

# ÇOCUKLARIN CİNSEL İSTİSMARI SUÇU

*Doç. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ\**

## GİRİŞ

Günümüzde cinsellikle ilgili olan suçların cezalandırılmasında, doğrudan kişilerin cinsel tamlıklarına yönelik olan fiillerle, cinsellikle ilgili olmakla birlikte toplumda geçerli olan genel adap duygusuyla ve töresiyle bağdaşmayan fiiller arasında bir ayrıma gidilmektedir. Doğrudan kişilerin cinsel tamlıklarını ihlal eden fiillerin kişilere karşı suçlar arasında, buna karşılık doğrudan kişilerin tamlıklarına yönelik olmayan fiiller ise topluma karşı suçlar arasında yaptırım altına alınmaktadır<sup>1</sup>. Örneğin 1996 tarihli Rusya Federasyonu Ceza Kanunu (m. 131–135)<sup>2</sup> ve 1995 tarihli İspanyol Ceza Kanunu (m. 178–184)<sup>3</sup> doğrudan kişilerin cinsel tamlığını ihlal eden saldırıları kişilere karşı suçlar arasında yaptırım altına almıştır.

Yeni Türk Ceza Kanununda da cinsellikle ilgili suçlar, bu yeni anlayışa uygun bir şekilde cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar (m. 102–105) ve genel ahlâka karşı suçlar (m. 225–227) başlıklarıyla, Kanunun farklı kısım ve bölümlerinde düzenlemiştir<sup>4</sup>. Kanunun cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar arasında yaptırım altına aldığı suçlardan birisi de, çocukların cinsel istismarıdır (m. 103). Aşağıda, TCK'nın çocukların cinsel istismarını yaptırım altına alan 103. maddesi ele alınacaktır.

---

\* Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.

<sup>1</sup> Bu hususta bkz. **Öykü Didem Aydın**, “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar”, Hukuki Perspektifler Dergisi, 2004/2, s. 155; **Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem/R. Murat Önok**, Teorik ve Pratik Ceza Hukuku, 6. Baskı, Ankara 2008, s. 284.

<sup>2</sup> Madde metinleri için bkz. **Schroeder, Friedrich-Christian/Bednarz, Thomas**, Strafgesetzbuch der Russischen Föderation Angenommen von der Staatsduma am 24.5.1996 Gebilligt vom Föderationsrat am 5.6.1996, Freiburg 1998, s. 114 vd.

<sup>3</sup> **Hoffmann, Markus/ Meliá, Manuel Cancio**, Das spanische Strafgesetzbuch, vom 23. November 1995 nach dem Stand vom 31 Dezember 2001, Freiburg 2002, s. 114 vd.

<sup>4</sup> **İlhan Üzülmöz**, “Yeni Türk Ceza Kanununda Cinsel Saldırı Suçu”, 3. Yılında Yeni Ceza Adaleti Sistemi, (Editör: Prof. Dr. Bahri Öztürk), Ankara 2009, s. 251.

## I- SUÇ TİPİ HAKKINDA GENEL BİLGİLER

Cinsel özgürlüğü korumak ve özellikle de çocukların sağlıklı bir cinsel gelişim gösterebilmelerini sağlamak amacıyla, çocukların cinsel yönden istismarına yönelik fiiller TCK'nun 103. maddesiyle yaptırım altına alınmıştır.

Kanunda çocuğu cinsel yönden istismar eden kişilerin cezalandırılacağı belirtilmiş ve bununla yetinilmeyerek cinsel istismarın tanımı da yapılmıştır. Buna göre cinsel istismar, a- onbeş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan çocuklara karşı gerçekleştirilen her türlü cinsel davranış ile, b- diğer çocuklara karşı sadece cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilen cinsel davranışları, ifade etmektedir (m. 103/1).

Vücuda organ veya sair cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilen cinsel istismar suçun nitelikli şeklini oluşturmaktadır (m. 103/2). Gerek basit cinsel istismardan, gerekse nitelikli cinsel istismardan dolayı verilecek cezanın artırılmasını gerektiren nitelikli hallere maddenin 3. fıkrasında yer verilmiştir.

Onbeş yaşının tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte algılama yeteneği gelişmemiş çocuklara yönelik istismarın cebir ve tehditle icra edilmesi, bu yaş grubuna yönelik fiiller bakımından diğer bir nitelikli hal olarak kabul edilmiştir (m. 103/4).

Kanunun 103/5. maddesiyle cinsel istismarın icrası sırasında başvuru cebir ve şiddetin kasten yaralama suçunun ağır neticelerine, yani neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralamaya (m. 87/1-3) neden olması, fail hakkında ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümlerin uygulanmasını gerektiren bir gerçek içtima hali olarak kabul edilmiştir.

Cinsel istismar sonucunda mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması (m. 103/6) ve mağdurun bitkisel hayata girmesi veya ölmesi (m. 103/7), suçun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerini oluşturmaktadır.

## II- KORUNAN HUKUKİ DEĞER

Cinsel istismar, doğrudan kişisel değerlerle bağlantılı görülerek, kanunda kişilere karşı suçlar arasında düzenlenmiştir. Buradan hareketle, cinsel istismar suçuyla öncelikle cinsel dokunulmazlığın hukuki bir değer olarak korumaya alındığını söyleyebiliriz<sup>5</sup>. Cinsel istismarın bir haksızlık olarak kanunda yer almasının asıl nedeni ise, çocukların belli nitelikteki fiillere karşı etkin bir şekilde korunmak istenmesidir. Başka bir anlatımla, kanun koyucunun cinsel istismarı, cinsel saldırının yanı sıra ayrıca bir suç olarak düzenlemesi, çocukları bu tür davranışlara karşı korumak, onları erken cinsel deneyimden uzak tutmak ve

<sup>5</sup> Tezcan/Erdem/Önok, s. 285-286; Necati Meran, Yeni Türk Ceza Kanununda Kişilere Karşı Suçlar, 2. Bası, Ankara 2008, s. 315; Handan Yokuş Seviük, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Saldırı ve Cinsel Taciz Suçları, Türkiye Barolar Birliği, 2005/57, s. 247.

böylelikle çocukların cinsel yönden sağlıklı bir gelişim göstermelerini sağlamaktır<sup>6</sup>.

### III- MUKAYESELİ HUKUK

1996 tarihli Rusya Federasyonu Ceza Kanununun “kişilere karşı suçlar”ı cezalandıran 7. kısmının 18. bölümü “kişilerin cinsel özgürlüğüne ve tamlığına karşı suçlar” başlığını taşımaktadır. Kanunun 131–135. maddelerinin oluşturduğu bu bölümde cinsel özgürlüğe ve tamlığa yönelik suçlar; ırza geçme (m. 131), cebirle cinsel nitelikli davranışları gerçekleştirme (m. 132), cinsel nitelikli hareketlere zorlama (m. 133), onsekiz yaşından küçükle cinsel ilişkide bulunma veya diğer cinsel davranışları gerçekleştirme (m. 134) ve cinsel taciz (m. 135) başlıkları altında düzenlenmiştir<sup>7</sup>. Bu kanunun 134. maddesinde, onsekiz yaşından büyük bir kişinin bilerek onsekiz yaşından küçük bir kişiyle cinsel ilişki, homoseksüel veya lezbiyen ilişki gerçekleştirilmesi, üç yıla kadar özgürlüğün sınırlanmasıyla veya dört yıla kadar hapisle cezalandırılan fiil olarak düzenlenmiştir. Buna karşılık, cebir kullanmaksızın ondört yaşının altında olduğunu bildiği kişiye karşı taciz niteliğindeki davranışları gerçekleştiren kişinin üç aydan beş aya kadar para cezasıyla veya iki yıla kadar özgürlüğün sınırlanmasıyla veya üç yıla kadar hapisle cezalandırılacağı öngörülmüştür (m. 135).

Polonya Ceza Kanununun (1998) özel kısmının 25. bölümü cinsel tamlığa ve adaba karşı suçlar başlığını taşımaktadır. Bu bölümün 197–200. maddelerinde cinsel tamlığa yönelik suçlar düzenlenmiştir<sup>8</sup>. Çocuklara yönelik cinsel davranışlar kanunun 200. maddesiyle yaptırım altına alınmıştır. Buna göre, onbeş yaşından küçüğü cinsel ilişkiye yönlendiren veya onu başkalarının cinsel davranışlarına katlanmaya veya böyle davranışları icra etmeye yönelten kişi, bir yıldan on yıla kadar hapisle cezalandırılacaktır (f. 1). Çocuklarla ilgili pornografik içerikleri kaydeden, bunda ona yardımcı olan kişi de aynı şekilde cezalandırılacaktır (f. 2).

İspanyol Ceza Kanununun (1995) ikinci kitabının 8. kısmı cinsel özgürlüğe ve dokunulmazlığa karşı suçlar başlığı taşımaktadır. Toplam altı bölümden oluşan kanunun bu kısmının ilk üç bölümünde cinsel saldırı (m. 178–180), cinsel istismar (m. 181–183) ve cinsel taciz (m. 184) cinsel özgürlüğe yönelik suçlar olarak yaptırım altına alınmıştır<sup>9</sup>. Kanunun 181–183. maddelerinde çocuklara yönelik cinsel fiiller cinsel istismar başlığı ile düzenlenmiştir. Cinsel istismara ilişkin düzenlemede çocuklar onüç yaşın altında olanlar ve onüç altı yaş grubunda olanlar şeklinde ikili bir gruba ayrılmıştır. Buna göre, cebir kullanmaksızın veya korkutmaksızın ve rızası bulunmaksızın, bir diğerinin cinsel özgürlü-

<sup>6</sup> Tezcan/Erdem/Önok, s. 316.

<sup>7</sup> Madde metinleri için bkz. Schroeder/Thomas, s. 114 vd.

<sup>8</sup> Weigend, Ewa, Das polnische Strafgesetzbuch, vom 6 Juni 1997 in Kraft getreten am 1. September 1998, Freiburg 1998, s. 132 vd.

<sup>9</sup> Madde metni için bkz. Hoffmann/Meliá, s. 114 vd.

ğünü ve dokunulmazlığını ihlâl eden hareketleri gerçekleştiren kişi, cinsel istismarın faili olarak bir yıldan üç yıla kadar hapis veya onsekiz aydan yirmidört aya kadar para cezasıyla cezalandırılacaktır (m. 181/1). Bu anlamda cinsel istismar, rıza olmaksızın 13 yaşın altındaki küçüğe veya kendini savunamayacak durumdaki veya ruhi rahatsızlığından yararlanan kişiye karşı işlenilmesi halinde vardır (181/2). Fail, ilgilinin rızasını mağdurun özgürlüğünü sınırlandıran nüfuzdan yararlanarak elde ettiği hallerde de aynı şekilde cezalandırılacaktır (m. 181/3). Ayrıca, cinsel saldırının nitelikli şekillerinin (m. 180/3–4) gerçekleştiği hallerde 181. maddede öngörülen cezalar üst sınırdan yarı oranında artırılacaktır (m. 181/4).

Cinsel istismarın vücuda organ ve sair cisim sokmak suretiyle işlenmesi ayrı bir suç olarak 182. maddede düzenlenmiştir. Buna göre, birinci fıkranın bütün halleri bakımından geçerli olmak üzere eğer cinsel istismar vajinal, anal veya oral ilişki yoluyla veya vajinal veya anal yoldan cisim sokma suretiyle gerçekleştirilmiş ise, faile dört yıldan on yıla kadar hapis cezası verilecektir (m. 182/1). Bu maddeye göre verilecek ceza 180. maddenin 1. fıkrasının 3 ve 4. bentlerindeki şartlar gerçekleşmişse üst sınırdan yarı oranında artırılacaktır (m. 182/2).

Onüç-onaltı yaş grubundaki çocuklara yönelik cinsel istismar fiilleri 183. maddeyle yaptırım altına alınmıştır. Buna göre, her kim hile yoluyla onüç yaşından büyük onaltı yaşından küçük bir kişiye karşı cinsel istismar gerçekleştirirse, bir yıldan iki yıla kadar hapis veya oniki aydan yirmidört aya kadar para cezasıyla cezalandırılır (183/1). Cinsel istismarda vajinal, anal veya oral cinsel ilişki bulunmaktaysa veya vajinal veya anal cisim sokma söz konusuysa, fail iki yıldan altı yıla kadar hapisle cezalandırılır. Ceza 180. maddenin 1. fıkrasının 3 ve 4. bentlerindeki şartların gerçekleşmesi halinde üst sınırdan yarı oranında artırılacaktır (m. 183/2).

Avusturya Ceza Kanununun özel kısmının 10. bölümü adaba karşı suçlar başlığını taşımaktadır (m. 201–221). Cinsel suçlar bu kanunda genel adaba karşı suçlar olarak yaptırım altına alınmaktadır<sup>10</sup>. Kanunun 206 ve 207. maddelerinde reşit olmayanların cinsel istismarı yaptırım altına alınmıştır. Ağır cinsel istismar 206. maddede düzenlenmiştir. Buna göre, her kim reşit olmayan bir çocukla cinsel ilişkiye veya ona benzer hareketlere teşebbüs ederse bir yıldan on yıla kadar hapisle cezalandırılacaktır (f. 1) Reşit olmayan bir kişiyi cinsel ilişkiyi gerçekleştirmeye veya kabule veya bir başkasıyla cinsel ilişkiye benzer hareketleri, onun veya kendisinin cinsel yönden tahrik etmesi veya tatmin etmesi için, gerçekleştirmeye yönlendiren kişi, bizzat ona karşı bu anlamda bir hareketi bizzat gerçekleştirirse, aynı ceza ile cezalandırılacaktır (f. 2). Fiil, reşit olmayanın ağır yaralanmasına veya hamile kalmasına neden olursa, fail beş yıldan onbeş yıla kadar hapisle, reşit olmayanın ölümüne yol açarsa on yıldan yirmi

<sup>10</sup> Madde metni için bkz. [http://www.sbg.ac.at/ssk/docs/stgb/stgb201\\_221.htm](http://www.sbg.ac.at/ssk/docs/stgb/stgb201_221.htm) (26.09.2008).

yıla kadar hapisle cezalandırılacaktır (f. 3). Failin yaşı reşit olmayan kişinin yaşından üç yıldan fazla değilse, cinsel ilişki bir cismin duhulüyle gerçekleştirilmemişse ve fiil reşit olmayanın ağır yaralanmasına (m. 84/1) veya ölümüne yol açmamışsa ve eğer reşit olmayan onüç yaşını tamamlamamış ise fail birinci ve ikinci fıkraya göre cezalandırılacaktır (f. 4).

Reşit olmayanların cinsel istismarı başlığını taşıyan 207. maddeye göre, her kim 206. maddede belirtilenler dışındaki cinsel hareketleri reşit olmayan bir kişiye karşı gerçekleştirirse veya reşit olmayana kendisine karşı icra ettirirse, altı aydan beş yıla kadar hapisle cezalandırılacaktır (f. 1). Reşit olmayan bir kişiyi bir başka şahısla onu veya diğer bir kişiyi tahrik veya tatmin etmek için cinsel bir harekete sevk ederse veya bir cinsel hareketi bizzat icra ederse aynı ceza ile cezalandırılacaktır (f. 2). Fiil reşit olmayanın ağır yaralanmasına neden olmuşsa (m. 84/1) fail bir yıldan on yıla kadar hapisle, ölümüne yol açmışsa beş yıldan onbeş yıla kadar hapisle cezalandırılacaktır (f. 3). Failin yaşı reşit olmayanın yaşından dört yaştan fazla değilse, reşit olmayan oniki yaşını tamamlamamışsa ve 3. fıkrada belirtilen sonuçlar gerçekleşmemişse fail 1 ve 2. fıkraya göre cezalandırılmayacaktır (f. 4).

#### IV- SUÇUN UNSURLARI

##### A- Tipikliğin Maddi Unsurları

###### 1- Fail, Mağdur ve Konu

Cinsel istismarın faili konusunda kanunda ayrıca bir belirlemede bulunulmamıştır. Dolayısıyla kadın veya erkek herkes bu suçun faili olabilecektir. Faille mağdur çocuğun hangi cinsiyette olduklarının suçun oluşumu bakımından önemi yoktur<sup>11</sup>.

Suçun mağduru, erkek veya kız bir çocuk olabilir. Çocuk henüz onsekiz yaşını doldurmamış kişileri kapsamakla birlikte, her onsekiz yaşından küçüğe yönelik cinsel davranış cinsel istismar suçunu oluşturmaz. Zira Kanun koyucu suçun oluşması bakımından çocuğun yaşına göre ikili bir ayırım yapmıştır. Buna göre, henüz onbeş yaşını doldurmamış her çocuk ile onbeş yaşını tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş çocuklara karşı gerçekleştirilen cinsel davranışlar cinsel istismar suçunu oluşturmaktadır. Onbeş-onsekiz yaş grubunda yer alan çocuklara karşı ise cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilen cinsel davranışlar cinsel istismarı oluşturacaktır. Buna göre, onbeş yaşını tamamlamış ve algılama yeteneği gelişmiş çocuklara karşı rıza üzerine gerçekleştirilen cinsel davranışlar madde kapsamında cezalandırılan suçu oluşturmamaktadır.

<sup>11</sup> Tezcan/Erdem/Önok, s. 316; Mehmet Emin Artuk/Ahmet Gökçen/A. Caner Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 8. Bası, Ankara 2007, s. 168.

Küçüğün ergin kılınması, onsekiz yaşından küçüklere yönelik cinsel davranışın niteliğini değiştirmez. Zira TCK'nun 6. maddesinde çocuk deyiminin onsekiz yaşını doldurmayan kişileri ifade ettiği, aynı şekilde 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanununun 3/1. maddesinin a bendinde, çocuğun daha erken yaşta ergin olsa bile onsekiz yaşını doldurmamış kişiyi kapsadığı belirtilmiştir. Ayrıca cinsel istismarı yaptırım altına alan 103. maddede küçüğün ergin kılınmadığı dikkate alınmamıştır<sup>12</sup>.

Suçun konusu, cinsel davranışa maruz kalan, cinsel istismar niteliğindeki davranış üzerinde gerçekleştirilen çocuğun vücududur<sup>13</sup>.

## 2- Fiiil

Kanunun 103. maddesiyle çocuklar üzerinde gerçekleştirilen istismar niteliğindeki cinsel davranışlar yaptırım altına alınmaktadır. Cinsel istismar 103. maddenin 1. fıkrasında; (1) Onbeş yaşını tamamlamamış çocuklara karşı gerçekleştirilen her türlü cinsel davranışın, (2) Onbeş yaşını tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş çocuklara karşı gerçekleştirilen her türlü cinsel davranışın, (3) Onbeş yaşını tamamlamış, algılama yeteneği de gelişmiş ve fakat on sekiz yaşını tamamlamamış çocuklara karşı cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilen her türlü cinsel davranışın, cinsel istismarı oluşturduğu belirtilmiştir. Ancak istismar niteliğindeki davranışlardan ne anlaşılacağı hususu madde metninde ve gerekçesinde açıkça belirtilmiş değildir. Bu nedenle, cinsel istismar kavramının mahiyeti doktrinde tartışmalıdır.

Bir görüşe göre, cinsel saldırı suçundan farklı olarak cinsel istismar suçunun oluşumu için çocuğa yönelik olarak bir cinsel davranışın gerçekleştirilmesi yeterlidir, bu davranışın aynı zamanda vücut dokunulmazlığını ihlâl etmesi gerekli değildir. Dolayısıyla buna göre 105. madde kapsamında cinsel taciz niteliğindeki davranışların çocuğa karşı gerçekleştirilmesi durumunda çocukların cinsel istismar suçu oluşacaktır<sup>14</sup>. Buna karşılık diğer görüşte olanlar ise<sup>15</sup>, cinsel istismar teşkil eden hareketlerin 102. madde anlamında cinsel saldırı teşkil eden, yani çocuğun vücut dokunulmazlığını ihlâl eden cinsel davranışlardan ibaret olduğunu savunmaktadırlar. Bu görüşü savunanlar 103. maddenin gerekçesinde

<sup>12</sup> Ali Parlar/Muzaffer Hatipoğlu, 5237 sayılı TCK'nun Yorumu, C.: I, Ankara 2007, s. 824; İhsan Akçin, "Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar", Yargıtay Dergisi, 2006/1-2, s. 104.

<sup>13</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 168.

<sup>14</sup> Tezcan/Erdem/Önok, s. 319; Veli Özer Özbek (Nihat Kambur), İzmir Şerhi Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı, C.: II, Ankara 2008, s. 630.

<sup>15</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 167; Handan Yokuş Sevik, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Çocukların Cinsel İstismarı ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçları", Hukuk ve Adalet, 2005/2, . 284; Parlar/Hatipoğlu, s. 843; Necati Meran, Yeni Türk Ceza Kanununda Kişilere Karşı Suçlar, 2. Baskı, Ankara 2008, 345.

cinsel istismarın mahiyetinin cinsel saldırı suçuyla bağlantılı bir şekilde açıklanmasından hareket etmektedirler.

Kanaatimizce çocuk üzerinde cinsel arzuları tatmin amacıyla gerçekleştirilen vücut dokunulmazlığını ihlâl eden cinsel davranışların istismar olduğu noktasında herhangi bir şüphe yoktur<sup>16</sup>. Ancak çocukların gizlice soyunma odalarında çıplak vaziyetteyken izlenmesi, çocuğun çıplak bir vaziyette seyredilmesi gibi olaylarda, cinsel arzuları tatmin amacının varlığı ve dolayısıyla istismarın bulunup bulunmadığı tartışmaya açıktır. Kanaatimizce bu şekilde vücuda temas söz konusu olmamasına rağmen istismar kastıyla hareket edildiğinin tespit edildiği hallerde cinsel istismarın varlığı kabul edilmelidir<sup>17</sup>. Çocuğun soyunmaya zorlanıp çıplak bir vaziyette seyredildiği hallerde her ne kadar failin mağdur üzerinde doğrudan teması yok ise de, cinsel yönden bir istismarın olduğu açıktır. Dolayısıyla küçüğe söz atmak, cinsel temas olmadığı ve istismarı ortaya koyan bir davranış teşkil etmediği için, cinsel istismar suçunu oluşturmayacaktır.

Bu nedenle cinsel istismarın varlığı, mutlaka küçüğün vücudu üzerinde cinsel davranışlarda bulunulmasına bağlı değildir. Çocuğa, kendisine yönelik cinsel davranışta bulunduran kişi de cinsel istismarı gerçekleştirmiştir. Aynı şekilde çocuğu bizzat kendisi üzerinde, cinsel davranışlarda bulunmaya zorlayan kişinin davranışı da cinsel istismarı oluşturacaktır.

Onbeş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte algılama yeteneği gelişmemiş çocuklara karşı gerçekleştirilen istismarı ortaya koyan her türlü cinsel davranış bu suçu oluşturacaktır. Bu davranışın küçüğün rızasıyla gerçekleştirilmesiyle cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başkaca nedene dayalı olarak gerçekleştirilmesi arasında bir fark yoktur<sup>18</sup>. Failin istismarını

<sup>16</sup> “İddianame, mahkûmiyet kararı ve dosya içeriğine göre iddia ve kabul edilen sanığın elini mağdurenin omzuna atarak dudaklarından öpmesi eyleminin 5237 sayılı Yasanın 103/1. maddesinde düzenlenen cinsel istismar suçunu oluşturabileceği ve bu suçla ilgili duruşma açıp yargılama yapma görevinin Asliye Ceza Mahkemesine ait olduğu nazara alınarak görevsizlik kararı verilmesi gerektiğinin gözetilmemesi,” Yargı. 5. CD. 16.04.2007, 3297/2898 (Gürsel Yalvaç, Karşılaştırmalı Gerekçeli İçtihatlı Türk Ceza Kanunu, Anka 2008, s. 792).

<sup>17</sup> “Çocuğun cinsel istismarı suçundan sanığın mahkûmiyetine dair karar daireye gönderilmekle incelendi: Sanığın oluşa uygun olarak işlediği kabul edilen "yönetimindeki araç ile okul sorma bahanesi ile mağdureye yaklaşp hiçbir bedensel temasta bulunmaksızın cinsel organını çıkarıp göstermekten" ibaret eyleminin TCK.105 maddesinde düzenlenen cinsel taciz suçunu oluşturduğu gözetilmeden, suç niteliğinde yanılığa düşülerek yazılı biçimde basit cinsel istismardan mahkûmiyetine karar verilmesi, Kanuna aykırı, .....BOZULMASINA oy birliği ile karar verildi) Yarg. 5. CD. 04.06.2007, 3731/4315 (<http://www.adalet.org/cbekran.php?id=4997> (28.11.2007)).

<sup>18</sup> Yarg. 5. CD. 03.01.2006 tarih ve 19127/39 sayılı kararında “5237 sayılı TCK.nun 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.nun 103/4. maddesi ile artırım yapılması, Kanuna aykırı, ... CMUK.nun 321. maddesi gereğince (BOZULMASINA),

mümkün kılan bu vasıtaların mahiyeti cinsel saldırı suçundan farklı değildir. Ancak henüz onbeş yaşını tamamlamamış çocuklara karşı istismarın cebir ve tehdit ile gerçekleştirilmiş olması suçun nitelikli halini oluşturmaktadır (m. 103/4).

Buna karşılık onbeş yaşından büyük algılama yeteneği gelişmiş çocuklar bakımından cinsel istismarın varlığı, cinsel davranışların cebir, tehdit, hile ve iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilmesine bağlıdır<sup>19</sup>. Bu yaş grubunda yer alan çocuklara yönelik cinsel davranışlar, ancak zorlama vasıtaları kullanılarak veya çocuğun iradesini etkileyen başkaca bir nedene dayalı olarak algılama yeteneğinden yoksun bulunmasından yararlanılarak işlenmesi halinde cinsel istismar suçunu oluşturacaktır.

Onbeş yaşından büyük olup algılama yeteneği gelişmiş çocuklara yönelik cinsel istismarın unsurunu oluşturan cebir, cinsel istismar oluşturan hareketlere katlanması için mağdur çocuk üzerinde uygulanan acı veren fiziki güç kullanımını ifade etmektedir. Cebir, bizzat mağdur üzerinde icra edilmelidir. Kişinin yakınları üzerinde veya eşya üzerinde icra edilen ve bu yolla onu cinsel davranışa katlanmaya zorlamayı amaçlayan cebir, tehdit teşkil eder<sup>20</sup>. Suçun icrasında araç olarak kullanıldığı hallerde, cebrin fiilin devamı süresince uygulanması gerekli değildir. Cebrin, mağdurun başlangıçtaki direncini kırmaya elverişli olarak kullanılması yeterlidir. Buna bağlı olarak, mağdurun cinsel saldırıya karşı sürekli ve enerjik şekilde karşı koyması da gerekli değildir<sup>21</sup>.

Cinsel istismar, tehdit yoluyla da işlenebilir. Failin, isteğinin yerine getirilmemesi halinde mağdurun kendisi veya yakınları üzerinde bir kötülük icra edeceğini bildirmesi cinsel istismarın icrasında başvurulabilecek tehdidi oluşturmaktadır. Tehdit, mağdurun kendisinin veya yakınlarından birinin hayatına, vücut bütünlüğüne, malvarlığına veya şeref ve haysiyetine yönelik olabilir. Hangi değere yönelik olursa olsun, tehdidin objektif olarak ciddi olması gerekir<sup>22</sup>.

---

oybirliğiyle karar verildi" denilmektedir (<http://emsal.yargitay.gov.tr/VeriBankasiIstemciWeb/DokGosterMainServlet?dokumanId=95%203%20ICM8%20ICMNLSD15%20UYAPVERIBANKASI59%2026%20A1001001A07F11B73644G7695418%20A07F11B73644G769541%2014%201162&aranan=Cinsel%20Istismar&dokumanTuru=YARGITAYKARARI>). Kararda mefruz cebirden maksat, iradeyi etkileyen cebir, tehdit ve hile dışındaki nedenlerdir. Yeni Kanunun öngörmüş olduğu sistem içerisinde cebir, maddi cebir ve mefruz cebir şeklinde ayırım yapmak kanaatimizce yerinde değildir.

<sup>19</sup> "Onbeş-onsekiz yaş grubundaki çocuklara yönelik cinsel istismar suçu bakımından "cebir, tehdit, hile ve iradeyi etkileyen başka bir neden" suçun unsurudur. Ayrıca bu nedenden dolayı artırım yapılamaz." Yarg. 5. CD. 30.01.2007, 181/417 (YKD. C.: 33, 2007/9, s. 1767).

<sup>20</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 141.

<sup>21</sup> Tezcan/Erdem/Önok, s. 289-290.

<sup>22</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 142.



Hileye başvurulmak suretiyle de cinsel istismar gerçekleştirilebilir. Hile, mağdurun iradesini bertaraf edip bu yolla ona yönelik cinsel istismarın gerçekleştirilmesini mümkün hale getiren aldatıcı hareketlere denir. Bu ihtimalde çocuk aldatılarak fiile mukavemet edemeyecek duruma getirilmektedir<sup>23</sup>.

Hile dışında iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak da cinsel istismar gerçekleştirilebilir. Örneğin, mağdurun çaresizliğinden yararlanılarak cinsel istismarın gerçekleştirildiğin hallerde böyle bir halin varlığını kabul etmek gerekir.

Doktrinde *Tezcan/Erdem/Önok*, m. 103/1-a'da onbeş yaşından küçük çocuklarla ilgili olarak "her türlü cinsel davranış" denilmesi, buna karşılık m. 103/1-b'de ise onbeş yaşından büyük çocuklar bakımından "cinsel davranışlar"dan bahsedilmesi karşısında, onbeş-onsekiz yaş grubunda yer alan çocuklara yönelik çok sayıda cinsel davranışın varlığı halinde suçun oluşabileceği şeklinde anlaşılmaya müsait olduğunu, ancak amacın bu olmadığını vurgulamaktadırlar<sup>24</sup>. Kanaatimizce kanun koyucunun amacı cinsel istismarı oluşturan hareketlerin niceliği arasında ayırım yapmak değildir. Kanun koyucu suçun oluşumu için tek davranış yeterli olmakla birlikte zamansal ve mekânsal birliktelik arz eden değişik davranışların tamamının tipik olarak tek hareket olduğunu belirtmek için bazı suç tanımlarında fiili çoğul kavramlarla ifade edebilmektedir. Onbeş-onsekiz yaş grubuna yönelik cinsel davranışları cezalandıran suç tanımında da kanun koyucunun kullandığı yöntem budur.

### 3- Suçun Nitelikli Halleri

#### a- Cinsel İstismarın Vücuda Organ ve Sair Bir Cisim Sokularak İşlenmesi

Vücuda organ veya sair bir cisim sokmak suretiyle gerçekleştirilen cinsel davranışlar cinsel istismarın cezanın artırılmasını gerektiren ilk nitelikli şekli oluşturmaktadır (m. 103/2). Suçun bu şekli bakımından da onbeş yaşından küçük çocukların ve onbeş yaşını tamamlamış olmakla birlikte algılama yeteneği gelişmemiş çocukların cinsel davranışa yönelik rıza beyanlarına herhangi bir değer atfedilmemiştir. Buna karşılık, onbeş yaşını doldurmuş algılama yeteneği gelişmiş çocuklar bakımından ise vücuda organ veya cisim sokmanın küçüğün rızası hilafına gerçekleştirilmiş olması gerekmektedir. Başka bir anlatımla algılama yeteneği bulunan onbeş-onsekiz yaş grubundaki çocuklar bakımından vücuda organ veya cismin cebir, tehdit, hile ve iradeyi etkileyen başka nedene dayalı olarak sokulmuş olması gerekmektedir.

Cinsel istismarın bu şekli, sokma hareketi, bu hareketin yöneldiği vücut kısımleri, sokulacak organ veya sair cisim yönünden cinsel saldırı suçunun nitelikli şeklinden herhangi bir farklılık arz etmemektedir. Buna göre, vücudun

<sup>23</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 142-143.

<sup>24</sup> Tezcan/Erdem/Önok, s. 319.

organ veya cisim sokmaya elverişli bölgeleri, vücuttaki doğal vücut boşluklarından ibarettir. Cinsel saldırıya ilişkin 102. maddenin gerekçesinde cinsel saldırının vücuda vajinal, anal veya oral yoldan organ veya sair bir cismin sokulması suretiyle işlenebileceği belirtilerek<sup>25</sup>, bu vücut bölgelerine işaret edilmiştir. Vücuttaki kulak ve burun boşlukları, organ veya cisim sokmaya elverişli ise de, sokma fiiline cinsel davranış niteliğini kazandırmaya elverişli değildir. Zira organ veya cisim sokma eylemi, eylemin konusunu oluşturan vücut boşluğundan bağımsız bir şekilde cinsel davranış (saldırı) olarak değerlendirilmez<sup>26</sup>.

Daha önce belirtildiği gibi onbeş yaşından küçük çocuklar veya onbeş-onsekiz yaş grubunda yer almakla birlikte algılama yeteneği gelişmemiş çocuklar bakımından vücuda organ veya sair cisim sokmanın küçüğün rızası üzerine veya cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başkaca nedene dayalı olarak gerçekleştirilmesi arasında herhangi bir fark yoktur. Buna karşılık, onbeş yaşından büyük algılama yeteneği gelişmiş çocuklara ise cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başkaca bir nedene dayalı olarak vücuda organ veya sair cisim sokulması gerekmektedir.

Algılama yeteneği gelişmiş onbeş yaşından büyük çocukların rızası ile vücuda organ veya cisim sokulmuş olabilir. TCK'nın 104. maddesi kapsamında cinsel ilişki şeklinde ortaya çıkmadığı sürece, bu yaş grubunda yer alan çocuklara yönelik olarak gerçekleştirilen bu suretteki fiiller suç teşkil etmeyecektir. Buna göre, onbeş yaşından büyük çocukların vücuda organ veya sair cisim sokulması konusundaki rızası 104. maddedeki tanıma uyan cinsel ilişki dışında geçerlidir.

Onbeş yaşından küçük olan bir çocuğa veya onbeş yaşını tamamlamakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş bir çocuğa ya da onbeş yaşından büyük olup fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmiş bir çocuğa onun üzerinde cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başkaca bir vasıta kullanarak kendi vücuduna organ veya cisim sokturan kişinin hareketi, cinsel istismarın temel şeklini oluşturacaktır. Zira cinsel istismarın nitelikli şeklini oluşturan tipik bir hareketin varlığı için küçüğün vücuduna organ veya cisim sokulmasını gerektirmektedir. Dolayısıyla vücuda organ veya cisim sokma şeklinde bir davranışta bulunulmadığı sürece çocuğun fail tarafından kendine yönelik cisim veya organ sokmada kullanıldığı hallerde cinsel istismarın temel şeklinde dolaylı sorumluluk gündeme gelecektir. Buna göre, örneğin bir kadının ondört yaşındaki bir çocuğu ikna ederek vücuduna organ veya sair cisim sokturması halinde cinsel saldırının temel şekli oluşacaktır.

<sup>25</sup> “İddianame, mahkûmiyet kararı ve dosya içeriğine göre; iddia ve sabit kabul edilen cinsel organını zorla mağdurun ağzına sokmaya kalkışma eyleminin, 5237 sayılı Yasanın 102/2. maddesinde düzenlenen nitelikli cinsel saldırıya teşebbüs suçunu oluşturacağı,” Yarg. 5. CD. 17.04.2006, 3332/3238 (Meran, s. 319, dpn. 10).

<sup>26</sup> Üzülmez, s. 257.

Benzeri bir olayda cinsel istismarın nitelikli şeklinin oluşacağını kabul ederek uygulama yapan yerel mahkeme kararının doğru olmadığı kanaatindeyiz<sup>27</sup>.

### **b- Cezanın Artırılmasını Gerektiren Diğer Nitelikli Haller**

TCK m. 103/3'te, gerek cinsel istismarın temel şeklinden gerekse vücuda organ veya sair cisim sokmadan ibaret nitelikli şeklinden verilecek cezanın artırılmasını gerektiren diğer nitelikli unsurlara yer verilmiştir.

Bunlardan ilki, cinsel istismarın çocukla belli yakınlık ilişkisi olanlar tarafından işlenmesidir. Buna göre cinsel istismarın üstsoy, ikinci veya üçüncü derecede kan hısmı, üvey baba, evlat edinen, vasi, eğitici, öğretici, bakıcı, sağlık hizmeti veren veya koruma ve gözetim yükümlülüğü bulunan diğer kişiler tarafından ya da hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle veya birden fazla kişi tarafından birlikte gerçekleştirilmesi hâlinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza yarı oranında artırılır (m. 103/3)<sup>28</sup>.

<sup>27</sup> “Türkiye’de ilk kez bir kadın, erkeğe tecavüzdü mahkûm oldu”

Sinop’a bağlı Boyabat ilçesinin Ulupınar köyünde yaşayan 16 yaşındaki F.H.T. 13 yaşındaki M.A.’ya tecavüz ettiği iddiasıyla 4 yıl 6 ay hapis cezasına çarptırıldı. Karar, Yargıtay tarafından onanırsa Türkiye’de ilk kez bir kadın, bir erkeğe tecavüz ettiği gerekçesiyle mahkûm edilmiş olacak.

F.H.T.’nin çocuğa cinsel istismar ve tecavüz suçundan hüküm giymesine neden olan olay 2006 yılında Ulupınar köyünde meydana geldi. Köyde yaşayanların büyük bir bölümünün çalışmak için tarlalara gittiği bir gün F.H.T. köy çeşmesine gitti. Çeşme başında M.A. ile karşılaştı. Bir süre sohbet ettikten sonra F.H. ve M.A. bahçeye giderek birlikte oldular. F.H.T. ile ilk kez birlikte oldukları zaman M.A. ilköğretim öğrencisi ve 13 yaşındaydı.

Aradan yaklaşık bir yıl geçtikten sonra F.H.T.’nin İstanbul’da yaşayan amcasının oğlu köye geldi. F.H.T.’yi beğendiğini ve evlenmek istediğini söyledi. F.H.T. amcasının oğlundan kendisini kaçırmamasını istedi. F.H.T.’nin amcasının oğlu da bu talebe uydu.

İstanbul’a gidildiğinde ise gerçek ortaya çıktı. F.H.T. 6 aylık hamileydi. F.H.T.’nin amcasının oğlu, olayı öğrenince F.H.T.’yi köyüne getirip ailesine teslim etti. F.H.T.’nin ailesi durumu M.A.’nın ailesine anlattı. M.A. olayı kabul etti, ancak F.H.T.’nin zorlamasıyla birlikte olduklarını söyledi. Bunun üzerine M.A. nın ailesi F.H.T. hakkında suç duyurusunda bulundu. Dosyaya ilk olarak Durağan Asliye Ceza Mahkemesi baktı. Mahkeme, görevsizlik kararı vererek dosyayı Boyabat Ağır Ceza Mahkemesi’ne gönderdi.

Boyabat Ağır Ceza Mahkemesi, F.H.T.’nin Türk Ceza Kanunu’nun 103/2. maddesinden 4 yıl 6 ay hapis cezasına çarptırdı. İlgili maddede “Cinsel istismarın vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi durumunda, sekiz yıldan onbeş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur deniyor.

Halen tutuksuz yargılanmaya devam eden F.H.T.’nin çocuğunu doğurduğu ve yapılan DNA testi sonrasında çocuğun M.A.’dan olduğunu kesinlik kazandığı da öğrenildi. Boyabat Ağır Ceza Mahkemesi’nin verdiği karar Yargıtay 5. Ceza Dairesi’ne gelecek. Karar, Yargıtay tarafından da onanırsa Türkiye’de ilk kez bir kadın, bir erkeğe tecavüz ettiği iddiasıyla hüküm giymiş olacak. [http://www.milliyet.com.tr/default.aspx?](http://www.milliyet.com.tr/default.aspx?aType=SonDakika&Kategori=spor&ArticleID=878990&Date=21.06.2008&ver=05)

<sup>28</sup> aType=SonDakika&Kategori=spor&ArticleID=878990&Date=21.06.2008&ver=05

“Sağlığın dükkânında 4 gün çırak olarak çalıştıktan sonra ayrılan mağdura takriben 1 ay sonra nitelikli cinsel istismarda bulunması eyleminde suç tarihi itibarıyla hizmet ilişkisinin sağla-

Akrabalık ilişkisini mahiyeti ve derecesini tayinde Medeni Kanun göz önünde bulundurulacaktır. Bunun dışında kanun koyucu sadece üvey baba tarafından gerçekleştirilen cinsel istismar için ceza artırımı öngörmüştür. Cinsel istismarın üvey anne tarafından da gerçekleştirilebileceği belirtilerek, istismarda sadece üvey babayı dikkate alan bu düzenleme eleştirilmektedir<sup>29</sup>.

Aynı şekilde cinsel istismarın birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi müşterek failliğin şartlarının oluşmasını gerektiren bir nitelikli hal olarak karşımıza çıkmaktadır. Suçun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi, suçun icrasını kolaylaştırması ve mağdurun direncinin kıran bir işbirliğinin varlığı cezanın artırılmasını gerektiren nitelikli hal olarak kabul edilmiştir. TCK'nın 37/1. maddesinde bir suçun kanuni tarifindeki fiili birlikte icra edenlerin müşterek fail olarak sorumlu tutulacağı belirtilmiştir. Buna göre, cinsel istismarın birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi, müşterek failliğin şartlarının bulunduğu bir işbirliği halini, iştirak halini ifade etmektedir. Buna göre, bir kişinin gerçekleştirdiği katkı bizzat cinsel istismar teşkil etmese dahi, diğer failin veya failerin cinsel istismarı gerçekleştirebilmesini mümkün kıldığı takdirde, onun müşterek fail olarak sorumlu tutulmasını sağlayacaktır.

Cinsel istismarın, onbeş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte maruz kaldığı fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan kişilere karşı cebir veya tehdit kullanmak suretiyle gerçekleştirilmesi, cezanın artırılmasını gerektiren diğer nitelikli hali oluşturmaktadır (m. 103/4)<sup>30</sup>. Bu nitelikli hal sadece onbeş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş küçüklere yönelik cebir ve tehditle cinsel istismarın gerçekleştirildiği hallerde uygulanabilir. Onbeş yaşından büyük olanlara yönelik cinsel davranışlar ise, ancak cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başkaca sebeplere binaen gerçekleştirildiği takdirde istismar niteliğini aldığından, cebir ve tehdit bu yaş grubuna yönelik suç bakımından unsur niteliğindedir. Dolayısıyla bu yaş grubuna yönelik cinsel istismardan dolayı failin cezasında, ayrıca cebir ve tehdit kullanılması nedeniyle artırım yapılamayacaktır<sup>31</sup>.

---

dığı nüfuzu kötüye kullanma unsuru bulunmadığı,...” Yarg. 5. DC. 20.12.2007, 7481/6548  
( <http://www.adalet.org/cbekran.php?id=5048>).

<sup>29</sup> Aydın, s. 152 vd.; Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 173.

<sup>30</sup> “Oluşa, mağdurenin aşamalarındaki tutarlı anlatımlarına, tanık Şaban Sürmeli'nin görgüye dayanan beyanına ve dosya kapsamına nazaran evde yalnız olan mağdureyi rızası dışında zorla yere yatırıp üzerine abanarak “anne anne” diye bağırmasına rağmen eylemine devam eden sanığın suçunu 5237 sayılı Yasanın 103/4. maddesinde belirtilen maddi cebirle gerçekleştirdiği anlaşıldığından bu madde ile artırım yapılmasında bir isabetsizlik görülmediğinden tebliğnamedeki bozma isteyen düşünceye iştirak edilmemiştir.” Yarg. 5. CD. 29.05.2007, 171/4097 (Yalvaç, s. 787).

<sup>31</sup> “Mağdurun 16 yaşında olup, 5237 sayılı Yasa'nın 103/1-b fıkrasında sayılan çocuklardan olmasına, 103/4 fıkrasının ise 103/1-a maddesindeki çocuklara karşı cebir veya tehdit kulla-

Cebir kullanılarak cinsel istismarın gerçekleştirildiği hallerde, bu nitelikli halin uygulanabilmesi için, kullanılan cebirin en fazla kasten yaralama suçunun temel şeklini oluşturacak boyutta olması gerekir. Eğer uygulan cebir kasten yaralamanın ağır neticelerine neden olmuşsa, cinsel istismarın nitelikli şekilden sorumluluğun yanı sıra ayrıca kasten yaralamanın neticesi sebebiyle ağırlaşmış şekli de sorumluluk gündeme gelecektir (m. 103/5). Kanun koyucu cinsel saldırı suçunda uygulanan cebirin direncin kırılmasını sağlayacak ölçüyü aşmasını gerçek işleme hükümlerinin uygulanması için yeterli saymışken, cinsel istismarın temel şeklinde cebir kullanılmasını suçun nitelikli hali olarak değerlendirmiş, böylelikle cinsel istismarı gerçekleştirmek için uygulanan cebirin sadece kasten yaralama boyutunda kalması halinde, cebir kullanımından kaynaklanan haksızlığın 4. fıkrada öngörülen artırımla karşılaşmış, ancak uygulanan cebir kasten yaralamanın neticesi sebebiyle ağırlaşmış şekillerinin ortaya çıkmasına neden olmuş ise failin ayrıca kasten yaralama suçundan sorumlu olacağını belirtmiştir. Uygulanan cebirin kasten yaralamanın temel şeklini oluşturacak boyutta olmasının cinsel istismarın cezanın artırılmasını gerektiren nitelikli şekli olarak düzenlendiği ve failin cezasında bu sebepten dolayı yarı oranında artırım yapıldığı dikkate alındığında, kanundaki düzenlemeye yönelik “reşitlere karşı işlenen cinsel saldırı suçunda ayrıca kasten yaralama suçundan dolayı ceza verilmesi açısından, “mağdurun direncinin kırılmasını sağlayacak ölçünün ötesinde cebir kullanılması” kıstasıyla yetinilirken; daha korumasız olan çocuklara karşı işlenen cinsel istismar suçunda ise, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümlerinin uygulanabilmesi için, başvuru cebir ve şiddetin kasten yaralama suçunun ağır neticelerine neden olmasının aranmasını anlamak güçtür<sup>32</sup> şeklindeki eleştiriye katılmıyoruz<sup>33</sup>. Zira cebir kullanılarak gerçekleştirilmesi cinsel istismarın cezanın artırılmasını gerektiren nitelikli şekli olarak kabul edildikten sonra, ayrıca failin kasten yaralamadan cezalandırılması çifte değerlendirme yasağının ihlâli anlamına gelecektir.

### B- Tipikliğin Manevi Unsuru

Cinsel istismar kasten işlenebilen suçlardandır. Suçun oluşumu için kastın dışında başkaca manevi bir unsurun varlığı aranmamıştır. Failin kastı, davranışların cinsel yönden istismara yönelik olarak gerçekleştirildiğinin somut olayda tespit edilebildiği hallerde sabit olacaktır<sup>34</sup>. Cinsel saldırıda olduğu gibi cinsel istismarın temel şeklinde de sırf gerçekleştirilen davranıştan hareketle istismarın olup oluşmadığını belirlemek her zaman mümkün olmayabilecektir. Dolayısıyla

---

nılması halinde uygulanmasının mümkün bulunmasına göre; sanık hakkında tayin olunan cezanın koşulları bulunmayan 103/4 madde ile artırılması suretiyle fazla ceza tayini,” Yarg. 5. CD. 10.05.2007, 2450/3553 (Yalvaç, s. 791).

<sup>32</sup> Tezcan/Erdem/Önok, s. 322.

<sup>33</sup> Sevik’ün benzer nitelikteki eleştirilerine de aynı gerekçelerle katılmıyoruz. Bkz. Sevik, Çocukların Cinsel İstismarı ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişki, s. 290–291.

<sup>34</sup> Tezcan/Erdem/Önok, s. 320.

somut olayda failin kastını belirleyebilmek için, davranışlarını cinsel arzuları tatmin amacıyla gerçekleştirip gerçekleştirmediğinin araştırılması gerekecektir<sup>35</sup>.

Kastın kapsamına tipikliğin bütün maddi unsurları dâhildir. Bu çerçevede, failin mağdurun çocuk olduğunu bilmesi ve fiili de cinsel istismara yönelik olarak gerçekleştirmesi gerekmektedir. Failin suçun nitelikli şeklinden sorumlu tutulabilmesi bu unsurlar bakımından da kasten hareket etmesini gerektirir. Dolayısıyla kastın kapsamına bu nitelikli haller de girmektedir. Vücuda anal veya vajinal yoldan organ veya sair cisim sokma objektif olarak cinsel istismardır. Suçun oluşumu açısından bu tür davranışların hangi saik ve amaçla gerçekleştirildiği önemli değildir<sup>36</sup>. Başka bir anlatımla, bu durumda failin kastını gerçekleştiren hareketler ortaya koymaktadır. Dolayısıyla failin kastının tespit edilebilmesi bakımından davranışları hangi amaçla gerçekleştirdiğini araştırmaya gerek yoktur.

Cinsel istismarın temel şekli bakımından failin mağdurun yaşı konusundaki yanlılığı, mağdurun rızasının cinsel istismar teşkil eden fiilleri hukuka aykırı olmaktan çıkaracağı hallerde, kastını kaldıracaktır.

### C- Hukuka Aykırılık Unsuru

Kanunda, cinsel istismar suçu düzenlenirken cinsel saldırıdan değil cinsel davranıştan söz edilmesinin nedeni, çocukların kendilerine yönelik cinsel davranışlara gösterecekleri rızanın geçerli olmayacağını belirtmektir. Buna göre, onbeş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan çocuklara karşı gerçekleştirilen cinsel davranışlar açısından, rızanın varlığı ceza sorumluluğunu ortadan kaldırmamaktadır. Diğer bir ifadeyle, kendisine karşı gerçekleştirilen cinsel davranışlar açısından bu çocuğun rıza açıklamasında bulunması, fiili suç olmaktan çıkarmayacak ve kişinin ceza sorumluluğunu ortadan kaldırmayacaktır. Bu bakımdan, onbeş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte maruz kaldığı fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan kişilere karşı gerçekleştirilen istismar niteliğini taşıyan her türlü cinsel davranış, cinsel istismarı oluşturacaktır. Buna karşılık, cinsel ilişki boyutuna varmamak kaydıyla onbeş-onsekiz yaş grubunda yer alan çocukların cinsel davranış yönünden gösterdiği rıza geçerlidir ve fiili hukuka aykırı olmaktan çıkarır.

<sup>35</sup> Bkz. Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 168–169; Sevik, Çocukların Cinsel İstismarı ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişki, s. 286–287.

<sup>36</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 171.

### V- Suçun Özel Görünüş Şekilleri

Cinsel istismara teşebbüs bakımından genel hükümler uygulanır. Cinsel saldırıda olduğu gibi cinsel istismarda da, istismarın vücuda organ veya sair cisim sokma biçiminde gerçekleşen nitelikli şekline teşebbüs mümkündür<sup>37</sup>.

Cinsel istismar için başvuru cebrin kasten yaralama suçunun ağır neticelerine neden olması halinde gerçek içtima hükümleri uygulanarak, cinsel istismar ve kasten yaralamanın neticesi sebebiyle ağırlaşmış şekliyle ayrı ayrı kovuşturma yapılacaktır (m. 103/5).

Cinsel istismarın temel şekli ile nitelikli şekilleri (m. 103/3–4) arasında bileşik suç hükümleri geçerlidir (m. 42). Aynı şekilde cinsel istismarın temel şekli ve nitelikli şekilleri ile cinsel istismarın neticesi sebebiyle ağırlaşmış şekilleri arasında (m. 103/6–7) görünüşte içtimanın genel norm-özel norm şeklindeki görünüm şekli söz konusudur. Görünüşte içtimanın söz konusu olduğu bu gibi hallerde fail sadece özel norm niteliğindeki düzenlemeden sorumlu tutulur. Bu nedenle Yargıtay'ın "*Sanığın eylemine uyan TCK. nun 103/1, 103/6. maddeleri ile sırası ile ve ayrı ayrı ceza tayin edilerek cezalandırılması gerekirken doğrudan 103/6. maddesi ile hüküm kurulması*"nı bozma nedeni olarak kabul eden kararına katılmıyoruz<sup>38</sup>. Neticesi sebebiyle ağırlaşmış cinsel istismarın söz konusu olduğu hallerde failin ayrı ayrı cinsel istismar ve neticesi sebebiyle ağırlaşmış cinsel istismardan sorumlu tutulması aynı fiilden dolayı failin bir kez cezalandırılabilmesi yolundaki evrensel ilkeye aykırıdır.

Cinsel istismarın zincirleme suç (m. 43/1) hükümleri şeklinde işlenmesi mümkündür. Buna göre, bir suç işleme kararının icrası kapsamında aynı çocuğa karşı değişik zamanlarda gerçekleştirilen cinsel istismardan dolayı faile tek ceza verilecek ve fakat ceza dörtte birinden dörtte üçüne kadar artırılabilecektir. Failin aynı mağdura karşı değişik zamanlarda aynı suç işleme kararının icrası kapsamında cinsel istismarın basit veya nitelikli şeklini gerçekleştirdiği hallerde de zincirleme suç hükümleri uygulanacaktır. Bu durumda, suçun nitelikli şeklinde ceza belirlenecek cezada 43. maddede öngörülen oranlarda artırım yapılacaktır.

Cinsel istismara yönelik fiilin gerçekleştirilebilmesi için mağdurun hürriyetinden yoksun kılındığı hallerde, failin cinsel istismarın yanı sıra ayrıca kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan dolayı sorumluluğu söz konusu olacaktır.

<sup>37</sup> "Dosya kapsamına, raporlara ve mağdurenin mahkemede de yinelediği oluşa uygun düşen ayrıntılı hazırlık beyanına nazaran, sanığın gece yarısı arabasını ıssız bir yere park ettiği ve mağdureyi araca kilitleyip "bekâretine dokunmayacağım ters ilişkiye gireceğiz" diyerek kastını ortaya koyduktan sonra üzerindeki çikartarak çıplak kalmasını sağlayıp mücadeleye giriştiği, alkollü olan sanığın mağdurenin bu etkin mücadelesi ve karşı koyması sırasında nitelikli cinsel istismar eylemini dışarı boşaldığı için gerçekleştiremediği ve belirtilen engel haller nedeniyle eyleminin teşebbüs aşamasında kaldığı gözetilmeden suç vasfında yanılıya düşerek yazılı şekilde basit cinsel istismar suçundan mahkûmiyet hükmü kurulması," Yarg. 5. CD. 26.03.2007, 1363/2213 (Yalvaç, s. 796).

<sup>38</sup> Yarg. 5. CD. 22.05.2007, 2476/3868 (Yalvaç, s. 788).

Kişinin hürriyetinden cinsel bir amaçla yoksun bırakılması, kişiyi hürriyetinden yoksun bırakma suçunun nitelikli şeklini oluşturmaktadır (m. 109/5). Eğer kişi hürriyetinden cebir, tehdit ve hile kullanılarak cinsel bir amaçla yoksun bırakılmışsa, bu durumda failin m. 109/2 ve 5. maddelere göre ve ayrıca cinsel istismardan da cezalandırılması gerekir<sup>39</sup>.

#### VI- Netice Sebebiyle Ağırlaşmış Cinsel İstismar

Cinsel istismar sonucunda mağdurun beden veya ruh sağlığı bozulmuşsa, fail 103/6. maddeye göre cezalandırılacaktır. Aynı şekilde gerçekleştirilen cinsel istismar sonucunda mağdur bitkisel hayata girmiş veya ölmüş ise, ağırlaştırılmış müebbet hapsi gerektiren neticesi sebebiyle ağırlaşmış cinsel istismar söz konusu olacaktır (m. 103/7). Her iki halde de, netice sebebiyle ağırlaşmış suçlar dolayısıyla sorumluluk için aranan şartların gerçekleşmesi gerekir<sup>40</sup>.

Doktrinde her cinsel istismarın mağdurun ruh ve beden sağlığını bozacağı belirtilerek, suçun neticesi sebebiyle ağırlaşmış şeklinin ne şekilde anlaşılacağı hususu tartışılmıştır<sup>41</sup>. Maddede kastedilen mağdur üzerinde kalıcı bedeni veya ruhi bozuklukların ortaya çıkmış olmasıdır. Mağdurun maruz kaldığı cinsel istismardan sonra toplum içine çıkmaktan korkar hale gelmesi, evlilikten veya karşı cinsle bir arada olmaktan kalıcı olarak soğuması, neticesi sebebiyle ağırlaşmış cinsel istismarı oluşturur. Kalıcı ruhi veya bedeni bir bozukluk meydana getirmediği sürece cinsel istismar sonucunda kızlığın bozulması netice sebebiyle ağırlaşmayı oluşturmaz<sup>42</sup>.

Cinsel istismar sonucunda mağdurun bitkisel hayata girmesi veya ölmesi de suçun neticesi sebebiyle ağırlaşmış şeklini oluşturmaktadır. Bitkisel hayata girme veya ölüm gerçekleştirilen cinsel istismara yönelik fiilin sonucu olmalıdır. Bu ağır netice bizzat cinsel davranışın icrasının sonucunda gerçekleşmiş olabileceği gibi, cinsel istismarı gerçekleştirebilmek için uygulanan cebir sonucu da olabilir<sup>43</sup>. Örneğin failin mağduru cinsel davranışa karşı koymasını engellemek, onu bayıltıp etkisiz hale getirebilmek için kafasına sert bir cisimle vurmuş, cinsel istismarı gerçekleştirmiş ve fakat darbenin sonucunda mağdur beyin kana-

<sup>39</sup> “Sanığın mağdurelerden Penbe’nin göğüslerini okşayıp cinsel organını ağzına almasını istediği ancak mağdurenin kabul etmemesi nedeniyle eylemin teklif aşamasında kaldığı, oluşan hali ile de fiilin çocukların basit cinsel istismarı suçunu oluşturduğu cihette tebliğnamedeki mahkemece görevsizlik kararı verilmesi gerektiğine ilişkin bozma isteyen düşünceye iştirak edilmemiştir.

Mağdureleri para ve yemek vereceği vaadiyle evine soktuktan sonra kapıyı kilitleyerek bıçak tehdidiyle eylemini gerçekleştiren sanığa 109/1. madde uyarınca tayin olunan cezanın aynı maddenin 2. fıkrası gereğince artırılmaması karşı temyiz bulunmadığından bozma nedeni yapılmamıştır.” Yarg. 5. CD. 22.05.2007, 3480/3863 (Yalvaç, s. 790).

<sup>40</sup> Bkz. Madde Gereği.

<sup>41</sup> Tezcan/Erdem/Önok, s. 312.

<sup>42</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 161–162.

<sup>43</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 162.



ması geçirerek bitkisel hayata girmiş veya ölmüş ise, cinsel istismarın neticesi sebebiyle ağırlaşmış hali gerçekleşmiş olacaktır.

### VII- Yaptırım ve Kovuşturma Usulü

Cinsel istismarın temel şekil için üç yıldan sekiz yıla kadar (m. 103/1), vücuda organ veya sair cisim sokmak suretiyle gerçekleştirilen nitelikli şekli için sekiz yıldan onbeş yıla kadar hapis öngörülmüştür (m. 103/2). Cinsel istismarın gerek temel gerekse nitelikli şeklinin cezasının artırılmasını gerektiren nitelikli hallerinin gerçekleşmesi halinde ise, bir veya ikinci fıkraya göre verilecek ceza yarı oranında artırılacaktır (m. 103/3). Onbeş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını kavrama yeteneği gelişmemiş çocuklara karşı cebir ve tehdit kullanılarak cinsel istismarın gerçekleştirildiği hallerde, maddenin birinci veya üçüncü fıkrasına göre verilecek cezalar yarı oranında artırılacaktır (m. 103/4). Cinsel saldırının mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulmasına neden olması hali için onbeş yıldan aşağı olmamak üzere hapis cezası öngörülmüştür (m. 6). Buna karşılık fiilin mağdurun bitkisel hayata girmesine veya ölümüne neden olması hali için müebbet hapis cezası öngörülmüştür (m. 103/7).

Cinsel istismarın gerek temel şekli gerekse nitelikli şekli re'sen kovuşturulan suçlardandır.

### SONUÇ

Cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar arasında cinsel saldırının yanı sıra çocukların cinsel istismarı şeklinde bir suç tipine yer verilmesinin nedeni, çocukları daha etkin bir şekilde koruyabilmek, çocukların cinsel yönden sağlıklı bir gelişim göstermelerini sağlayabilmektir.

Cinsel istismarı oluşturan davranışlar, mutlaka vücut dokunulmazlığın ihlali şeklinde tezahür etmesi gerekmeyen, aynı zamanda taciz boyutunu da aşan fiillerden oluşmaktadır. İstismar oluşturan, çocuklardan cinsel yönden yararlanmayı (sömürüyü) ortaya koyan davranışların bulunması gerekmektedir.

Küçüğe yönelik cinsel davranışın istismarı oluşturup oluşturmaması bakımından küçüğün yaşına göre bir ayırım yapılmıştır. Onbeş yaşından küçük olan veya onbeş yaşından büyük olmakla birlikte algılama yeteneği gelişmemiş çocuklara yönelik istismar niteliğindeki hür türlü davranış küçüğün rızasına itibar edilmeyerek suç sayılmış, buna karşılık onbeş yaşından büyük olanlara rızaları hilafına cebir, tehdit, hile ve iradeyi etkileyen başkaca davranışlarla gerçekleştirilmiş olması aranmıştır. Bu ayırımın doğal bir sonucu olarak, onbeş yaşından küçük olan veya büyük olmakla birlikte algılama yeteneği gelişmemiş çocuklara yönelik cinsel istismarın cebir ve tehdit ile gerçekleştirilmesi cezanın artırılmasını gerektiren nitelikli hal olarak düzenlenmiştir. Cinsel istismarı gerçekleştirmek için başvurulacak cebrin kasten yaralamanın neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerinden birin yol açması, gerçek içtima hükümleri uygulanarak cinsel istis-

marın yanı sıra ayrıca cezalandırılması gereken bir haksızlık olarak kabul edilmiştir. İstismara maruz kalan çocuğun, beden veya ruh sağlığının bozulması, yine bitkisel hayata girmesi veya ölmesi, suçun neticesi sebebiyle ağırlaşmış şekilleri olarak düzenlenmiştir.