmin edilmiş olmasına mahal yoktur. Örneğin, cinsel davranış gerçekleştirme kastı ile çocuğun cinsel organına elini götürmek üzere olan fail başka birinin müdahalesi ile suçu tamamlayamazsa suç teşebbüs aşamasında kalacaktır.<sup>521</sup> Yahut, failin çocuğu cinsel amaçla öpüp okşamak için arabaya kilitletiği esnada yakalanması halinde suçun teşebbüs aşamasında kaldığından bahsedilecektir.<sup>522</sup> Nitekim Yargıtay’ın da görüşü bu yöndedir.<sup>523</sup>

---

<sup>516</sup> Aksoy İpekçioğlu, ‘Teşebbüs’ (n 510) 32.

<sup>517</sup> Aksoy İpekçioğlu, ‘Teşebbüs’ (n 510) 31.

<sup>518</sup> Horozgil (n 156) 133.

<sup>519</sup> Taner, ‘Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar’ (n 113) 315; Tezcan, Erdem and Önok (n 144) 473; Savaşçı (n 26) 69; Çelik (n 7) 79; Temel (n 111) 298; Özbek, Doğan and Bacaksız (n 11) 369.

<sup>520</sup> Şen (n 114) 399.

<sup>521</sup> Horozgil (n 156) 133; Tüysüz (n 160) 67.

<sup>522</sup> Memiş Kartal (n 164) 221.

<sup>523</sup> “Mağdurenin hazırlık beyanı ve dosya içeriğine göre, sanığın mağdureyi öpmek amacıyla üzerine doğru geldiği, mağdurenin sanığı iterek bunu engellediği, ikinci kez tekrar denediğinde aynı şekilde itmesi sonucu sanığın düştüğü ve müştekinin babasının gelip bir kez vurması üzerine sanığın kaçtığı iddia etmesi nedeniyle sanığın eyleminin 5237 s. TCK’nın 102/1’inci maddesinde düzenlenen basit cinsel saldırı suçuna teşebbüs suçunu oluşturabileceği” Yargıtay 14. CD, 1520/4939, 24.04.2013; Yargıtay 5. CD, 10917/6690, 01.06.2009 (Nişancı (n 157) 248’den naklen).



Cinsel istismar suçunun vücuda organ veya sair bir cisim sokmak suretiyle işlenen şekli, vücuda organ veya sair cismin kısmen yahut tamamen sokulmasıyla tamamlanır.<sup>524</sup> Suçun nitelikli haline de teşebbüs mümkündür. Örneğin, mağdurun vajinasına cisim sokmak kastıyla hareket eden failin mağdurun kaçması ile suçu tamamlayamaması halinde teşebbüsten bahsedilecektir.<sup>525</sup> Ancak nitelikli hal bakımından teşebbüsten bahsedebilmek için failin kastının basit cinsel istismara mı yoksa nitelikli cinsel istismara mı yöneldiğinin tespiti gerekir.<sup>526</sup> Yargıtay verdiği bir kararda, failin gece yarısı arabayı ıssız bir yere park ederek mağdura “*bekâretine dokunmayacağım, ters ilişkiye gireceğiz*” demesi akabinde mağdurun üstünü çıkartması, ancak mağdurun karşı koyması nedeniyle failin dışarı boşalması şeklinde gerçekleşen olayda nitelikli cinsel istismarın gerçekleşmediğinden hareketle suçun teşebbüs aşamasında kaldığına hükmetmiştir.<sup>527</sup>

Failin iktidarsızlık nedeniyle suçu tamamlayamaması halinde suçun işlenemez suç olduğu değil, teşebbüs aşamasında kaldığı kabul edilmelidir. Zira daha önce de ifade ettiğimiz üzere suçun tamamlanması için failin cinsel tatmine ulaşması şart değildir.<sup>528</sup> Ancak Yargıtay verdiği bir kararında failin iktidarsızlığını işlenemez suç kabul etmiştir.<sup>529</sup> Buna karşın doktrinde, failin iktidarsızlığının mutlak olması halinde

---

<sup>524</sup> Özbek, ‘İzmir Şerhi’ (n 322) 633; Şen (n 114) 383; Yenidünya (n 244) 3306; Altaş (n 163) 73.

<sup>525</sup> Yıldız (n 32) 94; Altaş (n 163) 73.

<sup>526</sup> Horozgil (n 156) 133. “*Dosya kapsamına göre; sanığın fülü livata suretiyle mağdurla ilişkiye girmek isteyip mağdurun direnmesi sebebiyle eylemini tamamlayamaması karşısında, eylemin TCK.nın 103/2. maddesinde düzenlenen çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçuna teşebbüsü oluşturabileceği, bu suçtan yargılama yaparak delillerin değerlendirilmesi ve suç vasfının tayini görevinin üst dereceli ağır ceza mahkemesine ait olduğu, bağlantı sebebiyle diğer suçlara da ağır ceza mahkemesinde bakılacağı dikkate alınarak, 5235 sayılı Kanununun 10, 12 ve CMK.nın 4. maddeleri gereğince görevsizlik kararı verilmesi gerektiği gözetilmeden, yazılı şekilde hüküm kurulması*” Yargıtay 14. CD, 5323/10373, 23.09.2014; “*Oluşa ve kabule göre, sanığın tehdit ederek zorla götürdüğü evinde mağdura ‘seni yapacağım’ dedikten sonra eline aldığı kırık şişeyi ona doğrultup korkutarak soyunmasını sağlayıp kırık şişeyi onun vücudunda dolaştırırken dışarıda bulunan köpeğin havlaması üzerine ‘buradan ayrılma, köpeği senin yanına alıp geleceğim, seni yapacağım’ diyerek dışarıya çıkması üzerine mağdurun pencereden atlayıp kaçması şeklindeki olayın 5237 sayılı Yasanın 103/2 ve 35. maddelerinde düzenlenen nitelikli cinsel istismar suçuna teşebbüs suçunu oluşturup oluşturmadığının sübutu ve bu husustaki delillerin tayin ve takdirinin yüksek dereceli ağır ceza mahkemesine ait olduğu ve görevsizlik kararı verilmesi gerektiği gözetilmeden yargılamaya devam edilerek yazılı şekilde hüküm kurulması*” Yargıtay 5. CD, 18597/343, 30.01.2006.

<sup>527</sup> Yargıtay 5. CD, 1363/2213, 26.03.2007 (Horozgil (n 156) 133’ten naklen).

<sup>528</sup> Nişancı (n 157) 250; Savaşçı (n 26) 69.

<sup>529</sup> “*Cinsel organda sertleşme bozukluğu olan hastaların tedavisinde kullanılan Vega 100 Sildenafil Cırate isimli ilacı kullandığı anlaşılan sanığın cinsel organını anal yoldan mağdurenin vücuduna sokmaya çalıştığı, bu amaçla cinsel organına ayrıca krem sürdüğü, ancak mağdurenin etkin direnmesi olmadığı halde duhul eylemini gerçekleştirmediği, mağdureye vajinal yoldan ilişkiye girmesi halinde*

işlenemez suçun kabul edilmesi; iktidarsızlığın geçici olması halinde ise teşebbüs hükümlerinin uygulanması gerektiği ifade edilmektedir.<sup>530</sup>

Neticesi (sonucu) sebebiyle ağırlaşmış suçlarda failin kastı ortaya çıkan sonuca yönelik olmadığından ve cinsel istismar suçunun sonucu bu halde zaten gerçekleşmiş olduğundan doğası itibariyle bu suçlara teşebbüs mümkün değildir.<sup>531</sup> Yargıtay'ın kararları da bu doğrultudadır.<sup>532</sup>

Tartışılması gereken bir diğer husus ise, failin suç tipine ilişkin davranışları gerçekleştirmeye başlaması ancak suç icra hareketlerine gönüllü olarak son vermesi halinde teşebbüs hükmünün uygulanıp uygulanmayacağıdır. TCK m. 36 aşağıdaki hükmü amirdir:

*Fail, suçun icra hareketlerinden gönüllü vazgeçer veya kendi çabalarıyla suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini önlerse, teşebbüsten dolayı cezalandırılmaz; fakat tamam olan kısım esasen bir suç oluşturduğu takdirde, sadece o suça ait ceza ile cezalandırılır.*

Dolayısıyla, cinsel istismar suçunun sonucu, failin suçu işlemekten gönüllü olarak vazgeçmesi halinde gerçekleşmemişse fail suça teşebbüsten cezalandırılmaz. Ancak o zamana kadar mağdur üzerinde gerçekleştirdiği davranışlar suç teşkil ediyorsa fail bu davranışından sorumludur.<sup>533</sup> Örneğin, fail mağduru elindeki bıçakla tehdit ederek

---

*kızlığının bozulacağını, hayatının söneceğini, kendisine acıdığı için anal yoldan ilişkiye girmeye çalıştığını söylediği, bu nedenle cinsel organını mağdurenin anal ve vajinal bölgelerine sürmek suretiyle cinsel arzularını tatmin ettiği, sanığın organ sokma eylemini gerçekleştirebilecek fiziksel yeterliliği bulunmadığından nitelikli cinsel istismar suçunun elverişli hareketlerle icrasına başlayamadığı, bu itibarla eyleminin çocuğun basit cinsel istismarı suçu kapsamında kaldığı gözetilerek bu suçtan mahkûmiyeti yerine yazılı şekilde çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçuna teşebbüsten hüküm kurulması” Yargıtay 14. CD, 619/4514, 03.05.2016.*

<sup>530</sup> Temel (n 111) 309.

<sup>531</sup> Tüysüz (n 160) 70.

<sup>532</sup> “Sonucun gerçekleşmiş olması nedeniyle neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlara teşebbüsün olanaklı bulunmadığı gözetilip, 5237 sayılı TCK'nın 35. maddesinin aynı Yasanın 61/5. maddesindeki sıraya uygun olarak, ancak 103/2. madde ile tayin edilen ceza üzerinden uygulanıp daha sonra 103/6. madde ile sonuç cezanın belirlenmesi gerekirken, yazılı biçimde 103/6. madde ile verilen cezadan teşebbüs nedeni ile indirim yapılması suretiyle noksan cezaya hükmolunması” Yargıtay 5. CD, 14544/3539, 23.03.2009.

<sup>533</sup> Nişancı (n 157) 251; Temel (n 111) 315; Özbek, Doğan and Bacaksız (n 11) 369. “Oluşa uygun kabule göre sanığın mağdureyi çırılçıplak soyup kendisi de soyunduktan sonra onun anüsüne cinsel organı ile tazyikte bulunduğu sırada, mağdurenin duyduğu acı nedeniyle bağırması üzerine kendiliğinden eylemine son verdiği, hazırlık soruşturması sırasında mağdurenin anlatımı ve doktor raporu içeriğinden anlaşılmasıyla sanığın eyleminin TCK'nın 61/son uyarınca zorla urz ve namusa tasaddi niteliğinde olduğu gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması” Yargıtay 6.CD, 3146/4361, 18.11.1998 (Altaş (n 163) 74'ten naklen).

“*pantolonunu indir, seni yapacağım*” demesi üzerine bu davranışından kendi iradesiyle henüz mağdura temasta bulunmadan vazgeçmişse nitelikli cinsel istismara teşebbüsten değil, cinsel taciz (TCK m.105) suçundan sorumlu tutulacaktır.<sup>534</sup> Ancak, fail, örneğin mağdurun bağırması hasebiyle başkalarının onu duymasından korktuğu için suçu tamamlamaktan vazgeçerse burada gönüllü vazgeçmeden bahsedilemez.<sup>535</sup>

Vücuda organ veya sair cisim sokmak suretiyle istismar suçunu işlemek için icraya başlayan failin bundan gönüllü olarak vazgeçmesi halinde failin hangi suçtan sorumlu tutulacağı hususu tartışmalıdır. Zira TCK m.103/2'nin bağımsız bir suç mu olduğu yoksa suçun nitelikli halini mi oluşturduğu hususunda doktrinde mutabakat bulunmamaktadır. Suçun bağımsız bir suç olduğunu kabul eden yazarlara göre, mağdura organ veya sair bir cisim sokmak suretiyle suçun icrasına başlayan ancak bu davranıştan gönüllü olarak vazgeçen fail, bu ana kadar yaptığı hareketler basit cinsel istismar suçunu oluşturacağından basit cinsel istismar suçundan sorumlu tutulacaktır.<sup>536</sup> Bizim de katıldığımız TCK m.103/2'nin nitelikli hal kabul edilmesi gerektiğine yönelik görüşe göre ise, TCK m.43/1'de suçun temel hali ile nitelikli halinin aynı suç sayılacağına ilişkin açık düzenleme karşısında, olması gereken hukuk bakımından yerinde olmamakla birlikte, faili basit cinsel istismar suçundan sorumlu tutmak mümkün olmayacaktır. Bu halde, yalnızca dokunma kastıyla hareket eden fail, suçun basit hali ile cezalandırılırken, organ veya sair cisim sokmak suretiyle hareket eden failin bundan gönüllü vazgeçmesi halinde cezalandırılmaması gibi yerinde olmayan bir sonuç ortaya çıkmaktadır. Gönüllü vazgeçen failin, kanuni tanıma uygun davranışlarda bulunmadığı takdirde cinsel taciz suçundan cezalandırılması her olay için mümkün

---

<sup>534</sup> Nişancı (n 157) 251.

<sup>535</sup> Altaş (n 163) 75. “*Sanık emri vaki yapıp mağdurun evine girdikten sonra müdahili kolundan tutup yere yatırmış, kazağını kaldırıp göğüslerine el atmış, kendi pantolonunun düğmelerini çözmeye başlayınca müdahil sanığın ırzına yönelik eyleminden başka türlü kurtulamayacağını anlayarak ‘şimdi çocuklar gelir, adım çıkar, sen git, ben gelirim’ demiş, bu söze inanan sanık müdahili bırakarak evden ayrılmıştır. Sanığın müdahilin ırzına geçmeye yönelik eyleminden kendi arzusu ile değil, müdahilin hileli yollara başvurarak bir başka ortamda rızasıyla ırzına geçmesine izin vereceğine inandırması sonucu vazgeçmiş olduğunun açıklıkla anlaşılması karşısında, sanığın eyleminin zorla ırza geçmeye eksik kalkışma olarak nitelendirilmesi gerektiğinden*” Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 214/425, 05.10.1987 (Altaş (n 163) 74’ten naklen).

<sup>536</sup> Yokuş Sevük, ‘*Cinsel Saldırı Ve Cinsel Taciz Suçları*’ (n 86) 291; Özbek, ‘*İzmir Şerhi*’ (n 322) 633; Altaş (n 163) 74.

olmadığından, iki fıkranın ayrı suçlar olarak kabul edilerek bu doğrultuda bir düzenleme yapılması zaruridir.<sup>537</sup>

Suç, birden fazla kişi tarafından işlenirken faillerden birinin sonuç meydana gelmeden suçu işlemekten vazgeçmesi halinde bu vazgeçme tek başına yeterli değildir; failin suçun sonucunun gerçekleşmemesi için gayret etmesi gerekir. Bu gayrete rağmen suçun gerçekleşmesi yahut vazgeçen failin gayreti dışında sonucun bir şekilde gerçekleşmemesi halinde fail gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanacaktır.<sup>538</sup> Bunu bir örnekle açıklayacak olursak, çocuğa organ ithal etmek suretiyle cinsel istismarda bulunmak için çocuğun iki kişi tarafından arabayla تنها bir yere götürüldüğü olayda, faillerden biri çocuğun ağlamasına dayanamayıp suçu işlemekten vazgeçerse gönüllü vazgeçme hükmünden yararlanamaz. Bunun için diğer failin de suçu işlemesine engel olması gerekir. Bu durumda suçu işlemekten vazgeçmesi akabinde diğer failin de suçu işlemesine ona vurmak suretiyle engel olmuş yahut çevreden gelen insanların olaya müdahalesi ile bir şekilde suç tamamlanamamışsa suçu işlemekten vazgeçen fail gönüllü vazgeçme hükmünden yararlanacaktır. Bu durumda organ sokmak suretiyle cinsel istismara teşebbüsten değil, o ana kadar işlemiş olduğu kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçlarından cezalandırılacaktır.<sup>539</sup>

#### 4.7.2.2 Suça iştirak

İştirake ilişkin hükümler TCK.'nın 37-40.maddeleri arasında düzenlenmiştir. Suç, tek bir kişi tarafından işlenebileceği gibi birden fazla kişi tarafından da işlenebilir. Bu durumda iştirak hükümleri uygulanacaktır. Ancak azmettiren veya yardım eden sıfatıyla sorumlu tutulabilmek için bağlılık kuralı gereği (TCK m.40) suçun en azından teşebbüs aşamasına varmış olması gerekir (TCK m.40/3).<sup>540</sup> Hiç şüphesiz, cinsel istismar suçunun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi halinde müşterek faillik mümkün olduğu gibi; suç işlemeye teşvik etmek, suç işleme kararını kuvvetlendirmek, fiilin işlenmesinden sonra yardımda bulunacağını vaat etmek, nasıl işlenmesi gerektiği

---

<sup>537</sup> Taner, 'Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar' (n 113) 241-242.

<sup>538</sup> Nişancı (n 157) 251.

<sup>539</sup> Seçgin (n 84) 136.

<sup>540</sup> Nişancı (n 157) 252.

konusunda yol göstermek, fiilin işlenmesinde kullanılan araçları sağlamak ve işlenmesine yardımda bulunarak icrasını kolaylaştırmak suretiyle azmettirme veya yardım etme biçiminde iştirak de mümkündür.<sup>541</sup>

Suçun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi durumunda, birlikte suç işleme kararının yanı sıra, fiil üzerinde ortak hâkimiyet kurulması halinde, her bir failin müşterek fail olarak sorumlu tutulacağını ve bu durumun m.103/3-a'da ağırlaştırıcı sebep olarak düzenlendiğini daha önce ifade etmiştik. Ortak hâkimiyetin kurulup kurulmadığının belirlenmesinde faillerin suçun icrasındaki rolleri ve katkılarının taşıdığı önem göz önünde bulundurulur.<sup>542</sup> Birlikte hareket eden faillerin tümünün cinsel istismara yönelik davranışta bulunması aranmaz. Örneğin faillerden birinin, mağdurun kollarını veya bacaklarını tutması suretiyle suçun işlenmesini sağlaması durumunda birlikte suç işleme iradesinin varlığı hasebiyle davranış birlikte işlenmiş kabul edilir ve fail cinsel istismar suçundan müşterek fail olarak sorumlu tutulur. Burada mühim olan, faillerin müşterek şekilde hareket etmeleri gerekliliğidir.<sup>543</sup> Yargıtay bir kararında, faillerin birlikte suç işleme kararı hasebiyle m.103/3-a uygulanırken, belirlenecek cezanın m.43<sup>544</sup> gereği de artırılması gerektiğine hükmetmiştir.<sup>545</sup> Bize göre, bu halde suçun değişik zamanlarda işlenmesi koşulu karşılanmamaktadır. Dolayısıyla her durumda belirlenecek cezanın m.43 gereği artırılması mümkün değildir. Bununla birlikte, suça azmettiren ya da yardım eden sıfatıyla iştirak halinde ağırlaştırıcı sebebin tatbiki mümkün değildir.<sup>546</sup> Bu nedenle, yardım eden veya azmettiren failin durumunun somut olayın özelliğine göre değerlendirilmesi gerekir.<sup>547</sup>

---

<sup>541</sup> Özbek, 'İzmir Şerhi' (n 322) 633; Temel (n 111) 320; Herkesecan (n 16) 58; Horozgil (n 156) 139.

<sup>542</sup> Altaş (n 163) 76.

<sup>543</sup> Savaşçı (n 26) 83; Nişancı (n 157) 243-244.

<sup>544</sup> "Madde 43- (1) Bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda bir kişiye karşı aynı suçun birden fazla işlenmesi durumunda, bir cezaya hükmedilir."

<sup>545</sup> "Aynı zaman ve mekanda birbirlerini takiben nitelikli cinsel istismar eylemlerini gerçekleştirirken mağdure üzerinde ortak hakimiyet kurmak suretiyle direncini kırıp birbirlerine yardımcı olan sanıklar Mevlüt, Adem ve Rahim'den her birinin bizzat gerçekleştirdiği eylemle birlikte diğer sanıkların eylemlerine TCK'nın 37. maddesi kapsamında fail olarak katılmış olmasından dolayı haklarında bu suçun nitelikli hali olan 103/3. maddesi ile birlikte aynı Yasa'nın 43. maddesinin uygulanması gerektiğinin gözetilmemesi" Yargıtay 5. CD, 14749/617, 04.02.2010.

<sup>546</sup> Horozgil (n 156) 140.

<sup>547</sup> Herkesecan (n 16) 58.

Cinsel istismar suçunun işlenmesinde kusur yeteneği olmayan bir kişinin araç olarak kullanılması halinde dolaylı faillikten söz edilecektir (TCK m.37/2). Zira bu halde arka plandaki kişi, suçun icrai hareketlerini gerçekleştiren kişi ve onun hareketi üzerinde hâkimiyet kurmaktadır; bu hâkimiyet fail olarak sorumlu tutulmasına sebebiyet verir. Zira bu halde kendisini yönlendirme yeteneği olmayan kişiler de istismar edilmektedir.<sup>548</sup> Bize göre, suçun işlenmesinde araç olarak kullanılan kişi de bir çocuksa, aynı suç birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işleneceğinden TCK m.43/2 uygulama alanı bulacaktır.<sup>549</sup>

Suçun failine, onun haberi olmaksızın ve tek taraflı iradeyle, suçun işlenmesine başlamadan önce yahut işlenmesi sırasında yardım edilmesi halinde yardım eden sıfatıyla sorumluluk gündeme gelecektir. Bu bağlamda örneğin, fail cinsel davranışlara başlamadan önce mağdurun içeceğine ilaç katmak suretiyle yardımda bulunan kişi müşterek fail olarak değil fakat yardım eden sıfatıyla sorumludur.<sup>550</sup>

Yardım eden sıfatıyla iştirak halinde değinilmesi gereken bir diğer husus ise resmi evlilik olmaksızın imam nikâhıyla çocuğun evlendirilmesi halinde anne babanın sorumluluğunun ne olacağına ilişkindir. Bu tür fiili birleşmelerde mağdur çocuğun anne babasının cinsel ilişkiye onay vermeleri hasebiyle yardım eden sıfatıyla sorumlu tutulmaları gerektiği ifade edilmektedir.<sup>551</sup> Bize göre, anne ve babanın izni olmaksızın çocuğun evlendirilmesi ve dolayısıyla çocuk üzerinde cinsel davranışların gerçekleştirilmesi mümkün değildir. Bilhassa son dönemlerde artan çocuk evlilikleri ve kamuoyunda bu duruma ilişkin artan haklı tepkiler gözetildiğinde, çocuğun evlendirilmesine anne ve babanın rızası olmasaydı istismar edilmesi mümkün

---

<sup>548</sup> Yokuş Sevik, 'Cinsel Saldırı Ve Cinsel Taciz Suçları' (n 86) 255; Altaş (n 163) 77. TCK m. 37 gerekçesi: "Kişisel nitelikleri nedeniyle ceza sorumluluğu bulunmayan kişilere suç işletilmesi durumunda da, ceza sorumluluğu olmayan kişiler "aslî maddî fail" sayılmaktadırlar. Örneğin, aile ilişkisi açısından cezasızlıktan yararlanan bir kimseye suç işletilmesi hâlinde de gerçekte aslî maddî fail, cezasızlık nedeninden yararlanan kişiye suç işletendir. Belirtilen nedenlerle, suçu işleyen kişinin aslî fail olarak cezalandırılması ve belirtilen durumlardaki kişilerce suçun işlenmesinin kolayca sağlanabileceği öngörülmüş ve getirilen madde ile cezanın artırılması kabul edilmiştir. Maddeye göre, eylemi gerçekleştiren kişinin ceza sorumluluğu olmadığı için, sadece suçu işleyen "dolayısıyla fail" olarak cezalandırılacaktır."

<sup>549</sup> TCK m.43/2 "Aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlenmesi durumunda da, birinci fıkra hükmü uygulanır." hükmünü amirdir.

<sup>550</sup> Yokuş Sevik, 'Cinsel Saldırı Ve Cinsel Taciz Suçları' (n 86) 255; Nişancı (n 157) 252; Altaş (n 163) 77.

<sup>551</sup> Çelik (n 7) 85; Küçükosmanoğlu (n 41) 55.

olmayacağından anne ve baba müşterek fail olarak sorumlu tutulmalıdır. Şayet fail de çocuksa, failin anne babasının da TCK m.39'dan sorumluluğunun gündeme geleceği ifade edilmektedir.<sup>552</sup> Bize göre yine bu durumda da fail olan çocuğun anne ve babasının m.37 kapsamında müşterek fail olarak sorumluluğuna gidilmesi gerektiğinin kabulü gerekir. Elbette bu durumda, hangi çocuğu fail hangi çocuğun mağdur olacağı tartışmaya açık bir konudur. Buna ilişkin açıklamalarımızı çalışmamızın “Fail” başlığı altında yaptığımızdan yenilemiyoruz.

765 sayılı Kanun döneminde, çocuğun rızası olmaksızın babanın başlık parası almak suretiyle çocuğu evlendirmesi halinde babanın sorumluluğu asli iştirak olarak değerlendirilmekteydi. Buna karşın, çocuğun rızasının bulunması ve başlık parasının alınmaması halinde babanın ferî iştiraktan dolayı sorumluluğuna gidilmekteydi.<sup>553</sup> Ayrıca yine o dönemde, aile içindeki baskı nedeniyle annenin söz hakkının kısıtlı olması halinde, suça iştirakinin olmadığı kabul edilmişti.<sup>554</sup>

Bununla birlikte, bir kimseye suç işlemesi için karar verdiren kişi de<sup>555</sup> azmettiren sıfatıyla işlenen suçun cezası ile cezalandırılır (TCK m.38/1).

#### 4.7.2.3 Suçların içtimai

Suçların içtimai, 5237 sayılı TCK'nın birinci kitabının ikinci kısmının beşinci bölümünde düzenlenmiştir. Buna göre, 42.maddede “bileşik suç”, 43.maddede “zincirleme suç” ve 43.maddede “fikri içtima” hükme bağlanmıştır.

Bileşik suç, biri diğerinin unsurunu veya ağırlaştırıcı nedenini oluşturması dolayısıyla tek fiil sayılan suçtur (TCK m.42). Cinsel istismar suçu bakımından, onbeş yaşını

---

<sup>552</sup> Altaş (n 163) 78.

<sup>553</sup> “Sanık H'nin 15 yaşından küçük kızı mağdure G'yi, sanık H ve mağdurenin annesinin beyanı ile doğrulanan anlaştığı arkadaşı diğer sanık C ile gayri resmi evlendirdiği ve H'nin başlık almadığı dikkate alındığında eylemin, suça fer'an katılmak şeklinde oluştuğu gözetilmeden yazılı gerekçelerle asli iştirak kabulü ile hükme varılması yasaya aykırıdır.” Yargıtay 5. CD, 10686/2369, 28.02.2007 (Altaş (n 163) 78'den naklen)

<sup>554</sup> Tüysüz (n 160) 72; Altaş (n 163) 78. Aynı yönde Bkz. Nişancı (n 157) 253.

<sup>555</sup> Azmettiren, 38.maddenin gerekçesine göre “aslî manevî iştirak şekli olarak, öteden beri ifade edilen azmettirmeyi, azmettirmenin ne olduğunu tanımlamak üzere "bir kimseye suç işlemesi için karar verdiren" ibaresini kullanmıştır. Uygulamada bir kavramı ifade için uzunca bir ibare kullanılmamasını sağlamak üzere, tanımlamak ile birlikte azmettirme sözcüğü muhafaza edilmiştir.” şeklinde ifade edilmiştir.

tamamlamış ve fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmiş çocuğa karşı suçun cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen herhangi bir nedenle işlenmesinin arandığını daha önce ifade etmiştik. TCK m. 103/1-b’de suçun oluşması için cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen herhangi bir nedene dayalı olarak cinsel davranışın gerçekleştirilmesi arandığından cebir ve tehdit suçu cinsel istismar suçunun unsuru haline gelmiştir. Yine keza aynı maddenin 4.fikrasında cebir veya tehdit kullanımı ağırlaştırıcı sebep olarak düzenlenmiştir.<sup>556</sup> Bu kapsamda kalan çocuklar bakımından Kanunda “bileşik suça” yer verilmiş olup içtima hükümleri uygulanamayacağından faile ayrıca cebir veya tehdit suçlarından ceza verilmeyecektir.<sup>557</sup> Ancak cebrin yaralama boyutuna ulaşması halinde, basit yaralama sınırı aşılsa, TCK m.103/5 delaleti ile fail ayrıca netice sebebiyle ağırlanmış yaralama suçundan (TCK m.87) sorumlu tutulur.<sup>558</sup> Bu düzenleme doktrinde, suç mağdurunun çocuk olması karşısında kullanılan cebrin kasten yaralamanın basit haline sebebiyet vermesi halinde de m. 103/5’in uygulanması gerektiği yönünde eleştirilmiştir.<sup>559</sup> Cinsel saldırı suçunu düzenleyen m.102/4 hükmünün ilk halinde “*mağdurun direncinin kırılmasını sağlayacak ölçünün ötesinde cebir kullanılması*” durumunda kişinin ayrıca kasten yaralama suçundan dolayı cezalandırılacağı hükme bağlanmışken, bu durum cinsel istismar suçunda “*kullanılan cebrin kasten yaralama suçunun ağır neticelerine*” sebep olması şeklindeydi. Temel amacın çocuğun korunması olması gerekirken kullanılan ölçü bakımından izahı mümkün olmayan bu çelişik durum haklı olarak eleştirilmiştir.<sup>560</sup> 6545 sayılı Kanun ile 102.maddede değişikliğe gidilerek bu ifade cinsel istismar suçuyla paralel şekilde düzenlenmiştir.

Cinsel istismar suçunun bir suç işleme kararının icrası kapsamında, farklı zamanlarda aynı mağdura yönelik olarak birden fazla kez işlenmesi halinde zincirleme suç hükmünün uygulanmasına gidilecektir.<sup>561</sup> Zincirleme suç TCK’nın 43.maddesinde

---

<sup>556</sup> Seçgin (n 84) 82; Altaş (n 163) 25; Horozgil (n 156) 126-127.

<sup>557</sup> Horozgil (n 156) 127; Herkesecan (n 16) 54; Savaşçı (n 26) 73; Nişancı (n 157) 255. TCK m.42 “*Biri diğerinin unsurunu veya ağırlaştırıcı nedenini oluşturması dolayısıyla tek fiil sayılan suça bileşik suç denir. Bu tür suçlarda içtima hükümleri uygulanmaz.*” hükmünü amirdir.

<sup>558</sup> Taner, ‘*Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*’ (n 113) 124; Altaş (n 163) 35.

<sup>559</sup> Özbek, ‘*İzmir Şerhi*’ (n 322) 633; Yenedünya (n 244) 3306.

<sup>560</sup> Yokuş Sevik, ‘*Cinsel Saldırı Ve Cinsel Taciz Suçları*’ (n 86) 265.

<sup>561</sup> 43. maddenin 5377 Sayılı Kanununun 6. maddesi ile değiştirilmeden önceki halinde cinsel saldırı ve çocukların cinsel istismarı suçlarında zincirleme suç kurallarının uygulanması mümkün değildi. Seçgin (n 84) 139; Yıldız (n 32) 96.



düzenlenmiştir. Düzenleme uyarınca, suçun aynı mağdura karşı birden fazla kez ve aynı suç işleme kararının icrası kapsamında işlenmesi halinde bir cezaya hükmedilecek; ancak bu ceza dörtte birinden dörtte üçüne kadar artırılabilecektir.<sup>562</sup> TCK m. 43/1-c.4'te suçun basit şekli ile daha ağır cezayı gerektiren nitelikli şekilleri aynı suç sayıldığı yönünde hüküm bulunmaktadır. Bir görüşe göre, fail aynı suç işleme kararının icrası kapsamında önce basit cinsel istismar, bir süre geçtikten sonra da nitelikli cinsel istismar suçlarını işlerse 103/2'den sorumlu tutulacak ancak zincirleme suç hükümlerine göre cezada artırımı gidilecektir.<sup>563</sup> İkinci görüş ise basit cinsel istismar ile organ ya da sair bir cisim sokmak suretiyle işlenen nitelikli cinsel istismarın aynı suç olmadığını ifade ederek burada zincirleme suç hükmünün uygulanamayacağını ifade etmiştir.<sup>564</sup>

Yargıtay, önceki kararlarında art arda gerçekleştirilen cinsel ilişkilerde vücuda organ ithalinin farklı yollarla sağlanması (örneğin mağdurun önce vajinasına sonra anüsüne organ ithali) durumunda davranışın birden fazla olduğunu kabul edip, zincirleme suç hükümlerini uygulamaktaydı.<sup>565</sup> Bu durum doktrinde, cinsel istismar oluşturan davranışın art arda birkaç kez tekrarlanmış olmasının suçun birden fazla olduğu anlamına gelmediği, bu davranışlar arasında kastın yenilendiğini gösteren bir zaman aralığının girmesi halinde failin her bir fiilinden ayrı ayrı cezalandırılması gerektiği

---

<sup>562</sup> “Sanığın farklı zamanlarda mağdureyi cinsel amaçla alıkoyduğunun anlaşılması karşısında, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan belirlenen cezada zincirleme suça ilişkin TCK'nın 43. maddesi ile artırım yapılması gerektiğinin gözetilmemesi” Yargıtay 14. CD, 9622/2788, 06.04.2021; “Katılan mağdurenin soruşturma aşamasında verdiği ve kovuşturma safhasında da doğru olduğunu teyit ettiği ifadesinde; sanığın, işe başladığından beri kendisine sürekli taciz içeren sözler söylediğini belirtmesi, para üstü verdiği sıralarda da elini tutup bırakmadığını, bazen bacaklarına ve göğüslerine dokunduğunu, görmediği zamanlarda arkasına geçip vurduğunu anlatması, en son 25.04.2009 tarihinde sadece sözle taciz ettiğini beyan etmesi karşısında, katılan mağdure işe başladığından itibaren sanığın katılan mağdureye yönelik cinsel taciz içeren sözler sarf etmesi, 25.04.2009 tarihinde ise sadece cinsel taciz suçuna konu eyleminin bulunması, cinsel taciz içeren bir söz söylemeden arkadan yaklaşıp dokunma şeklinde gerçekleştirdiği davranışları ile birlikte değişik zamanlarda mağdurenin bacaklarına ve göğüslerine dokunması biçiminde çocuğun basit cinsel istismarı suçuna konu eylemlerinin de olması hususları hep birlikte değerlendirildiğinde, sanığın katılan mağdureye yönelik cinsel taciz ve çocuğun basit cinsel istismarı suçlarının tümünü aynı esnada gerçekleştirmediği, değişik zamanlarda cinsel taciz ve yine bunlardan ayrı olarak farklı zamanlarda bedensel temasta bulunarak çocuğun basit cinsel istismarı suçlarını işlediği anlaşıldığından, sanığın eylemlerinin zincirleme şekilde cinsel taciz ve zincirleme şekilde çocuğun basit cinsel istismarı suçlarını oluşturduğu kabul edilmelidir.” Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 208/666, 26.11.2019.

<sup>563</sup> Savaşçı (n 26) 75.

<sup>564</sup> Tezcan, Erdem and Önok (n 144) 451.

<sup>565</sup> “Oluşa göre sanığın nitelikli cinsel istismar eylemini zorla ve hem anal hem oral yoldan gerçekleştirdiği halde hakkında 5237 Sayılı Yasa'nın 103/4 ve 43. maddelerinin uygulanmaması, karşı temyiz bulunmadığından bozma nedeni sayılmamıştır” Yargıtay 5. CD, 19512/1058, 23.02.2006.

yönünde eleştirilmekteydi.<sup>566</sup> Buna karşın doktrindeki aksi görüş tarafından, suçun vücuda organ veya sair cisim sokulması suretiyle işlenmesi halinde basit halinden ari olarak suç oluşacağı, buna dayanarak aynı kişiye karşı farklı aralıklarla basit ve nitelikli cinsel saldırı gerçekleştirildiğinde zincirleme suç hükümlerinin uygulanamayacağı ifade edilmekteydi.<sup>567</sup> Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 08.06.2010 tarihinde verdiği kararda ilk kararlarındaki görüşünden dönerek, aralıksız olarak gerçekleştirilen bu şekildeki davranışların tek suç oluşturacağını, belli bir zaman aralığından sonra bu hareketlerden birinin ya da birkaçının tekrarlanması durumunda ise zincirleme suç hükümlerinin uygulanacağını kabul etmiştir.<sup>568</sup>

TCK m.43/1 gereği suçun aynı mağdura yönelik olarak işlenmesi arandığından, farklı mağdurlara karşı birden fazla kez cinsel istismar suçunun işlenmesi halinde zincirleme suç hükmü uygulanmayacaktır.<sup>569</sup> Bu halde, mağdur sayısı kadar suç oluşur.<sup>570</sup>

Zincirleme suça ilişkin tartışılması gereken bir diğer husus ise cinsel istismara yönelik davranışın tek bir fiile birden fazla kişiye karşı işlenip işlenemeyeceğidir(TCK m.43/2). Doktrinde suçun tek bir fiille birden fazla kişiye karşı işlenmesi mümkün görülüp buna örnek olarak küçüğü okşayan bir kişinin bu davranışını aynı zamanda olay yerinde bulunan diğer çocuğa izletmesi hali verilmiştir.<sup>571</sup> Kanaatimizce, Kanunun cinsel taciz suçunu amir 105.maddesinde fiilin çocuğa karşı işlenmesi hali düzenlendiğinden cinsel istismar suçunun gerçekleşebilmesi için temas şartı aranmaktadır. Failin çocuğa bu davranışı izletmiş olması temas içermediğinden cinsel istismar suçunun oluştuğundan bahsedilemez. Dolayısıyla bu halde failin tek bir fiili ile suçu gerçekleştirdiğinin kabulü mümkün değildir.<sup>572</sup> O halde bu husustaki içtima sorunu nasıl çözülecektir? Fail, işlediği bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet verdiği için, TCK m.44 uyarınca fikri içtima söz konusu olup, fail bunlardan en ağır cezayı gerektiren suç olan cinsel istismar suçundan cezalandırılmalıdır. TCK m.43/2 kapsamında

---

<sup>566</sup> Nişancı (n 157) 254.

<sup>567</sup> Tezcan, Erdem and Önok (n 144) 451.

<sup>568</sup> Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 11-98/143, 08.06.2010. Anılan kararda teşebbüs yönünden tartışma resmi belgede sahtecilik suçuna ilişkin yapılmış olup, 552.dipnotta verdiğimiz ikinci Yargıtay kararında bu karara atıf yapılmak suretiyle zincirleme suç hükümlerinin uygulanmasının mümkün olmadığı belirtilmiştir.

<sup>569</sup> Herkesecan (n 16) 55.

<sup>570</sup> Altaş (n 163) 81.

<sup>571</sup> Özbek, 'İzmir Şerhi' (n 322) 632; Memiş Kartal (n 164) 232; Herkesecan (n 16) 56.

<sup>572</sup> Aynı yönde Bkz. Altaş (n 163) 81.

değerlendirilebilecek bir örnek ise, daha evvel değindiğimiz gibi, dolaylı failin suçu işleminde araç olarak kullandığı kişinin de bir çocuk olması durumudur. Bu halde, her iki çocuğa karşı tek bir fiille cinsel istismar suçu işlenmektedir.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu Kanununun 109.maddesinde düzenlenmiştir. Anılan maddenin 3.fikrasının f bendinde suçun çocuğa karşı işlenmesi ağırlaştırıcı sebep olarak hükme bağlanmıştır. Ancak burada, fail tarafından çocuğun hürriyetinin tahdidinde cinsel amaç gütmesi aranmamıştır.<sup>573</sup> Anılan maddenin 5.fikrasında ise suçun cinsel amaçla işlenmesi halinde cezada artırım yapılacağı hususu düzenlenmiştir. Bu nedenle, kişiyi hürriyetinden yoksun bırakan fail, cinsel özgürlüğe karşı suçları işlemek amacıyla bu fiili gerçekleştiriyorsa hem cinsel istismar suçundan hem de m.109/5'ten ayrı ayrı sorumlu tutulacaktır.<sup>574</sup> Örneğin, failin mağdur üzerinde cinsel davranışlar gerçekleştirmek saikiyle mağduru evinden alarak تنها bir yere götürüp burada cinsel istismar suçunu işlemesi halinde fail her iki suçtan ayrı ayrı cezalandırılacaktır.<sup>575</sup> Buna karşın, her somut olayın kendi içerisinde incelenmesi ve hürriyeti tahdidin cinsel istismarla hem zaman ve hem fiil olarak gerçekleştirilmesi halinde ayrı ayrı cezalandırılmaya gidilmemesi gerektiği kanaatindeyiz. Zira, fail, mağdur üzerinde cinsel davranışları gerçekleştirirken aynı zamanda mağdurun hareket serbestisini de doğal olarak kısıtlamaktadır. Dolayısıyla cinsel istismar suçunun özünde hürriyeti tahdit zaten bulunduğu ve bu suçun içerisinde eridiğinden burada bileşik suçtan bahsedilecektir.<sup>576</sup> Nitekim Yargıtay da bu görüşü benimsemiştir.<sup>577</sup> Bu sebeple,

---

<sup>573</sup> Herkesecan (n 16) 57.

<sup>574</sup> Nişancı (n 157) 256; Şen (n 114) 392; Horozgil (n 156) 138; Seçgin (n 84) 144; Tüysüz (n 160) 73.

<sup>575</sup> “Sanığın mağdureyi gideceği yere bırakma bahanesiyle motosikletine bindirdiği, yolda hareket halindeyken mağdurenin bacağını okşadığı, “yukarıdan bir şey alacağım” diyerek mağdureyi evine çıkardığı, evde buldukları sırada sanığın mağdurenin göğsüne dokunduğu, mağdurenin de itekleyerek sanığı kendisinden uzaklaştırdığı anlaşılan olayda, sanığın sübuta eren çocuğun basit cinsel istismarı ve kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçlarından mahkumiyeti gerektiği gözetilmeden beraatine karar verilmesi isabetsiz.” Yargıtay 14. CD, 5319/10566, 29.09.2014.

<sup>576</sup> Aynı yönde Bkz. Şen (n 114) 392-393. Aksi görüşe göre cinsel istismar suçu, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun ağırlaştırıcı nedeni haline getirilmediğinden burada bileşik suçtan bahsedilemeyeceğini belirtmektedir. Bkz. Horozgil (n 156) 138.

<sup>577</sup> “Somut olayda sanık, mağdurun vücuduna organını sokarak, kanun maddesinin 2. fıkrasında düzenlenen çocuğun nitelikli olarak cinsel istismarı suçunu işlemiştir. Bu suçun işlenmesi için gerekli süre kadar hürriyetinden yoksun bıraktığı mağduru, suçun tamamlanması ile birlikte serbest bırakmıştır. Bu olayda, mağdurun hürriyetinden yoksun kılınması suçu, mağdurun nitelikli olarak cinsel istismarı suçunun unsuru olduğundan bileşik suç söz konusudur. Yerel mahkeme, sanık hakkında bileşik suç durumundaki çocuğun nitelikli olarak cinsel istismarı suçundan mahkûmiyet hükmü kurduğundan, suçundan beraat kararı vermesi ve bu kararda direnmesi doğrudur.” Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 5-447/1789, 25.09.2012.

hürriyeti tahdidin fiilin işlenmesinin öncesinde ve sonrasında da devam edip etmediğinin ayrıca araştırılması gerekir. Bununla birlikte, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun vücut bulması için çocuğun bu fiile rızasının bulunmaması gerekir. Çocuk, cinsel istismar suçunda belirtilen yaş aralıkları fark etmeksizin cinsel davranışların gerçekleşmesi amacıyla failin yanına rızasıyla gidiyor yahut yanında kalıyorsa kişiyi hürriyeti yoksun kılma suçunun oluştuğundan bahsedilemez. Burada asıl olan temyiz kudretinin varlığıdır. Buna karşın, cinsel istismar suçunun oluşması bakımından daha önce yaptığımız açıklamalar geçerlidir. Suçun oluşmasına sebebiyet verecek şartların mevcudiyeti halinde ve fakat mağdurun rızası ile gitmesi ya da kalması durumunda yalnızca cinsel istismar suçundan sorumluluk oluşacaktır.<sup>578</sup> Failin kastı aynı zamanda çocuğu kaçırmaya yönelmişse TCK m.234'te düzenlenen çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçu ayrıca değerlendirilecektir.<sup>579</sup> Diğer yandan, fail cinsel istismar suçunu işlemek amacıyla aynı zamanda konut dokunulmazlığını da ihlal etmişse her iki suçtan ayrı ayrı sorumluluğu gündeme gelecektir.<sup>580</sup> Bununla birlikte, işkence suçunun cinsel istismar suçu ile işlenmesi halinde gerçek içtima söz konusu olacak olup, fail bu suçlardan ayrı ayrı cezalandırılacaktır.<sup>581</sup> Yine TCK m. 226/3'te yer alan müstehcenlik suçu kapsamında, çocuğun kullanıldığı müstehcen ürünün üretilmesi sırasında gerçekleştirilen davranışlar aynı zamanda cinsel istismar suçuna sebebiyet veriyorsa, failin her iki suçtan ayrı ayrı sorumluluğuna gidilecektir.<sup>582</sup>

Çocukların cinsel istismarı suçunun aile bireyleri arasında işlenmesi halinde cinsel istismar suçundan mı yoksa TCK m.232'de düzenlenen "*Kötü Muamele*" suçundan mı hüküm kurulacaktır? TCK m.44 fikri içtimaı düzenlenmiştir. Buna göre, "*işlediği bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet veren kişi, bunlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılır.*" Aile bireyi olan fail tek bir fiiliyle hem cinsel istismar suçunun hem de kötü muamele suçunun oluşmasına sebebiyet vermektedir. Bu

---

<sup>578</sup> Özbek, 'İzmir Şerhi' (n 322) 724. Aksi görüşe göre mağduru çocuk olan istismar suçu bakımından rızanın aranması tartışmalıdır. Bkz. Herkesecan (n 16) 57.

<sup>579</sup> Nişancı (n 157) 256. "*Sanığın mağduru bulunduğu yerden alıp bodruma indirmesinin kaçırıp alıkoyma veya zorunlu yer temini mahiyetinde olup olmadığı, mahiyetinde keşif yapılarak saptandıktan sonra, kaçırıp alıkoyma niteliğinde olduğu anlaşılıyorsa her iki suçtan, aksi halde yalnızca ırz ve namusa tasaddi suçundan mahkumiyetine karar verilmesi gerektiği halde*" Yargıtay 5. CD, 450/1085, 11.03.1993 (Altaş (n 163) 85'ten naklen).

<sup>580</sup> Özbek, 'İzmir Şerhi' (n 322) 622; Altaş (n 163) 87.

<sup>581</sup> Özbek, Doğan and Bacaksız (n 11) 371.

<sup>582</sup> Ibid.

durumda fikri içtima kuralı gereği daha ağır suç olan cinsel istismar suçundan cezalandırılacaktır.<sup>583</sup> Failin aleni bir şekilde basit cinsel istismar suçunu işlemesi halinde de fikri içtima hükümleri uygulanacak olup, fail hayasızca hareket (TCK m.225) suçundan değil, basit cinsel istismar suçundan cezalandırılacaktır.<sup>584</sup> Yahut, çocuğun fuhuş yapmasına aracılık eden kişi, azmettiren veya yardım eden sıfatıyla aynı zamanda cinsel istismar suçunu da işlemiş olacağından daha ağır suç olan cinsel istismar suçundan cezalandırılacaktır.<sup>585</sup> Yine eziyet suçunun cinsel istismar şeklinde işlenmesi halinde, gerçekleşen eziyet ve cinsel istismar suçları arasında fikri içtima söz konusu olduğundan, faile daha ağır cezayı gerektiren suçtan ceza verilmelidir.<sup>586</sup>

Suçu bildirmeme suçu açısından suçun devam etmesi, ortaya çıkan sonucun engellenmesinin imkân dâhilinde olmaması ve ihbar etmeyeninin davranışın gerçekleştirilmesini engellemek için görev ve sorumluluğunun bulunmaması şartları aranmaktadır. Bu nedenle, devamlılık arz etmeyen fiil yönünden ihbarda bulunmayanın suçu bildirmeme suçundan sorumlu tutulması mümkün değildir. Ancak çocuğun üzerinde devamlı olarak morluklar, kızarıklıklar görülüyor ve buna rağmen suç bildirilmiyorsa, farklı bir ifadeyle devamlılık arz eden bir cinsel istismar söz konusuysa, ihbar etmeyen kişi suçu bildirmeme suçundan sorumludur.<sup>587</sup> Suçu bildirmeme suçu bakımından, suçun mağdurunun çocuk olması hali TCK m.278/3'te cezanın artırılmasını gerektiren ağırlaştırıcı sebep olarak düzenlenmiştir.<sup>588</sup> Öte yandan, istismara engel olmak bakımından hukuki yükümlülüğü bulunan bir kimsenin

<sup>583</sup> Horozgil (n 156) 138.

<sup>584</sup> Taner, 'Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar' (n 113) 348. "...dosya içeriğine göre mağdurenin olay günü Atatürk Bulvarı üzerinde yürüdüğü sırada motosikletiyle gelen sanığın, pantolonunun fermuarını açıp cinsel organını bir anlık mağdureye gösterme şeklindeki eyleminin bu haliyle TCK'nın 105. maddesinde öngörülen cinsel taciz ve 225. maddesinde öngörülen alenen hayasızca harekette bulunma suçlarını oluşturduğu; tek eylemle birden fazla suçun oluşmasına yol açması nedeniyle sanık hakkında TCK'nın 44. maddesi uyarınca fikri içtima kuralları gereğince bu suçlara ilişkin en ağır cezayı öngören TCK'nın 105. maddesinin uygulanması gerektiği" Yargıtay 14. CD, 7484/4685, 08.04.2014.

<sup>585</sup> Tüysüz (n 160) 75. "Sanık O. hakkında fuhuş suçundan kurulan hükmün incelenmesinde, olayın oluşuna mahkemenin kabule göre sanık O.'ın, 15 yaşını doldurmayan mağdurenin fuhuş yapması için aracılık yaptığı dosya kapsamından anlaşıldığından, sanığın eylemlerinin hem çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçunu, hem de fuhuş suçunu oluşturduğu gözetilerek TCK'nın 44. maddesinde düzenlenen fikri içtima hükmü uyarınca bu suçların en ağırlı olan zincirleme biçimde çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçundan hüküm kurulması gerektiği gözetilmeden yazılı şekilde fuhuş suçundan mahkûmiyetine karar verilmesi" Yargıtay 14. CD, 5108/8866, 27.06.2014.

<sup>586</sup> Tuğrul (n 197) 318; Çelik (n 7) 91.

<sup>587</sup> Mahmut Koca, 'Çocuk İstismarında İhbar Yükümlülüğü' (2012) 3 (1) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 113,120.

<sup>588</sup> Seçgin (n 84) 144. "(3) Ancak, suçu önleme yükümlülüğünün varlığı dolayısıyla ceza sorumluluğuna ilişkin hükümler saklıdır."

önlemediği suçun (cinsel istismarın) icrasına iştirak etmiş olacağı ifade edilmektedir.<sup>589</sup> Örneğin, çocuklarının kardeşi tarafından istismar edildiğini bilen anne ve babanın sorumluluğu suçu bildirmeme suçu bakımından değil, cinsel istismar suçuna iştirak kapsamında değerlendirilmelidir. Zira anne ve babanın koruma ve gözetim yükümlülüğü Kanundan kaynaklanmaktadır.<sup>590</sup> Buna karşın, Anayasa Mahkemesi tarafından yapılan inceleme neticesinde hiç kimsenin kendisini ve Kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamayacağı gerekçe gösterilerek cinsel istismar suçunda yakınların işlenen suçu bildirmemesi durumu şahsi cezasızlık sebebi olarak kabul edilmiştir.<sup>591</sup>

Bununla birlikte, Anayasa Mahkemesi'nin 27.05.2015 tarihli iptal kararı<sup>592</sup> ile yürürlükten kaldırılan dini nikâh suçuna da (TCK m.230) değinmek gerektiği kanaatindeyiz. Suçun yürürlükte olduğu dönemde, evlenme ehliyeti olmayan bir çocuğun veli veya vasisinin rızası ile dini nikâhla evlendirildikten sonra cinsel ilişkinin gerçekleşmesi halinde gerçek içtima kuralları uygulanarak failin hem cinsel istismar suçundan hem de dini nikâh suçundan ayrı ayrı cezalandırılması gerektiği ifade edilmekteydi. Çocuğun dini nikâhla evlenmesine ve cinsel ilişkiye girmesine rıza gösteren anne ve baba hakkında ise fikri içtima hükümleri uygulanarak daha ağır cezayı gerektiren cinsel istismar suçundan cezalandırılmaları gerektiği belirtilmekteydi.<sup>593</sup> Anayasa Mahkemesi tarafından verilen kararı ile dini nikâh suçu yürürlükten kaldırıldığından, kanunsuz suç ve ceza olmaz prensibi gereği artık bu konuyu tartışmanın gereği de kalmamıştır.

#### **4.8 Cinsel İstismar Suçunun Benzer Suçlardan Ayrılması**

Çalışmamızın bu kısmına değin TCK m.103'te düzenlenen cinsel istismar suçunu her yönüyle aktardık. Bununla birlikte, TCK'da cinsel özgürlüğe karşı suçlar bakımından yaptırıma bağlanan tek cinsel suç istismar suçu değildir. TCK m.102 "*Cinsel Saldırı*", m.104 "*Reşit Olmayanla Cinsel İlişki*", m.105 ise "*Cinsel Taciz*" suçlarını hüküm altına

---

<sup>589</sup> Koca (n 588) 120.

<sup>590</sup> Seçgin (n 84) 145.

<sup>591</sup> Anayasa Mahkemesi, 52/113, 30.06.2011, RG 15.10.2011/28085.

<sup>592</sup> Anayasa Mahkemesi, 36/51, 27.05.2015, RG 10.06.2015/29382.

<sup>593</sup> Nuhoglu (n 40) 55.

almaktadır. Cinsel istismar suçunun Kanunda düzenlenen bu diğer suçlardan farkını ortaya koymak failin sorumluluğun tespiti noktasında önem arz etmektedir.

#### **4.8.1 Cinsel saldırı suçu ve bu suçtan farkları (TCK m.102)**

5237 sayılı TCK.'nın 102.maddesinde düzenlenen cinsel saldırı suçunda, cinsel istismar suçunun aksine onsekiz yaşından büyük kimselere karşı gerçekleştirilen cinsel davranışlar cezalandırılmaktadır.<sup>594</sup>

Cinsel saldırı suçu ile cinsel istismar suçu arasındaki bir diğer fark ise 102.maddede suçun eşe karşı işlenmesi halinin hüküm altına alınmasıdır. Cinsel istismar suçunu düzenleyen 103.maddede suçun eşe karşı işlenmesi halinin düzenlenmemesi karşısında TMK hükümlerine göre evlenmeye reşit olan bir çocuğun eşi tarafından cinsel davranışlara maruz kalması halinde hangi maddenin uygulanması gerektiği doktrinde tartışmalıdır.<sup>595</sup> Kanımızca, eşler arasında rıza hilafına organ ya da sair bir cisim sokmak suretiyle gerçekleşen cinsel davranışı cezalandıran hükmün varlığı nedeniyle TCK m.102/2 uygulama alanı bulacaktır. Fakat TCK'nın 102.maddesinin yalnızca organ ya da sair bir cisim sokmak suretiyle işlenmesini düzenlemesi nedeniyle cinsel istismar kavramına dahil olan cinsel davranışların organ ya da sair bir cisim sokmakla sınırlı olmadığı hususu ve TCK ve ÇKK'nın çocuk tanımına ilişkin hükümleri göz önüne alındığında, tartışmaların giderilmesi için 103.maddede cinsel istismar suçunun eşler arasında işlenmesi halini düzenleyen ayrı bir norm düzenlemesine gidilmesi önem arz etmektedir.

Cinsel saldırı suçunun özelliği, bu suçu oluşturan fiillerin mağdurun iradesi dışında gerçekleştirilmesidir. TCK m.102'de cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen haller maddede unsur olarak düzenlenmemiş olsa da maddenin gerekçesinde bu unsurlara değinilerek suçun işlenmesinin mümkün olduğu belirtilmiştir.<sup>596</sup> TCK m. 103/1-b'de

---

<sup>594</sup> Savaşçı (n 26) 116.

<sup>595</sup> Tartışmaları daha evvel aktardığımızdan tekerrüre mahal vermemek adına yenilemiyoruz. Bkz. 41 vd.

<sup>596</sup> “Maddenin birinci fıkrası cebir ve şiddetle veya tehdit kullanılması suretiyle onsekiz yaşını bitirmemiş kişilerle, rızaları bulunmadan cinsel ilişki teminini cezalandırmaktadır. Yine mağdurda var olan akıl veya beden hastalığı nedeniyle, mağdurun cinsel saldırıya karşı koyamayacağı bir durumun varlığı hâlinde ilişki ırza geçme sayılmıştır. Mağdurun başka bir nedenle fiile karşı koyamayacak durumda bulunması nedeniyle direnç gösterememesi hâlinde elde olunan cinsel ilişki de ırza geçmek sayılmıştır.

ise, onbeş yaşını tamamlamış ve fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmiş çocuklara karşı gerçekleştirilen cinsel davranışların cezalandırılabilmesinin cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilmesi halinde mümkün olacağı hükme bağlanmıştır.<sup>597</sup>

Bir diğer fark soruşturma ve kovuşturmanın yapılmasına ilişkindir. Cinsel saldırı suçunun basit halinin takibatı mağdurun şikâyetine bağlıdır. Suçun nitelikli hali ise re'sen kovuşturulur. Ancak suçun nitelikli halinin eşe karşı işlenmesi hâlinde, soruşturma ve kovuşturmanın yapılması, mağdur eşin şikâyetine bağlıdır (TCK m.102/2).<sup>598</sup> Buna karşın, cinsel istismar suçunun takibatı mağdurun çocuk olması nedeniyle yetişkinlerden farklı bir usule sahiptir.<sup>599</sup> Cinsel istismar suçuna ilişkin takibat, mağdurun şikâyeti aranmaksızın re'sen yapılır.<sup>600</sup> Maddede takibat yönünden mağdurun velisinin yahut vasisinin şikâyetinin arandığı tek durum ise 6763 sayılı Kanun değişikliği sonrasında maddeye eklenen sarkıntılık düzeyinde kalmış cinsel istismar suçunun failinin de çocuk olması durumudur (TCK m.103/1-c.4).<sup>601</sup>

#### **4.8.2 Reşit olmayanla cinsel ilişki suçu ve bu suçta farkları (TCK m.104)**

Daha evvel, cinsel istismar suçunun mağdurunun onsekiz yaşından küçük çocuklar olduğunu, ancak mağdurun yaşı bakımından Kanunda ayrıma gidilerek onbeş yaşını tamamlamamış veya onbeş yaşını tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş çocuklar ile onbeş yaşını tamamlamış ve fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmiş çocuklara karşı cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen herhangi bir nedenle suçun üzerinde gerçekleştirildiği çocuklar olduğunu ifade ettik.

TCK m.103/1-b'de sayılan onbeş yaşını tamamlamakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmiş çocukların rızası dahilinde cinsel ilişkiye

---

*Mağdurun kendisine karşı kullanılan hileli vasıtalar nedeniyle file karşı koyamaması hâlinde de irza geçme suçu gerçekleşmiş olacaktır.”*

<sup>597</sup> Yokuş Sevük, 'Cinsel Saldırı Ve Cinsel Taciz Suçları' (n 86) 249.

<sup>598</sup> Yokuş Sevük, 'Cinsel Saldırı Ve Cinsel Taciz Suçları' (n 86) 258.

<sup>599</sup> Herkesecan (n 16) 86.

<sup>600</sup> Horozgil (n 156) 141.

<sup>601</sup> Seçgin (n 84) 148.



girmeleri halinde TCK m.104'te düzenlenen reşit olmayanla cinsel ilişki suçu vücut bulacaktır. Dolayısıyla, cinsel istismar suçunun aksine bu suçun mağduru, onbeş yaşını tamamlamış ve evlenme ile reşit olmamış kız veya erkek çocuktur.<sup>602</sup> Cinsel istismar suçu bakımından herhangi bir cinsel davranış suç sayıldığı halde, burada sadece çocuğun rızasıyla cinsel ilişkide bulunması suç teşkil etmektedir.<sup>603</sup>

Cinsel istismar suçunun faili kadın ya da erkek olabilmektedir. Buna karşın, reşit olmayanla cinsel ilişki suçuna ilişkin failin cinsiyeti tartışmalıdır. Zira Yargıtay, madde metninde geçen cinsel ilişkiyi “*aktif failin cinsel organını, diğerinin vücuduna normal veya anormal bir şekilde kısmen veya tamamen ithal etmesi, sokması*” olarak tanımlanmaktadır.<sup>604</sup> O halde bu suçun failinin kadın olabilmesi mümkün müdür? Doktrinde bir görüşe göre bu suçun faili ancak erkek olabilir.<sup>605</sup> Nitekim Yargıtay da, hemcinsi tarafından rızası bulunan mağdurun vajinasına parmak sokulması halinde hukuka aykırılığın bulunmadığı gerekçesiyle suçun oluşmayacağına hükmetmiştir.<sup>606</sup> Buna karşın doktrinde, madde metninde failin cinsiyetine yönelik herhangi bir düzenleme getirilmediğinden hareketle cinsel ilişki kavramı geniş yorumlanarak failin kadın da olabileceğini kabul eden görüş bulunmaktadır.<sup>607</sup> Kanımızca, cinsel ilişkiden bahsedebilmek için vücuda organ duhulü gerektiğinden reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun failinin kadın olabilmesi mümkün değildir. Mağdurun vajinasına hemcinsi tarafından parmak sokulması halinde, üzerinde gerçekleşen cinsel davranışa rızasının bulunduğu gözetilerek suçun oluşmayacağı kabulü gerekir. Ancak mağdurun rızası yalnızca hemcinsiyle öpüşmek gibi davranışlarda bulunmaktan ibaretse, başka bir deyişle vajinasına parmak ithali rızasının aşılmasına sebebiyet veriyorsa, bu durumda

---

<sup>602</sup> Savaşçı (n 26) 117; Seçgin (n 84) 53.

<sup>603</sup> Akbulut (n 340) 281; Savaşçı (n 26) 118.

<sup>604</sup> Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 5/101-156, 04.06.1990.

<sup>605</sup> Tezcan, Erdem and Önok (n 144) 481; Şen (n 114) 405; Taner, ‘*Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*’ (n 113) 329.

<sup>606</sup> “*Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun düzenlendiği TCK'nın 104. maddesinin metninde suç olarak tarif edilen cinsel ilişkinin, erkek cinsel organının bir kadına vajinal veya anal yoldan ya da bir erkeğe anal yoldan ithal edilmesi olarak tanımlanması karşısında, mahkemenin oluşa uygun kabulüne göre, kayden 10.06.1991 doğumlu olup suç tarihinde 15 yaşını doldurmuş olan mağdureyle rızası ile öpüşüp seviştiği sırada mağdurenin cinsel organına parmağını soktuğu anlaşılan hemcinsi sanığın, cinsel ilişki boyutuna varmayan cinsel davranışları nedeniyle hukuka aykırılıktan söz edilemeyeceğinden reşit olmayanla cinsel ilişki suçundan beraati yerine, yazılı şekilde düşme karar verilmesi*” Yargıtay 14. CD, 6729/5373, 21.04.2014.

<sup>607</sup> Mehmet Nihat Kanbur, ‘*6545 Sayılı Kanun Değişiklikleri Çerçevesinde Türk Ceza Kanunu'nda Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu (TCK M.104)*’ (2014) 16 (Özel Sayı) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan 4139, 4146.

rıza artık bulunmayacağından hemcinsi olan fail nitelikli cinsel istismar suçundan sorumlu tutulacaktır. Yine Yargıtay'ın yukarıda belirttiğimiz kararında ifade ettiği üzere, mağdura rızası dahilinde oral yoldan organ ithali halinde de cinsel ilişkinin gerçekleştiğinden bahsedilemeyeceği için aynı açıklamalar geçerlidir.<sup>608</sup>

Bununla birlikte, reşit olmayanla cinsel ilişki suçuna azmettirme ya da yardım etme mümkündür. Yargıtay, mağdurun araçla alınıp sanığın olduğu yere götürülerek cinsel ilişkiye imkân sağlanması durumunu yardım etme olarak değerlendirmiştir.<sup>609</sup> Bu suç yönünden birlikte failliğin mümkün olmadığını ileri süren bir görüş olsa da,<sup>610</sup> bizim de katıldığımız görüşe göre birlikte faillik mümkündür. Örneğin, birden fazla failin aynı anda mağdurun farklı vücut boşluklarından çocukla cinsel ilişki yaşamaları halinde birlikte failliği kabulü gerekir.<sup>611</sup>

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun takibatı, cinsel istismar suçunun aksine şikâyet üzerine yapılmaktadır (TCK m.104/1).<sup>612</sup> Ancak suçun mağdur ile arasında evlenme yasağı bulunan kişi tarafından (TCK m.104/2) yahut evlat edineceği çocuğun evlat edinme öncesi bakımını üstlenen veya koruyucu aile ilişkisi çerçevesinde koruma, bakım ve gözetim yükümlülüğü bulunan kişi tarafından (TCK m.104/3) işlenmesi halinde takibat re'sen yapılır.

#### **4.8.3 Cinsel taciz suçu ve bu suçtan farkları (TCK m.105)**

5237 sayılı TCK'da düzenlenen cinsel taciz suçunu cinsel istismar suçundan ayıran ilk husus suçun mağduru noktasında kendisini gösterir. Suçun mağdurunun yalnızca onsekiz yaşından küçük "çocuklar" olduğu cinsel istismar suçunun aksine, cinsel taciz suçunun mağduru herkes olabilir. Bu bakımdan yaşa ilişkin herhangi bir sınırlama

---

<sup>608</sup> Savaşçı (n 26) 118.

<sup>609</sup> Yargıtay 5. CD, 6350/10423, 17.09.2009.

<sup>610</sup> Savaşçı (n 26) 118.

<sup>611</sup> Kanbur (n 608) 4184.

<sup>612</sup> Şikâyet hakkının kim tarafından kullanılacağına ilişkin anlaşılmadığına yönelik eleştiriler hususunda Bkz. Kanbur (n 608) 4192 vd.

yapılmamakla birlikte, mağdurun evli, bekâr, genç ya da yaşlı olmasının da herhangi bir önemi yoktur.<sup>613</sup> Suçun mağduru kadın veya erkek olabilir.<sup>614</sup>

Cinsel taciz suçunun maddi unsurunu oluşturan davranış, bir kimseyi cinsel amaçlı olarak taciz etmektir.<sup>615</sup> Tacizin sözlük anlamı TDK'da “*Tedirgin etme, rahatsız etme*” olarak açıklanmıştır.<sup>616</sup> Bu madde 765 sayılı TCK'nın 421. maddesinde hüküm altına alınan suça karşılık olarak düzenlendiğinden, söz atma ve bedeni temas şeklinde gerçekleşmeyen davranış cinsel taciz suçunu oluşturacaktır.<sup>617</sup> Bu bakımdan, iki suç birbirinden ayıran en önemli husus mağdurun vücuduna temas bulunup bulunmadığıdır. Cinsel amaçlarla mağdura yönelik herhangi bir temas gerçekleşmeksizin yalnızca sözle veya hareketle cinsel nitelikli davranışlar gerçekleşmişse bu durumda cinsel taciz suçu vücut bulacaktır. Ancak mağdurun vücuduna cinsel amaçlarla temasın bulunması halinde, mağdurun yaşına göre fail cinsel saldırı suçundan yahut cinsel istismar suçundan sorumlu tutulacaktır.<sup>618</sup>

6545 sayılı Kanunun 61.maddesi ile TCK m.105/1 hükmüne “*fiilin çocuğa karşı işlenmesi hâlinde altı aydan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur*” ibaresi eklenmesi üzerine çocuğa yönelik temas bulunmaksızın gerçekleştirilen cinsel davranışlar bakımından cinsel taciz suçunun oluşacağı hususunda artık şüphe kalmamıştır. 6545 sayılı Kanun ile düzenleme yapılmadan önceki tartışmayı ve doktrin görüşlerini daha evvel aktardığımızdan, tekrerrü mahal vermemek adına bu başlık altında yenilemiyoruz.<sup>619</sup>

Cinsel taciz suçunun basit halinde dahi suçun mağdurunun çocuk olması halinde takibi şikâyete bağlı değildir.<sup>620</sup> Bu nedenle suçun takibatı bakımından cinsel istismar suçu ile paralel bir düzenleme bulunmaktadır. Suçun takibe bağlı olmaksızın soruşturulması ve

---

<sup>613</sup> Eylem Baş, ‘*Türk Ceza Hukukunda Cinsel Taciz Suçu*’ in Gülin Güngör (ed) (2016) 65 (4) Anara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1135, 1152-1153.

<sup>614</sup> Tüysüz (n 160) 14.

<sup>615</sup> Baş (n 614) 1155.

<sup>616</sup> Türk Dil Kurumu, ‘*Güncel Türkçe Sözlük*’ (Türk Dil Kurumu Sözlükleri) <[http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com\\_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.52cbb4df69dd](http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.52cbb4df69dd)> Erişim Tarihi 16 November 2022.

<sup>617</sup> Yokuş Sevik, ‘*Cinsel Saldırı Ve Cinsel Taciz Suçları*’ (n 86) 272.

<sup>618</sup> Tüysüz (n 160) 14.

<sup>619</sup> Bkz. 48 vd.

<sup>620</sup> Tezcan, Erdem and Önok (n 144) 507;Baş (n 614) 1200.

kovuşturulması, Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin taraf Devletlere çocuğu her türlü cinsel istismara ve suiistimaline karşı korunma güvencesi vermelerini düzenleyen 34.madde ile uyumludur.<sup>621</sup>

#### 4.9 Yaptırım

6545 ve 6763 sayılı Kanunlarla yapılan değişikliklere daha evvel değinmiştik. Bu bağlamda, maddenin son halinde basit cinsel istismar suçu bakımından fail sekiz yıldan on beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır (m.103/1-c.1). Cinsel istismarın sarkıntılık düzeyinde kalması hâlinde üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası öngörülmüştür (TCK m.103/1-c.2). Mağdurun on iki yaşını tamamlamamış olması hâlinde verilecek ceza, istismar durumunda on yıldan, sarkıntılık durumunda beş yıldan az olamaz (TCK m.103/1-c.3).

Suçun mağdurun vücuduna organ veya sair cisim ithal edilmesi suretiyle işlenen nitelikli cinsel istismar suçunda on altı yıldan aşağı olmamak üzere hapis cezasına hükümlenir. Mağdurun on iki yaşını tamamlamamış olması hâlinde verilecek ceza on sekiz yıldan az olamaz (TCK m.103/2).

Artırımı sebep olan ağırlaştırıcı nedenlerin düzenlendiği 3.fıkroda ise, belirtilen sebeplerin mevcudiyeti halinde cezanın yarı oranda artırılacağı hükme bağlanmıştır. Yine birinci fıkranın (a) bendindeki çocuklara karşı cebir veya tehditle ya da (b) bendindeki çocuklara karşı silah kullanmak suretiyle gerçekeştirilmesi hâlinde de aynı artırım öngörülmüştür (TCK m.103/4). Suç sonucu mağdurun bitkisel hayata girmesi yahut ölümü halinde fail ağırlaştırılmış müebbet cezası ile cezalandırılır (TCK m.103/6).

Cinsel istismar suçunun ertelenmesi yahut paraya çevrilmesi mümkün değildir.<sup>622</sup> Bununla birlikte, TCK m.53 doğrultusunda fail belirli hakları kullanmaktan yoksun

---

<sup>621</sup> Baş (n 614) 1200.

<sup>622</sup> Savaşçı (n 26) 94-95; Seçgin (n 84) 153.

bırakılabilir. Örneğin, failin anne ya da baba olması halinde, TCK m.53/1’de belirtilen velayet hakkından mahrumiyet söz konusu olacaktır.<sup>623</sup>

Yaptırım başlığı altında ele alınması gereken bir diğer konu ise kastrasyon meselesidir. Kastrasyon, kişilerin cinsel faaliyette bulunma ve üreme yeteneklerinin geçici ya da kalıcı olarak sonlandıran müdahaleye verilen isimdir.<sup>624</sup> Karşılaştırmalı hukukta kastrasyon uygulamasının bilhassa cinsel suçları işlemeyi alışkanlık haline getirmiş veya pedofil olarak nitelendirilebilen kişilere yönelik gerçekleştirildiği bilinmektedir.<sup>625</sup> Bu bağlamda, kastrasyonun kapsam ve sınırının Kanunla belirlenmemesi ve denetime müsait olmayan biçimde uygulanması başta Anayasanın 17.maddesi olmak üzere temel hak ve özgürlüklere ilişkin Türkiye’nin taraf olduğu pek çok uluslararası sözleşmenin ihlâlüne sebep olacaktır.<sup>626</sup> Keza kastrasyona ilişkin yapılacak düzenlemenin mevcut duruma katkı sağlamayacağı görüşündeyiz. Cezalandırmanın amacı kişinin ıslah edilip topluma kazandırılması iken, failin vücut bütünlüğüne yönelik bir girişimde bulunmak doğru değildir.<sup>627</sup>

#### 4.10 Zamanaşımı

Devletin belirli bir sürenin geçmesiyle faili cezalandırma yetkisinin sona erdiği duruma zamanaşımı denir.<sup>628</sup> Dava zamanaşımına ilişkin düzenleme 5237 sayılı TCK’nın 66.maddesinde hükme bağlanmıştır.

Kural olarak, dava zamanaşımı süresi suçun işlendiği andan itibaren işlemeye başlar. Ancak bu süre, istisnai olarak suçun işlendiği andan sonraki bir zaman diliminde de başlayabilir.<sup>629</sup> TCK m.66/6’ya şu hükmü amirdir:

*Zamanaşımı, tamamlanmış suçlarda suçun işlendiği günden, teşebbüs halinde kalan suçlarda son hareketin yapıldığı günden, kesintisiz suçlarda kesintinin gerçekleştiği ve zincirleme*

<sup>623</sup> Seçgin (n 84) 153.

<sup>624</sup> Baran Kızıllırmak, ‘Kimyasal Kastrasyonun Cinsel Suç Faillerine Uygulanabilirliği Üzerine Kapsamlı Bir İnceleme’ (2019) 25 (2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 1025, 1071; Ünlü (n 157) 108.

<sup>625</sup> Herkesecan (n 16) 84.

<sup>626</sup> Ünlü (n 157) 116.

<sup>627</sup> Aynı yönde Bkz. Kızıllırmak (n 625) 1067; Herkesecan (n 16) 84.

<sup>628</sup> Herkesecan (n 16) 85.

<sup>629</sup> Seçgin (n 84) 154; Tüysüz (n 160) 78.

*suçlarda son suçun işlendiği günden, çocuklara karşı üstsoy veya bunlar üzerinde hüküm ve nüfuzu olan kimseler tarafından işlenen suçlarda çocuğun onsekiz yaşını bitirdiği günden itibaren işlemeye başlar.*

Hükme göre, cinsel istismar suçunun üstsoy veya bunlar üzerinde hüküm ve nüfuzu olan kimseler tarafından işlenmesi halinde dava zamanaşımına ilişkin süre çocuğun onsekiz yaşını doldurulması ile başlar. Hükümün amacı, yaşları gereği üzerlerinde gerçekleştirilen cinsel davranışların hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş yahut gelişmiş olsa dahi travma nedeniyle bunu söyleyemeyen çocukların, yaşadıkları olayı söylediklerinde zamanaşımı engeliyle karşılaşmalarının önüne geçmektir.<sup>630</sup> Öte yandan, TCK m.66/6 hükmünün tatbiki için failin çocuk üzerinde hâkimiyet kurmuş olması gerekmektedir. Farklı bir anlatımla, failin çocuk üzerinde hüküm ve nüfuzu olan kimse olması şartı aranmaktadır.<sup>631</sup> Bu nedenle, TBMM İnsan Hakları İnceleme Komisyonu tarafından hükmün genişletilerek, özellikle cinsel suçlarda herkese karşı zamanaşımı süresinin çocuğun onsekiz yaşını ikmal ettikten sonra başlaması yönünde düzenleme yapılmasının faydalı olacağı ifade edilmiştir.<sup>632</sup>

TCK m. 103/1 ve TCK m.103/2 hükümlerinde öngörülen cezaların beş yıldan fazla ve yirmi yıldan az cezalar olması hasebiyle TCK m.66/1-d uyarında dava zamanaşımı süresi onbeş yıldır. 103.maddenin suç sonucu mağdurun bitkisel hayata girmesi yahut ölmesi halini düzenleyen 6.maddesinde ise ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası öngörülmüştür. TCK m.66/1-a'da ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektiren suçlarda otuz yıl dava zamanaşımı öngörüldüğünden, TCK m.103/6 bakımından dava zamanaşımı süresi otuz yıldır.<sup>633</sup> TCK m.66/3 uyarınca dava zamanaşımı süresinin belirlenmesinde dosyadaki mevcut deliller itibariyle suçun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli halleri de göz önünde bulundurulacağından, m.103 bakımından nitelikli hallerin bulunması halinde dava zamanaşımı belirlenirken bu nitelikli hallerde öngörülen artırım miktarı da dikkate alınacaktır.

---

<sup>630</sup> Taner, 'Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar' (n 113) 360; Tüysüz (n 160) 78.

<sup>631</sup> Taner, 'Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar' (n 113) 360.

<sup>632</sup> TBMM İnsan Hakları İnceleme Komisyonu, 'Mağdur Hakları İnceleme Raporu' (2014) 24.Dönem 4.Yasama Yılı  
<[https://magdur.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/26102020134648magdur\\_haklari\\_inceleme\\_raporu.pdf](https://magdur.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/26102020134648magdur_haklari_inceleme_raporu.pdf)>  
Erişim Tarihi 17 November 2022.

<sup>633</sup> Seçgin (n 84) 154.

Ceza zamanaşımı TCK.'nın 68 ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir. Cinsel istismar suçu bakımından ceza zamanaşımında ayrı bir özellik bulunmuyor olup, belirtilen hükümler doğrultusunda ceza zamanaşımı hesaplanacaktır.<sup>634</sup>



---

<sup>634</sup> Seçgin (n 84) 155.

## 5.SONUÇ

Çocuklar ulusların temeli ve geleceğidir. Nasıl ki, bir binanın inşasında temelin sağlamlığı binanın sağlam oluşunu doğrudan etkiliyorsa, çocuğun fiziksel ve ruhsal bütünlüğünün korunması ve istismara maruz kalmadan yetişerek bir birey olması çocuğun sosyal yaşantısını olduğu kadar toplumu da etkileyecektir. Bu nedenle çocukluk döneminde istismara maruz kalmadan yetişen bireyler, hem kendilerini hem de ferdi oldukları toplumu yüceltecektir.

Çocuk istismarı farklı biçimlerde ortaya çıkabilmektedir. Bu sebeptendir ki, çocukların fiziksel, duygusal, cinsel istismardan yahut ihmal suretiyle istismardan korunmalarının önüne geçmek son derece mühimdir. Çocukların istismardan korunması farklı bilim dallarını ilgilendirdiği gibi hukuk bilimini de yakından ilgilendirmektedir. Zira çocuğun çeşitli türlerde istismara maruz kalmaları akabinde çocuk üzerinde gerçekleşen davranışın türüne göre, bu davranışı gerçekleştiren kimseye cezai anlamda müeyyide uygulanmalı ve toplumda bu nevi davranışlarda bulunmak düşüncesi bakımından caydırıcılık sağlanmalıdır.

Çalışmamızda, çocuğun cinsel istismarı ve bunun sonucu olarak Kanunda bu davranışları yaptırma bağlayan cinsel istismar suçunu mercek altına aldık. Çocukların cinsel istismarı suçu 5237 sayılı TCK'nın "*Kişilere Karşı Suçlar*" kısmının, "*Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar*" bölümünün 103.maddesinde hükme bağlanmıştır. 567 sayılı Kanunun aksine, suçun düzenlenme yerine bakıldığında eski Kanundaki anlayışın nihayet terk edilerek kişinin bireysel özgürlüğünün, ruh ve beden bütünlüğünün korunduğunu söylemek mümkündür. Ancak öte yandan, Kanunda tercih edilen "*cinsel dokunulmazlık*" ifadesinin doğru kullanılmadığını ifade etmek gerekir. Zira, cinsel dokunulmazlık adı altında cinsel özgürlükten arı bir menfaatin var olması düşünülemez; cinsel dokunulmazlık cinsel özgürlüğün yalnızca bir yüzüdür ve cinsel dokunulmazlık olsa olsa hukuki korumanın sonucudur. Bu nedenle kanun koyucunun tercih etmesi gereken ifade "*Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*" olmalıdır.

567 sayılı Kanundan günümüze değin, yukarıda açıkladığımız suçla korunan hukuki değer konusunda olduğu gibi suça ilişkin düzenlemede pek çok değişiklik yapılmıştır.



Ancak bu düzenlemelerin kanun boşluğu içerdiği ve bazı kavramların açıklanmaması hasebiyle uygulamada sıklıkla karışıklar ortaya çıktığını ifade etmek gerekir.

Cinsel istismar suçunun düzenlendiği 103.maddede mağdur çocuk yönünden yaş ayrımına gidildiği görülmektedir. Ancak suçun failinin de çocuk olması durumunda, suça sürüklenen çocuk yönünden maddede herhangi bir ayrıma gidilmediği görülmektedir. Bu durum, cinsel istismar suçu bakımından hem failin hem de mağdurun onbeş yaşını tamamlamamış çocuk olduğu hallerde, failin ağır ceza alarak kamu vicdanını zedeleyen bir durumun ortaya çıkmasına sebep olmaktadır. Kanun koyucu, 103.maddenin 1.fikrasına “*Sarkıntılık düzeyinde kalmış suçun failinin çocuk olması hâlinde soruşturma ve kovuşturma yapılması mağdurun, velisinin veya vasisinin şikâyetine bağlıdır.*” şeklinde ekleme yaparak bu sorunu aşmayı amaçlamıştır. Getirilen düzenleme yalnızca suçun soruşturma ve kovuşturma usulünü etkilemektedir. Dolayısıyla kanun koyucu tarafından bu sorunu aşmak yönünde etkin bir düzenleme yapılmadığı görülmektedir. Öte yandan, Türkiye’nin taraf olduğu ve Anayasanın 90/5.maddesi uyarınca iç hukukta bağlayıcı hale gelen Lanzarote Sözleşmesi’nin 18.maddesinde iki küçük arasındaki rızaya dayalı cinsel ilişkinin kapsam dışı tutulduğu belirtilmektedir. İç hukukumuzda düzenlenmeyen bu hüküm hasebiyle, salt merak duygusuyla birbirlerine karşı gerçekleştirdikleri cinsel davranışlar nedeniyle mahkemelerin hükmü doğrudan tatbiki ile fail durumundaki çocuğun çok ağır cezalarla karşı karşıya kalması uygulamada sık karşılaştığımız bir durumdur. Kaldı ki, böylesi bir durumda hangi çocuğun fail, hangi çocuğun mağdur kabul edileceğinin tespiti de Kanunda düzenlenmemiştir. Bu nedenle, Kanunumuzdaki menfi durumun giderilerek Lanzarote Sözleşmesi’ne paralel biçimde düzenleme yapılması; gerekirse fail bakımından da yaş kıstasına gidilmesi ve çocuğun hangi durumda fail kabul edileceğine ilişkin açık düzenleme mevcudiyeti şarttır. Ayrıca, örneğin, mağdurun 14 failin ise 16 yaşında olduğu ve cinsel davranışın ani ve kesintisiz olmadığı hallerde suça süren çocuk halen ağır cezayla karşılaşma tehdidi altındadır.

Yine bir diğer kanun boşluğu, çocuğun evlenmesi halinde TMK hükümlerine göre reşit olması durumunda eşinin rızası hilafına gerçekleştirdiği cinsel davranışların hangi maddeye göre cezalandırılacağı problemidir. Evlilikle reşit olan çocuğun cinsel özgürlüğünün korunması önem arz etmektedir. Ancak, rızası dışında gerçekleşen cinsel

davranışa maruz kalması halinde mağdurun çocuk olduğu gerçeği de unutulmamalıdır. Mevcut düzenlemeler dikkate alındığında, suçun nitelikli halinin eşler arasında işlenmesi halinde şikâyete bağlı olarak cezalandırma yapılması Kanunun 102.maddesinde (cinsel saldırı suçu) mümkündür. Bu nedenle, mevcut düzenlemenin bulunması hasebiyle failin sorumluluğunu cinsel saldırı suçu bakımından kabul etmek gerekir. Zira aynı nitelikteki davranışın TCK m.102/2’de eşler arasında işlenmesi halini şikâyete tabi tutan düzenleme karşısında TCK m.103’ün re’sen soruşturulduğu ve bu durumun çocuk eşler aleyhine eşitsizlik yarattığı bir gerçektir. Ancak, cinsel saldırı suçunda yalnızca organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle işlenen nitelikli halin yaptırma bağlanması hasebiyle, çocuk olan mağdurun yaşı gözetilerek yetişkine nazaran fiile direnç göstermesi daha zor olacağından rızası hilafına üzerine gerçekleştirilen basit cinsel davranışların cezalandırılması da bir ihtiyaçtır. Öte yandan, cinsel istismar suçunun ağırlaştırıcı sebeplerinde çocuğun kayın hısımları tarafından cinsel davranışlara maruz kalması hali cezada artırım sebebi olarak öngörülmüştür. Kanımızca, TMK hükümlerine göre çocuğun evlenmesi durumunu bu yolla kabul eden kanun koyucunun suçun eşe karşı işlenmesi halini düzenlememesi büyük bir tezata sebebiyet vermektedir. Bu nedenle, tıpkı cinsel saldırı suçunda olduğu gibi cinsel istismar suçu bakımından da paralel bir düzenleme yapılarak takibatın şikâyete bağlı olduğu bir düzenlemenin getirilmesi şarttır. Ancak düzenlemenin basit cinsel davranışlar yönünden de ele alınması ve bu noktada cinsel saldırı suçundan ayrılması önem arz etmektedir. Zira basit cinsel istismarda da, davranışlara maruz kalanın bir yetişkin değil, çocuk olduğu unutulmamalıdır. Eşi tarafından, rızası hilafına öpülen, okşanan bir *çocuğun* bu davranışlara peşinen rıza gösterdiği gibi bir karinenin benimsenmesi son derece tehlikelidir.

Vücuda organ veya sair cisim sokmak suretiyle istismar suçunu işlemek için icraya başlayan failin bundan gönüllü olarak vazgeçmesi halinde failin hangi suçtan sorumlu tutulacağı hususu, TCK m.103/2’nin bağımsız bir suç değil de, cinsel istismar suçunun nitelikli hali olarak düzenlenmesi hasebiyle sorun teşkil etmektedir. Zira, TCK m.43/1’de suçun temel hali ile nitelikli halinin aynı suç sayılacağına ilişkin açık düzenleme karşısında, olması gereken hukuk bakımından yerinde olmamakla birlikte, faili basit cinsel istismar suçundan sorumlu tutmak mümkün olmayacaktır. Bu halde, yalnızca dokunma kastıyla hareket eden fail, suçun basit hali ile cezalandırılırken, organ

veya sair cisim sokmak suretiyle hareket eden failin bundan gönüllü vazgeçmesi halinde cezalandırılmaması gibi yerinde olmayan bir sonuç ortaya çıkmaktadır. Gönüllü vazgeçen failin, kanuni tanıma uygun davranışlarda bulunmadığı takdirde cinsel taciz suçundan cezalandırılması her olay için mümkün olmadığından, iki fıkranın ayrı suçlar olarak kabul edilerek bu doğrultuda bir düzenleme yapılması zaruridir.

Maddede, birtakım belirsiz hususların mevcut olduğu görülmektedir. Örneğin, “failin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği” ifadesinden ne anlaşılması gerektiği izaha muhtaçtır. Kanaatimizce, bu unsurdan anlaşılması gereken, çocuğun kendisine yönelen “cinsel davranışları” anlama ve bunların sonuçlarını algılama yeteneğinin bulunup bulunmadığıdır. Mağdur çocuğun iradeyi etkileyen cebrin, tehdidin, hilenin, rızanın veya diğer sebeplerin hukuki anlamlarını bilmesine mahal yoktur. Aksinin kabulü halinde mağdura, failin hukuki niteliğini ve sonuçlarını bilmesi gibi bir yükümlülük yüklenecektir ki bunun kabulü mümkün değildir. Yine, maddede belirtilen “*cinsel davranış*” ve “*iradeyi etkileyen neden*” ifadelerinden anlaşılması gerekenin suçta ve cezada kanunilik ve kıyas yasağı ilkeleri gözetilerek açıklanması yerinde olacak; böylece bu yöndeki tartışmalar da son bulacaktır.

## KAYNAKÇA

Abbas Kılıç, ‘*Cinsel Hakimiyet Ve Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Saldırı Suçu (TCK m. 102)’* (2008) (78) TBB Dergisi.

Adalet Komisyonu Raporu, ‘*Türk Ceza Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/593)’* (TBMM, 12.05.2003)  
<<https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss664m.htm>> 18 September 2022.

Ahmet Ceylani Tuğrul, *Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar ve Enstest İlişkiler* (2nd edn, Adalet 2013).

Ahmet Gökçen and Murat Balcı, ‘*Kasten Yaralama Suçunun Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Halleri*’ (2015) 21 (2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi.

Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı, ‘*Koruyucu Aile*’  
<<https://www.aile.gov.tr/sss/cocuk-hizmetleri-genel-mudurlugu/koruyucu-aile-hizmeti/>> Erişim Tarihi 20 October 2022.

Alahattin Şimşek, ‘*Cinsel Saldırı ve Cinsel İstismar Suçlarının Hafif Şekli: Sarkıntılık*’ in Veli Özer Özbek (ed) (2015) 10 (28) Ceza Hukuku Dergisi.

Anayasa Mahkemesi, ‘*Kararlar Bilgi Bankası*’ <<https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi/>> Çeşitli Tarihlerde Erişim Sağlanmıştır.

Avrupa Konseyi Sözleşmesi, ‘*Çocukların Cinsel Suistimal ve Cinsel İstismara Karşı Korunmasına İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi*’, (Avrupa Konseyi Sözleşmeler Dizisi - No. 201 2007) <<https://rm.coe.int/168046e1de>> Erişim Tarihi 7 March 2022.

Aysun Altunkaş, ‘*Ötanazinin Türleri ve Ötanazinin Türk Ceza Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi*’ (2016) Kadir Has Üniversitesi III. Sağlık Hukuku Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı ve Ötanazi Sempozyumu (1st edn, Seçkin 2017).

Ayşe Nuhoglu, *Aile Düzenine Karşı Suçlar* (1st edn, Beta Basım Yayın 2009).

Ayşe Nur Akın Ün, ‘*Cinsel İstismar Suçunun Soruşturulmasındaki Özellikler Ve Mağdurun Korunması*’ (Ulusal Tez Merkezi, 2019)

<file:///C:/Users/Win/Downloads/560114.pdf> Erişim Tarihi 5 March 2022.

Baran Kızılırmak, ‘*Kimyasal Kastrasyonun Cinsel Suç Faillerine Uygulanabilirliği Üzerine Kapsamlı Bir İnceleme*’ (2019) 25 (2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi.

Bengünur Kavlu, ‘*Sonucu Nedeniyle Ağırlaşmış Suçlar*’ (2020) 9 (26) 21.Yüzyılda Eğitim ve Toplum.

Berrin Akbulut, ‘*Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlarda Rızanın Niteliği*’ in Veli Özer Özbek (ed) (2019) 14 (40) Ceza Hukuku Dergisi.

Bilgehan Savaşçı, *Çocukların Cinsel İstismarı Suçu* (1st edn, Legal 2013).

Bünyamin Uçan, ‘*Çocukların Cinsel İstismarı*’ (Ulusal Tez Merkezi, 2010) [https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezDetay.jsp?id=GGEyORI\\_QK06JuqOA7fbbg&no=6D4-SwSwks0DpBfA6iq-cg](https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezDetay.jsp?id=GGEyORI_QK06JuqOA7fbbg&no=6D4-SwSwks0DpBfA6iq-cg) Erişim Tarihi 1 February 2023

Caner Yenidünya, ‘*5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar*’ (2005) (33) Legal Hukuk Dergisi.

Cankat Taşkın, ‘*Çocuğun Cinsel İstismarı Suçu*’ (2011) 35 (91) Bursa Barosu Dergisi.

Celal Murat Göral, ‘*Avrupa Konseyi Çocuğun Cinsel Sömürü ve İstismara Karşı Korunması Sözleşmesi Kapsamında Cinsel İstismar Suçu*’ (Ulusal Tez Merkezi 2014) <<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezDetay.jsp?id=hLYEZDR8n5Lhx3gSffyMDg&no=4Y4fjJweICWWpkI84L0-KQ>> Erişim Tarihi 7 March 2022.

Damla Seçgin, ‘*Çocukların Cinsel İstismarı Suçu*’ (Ulusal Tez Merkezi, 2018) <[https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezDetay.jsp?id=-Q\\_SXoxU\\_-RhadqfjPRVOg&no=DvdRPjzuXnzFITJhYRpxA](https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezDetay.jsp?id=-Q_SXoxU_-RhadqfjPRVOg&no=DvdRPjzuXnzFITJhYRpxA)> Erişim Tarihi 18 September 2022.

De Jure AI, ‘*De Jure*’ <<https://www.e-dejure.com/>> Çeşitli Tarihlerde Erişim Sağlanmıştır.

Denizhan Horozgil, ‘Çocukların Cinsel İstismarı Suçunun Basit Şekli (TCK m. 103/1)’ in Özlem Bilgilioğlu (ed), (2011) 23(93) Türkiye Barolar Birliği Dergisi.

Devrim Aydın, ‘Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Haksız Tahrik’ (2004) 54 (1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi.

Dilay Tüysüz, ‘Çocukların Cinsel İstismar Suçu’(Ulusal Tez Merkezi, 2021) <<http://acikerisim.antalya.edu.tr/bitstream/handle/20.500.12566/927/%c3%87ocuklar%c4%b1n%20cinsel%20istismar%c4%b1%20su%c3%a7u?sequence=3&isAllowed=y>> Erişim Tarihi 28 September 2022.

Doğan Soyaslan, Ceza Hukuku Özel Hükümler (10th edn, Yetkin Yayıncılık 2014).

Doğukan Nişancı, ‘6545 Sayılı Kanun İle Getirilen Yenilikler Işığında 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Çocukların Cinsel İstismarı Suçu’ in Özlem Bilgilioğlu (ed) (2015) 28 (120) Türkiye Barolar Birliği Dergisi.

Durmuş Tezcan and Mustafa Ruhan Erdem, ‘Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nin TCK Tasarısı Hakkındaki Raporu’ (2004) Türkiye Barolar Birliği Türk Ceza Kanunu Reformu, Makaleler, Görüşler, Raporlar 2. Kitap <[http://tbbyayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/tck\\_reformu2.pdf](http://tbbyayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/tck_reformu2.pdf)> 23 September 2022.

Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem and Murat Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku (19th edn, Seçkin 2021).

Duygun Yarsuvat, Köksal Bayraktar, Necmi Yüzbaşıoğlu, Eylem Aksoy, Pınar Memiş, Gülşah Kurt and Çağla Tansuğ, ‘Türk Ceza Kanunu Tasarısı Hakkında Galatasaray Üniversitesi’nin Görüşü’(2004) Türkiye Barolar Birliği Türk Ceza Kanunu Reformu, Makaleler, Görüşler, Raporlar 2. Kitap <[http://tbbyayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/tck\\_reformu2.pdf](http://tbbyayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/tck_reformu2.pdf)> 23 September 2022.

Dünya Sağlık Örgütü, ‘Report of the Consultation on Child Abuse Prevention’ (WHO, 1999) <[file:///C:/Users/Win/Downloads/WHO\\_HSC\\_PVI\\_99.1.pdf](file:///C:/Users/Win/Downloads/WHO_HSC_PVI_99.1.pdf)> Erişim Tarihi 7 April 2022.

Ebru Altaş, ‘Çocukların Cinsel İstismar Suçu’(Ulusal Tez Merkezi, 2009) <<http://acikerisim.deu.edu.tr:8080/xmlui/bitstream/handle/20.500.12397/11056/239113.pdf?sequence=1>> Erişim Tarihi 24 September 2022.

Ecem Ceylan Akçay, Türk Ceza Kanunu’nda Çocukların Cinsel İstismarı Suçu (1st edn, Seçkin Yayıncılık 2022).

Emine Akyüz, Çocuk Hukuku Çocukların Hakları ve Korunması (7<sup>th</sup> edn, Pegem Akademi 2020).

Ersan Şen, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu (1st edn, Vedat Yayıncılık 2006).

Ersin Şare, ‘Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlarda İlgilinin Rızası’ (2019) 21 (2) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi <<https://hukuk.deu.edu.tr/wp-content/uploads/2019/12/ERSIN-SARE.pdf>> 20 September 2022.

Eylem Baş, ‘Türk Ceza Hukukunda Cinsel Taciz Suçu’ in Gülin Güngör (ed) (2016) 65 (4) Anara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi.

Fahri Gökçen Taner, ‘Anayasa Mahkemesi’nin Çocukların Cinsel İstismarına Ve Evlenmenin Dinsel Törenine İlişkin İptal Kararlarının Ardından Çok Katmanlı Bir Çözüm Önerisi’ in Özlem Bilgilioğlu (ed) (2016) 29 (124) Türkiye Barolar Birliği Dergisi (‘Çözüm Önerisi’).

Fahri Gökçen Taner, Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar (2nd edn, Seçkin 2017) (‘Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar’).

Fatma Ayrıl, ‘Çocukların Cinsel İstismarı Suçu ve Bu Suçla Mücadele’ (Ulusal Tez Merkezi, 2010) <<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezDetay.jsp?id=KFzBNUr6bS0CmyJWGfIADw&no=6psOzX2e-N5YPDvZDGLT1g>> Erişim Tarihi 1 February 2023.

Friederike von Zezschwitz and Koray Doğan, ‘Kast, Taksir ve Netice Sebebiyle Ağırlaşmış Suç’ in Veli Özer Özbek (ed) (2014) 9 (26) Ceza Hukuku Dergisi.

Füsun Sokullu Akıncı, ‘İstismar Mağduru Çocukların Suç Sonrası Sorunları Ve Hukuksal Korunmaları’ (2013) 19 (Özel Sayı) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi.

Gökhan Taneri, Cinsel Suçlar (2nd edn, Bilge Yayınevi 2015).

Gülgün Müftü, ‘Çocukların Hakları ve Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme: Bir Tarihçe’ (Uluslararası Çocuk Merkezi UNICEF 1993) <<https://haberdecocuk.org/mevzuat/uluslararasi-mevzuat/geriye-donuk-2/>> Erişim Tarihi 19 March 2022.

Gülşah Bostancı Bozbayındır, Özel Ceza Hukuku Cilt II Kişilere Karşı Suçlar (1st edn, Onikilevha Yayıncılık 2017)

Gürol Herkesecan, ‘Çocukların Cinsel İstismarı Suçu/ TCK m.103’, (Ulusal Tez Merkezi 2020) <<file:///C:/Users/Win/Downloads/Herkesecan-Gurol-2020.pdf>> Erişim Tarihi 7 March 2022.

Hamza Küskü, Çocukların Cinsel İstismarı Suçunun Nitelikli Hali (1st edn, Adalet Yayınevi 2020).

Handan Yokuş Sevük, ‘5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Saldırı Ve Cinsel Taciz Suçları’ (2005) (57) TBB Dergisi (‘Cinsel Saldırı Ve Cinsel Taciz Suçları’).

Handan Yokuş Sevük, ‘6545 Sayılı Kanun İle Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlarda Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi’ (2015) 3 (2) Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi (‘6545’).

Hilal Karaca, ‘Çocuğun Cinsel İstismarı’ in Cengiz Yaka (ed) (2016) 90 (2) İstanbul Barosu Dergisi.

Işıl Işık Andsoy and Asiye Gül, ‘Hemşirelerin Beyin Ölümü ve Bitkisel Hayat Konusundaki Bilgi ve Düşünceleri’ (2018) 14 (1) Bakırköy Tıp Dergisi.



İbrahim Üzülmez, ‘Çocukların Cinsel İstismarı Suçu’ in Cengiz Gül, Burak Adıgüzel, Ertuğrul Yuvalı, Müzeyyen Eroğlu Durkal, Ahmet Hulusi Akkaş and Şükran Akgün (eds) (2009) 4 (2) Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi.

İnanç İşten, ‘Anayasa Mahkemesi’nin İptal Kararları ve Yasal Değişiklikler Çerçevesinde Çocukların Cinsel İstismarı Suçu’ in Sezgin Seymen Çebi (ed) (2017) 5 (9) Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi.

İpek Ağcaoğlu, Mağduru Çocuk Olan Cinsel Suçlarda Suça Sürüklenen Çocuk (1st edn, Seçkin 2021).

İsmail Çelik, ‘Türk Ceza Hukukunda Çocukların Cinsel İstismarı Suçu (Yozgat Örneği)’ (Ulusal Tez Merkezi, 2018)  
<file:///C:/Users/Win/Downloads/Tu%CC%88rk%20Ceza%20Hukukunda%20C%CC%20A7ocuklar%20C4%B1n%20Cinsel%20I%CC%87stismar%20C4%B1%20Suc%CC%A7u%20(Yozgat%20O%CC%88rne%CC%86i).pdf> Erişim Tarihi 06 March 2022.

İsmail Malkoç, Yeni Türk Ceza Kanununda Cinsel Saldırı Suçları (1st edn, Malkoç Kitabevi 2005).

Kayıhan İçel, İçel Ceza Hukuku Genel Hükümler (7th edn, Beta Yayıncılık 2016).

Kazancı Hukuk Otomasyon, ‘İçtihat Bilgi Bankası’ <<https://www.kazanci.com.tr/>> Çeşitli Tarihlerde Erişim Sağlanmıştır.

Legalbank Elektronik Hukuk Bankası, ‘Elektronik Hukuk Bankası’ <<https://legalbank.net/arama/mahkeme-kararlari>> Çeşitli Tarihlerde Erişim Sağlanmıştır.

Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, ‘İçtihat’ <<https://www.lexpera.com.tr/ictihat>> Çeşitli Tarihlerde Erişim Sağlanmıştır.

Mahmut Koca, ‘Çocuk İstismarında İhbar Yükümlülüğü’ (2012) 3 (1) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi.

Mehmet Emin Artuk and Ali Rıza Çınar, ‘*Yeni Bir Ceza Kanunu Arayışları ve Adalet Alt Komisyonu Tasarısı Üzerinde Görüşler*’ (2004) Türkiye Barolar Birliği Türk Ceza Kanunu Reformu, Makaleler, Görüşler, Raporlar 2. Kitap <[http://tbbyayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/tck\\_reformu2.pdf](http://tbbyayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/tck_reformu2.pdf)> 23 September 2022.

Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen and Caner Yenidünya, *Ceza Hukuku Özel Hükümler* (11th edn, Adalet 2011).

Mehmet Nihat Kanbur, ‘*6545 Sayılı Kanun Değişiklikleri Çerçevesinde Türk Ceza Kanunu’nda Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu (TCK M.104)*’ (2014) 16 (Özel Sayı) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan.

Mehmet Oral, ‘*Irza Geçme Suçu*’ (İstanbul Üniversitesi Gazeteden Tarih Bakış Projesi, 1994) <<http://nek.istanbul.edu.tr:4444/ekos/TEZ/24710.pdf>> Erişim Tarihi 16 September 2022.

Meral Ekici Şahin, ‘*Ceza Hukukunda Rıza*’ (Ulusal Tez Merkezi, 2010) <<https://dspace.ankara.edu.tr/xmlui/bitstream/handle/20.500.12575/37388/265465.pdf?sequence=1&isAllowed=y>> Erişim Tarihi 15 October 2022.

Muhammed Zeki Temel, ‘*Yargıtay İçtihatları Işığında Çocuğun Cinsel İstismarı Suçu Açısından Teşebbüs ve İştirak Hükümlerinin Uygulanması*’ (2019) 11 (25) Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi.

Murat Aydın, ‘*Ceza Hukukunda Cinsel İstismara Bağlı Olarak Beden ve Ruh Sağlığının Bozulması Kavramı*’ in Mutlu Dinç (ed) (2009) 4 (40) Terazi Hukuk Dergisi.

Murat Kaya, ‘*Çocuğun Cinsel İstismarı Suçunda Vücuda Temas Şartı Var mıdır?*’ in Mutlu Dinç (ed) (2010) 5 (52) Terazi Hukuk Dergisi.

Murat Volkan Dülger, Onur Özkan and Merve Bakdur, ‘*Ceza Hukukunda Hata Ve Hataya Bağlanan Sonuçlar*’ (2021) (45) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi <<https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/1500254>> Erişim Tarihi 19 October 2022.

Mustafa Arslantürk, *Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar* (5th edn, Seçkin 2019).

National Conference on Child Abuse and Neglect, *'About'* (NCCAN, 1974) <<https://nccan.acf.hhs.gov/>> Erişim Tarihi 16 September 2022.

Nazmi Küçükosmanoğlu, *'Çocuğun Cinsel İstismarı Suçunun Türk Ceza Kanunu Kapsamında Değerlendirilmesi'* (Ulusal Tez Merkezi, 2014) <<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp>> Erişim Tarihi 1 May 2022.

Necati Meran, *'Cinsel İstismar ve Cinsel Saldırı Suçlarında 6545 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikler ve Yeni Yorumlar'* in Mutlu Dinç (ed) (2014) 9 (98) *Terazi Hukuk Dergisi*.

Neslihan Can, *'Çocuğun Sanal Cinsel İstismarı'* (2022) (50) *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*.

Nevzat Toroslu and Haluk Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım* (23rd edn, Savaş 2016).

Nevzat Toroslu and Yüksel Ersoy, *'Kanunlaşmaması Gereken Bir Tasarı'* (2004) *Türkiye Barolar Birliği Türk Ceza Kanunu Reformu, Makaleler, Görüşler, Raporlar 2. Kitap* <[http://tbbyayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/tck\\_reformu2.pdf](http://tbbyayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/tck_reformu2.pdf)> 23 September 2022.

Neylan Ziyalar, *'Çocuk İstismarı ve İhmalinin Önlenmesi'* (1999) 2 (3) *Çocuk Forumu Dergisi*.

Nur Centel, *'5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Saldırı Suçu Ve Cinsel Suçlar Değişiklik Tasarısı'nın Değerlendirilmesi'* (2012) 25 (99) *TBB Dergisi* <<http://tbbergisi.barobirlik.org.tr/m2012-99-1160>> 17 September 2022.

Nur Centel, Hamide Zafer and Özlem Çakmut, *Türk Ceza Hukukuna Giriş* (11th edn, Beta Basım Yayın 2020).

Nurullah Kantarcı, ‘*Cinsel İstismar Suçunun Eşe Karşı İşlenip İşlenemeyeceği Sorunu*’ in Veli Özer Özbek (ed) (2017) 12 (33) Ceza Hukuku Dergisi (‘*Cinsel İstismar Suçu*’).

Nurullah Kantarcı, Türk Ceza Hukukunda Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu (1st edn, Legal Yayıncılık 2016) (‘*Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu*’).

Oğuz Polat, Cinsel İstismar, Çocuk ve Şiddet (1st edn, Der 2001) (‘*Çocuk ve Şiddet*’).

Oğuz Polat, Tüm Boyutlarıyla Çocuk İstismarı-I Tanımlar (3rd edn, Seçkin 2019). (‘*Cinsel İstismar*’)

Ozan Yücel Ünlü, ‘*Çocukların Cinsel İstismarı Suçu ve Katrasyon*’ in Ramazan Yücel (ed) (2017) 5 (2) Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi.

Ömer Dönmez, ‘*Suçta Teşebbüs ve Yargıtay Uygulaması*’ (2016) 6 (1) Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi.

Özkan Yücel, ‘*Toplumsal Değişim Sürecinde Türk Ceza Kanunu Reformu*’ (2004) Türk Ceza Kanunu Reformu, 1. Kitap, Panel <<http://tbbyayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/tck-reformu-1.pdf>> 30 September 2022.

Özlem Yenerer Çakmut, ‘*Cinsel Şiddet Mağduru Çocuk Kavramı ve Türk Ceza Kanunu’nun Çocuğa Yönelik Cinsel Şiddet Düzenlemelerine Genel Bakış*’ (2016) 22 (1) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi.

Pervin Aksoy İpekçioğlu, ‘*Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi Ve Vücuttan Örnek Alma*’ (2012) 70 (1) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası (‘*Beden Muayenesi*’).

Pervin Aksoy İpekçioğlu, Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs (1st edn, Seçkin Yayıncılık 2009) (‘*Teşebbüs*’).

Pınar Memiş Kartal, Türk Ceza Hukukunda Çocukların Cinsel İstismarı (1st edn, Der Yayınları 2014).

Randell Alexander, Kent Hymel and Gene A Shally, ‘*Guidelines for the Evaluation of Sexual Abuse of Children: Subject Review*’ (1999) 103 (1) Pediatrics.

Recep Kahraman, ‘*Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlarda Sarkıntılık Fiilinin Ayırt Edilmesi Sorunu*’ in Sezgin Seymen Çebi (ed) (2021) 9 (18) Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi.

Resmiye Oral, Demet Can and Sandra Kaplan, ‘*Child abuse in Turkey: an experience in overcoming denial and a description of 50 cases*’ (2001) 25 (2) Child Abuse & Neglect.

Selen Acehan, Ayşegül Bilen, Mehmet Oğuzhan Ay, Müge Gülen, Akkan Avcı and Ferhat İçme, ‘*Çocuk İstismarı ve İhmalinin Değerlendirilmesi*’ (2013) 22 (4) Arşiv Kaynak Tarama Dergisi.

Sercan Aran, ‘*Yeni TCK 103. madde değişikliği ve istismarda 12 yaş tartışması*’ Toplumsal Hukuk <<https://sendika.org/2016/11/yeni-tck-103-madde-degisikligi-ve-istismarda-12-yas-tartismasi-av-sercan-aran-toplumsal-hukuk-391242/>> Erişim Tarihi 22 September 2022.

Sesli Sözlük, ‘Mefruz’ (Sesli Sözlük) <<https://www.seslisozluk.net/mefruz-nedir-ne-demek/>> Erişim Tarihi 19 September 2022.

Sinan Kocaoğlu, Yargı Kararları Işığında Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar (TCK m.102-105) (1st edn, Yetkin 2016).

Suat Çalışkan, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar ve Cinsel Amaçlı Hürriyetten Yoksun Kılma Suçu (1st edn, Adalet 2013).

TBMM İnsan Hakları İnceleme Komisyonu, ‘*Mağdur Hakları İnceleme Raporu*’ (2014) 24.Dönem 4.Yasama Yılı <[https://magdur.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/26102020134648magdur\\_haklari\\_inceleme\\_raporu.pdf](https://magdur.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/26102020134648magdur_haklari_inceleme_raporu.pdf)> Erişim Tarihi 17 November 2022.

TBMM Mevzuat Bilgi Sistemi <<https://mevzuat.tbmm.gov.tr/mevzuat/faces/maddedetaylari?psira=119171>>

TBMM, ‘26. Dönem 2. Yasama Yılı 22. Birleşim 17 Kasım 2016 Tarihli Oturum Tutanağı’ <<https://www5.tbmm.gov.tr/tutanak/donem26/yil2/ham/b02201h.htm>>

Erişim Tarihi 22 September 2022.

Tuba Kelep Pekmez, ‘Suçla Korunan Hukuki Değer Çerçevesinde Çocuklar Arasında Gerçekleşen Rızaya Dayalı Cinsel İlişkinin Cezalandırılabilirliği Sorunu’ in Esra Hamamcıoğlu, Özge Uzun Kazmacı, Aysun Altunkaş, Murat Ceyhan and Argun Karamanlıoğlu (eds) (2020) 8 (2) Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi.

Tuğrul Katoğlu, ‘Olası Kasıt ve Suça Teşebbüs’ (2015) 2 Prof. Dr. Nevzat Toroslu’ya Armağan.

Tuğrul Katoğlu, Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık (1st edn, Seçkin Yayıncılık 2003).

Türkan Yalçın Sancar, ‘Çocuk İstismarı ve Türk Ceza Kanunu’ (2008) 12 (17) Güncel Hukuk Dergisi.

Veli Özer Özbek, ‘Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar’ in Veli Özer Özbek (ed) (2007) 2 (4) Ceza Hukuku Dergisi (‘Netice’).

Veli Özer Özbek, Koray Doğan and Pınar Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (12th edn, Seçkin 2021).

Veli Özer Özbek, TCK İzmir Şerhi - Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı (2nd edn, Seçkin Yayıncılık 2008) (‘İzmir Şerhi’).

Yakup Yıldız, ‘Çocukların Cinsel İstismarı Suçu ve İkincil Mağduriyet Sorunu’ (Ulusal Tez Merkezi, 2012) <[https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezDetay.jsp?id=YAeY0H7NZVMvhCp6MAZW\\_g&no=TdcOPgRjBAd58tR3zl2HA](https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezDetay.jsp?id=YAeY0H7NZVMvhCp6MAZW_g&no=TdcOPgRjBAd58tR3zl2HA)> Erişim Tarihi 27 April 2022.

Yargıtay Başkanlığı, ‘Karar Arama’ <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>> Çeşitli Tarihlerde Erişim Sağlanmıştır.

Yaşar Tıraşçı and Süleyman Gören, ‘Çocuk İstismarı ve İhmali’ (2007) 34 (1) Dicle Tıp Dergisi.

Yener Ünver, ‘*Türk Maddi Ceza Hukukunda Cinsel Suçların Eleştirel Olarak İncelenmesi*’ in Yener Ünver (ed) II. Türkiye-Slovenya Uluslararası Hukuk Sempozyumu “Cinsel Suçlar ve Evlilik Hukuku” (Seçkin 2014).

Your Dictionary, ‘*Stimulation*’ <<https://www.yourdictionary.com/stimulation>> Erişim Tarihi 30 May 2022.

Zeynel T. Kangal, ‘*Türk Ceza Hukukunda Haksız Tahrik*’ (2010) 14 (3-4) Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi.



## ÖZGEÇMİŞ

### Kişisel Bilgiler

Adı Soyadı : Simge Caner

### Eğitim Durumu

Lisans Öğrenimi : Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi (2016-2020)

Yüksek Lisans Öğrenimi : Kadir Has Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü  
Kamu Hukuku Programı

Bildiği Yabancı Diller : İngilizce

### İş Deneyimi

Çalıştığı Kurumlar ve Tarihleri: Tekirdağ Barosu'na kayıtlı avukat  
(08.10.2021-...)