

**T.C**

**KOCAELİ ÜNİVERSİTESİ SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ**

**TÜRK HUKUKUNDA ÇOCUĞUN CİNSEL İSTİSMARI SUÇU**

**YÜKSEK LİSANS TEZİ**

**HAYDAR ERSÖZOĞLU**

**ANABİLİM DALI : HUKUK**

**PROGRAMI : KAMU HUKUKU**

**KOCAELİ - 2010**

**T.C**

**KOCAELİ ÜNİVERSİTESİ SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ**

**TÜRK HUKUKUNDA ÇOCUĞUN CİNSEL İSTİSMARI SUÇU**

**YÜKSEK LİSANS TEZİ**

**HAYDAR ERSÖZOĞLU**

**ANABİLİM DALI : HUKUK**

**PROGRAMI : KAMU HUKUKU**

**DANIŞMAN : YRD. DOÇ. DR. İSA DÖNER**

**KOCAELİ - 2010**

T.C

KOCAELİ ÜNİVERSİTESİ SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

TÜRK HUKUKUNDA ÇOCUĞUN CİNSEL İSTİSMARI SUÇU

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Tezi Hazırlayan: HAYDAR ERSÖZOĞLU

Tezin Kabul Edildiği Enstitü Yönetim Kurulu Tarihi ve No: 22.09.2010 -  
2010/22

Doç. Dr. İker ÇOLAK

Doç. Dr. A. Caner YENİDÜNYA

Yrd. Doç. Dr. İsa DÖNER



KOCAELİ - 2010

## ÖNSÖZ

Çocuğun cinsel istismarı suçu kavram olarak hukukumuzda 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ile giren bir kavramdır. 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren bu Kanunda en kapsamlı değişiklik cinsel suçlarda yapılmıştır. Kişilerin cinsel dokunulmazlığı ihlal eden suçlar, mülga olan 765 S. TCK.nun aksine “genel ahlâkı ve aile nizamını” ilgilendiren ihlaller olarak değil, kişisel değerlere yönelik tecavüzler olarak değerlendirilmiştir. Cinselliğin bir genel ahlâk değil, özgürlük sorunu olduğu kabul edilmiştir. Diğer taraftan kavramlarda değişmiş ırza geçme, tasaddi, söz atma ve sarkıntılık kavramlarının yerini, cinsel istismar, cinsel saldırı ve cinsel taciz almıştır.

Yeni Kanunun en çok tartışılan maddeleri 102. maddede düzenlenen cinsel saldırı ve 103. maddede düzenlenen çocuğun cinsel istismarı suçları olmuştur. Bende bu çalışmamda 103. maddede düzenlenmiş çocukların cinsel istismarı suçunu ele aldım. Suçta ve cezada kanunilik ilkesinin doğal sonucu olarak hangi fiilin suç teşkil ettiğinin kanunda açıkça belirlenmesi gerekir. Ne yazık ki 103. maddede de olduğu gibi her zaman kanun metninden çözüme gitmek mümkün değildir. Bundan dolayı da yoruma ihtiyaç vardır. Bende bunu yaparken araştırmalarım ve mesleki birikimim ile kanun maddesini yorumlamaya çalıştım, öğreti ve uygulamada çok tartışılmayan bazı konularda da tamamen kendi kişisel düşüncelerimi belirttim. Çalışmam esnasında yürürlükten kalksa dahi etkileri devam edecek ve Yeni Kanunu anlamamıza yardımcı olacak 765 sayılı Kanundaki cinsel suçlar hakkında genel bilgiler verildikten sonra çocukların cinsel istismarı suçunun unsurlarının incelemesine geçilmiş, ardından suçun nitelikli hallerine ilişkin açıklamalara yer verilmiştir. Bu açıklamalardan sonra da, kovuşturma, görevli mahkeme, yaptırım, evlenmenin etkisi ve cinsel suçlarda haksız tahrik hükümleri ayrı ayrı başlıklar altında açıklanmaya çalışılmıştır. Tüm bu açıklamalar yapılırken de uygulamadan, Adli Tıp Kurumu raporlarından ve Yargıtay kararlarından örnekler verilmiştir.

Uygulamaya ve bu konularda araştırma yapanlara bir nebze de katkımız olması dileğiyle, acizane yapmış olduğumuz bu akademik çalışma sırasında yardımlarını esirgemeyen, tez danışmanım Yrd. Doç. Dr. İsa DÖNER ile jüri üyelerim Doç. Dr. İlker ÇOLAK ve Doç. Dr. A. Caner YENİDÜNYA'ya, manevi desteğini esirgemeyen eşime ve sabırla çalışmamın bitmesini bekleyen kızlarım Beste ile Rana'ya ve emeği geçen herkese sonsuz teşekkür ederim.

Haydar ERSÖZOĞLU  
Kocaeli, Ekim 2010

## İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ .....	VI
İÇİNDEKİLER .....	III
ÖZET .....	VII
ABSTRACT.....	VIII
KISALTMALAR .....	X
GİRİŞ.....	1

## BİRİNCİ BÖLÜM

### KAVRAM, BENZER SUÇLARDAN FARKI VE KORUNAN HUKUKİ DEĞER

I. KAVRAM.....	4
II. CİNSEL İSTİSMAR SUÇUNUN BENZER SUÇLARDAN FARKI .....	8
A. Cinsel İstismar Suçu ile Cinsel Saldırı Suçu Arasındaki Farklar .....	8
B. Cinsel İstismar Suçu ile Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu Arasındaki Farklar .....	11
C. Cinsel İstismar Suçu ile Cinsel Taciz Suçu Arasındaki Farklar .....	13
D. 765 S. Türk Ceza Kanununda Düzenlenen Cinsel Suçlar .....	14
III. KORUNAN HUKUKİ DEĞER.....	17

## İKİNCİ BÖLÜM

### CİNSEL İSTİSMAR SUÇUNUN UNSURLARI VE NETTİCESİ SEBEBİYLE AĞIRLAŞMIŞ HALLERİ

I.SUÇUN UNSURLARI .....	21
A. Tipiklik.....	21
B. Suçun Maddi Unsurları .....	24

1. Fail .....	24
2. Mağdur .....	25
3. Konu.....	34
4. Fiil.....	35
a. Çocuğun Basit Cinsel İstismarı Suçunda Fiil .....	36
b. Çocuğun Nitelikli Cinsel İstismarı Suçunda Fiil.....	44
c. Fiili İşlemek İçin Başvurulan Araçlar .....	51
5. Netice .....	60
6. Suçun Daha Ağır Cezayı Gerektiren Nitelikli Unsurları .....	60
a. Şahsa Bağlı Nitelikli Unsurlar .....	61
b. Fiile Bağlı Nitelikli Unsurlar .....	67
C. Suçun Manevi Unsuru .....	73
D. Hukuka Aykırılık.....	76
II. SUÇUN NETİCESİ SEBEBİYLE AĞIRLAŞMIŞ HALLERİ .....	78
A. Suçun Sonucunda Mağdurun Beden veya Ruh Sağlığının Bozulması .....	89
B. Suçun Bitkisel Hayata Girme veya Ölüme neden olması.....	99

## ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

### SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ, KOVUŞTURMA VE SORUŞTURMA USULÜ İLE YAPTIRIM

I. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ .....	97
A. Teşebbüs .....	97
1. Suçun Basit Haline Teşebbüs .....	104
2. Suçun Nitelikli Haline Teşebbüs.....	105
3. Suçun Netice Sebebiyle Ağırlaşan Haline Teşebbüs .....	114

B. İştirak .....	118
1. Müşterek Faillik .....	119
2. Dolaylı Faillik .....	122
3. Suç işlemeye Azmettirme .....	126
4. Yardım Etme .....	128
5. Netice Sebebiyle Ağırlaşmış Suça İştirak.....	131
C. Çocuğun Cinsel İstismarı Suçunda İçtima .....	132
1. Cinsel İstismar Suçu Açısından Bileşik Suç .....	133
2. Cinsel İstismar Suçu Açısından Zincirleme Suç .....	137
3. Cinsel İstismar Suçu Açısından Aynı Neviden Fikri İçtima .....	146
4. Cinsel İstismar Suçu Açısından Farklı Neviden Fikri İçtima .....	146
II. KOVUŞTURMA VE SORUŞTURMA USULÜ İLE YAPTIRIM .....	151
A. Kovuşturma ve Soruşturma Usulü .....	151
B. Yaptırım .....	152
C. Görevli Mahkeme.....	154
D. Evlenmenin Yaptırımın Tespitine Etkisi .....	155
E. Yaptırımın Tespitinde Takdiri İndirim Nedenleri ve Haksız Tahrik Hükmü.....	158
1. Yaptırımın Tespitinde Takdiri İndirim Nedenleri .....	158
2. Haksız Tahrik Hükmü .....	158
<b>SONUÇ.....</b>	<b>164</b>
<b>YARARLANILAN KAYNAKLAR.....</b>	<b>178</b>
<b>ÖZGEÇMİŞ.....</b>	<b>164</b>



## ÖZET

Çocuk istismarı; çocuğun, sağlığını, fiziki gelişimini, psiko-sosyal gelişimini olumsuz yönde etkileyen, bir yetişkin veya toplum tarafından bilerek veya bilmeyerek yapılan davranışlardır. Cinsel istismar ise, bir yetişkinin cinsel ihtiyaçlarını karşılamak için çocuğu kullanmasıdır. Toplumca kabul edilmesi zor olduğundan ortaya çıkarılması ve belirlenmesi, çoğu zaman yapılamamakta ve gizli kalmaktadır. Cinsel istismar bedensel temas içeren ve bedensel temas içermeyen davranışlar olmak üzere ikiye ayrılır. İnceleme konumuz olan çocuğun cinsel istismarı suçu, bedensel temas içermekte olup, istismar türlerinin en yaygın olanıdır.

Çocuğun cinsel istismarı suçu kavram olarak hukukumuza 5237 S. TCK.nu ile giren bir kavramdır. 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren bu Kanun kişilerin cinsel dokunulmazlığı ihlal eden fiilleri, mülga olan 765 S. TCK'nun aksine "genel ahlâkı ve aile nizamını" ilgilendiren ihlaller olarak değil, kişisel değerlere yönelik tecavüzler olarak değerlendirmiştir. Cinselliğin bir genel ahlâk değil, özgürlük sorunu olduğu kabul edilmiştir. Diğer taraftan kavramlarda değişmiş ırza geçme, ırz ve namusa tasaddide bulunma, söz atma ve sarkıntılık kavramlarının yerini, cinsel istismar, cinsel saldırı ve cinsel taciz almıştır.

5237 Sayılı Türk Ceza Kanununun 103. maddesinde düzenlenen çocuğun cinsel istismarı suçunun 1. fıkrasında, çocuğun basit cinsel istismarı, 2. fıkrasında çocuğun nitelikli cinsel istismarı düzenlenmiştir. Maddenin 3. 4. ve 5. fıkralarında da basit ve nitelikli cinsel istismarı suçunun ağırlatıcı unsurları, 6.ve 7. fıkralarda da suçun netice sebebiyle ağırlaştırılmış halleri düzenlenmiştir.

Çocuk istismarı çok geniş perspektifte ele alınması gereken bir konudur. Tıp doktorlarının, psikologların, sosyologların, eğitimcilerin, kolluk güçlerinin ve hukukçuların bir araya gelerek işbirliği içinde disiplinli bir şekilde çalışmaları sonucunda başarılı sonuçlar elde edilebilir. Tabi bunlardan önce

çocuğu koruyacak, sapıkça cinsel davranışları engelleyip bu husustaki cesaretleri kırarak ve istismarcıları cezalandıracak etkin bir ceza hukuku ve ceza adalet sisteminin olması gerekir.

Anahtar Kelimeler: Çocuğun Cinsel İstismarı, Cinsel İstismar, Çocuğa Cinsel Saldırı

## ABSTRACT

Child abuse is defined as the behaviours affecting the health, physical, psychosocial development of the child in a negative manner that are conducted by an adult, society or a country either intentionally or unintentionally. Sexual exploitation is defined as the use of child by an adult in order to meet his/her sexual needs. Since it is not acceptable by the society it is difficult to identify such exploitation and remains secret. Sexual exploitation may be classified into two groups: those involving physical interaction and those not involving physical interaction. Our study, which is the crime of sexual exploitation of child, is the most widespread one including physical interaction.

The concept of 'sexual exploitation of child' is introduced by the Turkish Criminal Code, law no 5237 in our legal system. The law entered into force in 01.06.2005 and unlike the former Criminal Code law no 765, new one regulated crimes those committed against sexual inviolability as within the scope of personal rights but not within the scope of offences against public moral and family order. Therefore sexuality is legally recognised as a concept of freedom but not a concept of public morality. Furthermore, the concepts of rape, indecent assault, molestation are replaced by sexual exploitation, sexual attack, and sexual disturbance.

Basic form of sexual exploitation of child is regulated in the first paragraph and qualified form of the offence is regulated in the second paragraph of Article 103 of Turkish Criminal Code, Law No 5237. The aggravated elements of the basic and qualified forms of the offence are stated in the paragraphs 3, 4, 5 and the aggravated forms based on the consequences of the offence are regulated in the 6<sup>th</sup> and 7<sup>th</sup> paragraphs.

Child abuse is a subject that should be considered from a wide perspective. If, doctors, psychologists, sociologists, pedagogs, law enforcement officers and lawyers work in close cooperation they may be

successful in combating with this crime. It is beyond doubt that there should be an effective legal system in force that protects child, prevents such abusive behaviours by retribution of perpetrators in the first place.

Key words: sexual exploitation of child, sexual abuse, sexual attack to a child.

## KISALTMALAR

a.g.e.	:	adı geen eser
a.g.m.	:	adı geen makale
Av.	:	Avukat
bkz.	:	bakınız
C.	:	Cilt
CD	:	Ceza Dairesi
CGK	:	Ceza Genel Kurulu
CMK	:	Ceza Muhakemeleri Kanunu
E.	:	Esas
ETCK	:	Eski Türk Ceza Kanunu
İt. CK.	:	İtalya Ceza Kanunu
İt. Yrg	:	İtalya Yargıtay'ı
K.	:	Karar
m.	:	madde
s	:	sayfa
S.	:	Sayı
TCK	:	Türk Ceza Kanunu
TMK	:	Türk Medeni Kanunu
v.b.	:	ve benzeri
Y.	:	Yıl
Yarg.	:	Yargıtay
YD	:	Yargıtay Dergisi
YKD	:	Yargıtay Kararları Dergisi
YTCK	:	Yeni Türk Ceza Kanunu

## GİRİŞ

Cinsel suç, ceza yasalarında kamu ahlakı, genel adap, aile düzeni gibi kavramlarla çeliştikleri öngörülüp, ihlal ettikleri çıkarlar açısından değerlendirilerek, kişinin cinsel özgürlüğüne veya insanlık özsaygısına ya da toplumsal düzeninin varlığına zarar verdiği kabul olunan dolayısıyla da o günün geçerli toplumsal değerleri ve ahlak kuralları doğrultusunda cezaları saptanan cinsel kökenli eylemlerdir.<sup>1</sup> Cinsel özgürlük de kişisel özgürlüğün bir parçasıdır. Ancak, bunu sınırsız bir şekilde değil, içinde bulunduğu toplumun örf ve adetlerine göre şekillenen hukukun çizdiği sınırlar içerisinde kullanabilir. Hukuk kendi cinsel istek ve arzuları için bir başkasının cinsel özgürlüğüne saldırı hakkı vermez. Tüm hukuk sistemlerinde bu tür saldırılara karşı, toplumun değer ölçülerine göre az çok müeyyideler getirilmiştir. Cinsel suçlar, insana yönelik suçlar içerisinde en ağır suçlardan birisi olarak değerlendirilmektedir. Cinsel suçlar insanlık var olduğundan beri kültür, dini inanç, sosyo-ekonomik düzey, rejim farkı olmaksızın, bütün toplumlarda, bireyin mahremiyetine, kişiliğine, fiziksel ve ruhsal varlığına ve çevresine karşı işlenen, kasten öldürmeden sonra en ağır suç olarak süregelen bir şiddet biçimidir.<sup>2</sup> Birey toplum ilişkilerinde, öngörülen suç politikası bakımından hak ve özgürlükler belirlenirken, cinsel dokunulmazlığın da nasıl teminat altına alınacağı birçok hukuk sisteminde hayati önem arzemiş ve çok uzun tartışmalara neden olmuştur. Düşünsel anlamda ileri sürülen argümanların birçoğu da devletlerin bizatihi hukuk düzenlerinde farklı ceza hukuku türleriyle, doğrudan ve açık hükümlerle yer almıştır. Gerek antik dönemlerde gerek ortaçağda gerekse din odaklı hukuki sistemlerde cinsel suçlar ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiş ve şiddetli yaptırımlara tabi tutulmuştur.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> Cahit Can, **Toplumsal İnsanın Evrensel Doğası ve Cinsel Suçlar**, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2002, s.487.

<sup>2</sup> Oğuz Polat, **Klinik Adli Tıp, Adli Tıp Uygulamaları**, Ankara: Seçkin Kitabevi, 2006, s.199.

<sup>3</sup> Abbas Kılıç, "Cinsel Hâkimiyet ve Yeni Türk Ceza Kanununda Cinsel Saldırı Suçu", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı 78, 2008, s.173.

Toplumun geleceği olan çocukların fiziksel ve ruhsal açıdan sağlıklı olarak yetiştirilmesi onlara sağlayacağımız imkânlarla ilgilidir. İnsan çok yönlü bir varlıktır. Çocukların fiziki ihtiyaçlarını karşılariken, diğer taraftan da sorumluluk sahibi, bilinçli ve nitelikli bir birey olmaları için ruhsal açıdan da sağlıklı olmaları gerekir. Cinsel istismar insanın temel hak ve özgürlüğüne, bireysel bütünlüğüne yönelmiş en ağır fiziksel saldırı türlerindedir. Çocukluk dönemi, cinsel gelişim ve bilgilenmenin henüz tamamlanmadığı bir süreçtir. Bu dönemde yaşanacak herhangi bir cinsel istismar eylemi sonucu; çocuğun fiziksel, ruhsal, cinsel ya da sosyal açıdan zarar görmesi, sağlık güvenliliğinin tehlikeye girmesi söz konusudur. İstismar ve ihmalin bu farklı şekilleri yalnız aileleri değil, toplumu, sosyal kuruluşları, yasal sistemleri, eğitim sistemini ve iş alanlarını da etkileyen bir halk sorunudur.<sup>4</sup>

Çocuk istismarı çok geniş perspektifte ele alınması gereken bir konudur. Tıp doktorlarının, psikologların, sosyologların, eğitimcilerin, kolluk güçlerinin ve hukukçuların bir araya gelerek işbirliği içinde disiplinli bir şekilde çalışmaları sonucunda başarılı sonuçlar elde edilebilir. Tabi bunlardan önce çocuğu koruyacak, sapıkça cinsel davranışları engelleyip bu husustaki cesaretleri kırarak ve istismarcıları cezalandıracak etkin bir ceza hukuku ve ceza adalet sisteminin olması gerekir.

Ben de bu çalışmada mevzuatımızda ki çocuğun cinsel istismarının düzenlendiği, 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 s. Türk Ceza Kanunu'nun 103. maddesinde düzenlenmiş çocukların cinsel istismarı suçunu ele aldım. Bu yapılırken öncelikle çocuk istismarı ve yürürlükten kaldırılan 765 s. Türk Ceza Kanunundaki cinsel suçlar hakkında genel bilgiler verildikten sonra çocukların cinsel istismarı suçunun unsurlarının incelemesine geçilmiş, suçun maddi unsurlarına ilişkin olan suçla korunan hukuki değer, suçun hukuki konusu, fail, mağdur ve fiil sırasıyla incelenmiş,

---

<sup>4</sup> Nimet Ovayolu, Özlem Uçan ve Selver Serindağ, “Çocuklarda Cinsel İstismar ve Etkileri”, **Fırat Sağlık Hizmetleri Dergisi**, cilt.2, sayı 4, 2007, s.15.

ardından suçun nitelikli hallerine ilişkin açıklamalara yer verilmiştir. Ardından suçun ağırlatıcı nedenleri, suçun netice sebebiyle ağırlaşmış halleri olan mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması ve mağdurun suç sonucu bitkisel hayata girmesi veya ölmesi konuları irdelenmiş, suçun hukuka aykırılık unsuru ve manevi unsuruna ilişkin bilgiler verilmiş ve suçun özel görünüş şekillerine ilişkin incelemeler yapılmıştır. Bu açıklamalardan sonra da, suçun muhakemesine ilişkin bilgilere yer verilmiş, kovuşturma, görevli mahkeme, yaptırım, evlenmenin etkisi ve cinsel suçlarda haksız tahrik hükümleri ayrı ayrı başlıklar altında açıklanmaya çalışılmış, tüm bu açıklamalar yapılırken de uygulamadan ve Yargıtay kararlarından örnekler verilmiştir. Son olarak da konunun bir nevi özeti olan ve konuyla ilgili önerilerimizin yer aldığı sonuç bölümüyle çalışma sonlandırılmıştır.



## BİRİNCİ BÖLÜM

### KAVRAM, BENZER SUÇLARDAN FARKI VE KORUNAN HUKUKİ DEĞER

#### I. KAVRAM

Çocuk istismarı ile ilgili birçok tanım yapılmıştır. Tanımların çok fazla olması ve ortak bir tanımın oluşabilmesi için Dünya Sağlık Örgütü 1985 de toplanıp konunun uzmanlarını bir araya getirerek çalışmalar yapmış ve çocuk istismarını: “Çocuğun, sağlığını, fizik gelişimini, psiko-sosyal gelişimini olumsuz yönde etkileyen, bir yetişkin, toplum veya ülkesi tarafından bilerek veya bilmeyerek yapılan davranışlardır.” şeklinde tanımlamışlardır. Tanım aynı zamanda çocuğun istismar veya şiddet olarak algılamadığı veya yetişkinlerin istismar olarak kabul etmediği davranışları da içine alır. Davranışın mutlaka, çocuk tarafından algılanması veya yetişkin tarafından bilinçli olarak yapılması koşul değildir.<sup>5</sup>

İstismar kavramı hukukumuzda Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesinin kabulü ile girmiş bulunmaktadır. Sözleşmenin 34. maddesi “cinsel istismara” ilişkin olup, taraf devletleri çocuğu her türlü cinsel sömürüye ve cinsel suistimale karşı koruma güvencesi vermeleri konusunda yükümlülük altına sokmaktadır.<sup>6</sup> 5237 S. TCK.nun 6. maddesine göre çocuk; bu sözleşme hükümleri göz önünde bulundurularak, henüz on sekiz yaşını doldurmamış kişi olarak tarif edilmiştir.İstismar ise yararlanma, sömürme ve kötüye kullanma anlamlarına gelmektedir.<sup>7</sup>

---

<sup>5</sup> Oğuz Polat, **Tüm Boyutlarıyla Çocuk İstismarı**, 1.b., Ankara: Seçkin Yayınları, Ocak 2007, s. 24.

<sup>6</sup> Şeref Gürkan, “765 ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunlarının Cinsel Suçlar Yönünden Karşılaştırılması ve Silifke Ceza Mahkemelerine 2000-2005 Yılları Arasında Yansıyan Cinsel Suçların İncelenmesi”, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü Sosyal Bilimler Anabilim Dalı, 2006), s. 4.

<sup>7</sup> Ali Şafak, **Ansiklopedik Hukuk Sözlüğü**, 4. Baskı Ankara, Selim Kitapevi, 2002; Esat Şener, **Hukuk Sözlüğü**, Ankara, 2001, s.378.

Çocuğun cinsel istismarı, çocuk istismarının en kötüsüdür. Çocuk istismarı çok geniş perspektifte ele alınması gereken bir konudur. İnsanlık tarihinin başlangıcıyla beraber var olmasına karşın dünyada problem olarak algılanması ve buna yönelik sistematik çalışmaların başlaması, ancak 100 yıllık bir geçmişe sahiptir. Çocuk istismarı, ilk kez 1960'lı yıllardan itibaren konuşulmaya başlanmış, Amerika, İngiltere ve sonrada tüm Avrupa da üzerinde yaygın olarak çalışılmaya başlanmıştır.<sup>8</sup> Türkiye'de ise bu konuyla ilgili çalışmaların başlangıcının çok daha yeni olduğu söylenebilir.

Çocuk istismarı, çok geniş anlamda, belli bir zaman dilimi içerisinde bir yetişkin tarafından çocuğa o kültürde kabul edilmeyen bir davranışın uygulanmasıdır. Başka bir söyleyişle çocuğun büyüme ve gelişmesini olumsuz yönde engelleyen her türlü davranış çocuk istismarıdır. Bu tip davranışların iki değişkene bağlı olduğu görülmektedir. Birincisi zaman içerisinde değişiklikler göstermesidir. Bundan 50 yıl önce normal kabul edilen bir davranışın bugün olması gereken davranışın dışında kalması çocuk istismarında çok önemli bir boyutu oluşturmaktadır. İkinci faktör ise bu davranışların kültürler arasında farklılıklar göstermesi ve ülkeden ülkeye değişiklikler göstermesidir.<sup>9</sup>

Çocuk istismarı fiziksel istismar, cinsel istismar, duygusal istismar, çocuğun ihmali şeklinde karşımıza çıkmaktadır.

Çocuk istismarı tipleri içerisinde tespiti en zor olan cinsel istismar türü olup; yaşı küçük olan bir çocuğun bir yetişkin tarafından cinsel doyum için kötüye kullanılmasıdır. Genital bölgeleri elleme, teşhircilik, röntgencilik, pornografiden ırza geçmeye kadar çok geniş yelpazedeki tüm davranışları kapsamaktadır. Cinsel istismar gelişmiş ülkelerde fiziksel istismara göre daha sık rastlanan istismar türüdür. Fakat mutlaka şiddet içermesi gerekmez. Cinsel istismarda istismarcı çocuğu cinsel bir obje olarak kullanarak kendi

---

<sup>8</sup> Oğuz Polat, **Tüm Boyutlarıyla Çocuk İstismarı**, s. 24.

<sup>9</sup> Polat, **Tüm Boyutlarıyla Çocuk İstismarı** , s. 27.

güçsüzlüğünü ve ihtiyaçlarını tatmin eden bir erişkin ya da ergen olabilir. Çocuk kurban cinsel bir harekete sürüklenmiş ve anlamını bilmediği bu harekette rol oynamış olabilir. Bu cinsel hareket çocuğun yaşına, duygusal gelişimine ve ailedeki rolüne uygun değildir. Çocuk çoğu zaman cinsel bir harekette bulunmaya, çoğu zaman da pornografik resimlere ya da filmlere bakmaya zorlanır.<sup>10</sup>

Cinsel istismarı; temas içermeyen cinsel istismar (seksi konuşma, teşhir, röntgencilik), cinsel dokunma ve sürtünme, oral seks, seksüel penetrasyon ve cinsel sömürü olarak gruplandırmak mümkündür. Bu gruplandırma ileride ayrıntısıyla değinileceği üzere hukukumuzda suç tiplerinin belirlenmesinde önem arz etmektedir.

Cinsel temaslarda esas rızadır; ancak, kişinin rızasının geçerli sayılacağı bir yaşta bulunması gereklidir. Bu nedenle “cinsel ilişkiye rıza yaşı” cinsel suçlar konusunda önemle üzerinde durulan bir husustur. Cinsel ilişkiye rıza yaşı (İngilizce deyimiyile age of consent) ile kişinin erginlik (rüş) yaşı birbirinden farklı kavramlardır. Sözelimi dünyanın hemen her yerinde erginlik yaşı 18 olduğu halde cinsel ilişkiye rıza yaşı bazı ülkelerde 18, bazılarında 16 ve 15 yahut 14 tür.<sup>11</sup> Bizim hukumuza göre cinsel ilişkiye rıza yaşı 18’dir.

Çocuğun cinsel istismarı suçu kavram olarak hukumuza 5237 S. TCK.nu ile giren bir kavramdır. 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren bu Kanun kişilerin cinsel dokunulmazlığı ihlal eden fiilleri, mülga olan 765 S. TCK’nun aksine “genel ahlâkı ve aile nizamını” ilgilendiren ihlaller olarak değil, kişisel değerlere yönelik tecavüzler olarak değerlendirmiştir. Cinselliğin bir genel ahlâk değil özgürlük sorunu olduğunun kabul edilmesiyle, doğrudan kişilerin cinsel bütünlüklerine yönelik fiiller, cinsel özgürlüğe karşı suçlar

<sup>10</sup> Polat, **Tüm Boyutlarıyla Çocuk İstismarı**, s. 46.

<sup>11</sup> Sulhi Dönmezer, “Son Çalışmaları-Cinsel ve Cinselliğe İlişkin Suçlarda Yeni Trentler”, **Türk Ceza Hukuku Derneği Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer Armağanı**, 1.b., Ankara, Şubat C.1, 2008,s.270.

şeklinde ayrı bir suç kategorisi olarak düzenlenmeye başlamıştır. Bu çerçevede, cinsellikle ilgili olup doğrudan kişilerin cinsel bütünlüğünü ihlâl etmeyen, toplumda geçerli olan genel adap duygusuyla ve töresiyle bağdaşmayan fiiller ise, genel ahlâka karşı suçlar (m. 225-227) kapsamında yaptırım altına alınmıştır<sup>12</sup>. Cinsel dokunulmazlığı ihlal eden fiiller ise; Yeni Ceza Kanununun özel hükümlere ilişkin “ikinci kitabının” “kişilere karşı suçları” cezalandıran “ikinci kısmının” “altıncı bölümünde” yaptırım altına alınmıştır. Kanunda cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar, dört ana suç tipi halinde, “102. maddede cinsel saldırı”, “103. maddede çocuğun cinsel istismarı”, “104. maddede reşit olmayanla cinsel ilişki” ve “ 105. maddede cinsel taciz” başlıkları ile düzenlenmiştir.

TCK.nun 103.maddenin 1. fıkrasına göre; on beş yaşını tamamlamamış çocuklar ile on beş yaşını tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş veya algılama yeteneği gelişmiş ancak bu çocuklara karşı cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilen cinsel davranışlar cinsel istismardır. Yargıtay uygulamalarına göre bu çocuğun basit cinsel istismarıdır. 103. maddenin 2. fıkrasına göre; cinsel istismar vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilir ise bu da çocuğun nitelikli cinsel istismarını oluşturmaktadır.

---

<sup>12</sup> İlhan Üzülmöz, “Yeni Türk Ceza Kanununda Cinsel Saldırı Suçu”, **3.Yılında Yeni Ceza Adaleti Sistemi**, Editör: Bahri Öztürk, 1.b., Ankara, Seçkin Yayınevi, 2009, s.251.

## II. CİNSEL İSTİSMAR SUÇUNUN BENZER SUÇLARDAN FARKI

Yukarıda da belirttiğimiz üzere hukukumuzda cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar, cinsel saldırı, çocuğun cinsel istismarı, reşit olmayanla cinsel ilişki ve cinsel taciz başlıkları ile düzenlenmiştir.

### A. Cinsel İstismar Suçu ile Cinsel Saldırı Suçu Arasındaki Farklar

Cinsel saldırı suçu<sup>13</sup> ile çocuğun cinsel istismarı suçu temel olarak benzer suç tipidir. Cinsel saldırı suçunda suçun mağduru ancak onsekiz yaşından büyükler olabilir. Zira onsekiz yaşından küçüklere yönelik cinsel davranışlar cinsel istismar olarak TCK.nun 103. maddesi kapsamında cezalandırılmıştır<sup>14</sup>

İki suç arasındaki en temel fark cinsel saldırı suçunda mağdurun 18 yaşını doldurmuş olmasıdır. Diğer bir ifade ile cinsel saldırı teşkil eden eylemlerin çocuklara karşı işlenmesi durumunda çocuğun cinsel istismarı suçu oluşacaktır. Cinsel saldırı suçunda korunan ortak hukukî değer, kişilerin cinsel dokunulmazlığıdır. Yine, en temel farklardan biri de cinsel saldırı suçunda, kişinin rızası hukuka uygunluk nedeni olup ceza sorumluluğunu ortadan kaldırmasıdır. Yani 5237 sayılı TCK'nın 26/2 maddesinde "Kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere,

---

<sup>13</sup> **MADDE 102.** - (1) Cinsel davranışlarla bir kimsenin vücut dokunulmazlığını ihlâl eden kişi, mağdurun şikâyeti üzerine, iki yıldan yedi yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (2) Fiilin vücutta organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle işlenmesi durumunda, yedi yıldan oniki yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. Bu fiilin eşe karşı işlenmesi hâlinde, soruşturma ve kovuşturmanın yapılması mağdurun şikâyetine bağlıdır. (3) Suçun; a) Beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı, b) Kamu görevinin veya hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle, c) Üçüncü derece dâhil kan veya kayın hısımlığı ilişkisi içinde bulunan bir kişiye karşı, d) Silâhla veya birden fazla kişi tarafından birlikte, işlenmesi hâlinde, yukarıdaki fıkralara göre verilen cezalar yarı oranında artırılır. (4) Suçun işlenmesi sırasında mağdurun direncinin kırılmasını sağlayacak ölçünün ötesinde cebir kullanılması durumunda kişi ayrıca kasten yaralama suçundan dolayı cezalandırılır. (5) Suçun sonucunda mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması hâlinde, on yıldan az olmamak üzere hapis cezasına hükmolunur. (6) Suç sonucu mağdurun bitkisel hayata girmesi veya ölümü hâlinde, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükmolunur.

<sup>14</sup> Üzülmöz, a.g.e. s. 253.

açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez” şeklindeki düzenleme dikkate alındığında, rıza kapsamı dışında tüm eylemler hukuka aykırı olacaktır. Verilen rızanın eylemler devam ederken geri alınması veya daha ileri götürülmesine rıza gösterilmemesi hâlinde de eylem cinsel saldırı suçunu oluşturacaktır. Ancak, ileride daha ayrıntısıyla değinileceği üzere cinsel istismar suçunda, suçun oluşması açısından rızanın bir önemi yoktur.

TCK.nun 102. madde başlığının “Cinsel Saldırı” olması, saldırı kavramının da rıza dışı yapılan ve doğal olarak hukuka aykırı eylemleri kapsamaması nedeniyle hemen ilk elde, bu düzenlemenin korumaya aldığı, mağdurun kendisine karşı gerçekleştirilen eylemlerde rızası bulunmayan bir kişi olduğunu belirtmektir.<sup>15</sup> Bundan dolayı da TCK.nun 103. madde başlığı “cinsel istismar” olarak düzenlenmiştir. Erişkin kişilere karşı işlenen fiiller açısından cinsel saldırı ifadesi kullanılmasına rağmen, çocuklar açısından cinsel istismar ifadesi kullanılmıştır. On beş 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. Başka bir deyişle, kendisine karşı gerçekleştirilen cinsel davranışlar açısından bu çocuğun rıza açıklamasında bulunması, fiili suç olmaktan çıkarmayacak ve kişinin ceza sorumluluğunu ortadan kaldırmayacaktır. Bu bakımdan, on beş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte maruz kaldığı fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan kişilere karşı gerçekleştirilen her türlü cinsel davranış, cinsel istismar olarak kabul edilmiştir.

TCK.nun 102/1. maddesinde düzenlenmiş cinsel saldırının temel şekli, vücut dokunulmazlığını ihlal eden cinsel davranışlarla işlenebilir. Buna

---

<sup>15</sup> İsmail Malkoç, **Yeni Türk Ceza Kanununda Cinsel Saldırı Suçları**, 1.b., Ankara: Malkoç Kitabevi, 2005, s. 14.

göre, suçun maddî unsuru, kişinin vücudu üzerinde gerçekleştirilen, cinsel arzulan tatmin amacına yönelik ve fakat cinsel ilişki boyutuna varmayan cinsel davranışlardan ibarettir. Başka bir anlatımla suç, cinsel arzulan tatmin amacına yönelik olarak gerçekleştirilen, vücut dokunulmazlığını ihlâl eden, ancak vücuda organ veya cisim sokma mahiyeti taşımayan davranışlarla işlenebilir. "Cinsel davranış, cinsel arzuları tatmin amacıyla gerçekleştirilen hareketlerdir."<sup>16</sup> Ancak, bu tür bir davranış vücut dokunulmazlığını ihlâl ettiği

---

<sup>16</sup> Bkz. 102. madde gerekçesi: Cinsel dokunulmazlık, kişilerin vücudu üzerinde cinsel davranışlarda bulunulması suretiyle ihlâl edilir. Bu bölümde yer alan suçlarla korunan ortak hukukî değer, kişilerin cinsel dokunulmazlığıdır. Bu bölümde yer alan suçlar, esasen kişiye karşı işlenmiş olan suçlar olması itibarıyla, İkinci Kitabın "Kişilere Karşı Suçlar" başlıklı İkinci Kısım altında düzenlenmişlerdir. Maddenin birinci fıkrasında, cinsel saldırı suçunun temel şekli tanımlanmıştır. Bu suçun oluşabilmesi için, cinsel arzuları tatmin amacına yönelik davranışlarla kişinin vücut dokunulmazlığının ihlâl edilmesi gerekir. Suçun temel şekline ilişkin maddî unsuru, kişinin vücudu üzerinde gerçekleştirilen, cinsel arzuları tatmin amacına yönelik ve fakat cinsel ilişkiye varmayan cinsel davranışlar oluşturmaktadır. Suçun oluşması için, gerçekleştirilen hareketlerin objektif olarak şehvî nitelikte bulunmaları yeterlidir; failin şehvî arzularının fiilen tatmin edilmiş olması gerekmez. Söz konusu suç, farklı cinsten kişiye karşı işlenebileceği gibi, aynı cinsten kişiye karşı da işlenebilir. Suçun temel şekline ilişkin olarak soruşturma ve kovuşturmanın yapılması, mağdurun şikâyetine bağlı tutulmuştur. Maddenin ikinci fıkrasında, cinsel saldırının vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi, bu suçun nitelikli hâli olarak tanımlanmıştır. 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 da tanımlanan nitelikli hâlinin oluşabilmesi için, gerçekleştirilen davranışın cinsel arzuların tatmini amacına yönelik olması şart değildir. Cinsel saldırı suçunun nitelikli hâlini oluşturan bu fiiller, eşe karşı da işlenebilir. Evlilik birliği, eşlere sadakat yükümlülüğünün yanı sıra, karşılıklı olarak birbirlerinin cinsel arzularını tatmin yükümlülüğü de yüklemektedir. Buna karşılık, evlilik birliği içinde bile, cinsel arzuların tatminine yönelik talepler açısından tıbbi ve hukukî sınırların olduğu muhakkaktır. Bu sınırların ihlâli suretiyle eş üzerinde gerçekleştirilen ve cinsel saldırı suçunun nitelikli hâlini oluşturan davranışlar, ceza yaptırımını gerekli kılmaktadır. Ancak, bu durumda soruşturma ve kovuşturmanın yapılması, mağdur eşin şikâyetine bağlı tutulmuştur. Üçüncü fıkra da, bu suçun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli unsurları tanımlanmıştır. Buna göre, suçun, a) beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı, b) kamu görevinin veya hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle, c) üçüncü derece dâhil kan veya kayın hısımlığı ilişkisi içinde bulunan bir kişiye karşı, d) silâhla veya birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi hâlinde, verilecek cezanın belirtilen oranda artırılması gerekmektedir. (d) bendinde, cinsel saldırının birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi, bu suçun icra hareketlerinin müsterek fail olarak sorumluluğu gerektirecek şekilde gerçekleştirilmesini ifade etmektedir. Bu bakımdan, söz konusu suçun örneğin bir başkası tarafından azmettiren veya yardım eden sıfatıyla iştirak ederek işlenmesi hâlinde, sadece bu nedenle (d) bendi hükmüne istinaden cezada artırım yapılamayacaktır. Cinsel saldırı suçunun özelliği, bu suçu oluşturan fiillerin mağdurun iradesi dışında gerçekleştirilmesidir. Mağdura karşı cebir veya tehdit ya da hile kullanılabileceği gibi, örneğin bilincinin yitirilmesine neden olmak veya örneğin uyku hâli dolayısıyla bilincinin kapalı olmasından yararlanmak suretiyle de bu suçlar işlenebilirler. Maddenin dördüncü fıkrasına göre, bu suçun işlenmesi sırasında mağdurun direncinin kırılmasını sağlayacak ölçünün ötesinde cebir kullanılması durumunda, ayrıca kasten yaralama suçundan dolayı cezaya hükmetmek gerekecektir. Beş ve altıncı fıkralarda cinsel saldırı suçunun neticesi sebebiyle ağırlanmış hâlleri düzenlenmiştir. Bu itibarla, cinsel saldırı suçunun işlenmesi suretiyle mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulmasına neden olunması, daha ağır ceza ile cezalandırılmayı gerektirmektedir. Keza,

takdirde 102/1. madde bakımından tipiktir. Vücut dokunulmazlığını ihlâl eden bir hareketin cinsel saldırı suçu bakımından tipik olup olmadığı, hareketi gerçekleştirenin hangi amaçla hareket ettiğine bakılarak belirlenecektir. Cinsel arzulan tatmin amacı taşımayan vücut dokunulmazlığını ihlâl eden hareketler cinsel saldırı suçunu oluşturmayacaktır. Failin cinsel arzularını tatmin amacıyla hareketini gerçekleştirmesi yeterlidir, ayrıca şehvi arzularını fiilen tatmin etmesi gerekli değildir.<sup>17</sup> Kişinin vücudu üzerinde iradesi hilafına cinsel arzuları tatmin amacıyla temas halinde gerçekleştirilen hareketler cinsel saldırının temel şeklini oluşturur.<sup>18</sup> Nitelikli halinde ise, (TCK.nun 102/2 m.) cinsel arzuları tatmin gayesiyle olmasa bile vücuda organ veya sair bir cisim sokulması cezalandırılmaktadır.<sup>19</sup>

## **B. Cinsel İstismar Suçu ile Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu Arasındaki Farklar**

Kanun cinsel istismar suçu bakımından 15 yaşını doldurmamış veya doldurmuş olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş çocukların rızalarına suçun oluşumu bakımından bir değer atfetmemiştir. 15 yaşını doldurmamış veya doldurmuş olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş çocukların rızaları olsa dahi eylem yine de suç teşkil edecektir. 15 yaşını doldurmuş ve fiilin anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmiş çocukların rızası varsa bu durum da, şayet eylem basit istismar niteliğinde ise; aynı 765 S. TCK.nun da olduğu gibi eylem suç teşkil etmeyecek, şayet eylem nitelikli cinsel

---

cinsel saldırı sonucunda mağdurun bitkisel hayata girmesi veya ölümü hâlinde, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükmolunacaktır. Ancak, bu durumlarda, netice sebebiyle ağırlaştırılmış suçlar dolayısıyla sorumluluk için aranan koşulların gerçekleşmesi gerekir.

<sup>17</sup> Üzülmöz, **Cinsel Saldırı**, s.253, Benzer: Handan Yokuş Sevik, “5237 s.Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Saldırı ve Cinsel Taciz Suçları”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, sayı 57, 2005, s. 251,252; Caner Yenidünya, “5237 sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar”, **Legal Hukuk Dergisi**, C. 3, Sayı. 33, Eylül 2005,s.3287,3288.

<sup>18</sup> Necati Apaydın, “Türk Ceza Kanunu Tasarısındaki Bazı Suç Düzenlemeleri Üzerine Düşünceler”, **Türk Ceza Kanunu Reformu, Makaleler, Görüşler Raporlar, İkinci Kitap**, Türkiye Barolar Birliği, Editör: Teoman Ergül, Ankara 2004, s. 150.

<sup>19</sup> Yenidünya, a.g.m., s. 3285; Sevik, Cinsel Saldırı, s.248.



istismar niteliğinde ise TCK.nun 104. maddesinde düzenlenmiş reşit olmayanla cinsel ilişki suçu oluşacaktır.<sup>20</sup> 104. maddenin re'sen kovuşturmayaya tabi 2. fıkrası Anayasa Mahkemesi'nin 23.11.2005 günlü 2005/103 - 89 sayılı kararı ile iptal edilmesi karşısında, aradaki yaş farkı ne olursa olsun kovuşturması şikâyete bağlı 1. fıkradaki suç oluşacaktır.

15 yaşını doldurmuş çocuğun vücuduna cebir, tehdit veya hile olmaksızın cinsel organ dışında başka bir organ veya sair cisim sokulursa ne şekilde hareket edilecektir? Zira TCK.nun 104. maddesi cinsel ilişkiyi yaptırıma bağlamaktadır. Cinsel ilişki gerek Yargıtay Kararlarında<sup>21</sup> gerekse de doktrinde “aktif failin tenasül organını diğerinin vücuduna normal ya da anormal bir şekilde sokması” olarak tanımlanmaktadır<sup>22</sup>. Nitekim 104. maddenin 765 sayılı TCK.daki karşılığını oluşturan 416/son maddesinde de “reşit olmayan bir kimse ile rızasıyla cinsi münasebette bulunanlar” denmektedir. Suçun maddi unsuru da; Kanun cinsi münasebet dediğine göre duhul şarttır. Duhulün vajinal ya da anal yoldan olması fark etmez. Oral seks durumu, maddede geçen cinsi münasebet sayılmaz. Oral seks ancak ırza tasaddi sayılabilir<sup>23</sup>. 15 yaşını bitirmiş küçüğün rızasıyla cinsel organına bir cisim veya parmağını sokan kimse, bu fiil cinsel ilişki sayılamayacağından cezalandırılmayacaktır. Kanunda bu konuda bir boşluk olduğu açıktır. Yapılacak bir değişiklikle 104. maddenin 1. fıkrasının; “cebir, tehdit ve hile olmaksızın onbeş yaşını bitirmiş çocuğun vücuduna organ veya sair bir cisim sokan erişkin kimse... cezalandırılır” şeklinde düzenlenmesi gerekmektedir. Böylece TCK. nun 102, 103 ve 104 üncü maddeleri arasında da bağlantı sağlanacaktır.<sup>24</sup>

<sup>20</sup> **MADDE 104.** - (1) Cebir, tehdit ve hile olmaksızın, onbeş yaşını bitirmiş olan çocukla cinsel ilişkide bulunan kişi, şikâyet üzerine, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Fail mağdurdan beş yaştan daha büyük ise, şikâyet koşulu aranmaksızın, cezası iki kat artırılır.

<sup>21</sup> Örneğin, Yarg. CGK.04.06.1990 tarih ve 101/56 sayılı kararı.

<sup>22</sup> Sulhi Dönmezer, **Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler**, 5. Baskı, İstanbul: 1983, s.53.

<sup>23</sup> Cengiz Otacı, **Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı İşlenen Suçlar**, 1. b, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2000, s.73.

<sup>24</sup> Yenedünya, a.g.e.,s. 3305.

### C. Cinsel İstismar Suçu ile Cinsel Taciz Suçu Arasındaki Farklar

TCK.nun 105. maddesinde düzenlenen cinsel taciz<sup>25</sup>, mağdurun cinsel dokunulmazlığına yönelen ancak, cinsel saldırı aşamasına varmayan (mağdurun vücut dokunulmazlığını ihlal niteliği taşımayan) sözlü veya yazılı, şehvet duygusu ile gerçekleştirilen her türlü saldırdır. Bu suç da sadece kasten işlenebilir. Ayrıca cinsel taciz fiilini gerçekleştiren failin, cinsel arzuları tatmin gayesi ile hareket etmiş olması aranır. Fail başka bir amaçla hareket etmiş ise, yerine göre, hakaret, sövme ya da tehdit gibi suçlar oluşabilir.<sup>26</sup> Cinsel taciz, birey veya bireylerin cinselliklerine yönelen sözlü veya yazılı, vücuda temas içermeyen, rahatsız edici nitelikte cinsel amaçlı her türlü hareketlerdir.<sup>27</sup>

TCK.nun 105. maddesinin gerekçesinde de cinsel taciz; “kişinin vücut dokunulmazlığının ihlali niteliği taşımayan cinsel davranışlar” şeklinde tanımlanmış ve cinsel taciz halinde mağdurun cinsel yönden, ahlak temizliğine aykırı olarak rahatsız edildiği belirtilmiştir.<sup>28</sup> Tüm bu açıklamalardan anlaşılacağı üzere cinsel taciz suçunun mağduru hem çocuklar hem de reşit kişiler olabilir ve cinsel taciz suçunda fiziki temasın bulunmaması gerekir, eylemde fiziki bir temas varsa, mağdurun yaşına göre

---

<sup>25</sup> **MADDE 105.** - (1) Bir kimseyi cinsel amaçlı olarak taciz eden kişi hakkında, mağdurun şikâyeti üzerine, üç aydan iki yıla kadar hapis cezasına veya adlî para cezasına hükümlenir. (2) (Değişik: 29.06.2005-5377/13) Bu fiiller, hiyerarşi, hizmet veya eğitim ve öğretim ilişkisinden ya da aile içi ilişkiden kaynaklanan nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle ya da aynı işyerinde çalışmanın sağladığı kolaylıktan yararlanılarak işlendiği takdirde, yukarıdaki fıkraya göre verilecek ceza yarı oranında artırılır. Bu fiil nedeniyle mağdur işi terk etmek mecburiyetinde kalmış ise, verilecek ceza bir yıldan az olamaz.

<sup>26</sup> Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen ve Caner Yenidünya, **TCK Şerhi**, Ankara: Turhan Kitapevi, 3. Cilt, 2009, s. 2692.

<sup>27</sup> Mehmet Emin Artuk, “Cinsel Taciz Suçu”, **Hukuki Perspektifler Dergisi**, S. 7, 2006, s.70.

<sup>28</sup> 105. maddenin Gerekçesi: Cinsel taciz, kişinin vücut dokunulmazlığının ihlali niteliği taşımayan cinsel davranışlarla gerçekleştirilebilir. Cinsel taciz, cinsel yönden, ahlak temizliğine aykırı olarak mağdurun rahatsız edilmesinden ibarettir. Maddenin ikinci fıkrasında cinsel taciz suçunun nitelikli hâlleri belirlenmiştir. Buna göre, hiyerarşi veya hizmet ilişkisinden kaynaklanan nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle ya da aynı işyerinde çalışmanın sağladığı kolaylıktan yararlanılarak kişiye karşı cinsel tacizde bulunulması, suçun temel şekline göre daha ağır ceza ile cezalandırılmayı gerektirmektedir. Cinsel taciz suçunun soruşturulması ve kovuşturulması, mağdurun şikâyetine bağlı tutulmuştur.

cinsel saldırı veya çocukların cinsel istismarı suçu oluşacaktır. Yine cinsel taciz suçunun cinsel istismar suçundan diğer bir farkı da, mağdur ister reşit olsun ister çocuk olsun 1.fıkrasındaki suçun takibinin şikâyete bağlı olmasıdır.

#### **D. 765 S. Türk Ceza Kanununda Düzenlenen Cinsel Suçlar**

Cinsel suçlar 765 sayılı TCK.nun “Adabı umumiye ve nizamı aile aleyhinde cürümler” başlıklı sekizinci babının “cebren ırza geçen, küçükleri baştan çıkaran ve iffete taarruz edenler” başlıklı birinci faslında düzenlenmiştir. Suçun kanunda düzenlendiği yer, koruduğu hukuksal değeri ön plana çıkarır. 765 sayılı Kanununda ki cinsel suçlarda korunan hukuksal değer genel ahlâk ve aile düzenidir. Cinsel saldırı suçunun bir özgürlük değerini ihlal ettiği kabul edilmediğinden, evlenme ile yeniden onarımı mümkün görülmüştür.

765 S. Kanunda, 5237 S. Kanununda olduğu gibi mağdurun yaşına göre bir ayırım yapılmış, ancak çocuk ve büyük ayırımı yapılmamıştır. Kanunda eylem olarak da ırza geçme, ırz ve namusa tasaddide bulunma, sarkıntılık ve söz atma kavramlarına yer verilmiş, fakat bu kavramların tanımı yapılmamış, tanımları uygulamaya bırakılmıştır. Yeni Yasada yer almayan bu kavramların Yargıtay tarafından yapılan tanımlarına bakacak olursak;

Irza geçme Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 04.06.1990 tarih 5/101-156 sayılı kararında: “Irza geçme, aktif failin cinsel organını, diğerinin vücuduna normal veya anormal yoldan menisini boşaltacak şekilde kısmen veya tamamen ithal etmesi, sokmasıdır.” şeklinde,<sup>29</sup>

---

<sup>29</sup> Ayhan Önder ise ırza geçmeyi: “Bir erkeğin cebren bir insan üzerinde tabii veya gayri tabii şekilde cinsi münasebette bulunması cebren ırza geçmedir.” şeklinde tanımlamıştır. **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 4. b.İstanbul: Filiz Kitabevi, 1994.



arası çocuklar, hem de 18 yaşından büyüklere yönelik ırza geçmeler bu madde kapsamındadır ve her iki grupta aynı yaptırıma tabi tutulmuştur.

Eski Yasanın 415.maddesinin<sup>32</sup> 1. cümlesinde 15 yaşını bitirmeyen bir küçüğün rızası ile, 2. cümlesinde de zorla, ırz ve namusuna tasaddide bulunma eylemi, 416/2 madde de 15 yaşını bitirenlere yönelik zorla ırz ve namusuna tasaddide bulunma eylemi suç olarak düzenlenmiş, 15 yaşından büyüklere karşı rızai tasaddi suç olarak görülmemiştir. 416/3. maddede ise; reşit olmayanın (15-18 yaş arası) rızası ile cinsi münasebette bulunmaları suç olarak düzenlenmiştir. 421. maddede de<sup>33</sup> söz atma ve sarkıntılık eylemleri yaptırım altına alınmıştır. 417 ve 418. maddelerde de 414, 415 ve 416. maddelerin ağırlatıcı nedenlerine yer verilmiş,<sup>34</sup> 434.madde de<sup>35</sup> ise; evlenme nedeni ile tecil ele alınmıştır.

---

<sup>31</sup> 416. madde :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 hâlde bulunan bir kimseye karşı bu fiili işleyen 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 olmayan bir kişi ile rızasıyla cinsi münasebette bulunanlar fiil daha ağır cezayı müstelzim bulunmadığı takdirde altı aydan üç seneye kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

<sup>32</sup> 415. madde :Her kim 15 yaşını bitirmeyen bir küçüğün ırz ve namusuna tasaddiyi mutazammın bir fiil ve harekette bulunursa iki seneden dört seneye ve bu fiil ve hareket yukarıdaki maddenin ikinci fıkrasında yazılı şartlar içinde olursa üç seneden beş seneye kadar hapsolunur.

<sup>33</sup> 421. Madde:Kadınlara ve (...) erkeklere söz atanlar üç aydan bir seneye ve sarkıntılık edenler altı aydan iki seneye kadar hapsolunur.

<sup>34</sup> 417. madde :Yukarıdaki maddelerde yazılan fiil ve hareketler birden ziyade kimseler tarafından işlenir veya usulden biri veya veli ve vasi veya mürebbi ve muallimleri ve hizmetkârları veya terbiye veya nezaret veya muhafazaları altına bırakılan veya buna dâçar olanların üzerinde hüküm ve nüfuzu olan kimseler tarafından vuku bulursa kanunen muayyen olan ceza yarısı kadar artırılır. 418. madde: Yukarıdaki maddelerde yazılı fiil ve hareketler mağdurun ölümünü mucip olursa faile müebbet ağır hapis cezası verilir. Eğer bu fiil ve hareketler bir marazın sirayetini veya mağdurun sıhhatine sair büyük bir nakisa irasını veya maluliyet veya mayubiyetini müstelzim olursa cezanın yarısı ilave edilerek hükmolunur.

<sup>35</sup> 434. Madde:Kaçırılan veya alıkonulan kız veya kadın ile maznun veya mahkûmlardan biri arasında evlenme vukuunda koca hakkında hukuku âmme davası ve hüküm verilmiş ise cezanın çektirilmesi tecil olunur. Mürruruzaman haddine kadar erkek tarafından haksız olarak vukua getirilmiş bir sebeple boşanmaya hükmedilirse takibat yenilenir. Evvelce hüküm verilmiş ise ceza çektirilir. Bu madde hükümleri 414, 415 ve 416'ıncı maddeler hakkında da caridir. Evlenen maznun veya mahkûm hakkında hukuku âmme davasının veya cezasının tecilini müstelzim olan hâller fiilde methâli olanlar hakkında dava ve cezanın düşmesini müstelzimdir.

### III. KORUNAN HUKUKİ DEĞER

Suçların tasnifinde, suçların özel mahiyetlerini ve niteliğini ortaya koymak ve bu suretle önemini göstermek bakımından genellikle suçun hukuki konusu kriteri kullanılmaktadır. Ülkelerin yapılarına toplumsal değerlere göre suçlara ceza kanununda verilen yerler farklı olmaktadır. Suçun kanunda düzenlendiği yer, koruduğu hukuksal değeri ön plana çıkarır. Bu bakımdan 765 sayılı TCK' da cinsel suçlar "Adabı Umumiye ve Nizamı Aile Aleyhinde Cürümler" babında düzenlendiği göz önüne alındığında, cinsel suçlarda korunan hukuksal değer genel ahlâk ve aile düzenidir. Bir başka deyiş ile bu suçlar ile genel ahlakın ve ailenin korunması amaçlanmıştır.<sup>36</sup>

5237 sayılı Türk Ceza Kanununda cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar esas itibariyle kişiye karşı işlenen suçlar olması nedeniyle 2. Kitabı'nın "Kişilere Karşı Suçlar" başlıklı ikinci kısım altında düzenlenmiştir. TCK 102. madde gerekçesinde aynı bölümdeki suçlarla ilgili korunan hukuki değerlerin kişilerin cinsel dokunulmazlığı olduğu ve cinsel dokunulmazlığın, kişilerin vücudu üzerinde cinsel davranışlarda bulunulması suretiyle ihlal edileceği belirtilmiştir.<sup>37</sup> Bu itibarla korunan hukuksal menfaat öncelikle mağdurun cinsel özgürlüğü ve doğal olarak cinsel saldırı sonucunda etkilenecek olan fiziksel ve ruhsal bütünlüğüdür<sup>38</sup>. Kanun koyucu bu suçları kişilere karşı suçlar kısmında düzenlemek suretiyle kişilerin korunması gerektiğini vurgulamıştır<sup>39</sup>. Cinsel dokunulmazlık, hukukun, örf ve âdetin belirlediği

---

<sup>36</sup> Nur Centel, "Cinsel Suç Mağduru Kadının Korunması", Prof. Kenan Tunç Omağ'a Armağan, İstanbul 1997, s.61.

<sup>37</sup> Handan Yokuş Sevik, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Çocukların Cinsel İstismarı ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçları", **Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi**, Av. Haldun Karacabey'e Armağan, Y:2, S:5, Nisan 2005, s. 247.

<sup>38</sup> Yenidünya, a.g.m., s. 3286.

<sup>39</sup> Bu konuda bkz. 102. maddenin gerekçesi.

sınırlar içerisinde kişilerin cinsellik bakımından kendi vücutları üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabilme hakkıdır<sup>40</sup>.

Cinsel dokunulmazlığa karşı suçlarda çocukların korunması özel bir önem arz eder. Onlar yaşları gereği, karar vermek ve tercih yapmak bakımından bir ara istasyondadırlar. Gerek cinsel bilgilerinin sağlıklı oluşumu ve sapma niteliğinin niteliğindeki hareketlere yönlendirmelerini engellemek ve cinsel tercihi bizzat ve sağlıklı özgürce yapabilmeleri gerekse bu suçlarda mağdur olarak kullanılmalarını önlemek için katı düzenlemelere başvurulur. 5237 S. TCK.nun da, uluslar arası belgelerde çocuğu koruyan hükümler dikkate alınarak, çocuğu korumak amacıyla çocuklara karşı işlenen cinsel suçlarda ağır yaptırımlar öngörülmüştür. Çocukların cinsel istismarı suçunda korunan hukuksal değer karma nitelik arz eder. Bu suç ile korunan hukuksal değerlerden biri çocuğun yararidir. Çocukları bu tür davranışlara karşı korumak, onları erken cinsel deneyimden uzak tutmak ve böylelikle çocukların cinsel yönden sağlıklı bir gelişim göstermelerini sağlamaktır.<sup>41</sup> 5237 S. TCK.nunda yer alan tüm cinsel dokunulmazlığa karşı suçlarda olduğu gibi bu suçta da korunan hukuksal değerlerden bir diğeri ise, kişilerin cinsel dokunulmazlığıdır. Bu şekilde çocukların cinsel istismarında hem çocuk hem de çocukların cinsel dokunulmazlığı korunmaktadır.<sup>42</sup> Kanun koyucu cinsel istismar suçunda mağdur çocuğu hem dışarıya karşı hem de kendisine karşı korumuş ve cinsel davranışlara muhatap olmaması için rızasına itibar etmemiştir<sup>43</sup>. Kanunun "*cinsel saldırı*" yerine "*cinsel istismar*" deyimini tercih etmesi de bunu açıkça göstermektedir. Çünkü yaş veya içinde bulunduğu durum itibariyle mağdur kendisine yönelik davranışın cinsel içerikli olduğunu dahi genellikle algılayabilecek durumda değildir.<sup>44</sup>Bu sebeple

<sup>40</sup> Veli Özer Özbek ve Nihat Kambur, **İzmir Şerhi Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı**, 1.b., Ankara: Seçkin Yayınevi, C: II, 2008, s. 612.

<sup>41</sup> İlhan Üzülmöz, "Çocukların Cinsel İstismarı Suçu", **Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Ayrı Basım, Cilt: 5, S.2, Kayseri, Aralık 2009, s. 26-27.

<sup>42</sup> Sevik, Cinsel İstismar, s. 282.

<sup>43</sup> Yenedünya, a.g.m., s. 3302.

<sup>44</sup> Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem ve Rıfat Murat Önok, **5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'na Göre Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, 6.b.,Ankara: Seçkin Yayınevi, 2008, s.316.

kanun, bir bakıma çocuğun iradi olarak bile pasif kaldığı varsayımı ile, bu tür fiillerin istismar niteliğinde olduğunu kabul etmiştir.<sup>45</sup>

---

<sup>45</sup> Özbek/ Kanbur, a.g.e., s. 627.



## İKİNCİ BÖLÜM

### CİNSEL İSTİSMAR SUÇUNUN UNSURLARI VE NETİCESİ SEBEBİYLE AĞIRLAŞMIŞ HALLERİ

#### I.SUÇUN UNSURLARI

5237 sayılı kanun sistemi de dikkate alındığında suçun dört unsurunu bulunduğunu söylemek mümkündür. Bunlar;

1.Tipiklik

2.Maddi unsurlar (fiil,netice, fiil ile netice arasındaki nedensellik bağlantısı,fail,mağdur,konu, ve nitelikli unsurlar)-

3.Manevi unsurlar (kast, taksir, saik ve neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suç),

4.Hukuka aykırılık unsurudur.

Buna göre suç, ceza normunun yasakladığı, suç kalıbına uygun kasten veya taksirle işlenen hukuka aykırı haksız bir fiildir. Bir kimsenin işlediği fiilde bu dört unsur birlikte bulunduğu takdirde suçun varlığından söz edilir. Bu unsurlardan herhangi birinin yokluğu, fiili suç olmaktan çıkarır hukuk düzeninin koruduğu bir eylem haline getirir.<sup>46</sup>

#### A. Tipiklik

Bir fiilin tipikliği suçun kanuni tanımında yer alan tarife uygun olmasıdır. 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 103. maddesinde düzenlenmiş çocukların cinsel istismarı suçu: “(1) Çocuğu cinsel yönden istismar eden kişi, üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Cinsel istismar deyiminden;

---

<sup>46</sup> Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen ve A. Caner Yenidünya, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 4.b. Ankara: Turhan Kitapevi, 2009, s.228.

a) Onbeş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukukî 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) Cinsel istismarın vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi durumunda, sekiz yıldan onbeş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

(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 gerçekleştirilmesi hâlinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza yarı oranında artırılır.

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

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

(6) Suçun sonucunda mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması hâlinde, onbeş yıldan az olmamak üzere hapis cezasına hükmolunur.

(7) Suçun mağdurun bitkisel hayata girmesine veya ölümüne neden olması durumunda, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükmolunur.” şeklinde düzenlenmiştir.

İşlenmiş olan fiilin maddedeki suç tanımına uygun olduğu tespit edilirse, fiil tipiktir.

Maddenin daha iyi anlaşılması açısından gerekçesi de çok önemlidir. 103.maddenin gerekçesi: “*Madde metninde çocukların cinsel istismarı fiilleri*

*suç olarak tanımlanmıştır. Erişkin kişilere karşı işlenen fiiller açısından cinsel saldırı ifadesi kullanılmasına rağmen, çocuklar açısından cinsel istismar ifadesi kullanılmıştır. Erişkin kişilere karşı gerçekleştirilen cinsel davranışların kişinin rızasına aykırı olması gerekir. Aksi takdirde, yani kişinin rızasının bulunması hâlinde, ceza hukuku sorumluluğunu gerektiren davranışlardan söz edilemez. Erişkin kişilere karşı gerçekleştirilen cinsel davranışlar açısından rızanın varlığı, ceza sorumluluğunu ortadan kaldırmaktadır. Buna karşılık, 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. Başka bir deyişle, 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 her türlü cinsel davranış, cinsel istismar olarak kabul edilmiştir.*

*Onbeş yaşını tamamlamış ve maruz kaldığı fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmiş olan çocuklara karşı gerçekleştirilen cinsel davranışların cinsel istismar olarak nitelendirilebilmesi için, bunların cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilmesi gerekir. Bu nitelendirme, cinsel saldırı ve cinsel istismar fiilleri açısından ortaya konan ayırım ölçütüne aykırı olmakla birlikte; suçun mağdurunun çocuk olması ve bu fiiller karşısında direncinin zayıflığı göz önünde bulundurularak, söz konusu fiillerin de bu madde kapsamında suç olarak tanımlanması yoluna gidilmiştir. Fıkranın (b) bendinde söz konusu edilen cinsel istismar bakımından, çocuğun iradesinin ortadan kaldırılmış olması değil, “iradeyi etkileyen neden” ifadesi kullanılmıştır.*

*Maddenin birinci fıkrasında, cinsel istismar suçunun temel şekli açısından ceza yaptırımını belirlenmiştir. İkinci fıkrada 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.*

*Üçüncü fıkraya göre; cinsel istismarın çocukla aralarında belli akrabalık ilişkisi bulunan kişiler tarafından, çocuğun vasisi, eğiticisi, öğreticisi, bakıcısı, çocuğa sağlık hizmeti veren, çocuğa karşı koruma ve gözetim yükümlülüğü altında bulunan diğer bir kişi tarafından veya hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle gerçekleştirilmesi, daha ağır ceza ile cezalandırılmayı gerektirmektedir.*

*Dördüncü fıkrada, 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 bir nitelikli hâl olarak kabul edilmiştir. Ancak, bunun için, uygulanan cebrin en fazla kasten yaralama suçunun temel şeklini oluşturacak boyutta olması gerekir. Bu bakımdan, beşinci fıkraya göre, cinsel istismar için başvuru olan cebir ve şiddetin kasten yaralama suçunun ağır neticelerine neden olması hâlinde, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanacaktır.*

*Altı ve yedinci fıkralarda söz konusu suçun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hâlleri düzenlenmiştir. Bu itibarla, söz konusu suçun işlenmesi suretiyle mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulmasına neden olunması, daha ağır ceza ile cezalandırılmayı gerektirmektedir. Keza, söz konusu suçun işlenmesi sonucunda mağdurun bitkisel hayata girmesi veya ölümü hâlinde, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükmolunacaktır. Ancak, bu*

*durumlarda, netice sebebiyle ağırlaşmış suçlar dolayısıyla sorumluluk için aranan koşulların gerçekleşmesi gerekir.” şeklindedir.*

## **B. Suçun Maddi Unsurları**

### **1. Fail**

Hem basit hem de nitelikli çocuğun cinsel istismarı suçunun faili, kadın ya da erkek herkes olabilir. Suç, farklı cinsten kişiye karşı işlenebileceği gibi aynı cinsten kişiye karşı da işlenebilir. “İstismar eden kişi” denilmekle failin kadın veya erkek olmak üzere herkes olabileceği kabul edilmiştir.

765 sayılı Yasada ırz ve namusa tasaddide bulunma suçu ile sarkıntılık suçunun faili hem kadın hem de erkek olabilmekteydi. Ancak, 765 S.Yasada ırza geçmeden söz edildiği için, ırza geçme suçunun tanımından hareketle, sadece erkekler suçun faili olabiliyordu. Kadınların TCK.nun 414 ve 416/1 maddelerinde düzenlenen ırza geçme suçunun irtikâp edeni olmaları olanağı yok idi. Ancak erkeğin işlediği ırza geçme fiilini doğrudan doğruya beraber işleyerek veya azmettirerek veya fer’i olarak katılmak suretiyle fail olabiliyordu. Oysa yeni Yasada madde metninde cinsiyet ayırımını çağırıştırmayacak şekilde “kişi” ibaresine yer verilmesi ve ileride ayrıntılı anlatacağım şekilde suçun unsurlarındaki değişiklik karşısında, bu suçun mağdurunun erkek veya kadın olmak üzere sağ olan herkes olabileceğine kuşku yoktur.<sup>47</sup>

---

<sup>47</sup> Bkz.: Üzülmöz, Cinsel İstismar, s.29; Yenidünya, a.g.m., s. 3303; Sevük, Cinsel İstismar, s. 284; Tezcan, Erdem, Önok, a.g.e., s. 316.

## 2. Mağdur

Suçun mağduru, on beş yaşını tamamlamamış veya on beş yaşını tamamlamış ancak fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş çocuktur. Yine on beş yaşını tamamlayıp algılama yeteneği gelişmiş olmakla birlikte cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak cinsel istismara uğramış çocuklar da bu suçun mağdurudur. Başka bir anlatımla 15 yaşını doldurmuş çocukların cinsel davranışa gösterdikleri rıza kısmen geçerli sayılmış ve bunların fiile gösterdikleri rızanın bu suçun oluşmasını engelleyeceği öngörülmüştür. Fakat, cinsel ilişki düzeyine varan bir fiilin varlığı durumunda, YTCK m. 104 hükmü uygulanabilecektir.<sup>48</sup> Çocuğun erkek veya kız olmasının bir önemi yoktur.

Çocuk, TCK.nun 6/b. maddesine göre: Suç tarihinde 18 yaşını doldurmamış kişidir. 5395 s. Çocuk Koruma Kanununun 3/1-a maddesine göre de: Daha erken yaşta ergin olsa bile 18 yaşını doldurmamış kişi çocuk kabul edilmiştir.

Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından 20 Kasım 1989 tarihinde kabul edilip 02.09.1990 tarihinde yürürlüğe giren Çocuk Haklarına Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin 1. maddesinde: Daha erken reşit olma durumu hariç, 18 yaşına kadar her insan çocuk olarak kabul edilmiştir. Sözleşme Türkiye tarafından 14 Eylül 1990 tarihinde imzalanmış, 11.12.1994 gün 22138 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak 27.01.1995 tarihinde yürürlüğe girerek Anayasa'nın 90/5. maddesine göre iç hukuk normu halini almıştır.

Öğretide bazı yazarlar, bu bahsi geçen sözleşmedeki çocuğun tanımıyla, TCK.nun 6. maddesindeki çocuğun tanımının çeliştiğini bundan

---

<sup>48</sup> Tezcan, Erdem, Önok, a.g.e., s. 317.

dolayı da Anayasanın 90. maddesinin 6. fıkrasına göre milletlerarası anlaşma hükümleri esas alınarak bir değerlendirme yapılması gerektiğini belirtmişlerdir.<sup>49</sup> Sözleşme metni incelendiğinde, genel olarak çocuğun ister suç faili, ister suç mağduru olsun insan olarak yüksek yararının ön plana çıkartıldığı görülmektedir. Yani yapılması gereken her türlü yasal ve idari düzenlemenin çocuğun lehine olacak şekilde yapılması gerekmektedir. Sözleşmenin 41. maddesinde de “Bu Sözleşmede yer alan hiçbir hususun, çocuk haklarının gerçekleştirilmesine daha çok yardımcı olan bir taraf Devletin yasasında yer alan hükümleri etkilemeyeceği” belirtilmiştir. Bundan dolayı da kanaatimizce, daha erken yaşta ergin olsa bile 18 yaşını doldurmamış kişinin çocuk kabul edilmesi, hem suç faili, hem de suç mağduru çocuğun yararına bir düzenleme olup, iç hukumumuzdaki düzenleme ile Sözleşme arasında bir çelişki yoktur.

4721 S. Türk Medeni Kanununun 124. maddesine göre 17 yaşını dolduran kadın ve erkek evlenebilir, olağanüstü durumda hâkim kararı ile 16 yaşını doldurmuşlarda evlenebilir. Aynı Kanununun 11. maddesine göre evlenme kişiyi reşit kılar. Yine aynı Kanununun 12. maddesine göre 15 yaşını dolduran küçük, kendi isteği ve velisinin rızasıyla mahkemece ergin kılınabilir. 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanununda 18 yaştan önceki ergin olma veya kılınmanın çocukluk kavramını etkilemeyeceği belirtilmektedir. Medeni Kanuna göre erginlik 18 yaşın doldurulması ile kazanılır ve bunun istisnaları da vardır. Ancak istisnai olarak ve koşullara göre MK. gereğince erginlik, 18 yaşın bitiminden önce kazanılsa bile ceza uygulamasına etkisi olmayacaktır.<sup>50</sup> Dolayısıyla ÇKK.nun da ki düzenleme karşısında kişi daha önceden evlenmeyle veya mahkeme kararı ile ergin kılınmış olsa bile bu suçun mağduru olması bakımından çocuk sayılacaktır. O halde bu tip kişilere karşı (diğer kişiler tarafından) gerçekleştirilen fiiller cinsel istismar olarak

---

<sup>49</sup> Fevzi Elmas, “Çocukların Cinsel İstismarı”, **Fasikül Aylık Hukuk Dergisi**, Y 2, S.6, Seçkin Yayınevi, 2010, s. 28.

<sup>50</sup> İsmail Malkoç, **Cinsel Suçlar**, 1.b., Ankara: Malkoç Kitabevi, 2009, s. 55,61.

kabul edilecektir<sup>51</sup>. Mülga olan 743 S. Türk Medeni Kanununun 88. maddesine göre mahkeme kararı ile 14 yaşını bitirmiş kadının evlenmesine izin veriliyordu. ETCK. yürürlükte olduğu bu dönemde 15 yaşını bitirmemiş ancak resmi olarak evli olan mağdureye karşı gerçekleşen ırza geçme eyleminde fail 414. madde uyarınca cezalandırılıyordu.<sup>52</sup> Yargıtay'ın kararları da bu yönde idi.<sup>53</sup> Yargıtay 5. Ceza Dairesi 5237 S. TCK. yürürlükte iken işlenen suçlarda da, suç tarihinde resmi olarak evli olup, 17 yaşında bulunan mağdureyi çocuk olarak kabul edip, mağdurenin eşi dışındaki sanıkların eylemlerinin, çocuğun cinsel istismarı suçunu oluşturduğunu kabul etmiştir.<sup>54</sup>

Öğreti ve Yargıtay uygulamalarında suç tarihinde resmi olarak evli olan çocuk mağdurların eşleri dışındaki kişilerin eylemlerinin, çocuğun cinsel istismarı suçunu oluşturduğu yönünde fikir birliği olmasına rağmen, evlenmeyle ergin kılınan mağdurlara eşleri tarafından bu tip fiiller işlendiğinde farklı görüşler ortaya çıkmaktadır.

---

<sup>51</sup> Mustafa Artuç, **Kişilere Karşı Suçlar**, 2.b.,Ankara: Adalet Yayınevi, 2008. s. 640; Osman Yaşar,Hasan Tahsin Gökcan ve Mustafa Artuç, **Yorumlu – Uygulamalı Türk Ceza Kanunu**, 1.b., Ankara: Adalet Yayınevi, 2010, 3. Cilt, s. 3326; 5. CD.nin 24. 06. 1980 gün 1980/1768-2264 sayılı kararı; Üzülmöz, Cinsel İstismar, s.30; Ali Parlar ve Muzaffer Hatipoğlu, **5237 S. TCK'nun Yorumu**, 1.b., Ankara: Cilt: 1, 2007, s. 824; İhsan Akçin, "Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar", **Yargıtay Dergisi**, 2006/1-2, s. 104.

<sup>52</sup> Bkz: Bakıcı, a.g.e., s. 5; Otacı, a.g.e., s. 24.

<sup>53</sup> " 15 yaşını bitirmeyen bir kişi ancak MK.nun 88,89. maddelerine göre hakim izni ve aile izni ile evlenebilir. Bu nedenle kocanın izin verilen bu küçükle cinsel birleşmeleri suç teşkil etmeyip, kocadan ayrı kişilerin mağdureye karşı işledikleri ırza geçme eylemleri TCK.nun 414/1. maddesine giren suç oluşturur." 5. CD.nin 09.05.2001 gün 2000/6164- 2001/3167 S. Kararı; Bnz.:5.CD.nin 24.06.1980 gün 1980/1768-2264 S. kararı.

<sup>54</sup> "TCK.nun 35. maddesine göre sanık hakkında teşebbüs hükümlerinin uygulanabilmesi için işlemeyi kastettiği nitelikli cinsel istismar suçunu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlanamamasının gerektiği, dosya kapsamına göre mağdurenin vücuduna organ veya sair cisim ithal etmesini engelleyen mağdurenin basit mukavemeti dışında harici bir engelin bulunmadığı, mağdurenin "17 yaşında, evli ve hamile olduğunu söylemesi" üzerine eylemine kendiliğinden son vererek mağdureye ait evden uzaklaştığının anlaşılması karşısında, sanığın, suç tarihinde henüz 18 yaşını doldurmayıp 5237 sayılı TCK.nun 6/b maddesine göre çocuk sayılan mağdureye karşı suçun icrai hareketlerinden gönüllü vazgeçtiğinin kabul edilmesi gerektiği, sabit ve tamam olan eyleminin ise TCK.nun 103/1. maddeye uyan basit cinsel istismar suçunu oluşturacağı" 5. CD.nin 09.02.2010 gün 2009/13575- 2010/747 sayılı kararı; "Oluşa uygun kabule göre sanığın, suç tarihinde 18 yaş içinde bulunduğu ve TCK.nun 6/1.b maddesi uyarınca çocuk yaşta olduğu anlaşılan mağdureye yönelik gerçekleştirdiği eylemlerinin TCK.nun 103/1-b maddesine uyduğu ve lehe yasanın buna göre belirlenmesi gerektiği gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması" 5.CD.nin 25.03.2010 gün 2006/3579-2010/2423 sayılı kararı



Mağdurun 17 ya da bazı hallerde 16 yaşını doldurmuş olmakla birlikte (*fiillerin anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğine sahip olma koşuluyla*) evlilik içerisinde ona yönelik cinsel davranışlar cebir, şiddet, tehdit gibi araçlar kullanılmadan yapılmakta ise zaten rıza var kabul edileceğinden fiillerin suç oluşturmayacağı kabul edilmelidir. Cebir, tehdit ya da şiddet kullanılarak cinsel davranışların yapılması halinde ise çocukların cinsel istismarı suçu oluşacaktır.<sup>55</sup>

TCK.nun 5. maddesi gereği, Türk Medeni Kanununda yer alan ve bu konuda farklı anlama gelebilecek hükümler, ceza kanununun genel hükümleri karşısında geçerli olmayacaktır. Ne var ki, cinsel saldırı suçunun nitelikli biçiminden farklı olarak, eşler arasında cinsel istismar suçu bakımından ayrı bir düzenlemeye gidilmemiştir. Bununla birlikte bu suçla korunan yararın cinsel özgürlük olduğu, TCK m. 102'nin gerekçesinde yer verilen açıklamalara rağmen, evlenmekle eş diğer eşe cinsel özgürlüğünü "*terk etmiş*" sayılamayacağı için, kanunda bu yönde bir açıklık olmamasına rağmen, eşler arasında da cinsel istismar suçu oluşabilir. Buradan, cinsel saldırı suçunda, eşler bakımından yalnızca vücuda organ ve cisim sokma suç sayıldığı halde, cinsel istismar suçunda her türlü cinsel davranışın suç sayılması gerektiği sonucu ortaya çıkmaktadır. Eşler arasında işlenen cinsel istismar konusunda ayrı bir düzenleme getirilmediği ve suçun evlilik içinde veya dışında işlenmesine göre bir ayırıma gidilmediği için, böyle bir durumda da çocuğun cinsel istismarı suçu oluşacak, öte yandan cinsel saldırı suçunun nitelikli hali eşler arasında işlendiğinde suç şikâyete bağlı olarak kovuşturulurken, cinsel istismar suçunun eşler arasında işlenmesi durumunda kovuşturma resen yapılacaktır<sup>56</sup>.

TCK. madde 102/2-2.cümle durumu, kendi özelinde düzenlemiştir. TCK.nun 103. maddesinde ise, 16 ve 17 yaşlarındaki çocukların

---

<sup>55</sup> Özbek ve Kanbur, a.g.m. s.629

<sup>56</sup> Tezcan, Erdem, Önok, a.g.e., s. 318,319,322 ; Benzer: Yaşar, Gökcan, Artuç, a.g.e., s. 3327.

evlenebilmeleri mümkün olduğu düşünülerek benzer bir düzenleme yapılmamıştır. Çocuk eşler arasında suçun işlenmesi mümkündür. Üstelik şikâyete bağlı sayılamaz. Burada bir boşluk vardır. Zira evlenme ile kişinin ergin sayılacağı ve ergin çocuklar arasındaki suçun TCK.102/2 kapsamında değerlendirileceği düşünülmüş ve o nedenle ayrıca bir düzenleme yapılmamış olabilir. Bu durumda uygulanacak madde, TCK.103/2. madde olacak fakat şikâyet aranmayacaktır. Bu farklılık, yukarıda değindiğimiz üzere evlenmekle küçüklerin ergin olacakları ve artık 102. maddeye tabi olmaları gerektiği düşüncesine dayandırılmış olabilir. Eğer eylemler 103/l-a-b bentlerine uyar nitelikte ise bu defa yine doğrudan kovuşturulacak cinsel istismar suçu gündeme gelecektir. Yani 18 yaşından büyükler arasındaki evliliklerde suç (TCK.102/2) şikâyete bağlı iken, 15-18 yaş arasındaki evliliklerde (TCK.103/2) suç doğrudan kovuşturulacaktır. Burada küçükler aleyhine/lehine bir eşitsizlik vardır. Mağdurlar lehine, failer aleyhine sonuç doğmaktadır.<sup>57</sup>

Görüldüğü üzere öğretilerde fail eş tarafından diğer eşin rızasına aykırı olarak evlilik içinde gerçekleştirilen cinsel davranışların cinsel istismar suçu kapsamında değerlendirilmesi gerektiği görüşü ağırlıkta ise de; Soyaslan: evlilik içinde bulunan çocuğa yönelik olarak cebir şiddete ya da tehdide dayalı yapılan cinsel davranışların, TCK.nun 102. maddesindeki cinsel saldırı suçunu oluşturacağını, çünkü evlilik ile kişilerin ergin sayılacağını ileri sürmektedir.<sup>58</sup>

Yargıtay 5. Ceza Dairesi de, suç tarihinde 17 yaşında olup resmi olarak evli olan mağdurenin, eşi tarafından zorla kaçırılarak, zorla organ sokmak suretiyle nitelikli cinsel istismara uğraması eylemini TCK.nun 102/2. maddesi olarak niteleyen mahkeme kararını onamıştır.<sup>59</sup> Yani Yargıtay suç

---

<sup>57</sup> Malkoç, **Cinsel Suçlar**, s.167.

<sup>58</sup> Doğan Soyaslan, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 6. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınevi, 2006, s.182.

<sup>59</sup> “Nitelikli cinsel saldırı ve cinsel amaçla kişiyi hürriyetinden yoksun kılmak suçlarından sanık Ö. Ç.’nin yapılan yargılanması sonunda; nitelikli cinsel saldırı ve kişiyi hürriyetinden yoksun kılmak

tarihinde 18 yaşından küçük eşe karşı nitelikli cinsel istismarı TCK.103/2 olarak değil, 102/2. maddede düzenlenmiş nitelikli cinsel saldırı suçu olarak kabul etmiştir. Yargıtay'ın bu yorumu ve uygulaması daha adil sonuçlar vermeye yönelik olsa da, kanaatimizce kanunilik ilkesine uymamaktadır. Şöyle ki; Yargıtay bu yorumuyla 18 yaşından küçük olup, evlenerek reşit olan kişiyi ceza hukukunda çocuk olarak kabul etmemektedir. Bu değerlendirme hem ÇKK. hem de TCK. da ki çocuk tanımına uymadığı gibi, yukarıda izah ettiğimiz üzere Çocuk Haklarına Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'ne de uymamaktadır. Ayrıca, aynı eylemi eş işlediğinde cinsel saldırı, başkaları işlediğinde çocuğun cinsel istismarı suçunu oluşacağı gibi bir çelişki oluşacaktır. Diğer taraftan, ÇKK. ve TCK.'nunda ki çocuk tanımları hem sanık hem de mağdurlara ilişkindir. Her ne kadar yaş küçüklüğünden dolayı sanık hakkında indirim düzenlendiği TCK.nun 31. maddesinde “onbeş yaşını doldurmamış olanlar ve onsekiz yaşını doldurmamış olan kişiler” tabiri kullanılmış ise de; maddenin gerekçesinden 18 yaşından küçüklerin çocuk statüsünde ele alındıkları anlaşılmaktadır. Bundan dolayı da suç tarihinde resmi olarak evli olan 18 yaşından küçük sanıklar hakkında yaş küçüklüğünden dolayı indirim yapılması, diğer taraftan ise; suç tarihinde resmi olarak evli olan 18 yaşından küçük mağdurların çocuk kabul edilmemesi eşitliğe aykırı olduğu gibi, Kanunun özüne de aykırıdır.

Şayet, eylem eşe karşı yapılmıştır, eş ile ilgili düzenlemede TCK.nun 102/2. maddesinde düzenlenmiştir, bundan dolayı 103/2 değil 102/2. madde uygulanması gerekir diye düşünülmüş ise; bunu da uygun bulmuyoruz.

---

suçlarından mahkûmiyetine dair, Ankara 9. Ağır Ceza Mahkemesinden verilen 10.11.2009 gün ve 2006/338 Esas, 2009/312 Karar sayılı hükümlerin süresi içinde Yargıtay'ca incelenmesi sanık müdafii tarafından istenilmiş olduğundan dava evrakı C.Başsavcılığından tebliğname ile daireye gönderilmekle incelenerek gereği düşünüldü: Tüm dosya kapsamına göre kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun cinsel amaçla gerçekleştirildiğinin anlaşıldığı halde bu suçtan hüküm kurulurken TCK.nun 109/5. maddesinin uygulanmaması karşı temyiz bulunmadığından bozma nedeni sayılmamıştır. Delillerle iddia ve savunma duruşma göz önünde tutularak tahlil ve takdir edilmiş sübutu kabul olunan fiillerin unsurlarına uygun şekilde tavsif ve tatbikatı yapılmış bulunduğundan sanık müdafinin yerinde görülmeyen temyiz itirazlarının reddiyle hükmün ONANMASINA, 11.05.2010 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.” 5.CD.nin 2010/1934-3497 sayılı kararı. ( Yerel Mahkemece sanık hakkında cinsel saldırı suçundan: TCK 102/2, 102/3-d, 43, Kişiyi hürriyetinden yoksun kılınma suçundan da: TCK 109/2, 109/3-a maddeleri uyarınca hüküm kurulmuştur.)

Çünkü 102/2. maddesinin 2.cümlesi kendi özelinde düzenlemiştir.<sup>60</sup> Sadece 102/2. maddesinde ki eylem, eşe karşı işlendiğinde şikâyet şartı aranacaktır. 103 ayrı bir madde olup, eşler için, 102. maddeye benzer bir düzenleme yapılmamıştır. 102. madde, 103. maddeden önce düzenlendiğinden, 102. maddenin 103. maddeye teşmili mümkün değildir. Kanaatimizce kanun koyucu düzenlemeyi bu şekilde yapmakla, çocuklarla yapılan evliliklerde, çocuklar lehine daha koruyucu olup, daha hassas davranılmasını istemiştir.

Cinsel istismar suçunun oluşması bakımından mağdurun yaşı önemli olduğundan, mağdurun yaşı mutlaka onaylı nüfus kayıt örneği getirtilerek belirlenmeli<sup>61</sup>, gelen nüfus kaydının gerçeği yansıtmadığı, mağdurun daha büyük yaşta olduğu ileri sürülmüşse veya mağdure ifadelerinde daha büyük olduğunu söylenmişse, ya da nüfus kaydı ile mağdurenin vücut yapısının birbirini tutmadığı mahkemece saptanmışsa, bu durum üzerinde durulmalı ve gerçek araştırılmalıdır. Mağdurun nüfusa tescil tutanağı ile nüfus aile tablosu getirtilmeli, resmi bir kurumda doğmamışsa tam teşekküllü resmi bir kurumdan kemik film ve grafileri de çektilerilerek röntgen mütehassısı da katılmak suretiyle kurul raporu aldırılmalı, tescil tutanağı tanıkta dinlenmelidir. Gerekirse Adli Tıp Kurumu ilgili ihtisas kurulundan mağdurun suç tarihindeki yaşı hakkında görüş alınmalı ve suç vasfına etkili olduğu takdirde CMK.nın 218/2.<sup>62</sup> maddesi gereğince yaş düzeltmesi yapılmalıdır.<sup>63</sup> 31.01.1945 gün

---

<sup>60</sup> Malkoç, **Cinsel Suçlar**, s. 167.

<sup>61</sup> “Suç unsurlarına etkisi bakımından mağdureye ait nüfus kayıt örneği getirtilmeden onaysız nüfus cüzdan fotokopisi ile yetinilmesi” 5.CD.nin 20.09.2006 gün 2006/6799-7128 sayılı kararı.

<sup>62</sup> CMK.nın 218/2. maddesi: Kovuşturma evresinde mağdur veya sanığın yaşının ceza hükümleri bakımından tespitiyle ilgili bir sorunla karşılaşılması halinde; mahkeme, ilgili kanunda belirlenen usule göre bu sorunu çözerek hükmünü verir.

<sup>63</sup> “Yaşın suç niteliği ile TCK.nun 103/4. maddesinin uygulanma koşullarını belirlemeye etkisi ve sanık müdafinin mağdurun 15 yaşında büyük olabileceğine yönelik savunması nazara alınarak bağlı bulunduğu nüfus idaresinden nüfus kaydı ve doğum tutanağının temin edilmesi, resmi bir kurumda doğmadığının anlaşılması durumunda, kemik grafileri çektilerilerek sağlık kurulundan rapor, gerekirse Adli Tıp Kurumu ilgili ihtisas kurulundan da mütalaa alınmak suretiyle suç tarihindeki gerçek yaşının bilimsel olarak saptanması ve sonucuna göre sanığın hukuki durumunun değerlendirilmesi yerine noksan soruşturmaya dayanılarak yazılı şekilde hüküm kurulması” 5.CD.nin 18.01.2010 gün 2009/12510-2010/6 sayılı kararı; “Suçun oluşumuna ve niteliğini belirlemeye etkisi bakımından doğumundan uzun süre sonra nüfusa kaydedildiği anlaşılan mağdurenin, ilgili merciinden doğum tutanağının onaylı sureti getirtilip, resmi bir kurumda doğmadığının saptanması halinde, yaşını belirlemeye yönelik kemik grafileri çektilerilerek, tam teşekküllü bir hastaneden sağlık kurulu

32/3 sayılı içtihadı Birleştirme Kararında da belirtildiği üzere, mağdur veya sanıkların yaşlarında ceza hükümlerinin uygulanması sırasında gerekli görülen düzeltmeler, Nüfus Yasası hükümlerine göre Ceza Mahkemelerinde yapılacaktır. Ceza davasında taraf olanlarla ilgili olarak, Hukuk Mahkemesinin bu konudaki yetki ve görevleri sona ermektedir. Ceza davası açıldıktan sonra Hukuk Mahkemesinde yaş düzeltme davası açılmaz. Açılan davanın reddi gerekir.<sup>64</sup> Aksi halde, görev kuralları kamu düzenine ilişkin olduğundan, davaya görevsiz mahkeme tarafından bakılarak karar verilmesi mutlak bir bozma nedenidir.<sup>65</sup> Ara kararı ile doğum tarihinin düzeltilmesine karar verilmiş ve verilen hüküm, yasal yollara başvurulması üzerine Yargıtay'ca incelenerek bozulmuşsa bozma ile hüküm ve ara kararları ortadan kalkacağından, bozmadan, sonra yeniden yaş düzeltmesi yapılmalıdır.<sup>66</sup>

---

raporunun aldırılması, duraksama halinde Adli Tıp Kurumundan görüş sorulup, mağdurenin suç tarihindeki yaşı belirlendikten sonra sanığın hukuki durumunun tayin ve takdiri gerekirken noksan soruşturma ile yazılı şekilde hüküm kurulması” 5.CD.nin 19.01.2009gün 2008/13717- 2009/72 sayılı kararı; “Sanık müdafinin 04.02.2008 günlü dilekçesinde "mağdurun 15 yaşından büyük olma ihtimali kuvvetle muhtemeldir, yaşı tespit edilsin" şeklindeki talebi üzerine mahkemece getirilen mağdurun doğum tutanağında "sağlık personeli yardımı ile doğduğunun yazılı olduğu, ancak doğum raporunun bulunmadığı; 13.03.2008 günlü oturumda ise mağdurun babasının "Kızım Manisa Doğum Hastanesinde doğdu" demiş bulunmasına göre; suçların oluşumuna ve niteliğine etkisi bakımından; Manisa Doğum Hastanesinden sorularak bu hususun araştırılması, hastanede doğmadığının saptanması halinde de yaş tespitine esas olarak film ve grafilerinin çektilirip, sağlık kurulundan rapor alınması, gerektiğinde Adli Tıp Kurumu İlgili İhtisas Kurulundan da görüş sorularak gerçek yaşın bilimsel biçimde saptanmasından sonra sanığın hukuki durumunun tayin ve takdiri gerekirken eksik tahkikatla yazılı şekilde hükme varılması” 5.CD.nin 28.01.2009 gün 2008/13680 – 2009/507 sayılı kararı.

<sup>64</sup>“Mağdurenin doğum tutanağındaki (Karşıyaka Hükümet, Tabipliğinin ...sayılı raporuna istinaden tutanak tanzim edildiği) biçimindeki açıklama sağlık kuruluşunda doğmuş olduğuna delalet etmeyeceğinden mağdurenin 6 yaşlarında bulunduğu Devlet Hastanesi Sağlık Kurulu raporunda açıklanmış ve yaşının düzeltilmesi için 1. Asliye Hukuk Mahkemesine dava açıldığı anlaşılması olması nazara alınarak yaş tashihi davasının sonucunun araştırılması, derdest olduğunun saptanması halinde yaş düzeltilmesi görevinin CMUK.nun 255/son maddesi uyarınca ceza mahkemesine ait olacağı cihetle,bu dava ile birleştirilmesi ve ondan sonra irza geçme suçunun niteliğinin tayini gerekirken eksik tahkikatla 414/1. maddesinin uygulanması” 5. CD.nin 03.03.1994 gün 3201768 sayılı kararı.

<sup>65</sup> Sedat Bakıcı , **Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler** ,1.b., Ankara: Adalet Yayınevi, 1994, s. 7.

<sup>66</sup>“Mağdurenin 18.10.1984, sanığın 8.8.1985 günlü oturumlarda doğum tarihlerinin düzeltilmesine ilişkin ara kararları, bozma üzerine ortadan kalkmış olduğundan, bozmadan sonra nüfus kayıtlarının tashihiine dair yeniden bir karar verilmesi gerektiği gözetilmeden hukuken geçerli olmayan önceki karardan bahsedilmek suretiyle gerekli yaş düzeltmesi yapılmadan yazılı şekilde hüküm kurulması” 5.CD.nin 21.1.1987 gün 6671118 sayılı kararı.

YCGK.nun 30.3.1981 gün 5-2/106 sayılı kararında açıklandığı üzere, mağdurenin yaşı ceza davasından önce kesinleşmiş Hukuk Mahkemesi kararı ile düzeltilmiş ise, ceza mahkemesince CMK.nun 218/2. maddesi uyarınca 5490 Sayılı Nüfus Hizmetleri Kanununun 36/2. (29.04.2006 tarihinde yürürlüğe giren 5490 S. Kanununun 71. maddesi ile mülga 1587 s. Nüfus Yasasının 46/3.maddesi) maddesi uyarınca "yaş düzeltme davaları ancak bir kez açılabileceğinden nüfus kaydının yeniden düzeltilmesine karar verilmez. Ancak ceza yargılamasında amaç maddi gerçeğin araştırılması olup, hukuk mahkemesinin kesinleşmiş hükmünün ceza yargılamasında bağlayıcılık etkisi bulunmadığından mağdurenin gerçek yaşı ile Asliye Hukuk Mahkemesinden verilen kararlar nüfus kütüğünde yapılan düzeltme sonucu belirlenen yaş arasında, sanık aleyhine bir uyuşmazlık olduğu takdirde mağdurenin fiili durumuna bakılmalı ve gerçek yaşına itibar edilerek karar verilmelidir.<sup>67</sup>

---

<sup>67</sup> Benzer görüş: Erdal Baytemir, **Açıklamalı-İçtihatlı Genel Ahlak ve Aile Düzenine Karşı Suçlar**, 1.b. Ankara: Adil Yayınevi, 2002, s. 7-8; “Mağdurenin yaşının kesinleşmiş hukuk mahkemesi kararı ile düzeltilmiş olması halinde, Ceza Mahkemesince 5271 Sayılı CMK.nun 218/2. maddesi uyarınca nüfus kaydının düzeltilmesi yolunda bir karar verilmesine olanak bulunmamakta ise de; amaç maddi gerçeğin araştırılması olduğundan, mağdurenin anne-babasının” suç tarihinde 16 yaşındaydı nüfusa geç yazıldı” şeklindeki açıklamaları ile sanığın duruşmada “mağdurenin yaşı gerçekte büyüktür” demesi yaşa itiraz niteliğinde kabul edilerek; suçun oluşumuna etkisi ve şikâyetçi olmayan mağdurenin suç tarihinde 15 yaşını bitirmiş olması halinde sanığın eyleminin 5237 sayılı TCK.nun 104. maddesine temas edeceği de gözetilerek; doğum tutanağından mağdurenin Bozöyük Asliye Hukuk Mahkemesinin 1979/169-221 ve 30.7.1979 tarih sayılı kararı ile 25.1.1980 de nüfusa tescil edildiği anlaşılmalı, temini mümkün olduğu takdirde söz konusu dosya getirilip, tescilin dayanaklarının araştırılması, resmi bir sağlık kurumunda doğmadığının anlaşılması halinde, yaş tespitine esas film ve grafilerinin çektilererek sağlık kurulundan rapor alınması, gerektiğinde Adli Tıp Kurumu ilgili İhtisas Kurulundan da görüş sorularak gerçek yaşın bilimsel biçimde saptanmasından sonra sanığın hukuki durumunun tayin ve taktiri gerekirken noksan soruşturma ile yazılı şekilde hüküm kurulması” 5.CD.nin 20.9.2006 gün 2006/3997-7126 sayılı kararı; 5. CD.nin 24.10.1985 gün 3034/4056 sayılı kararı; “Mağdurenin yaşının düzeltilmesi nedeniyle değişen suç niteliği nazara alınarak, sanık hakkında ırza geçme ve alıkoyma suçlarından açılan kamu davasının zamanaşımı nedeniyle ortadan kaldırılmasına karar verilen olayda, Özel Daire ile Yerel Mahkeme arasındaki çözümlenmesi gereken hukuki uyuşmazlık, Adli Tıp Kurumu raporu ile doğum tarihinin doğru olmadığı saptanan mağdurenin, yaşının düzeltilmesi halinde kardeşi ile arasında doğum tarihi itibarıyla 180 günden az süre kalması halinde, yaş düzeltilmesi yapıp yapılamayacağı belirlenmesine ilişkindir. Yerleşmiş yargısal kararlarda da vurgulandığı üzere, ceza yargılamasının amacı, maddi gerçeğin saptanması esasına dayanır. Bu amaç doğrultusunda, ceza mahkemesi yargıcı, hükme dayanak olabilecek nitelikte gerçekçi, akılcı, olayı temsil edici ve hukuka uygun bulunan her türlü kanıtı dikkate almakla yükümlüdür. Bir başka anlatımla, ceza yargılamasında şekli duruma değil, somut gerçeğe itibar edilecektir. Gerek Özel Dairece bozulan önceki hükmün verildiği 14.11.2003 tarihinde yürürlükte bulunan 1412 sayılı CYUY.nın 255/son maddesi, gerekse direnme kararının verildiği 25.05.2007 tarihinde yürürlükte bulunan ve uygulanan 5271 sayılı CYY.nın 218. maddesi hükümleri gereğince, ceza mahkemesi Nüfus Yasasında öngörülen yöntemi izleyerek yaşı düzeltilecek kişinin vücut yapısını gözlemleyip, hakkında bilimsel verilere dayalı olarak bilirkişi raporu aldıktan ve

Mağdure nüfusa kayıtlı değilse, bilimsel olarak yaşı saptanmalı sonrada idari yoldan nüfus kütüğüne tescil işlemi yaptırılmalıdır.<sup>68</sup>

Eğer mağdurun doğduğu yıl belli ve fakat ay ve günü belli değilse, Nüfus Kanununun 59. maddesine dayanarak mağdurun o yılın Temmuz ayının 1. günü doğduğunu kabul etmek gerekir<sup>69</sup>.

### 3. Konu

Hareketin yöneldiği kişi ya da şey suçun konusunu oluşturmaktadır. Konusuz bir suç düşünülemez. Bu anlamda fail tarafından gerçekleştirilen hareket, ya bir eşyaya ya da bir şahsın fiziki, maddi yapısına veya bünyesine yönelir.<sup>70</sup> Suçun konusu, bir insanın maddi veya manevi varlığı da olabilir.<sup>71</sup>

---

geçerli diğer delilleri topladıktan sonra gerçek yaşını saptayarak bir sonuca varacaktır. Somut olayda mağdurenin gerçek yaşı Adli Tıp Kurumu raporu ile saptanmış bulunmaktadır. Ancak, Nüfus Hizmetleri Yasasının Uygulanmasına İlişkin Yönetmeliğin 33/1-a maddesi uyarınca, kardeşlerin doğum tarihleri arasında en az 180 gün süre bulunması gerekmektedir. Bu durumda mağdurenin yaşının düzeltilebilmesi için, öncelikle kayden engel teşkil eden mağdurenin kardeşi Kader'in yaşının düzeltilmesi de gerekmektedir. Fakat yargılamanın ulaştığı aşama ve davanın ceza yargılamasına ilişkin bölümüyle ilgili kurulan hükme yönelik bir yasa yolu başvurusunun bulunmadığı da nazara alındığında, mağdurenin kardeşi Kader'in yaşının düzeltilmeden de bir sonuca varmak olanaklıdır. Yerel Mahkemece mağdurenin gerçek yaşının, bilimsel inceleme yapılarak düzenlenen bilirkişi raporuna dayalı olarak tespit edilmesinde bir isabetsizlik bulunmamaktadır. Bu itibarla Yerel Mahkeme hükmünde yer alan mağdurenin yaşının düzeltilmesine ilişkin bölüme, "Mağdurenin yaşının, bu yargılama ile sınırlı olarak tespit ve düzeltilmesine, yaş düzeltme ilişkin hükmün nüfus kaydına işlenmesine yer olmadığına" ibaresi eklenmek suretiyle hükmün düzeltilerek onanmasına karar verilmelidir" CGK'nın 15.04.2008 tarih ve 2007/5-239-2008/86 sayılı kararı.

<sup>68</sup>"Suç unsurlarına etkisi ve yaş konusunda ahvali şansıye sicil kayıtlarına itibar esas olması bakımından nüfusa kayıtlı olmadığı anlaşılan mağdure Seval'in idari yoldan nüfusa tescilinin sağlanması ve ondan sonra sanığın hukuki durumunun tayini gerekirken noksan soruşturmayla hüküm kurulması" 5.CD.nin 22.12.1993 gün 4360/4677 sayılı kararı; Suç unsurlarına ve sanığa verilecek cezaya etkisi bakımından mağdurun yaşının tespiti gerektiğinden, bu konuda röntgen uzmanının da katıldığı sağlık kurulu raporu alınmalı mağdurun gerçek yaşı bilimsel olarak saptandıktan sonra, sağlanabildiği takdirde idari yoldan nüfus kütüğüne tescil işlemi de yaptırılarak sonucuna göre karar verilmelidir. C.G.K.nun 17.6.1991 gün 192/220 sayılı kararı.

<sup>69</sup> Yar. 6. CD 23.10.1975 gün 4587/4675 sayılı kararı, Yargıtay Kararları Dergisi, Temmuz 1976, s.1077; Yarg. 4. CD 9.2.1977 gün 475/611 sayılı kararı, Yargıtay Kararları Dergisi, Eylül 1977, s.1314.

<sup>70</sup> İzzet Özgenç, **TCK Genel Hükümler, Gazi Şerhi**, 3.b., Ankara: Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Daire Başkanlığı, 2006, s. 215.

<sup>71</sup> Artuk, Gökçen, Yenidünya, **Ceza Hukuku Genel Hükümleri**, s. 304.

Çocuğun cinsel istismarı suçunda suçun konusu, saldırıya uğrayan çocuğun vücudu, cinsel dokunulmazlığıdır.<sup>72</sup>

#### 4. Fiil

Maddi unsurlar dendiğinde, ilk olarak ceza normunda yasaklanan "fiil" akla gelmektedir". Ceza hukukunda fiilden (hareket, eylem) bahsedildiğinde ise, insandan sadır olan bir husus anlaşılır. Eylem, insanın dış dünyaya yansıyan ihmali ya da icrai bir davranışının bulunmasını gerektirir. İnsanla bağlantısı olmayan tabiat olayları suç olgusunu ilgilendirmez.<sup>73</sup>

TCK.nun 103. maddesinde, cinsel yönden vücut dokunulmazlığını ihlâl eden hareketin mahiyetine göre, suçun temel şekli, daha sonra nitelikli şekli tanımlanmıştır. Suçun maddi unsurlarından özellikle fiil yönünden farklılık söz konusu olduğundan, cinsel istismarın temel şekli ile nitelikli şeklinin ayrı ayrı incelenmesinin konunun daha kolay anlaşılacağı düşünüldüğünden, bu çerçevede öncelikle çocuğun cinsel istismarı suçunun temel şekli, daha sonra ise nitelikli şekli ele alınmıştır. Daha sonrada fiili işlemek için başvuru araç fiiller ele alınmıştır. 103/1. maddede düzenlenmiş çocuğun basit cinsel istismarının temel şekli Yargıtay kararlarında suç ismi olarak "Çocuğun Basit Cinsel İstismarı Suçu", 103/2. maddede düzenlenmiş eylemin nitelikli hali olan vücuda organ veya sair cisim sokma hali de "Çocuğun Nitelikli Cinsel İstismarı Suçu" olarak adlandırılmıştır. Bu şekilde bir ayrıma gitmemizin bir nedeni de ileride yine değineceğimiz üzere, her ne kadar 5237 S. Kanununda vücuda organ veya sair cisim sokma, 765 S. Kanundaki ırza geçmeden farklı olarak, ayrı bir suç olarak değil, nitelikli hal olarak düzenlenmiş ise de; kanaatimizce suçun maddi unsurlarından fiil ve failin kastı tamamen farklı olduğundan iki ayrı suç vardır. Suçun gerçek nitelikli (ağırlaştırıcı) halleri 103/3 ve 103/4. fıkralarda düzenlenmiştir.

<sup>72</sup> Artuk, Gökçen, Yenidünya, **TCK Şerhi**, s. 2613.

<sup>73</sup> Artuk, Gökçen, Yenidünya, **Ceza Hukuku Genel Hükümleri**, s. 235.



## a. Çocuğun Basit Cinsel İstismarı Suçunda Fiil

Hem 765 , hem de 5237 S. Kanunlara baktığımızda cinsel suçların ayrımında genel olarak temel kriterin mağdurun yaşı olduğunu görmekteyiz. 5237 S. Kanuna göre mağdur çocuk ise; bakılacak madde 103 ve 104. maddelerdir. Mağdur 18 yaşından büyük ise bakılacak madde 102. maddedir. Yine 103 ve 104. maddeler arasındaki ayrımı yapabilmek ve 103. maddedeki nitelikli halleri doğru uygulayabilmek için 103. maddedeki çocukların ayrımını da bilmek gerekmektedir.103. Maddede 3 tip çocuktan bahsedilmektedir.

1. Onbeş yaşını tamamlamamış çocuk,

2.Onbeş yaşını tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş çocuk,

3.Onbeş yaşını tamamlamış algılama yeteneği gelişmiş çocuk. (15 yaşını tamamlamış,18 yaşını tamamlamamış.)

Çocuk 15 yaşını tamamlamamış ya da tamamlamış olmakla birlikte işlenen fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamayacak durumda ise, ona karşı gerçekleştirilen her türlü cinsel davranış, cinsel istismar sayılmış ve yaptırıma bağlanmıştır. Kanun koyucu 15 yaşından küçüklerin ve 15 yaşını bitirmiş olup da algılama yeteneği gelişmemiş olan çocukların eyleme rızalarına bir değer atfetmemiştir.<sup>74</sup>

15 yaşından küçük çocuk işlenen fiilin anlam ve sonuçlarını algılayabilecek durumda olsa, hatta veli veya vasisinin rızaları dahi bulunsa yapılan eylem suç teşkil edecektir. 15 yaşından küçük çocuk işlenen fiilin anlam ve sonuçlarını algılayamayacak durumda iseler eylem elbette yine suç olacaktır.Bu çocuklara 103/1-a maddesinde düzenlenmiş çocuklar diyoruz.

103/1-b maddesinde düzenlenmiş, onbeş yaşını tamamlamış algılama yeteneği gelişmiş çocuklara karşı eylemin suç teşkil edebilmesi için

<sup>74</sup>Artuk, Gökçen Yenidünya, **TCK Şerhi**, s. 3303.

ise, eylemin cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilmesi gerekir. Kanun koyucu burada çocukların rızalarını geçerli saymıştır.

5237 sayılı TCK.nun 103. maddesinin 1 inci fıkrasında yaptırım altına alınan fiil, "çocuğun cinsel davranış/davranışlarla istismar edilmesidir".

Suçun maddi unsurunu oluşturan hareket, YTCK m. 103/1 a)'da "*her türlü cinsel davranış*"; m. 103/1 b)'de ise "*cinsel davranışlar*" olarak öngörülmüştür. Kanunun, 15-18 yaş arasında bulunan kişiler bakımından suçun oluşması için "*davranışlar*" biçiminde çoğul bir anlatım kullanmasının nedeni anlaşılamamıştır. Kanunun lafzından hareket edildiğinde, m. 103/1 a) bendi kapsamına giren çocuklara yönelik tek bir davranış dahi suç oluştururken; b) bendi kapsamına giren çocuklar bakımından ise, birden çok cinsel davranışın bir araya gelmesi durumunda bu suçun oluşacağı sonucuna varmak gerekecektir. Yasa koyucunun amacının, çocuklara yönelik cinsel istismar açısından böyle bir ayırım yapmak olmadığı açıktır. Burada kanunun "*aceleyle gelmiş olmasından*" kaynaklanan bir özensizlik söz konusudur.<sup>75</sup>

TCK.nun 103. maddesinin metninde cinsel davranışın neler olduğuna dair bir açıklama bulunmamaktadır. Cinsel davranış, 102. maddede olduğu gibi "vücut dokunulmazlığının ihlaline" yönelik davranışlar mıdır? Diğer bir deyişle, 102. maddenin 1. fıkrasında belirtilen cinsel davranışların, çocuklara yönelik işlenmesi halinde cinsel istismar suçu mu oluşmaktadır? Ya da maddede bulunan " her türlü cinsel davranışı" çok geniş yorumlayıp, çocuklara yönelik vücut dokunulmazlığını ihlal etmeyen cinsel davranışları da cinsel istismar olarak kabul edecek miyiz? Bu konuda farklı görüşler mevcuttur.

---

<sup>75</sup> Tezcan, Erdem, Önok, a.g.e., s. 319.

Bir görüşe göre; Cinsel saldırı suçundan (TCK.102.m.) farklı olarak, cinsel istismar suçunun oluşması için çocuğa yönelik olarak "cinsel bir davranış"ın gerçekleştirilmesi yeterli görülmüş, bunun aynı zamanda "vücut dokunulmazlığı"nın da ihlal etmiş olması gibi bir zorunluluk aranmamıştır. Bu durumda TCK.nun 105. madde kapsamında "cinsel taciz" niteliğindeki davranışların çocuğa karşı gerçekleştirilmesi durumunda çocukların cinsel istismarı suçu oluşacaktır. Başka bir anlatımla cinsel saldırı suçunun oluşması için cinsel davranış yanında, ayrıca vücut dokunulmazlığının da ihlal edilmiş olması arandığı için, failin mağdurla bedensel teması gerekli olduğu halde, çocukların cinsel istismarı suçunun oluşması için vücut dokunulmazlığın ihlal edilmesi zorunluluğu aranmadığından, mağdurla bedensel teması gerektirmeyen cinsel davranışların da bu suçu oluşturduğu sonucuna varmak gerekecek; bu ise, cinsel taciz niteliğindeki birçok davranışın çocukların cinsel istismarı kapsamında ağır biçimde cezalandırılması sonucuna yol açacaktır. Belki de bu bariz sakınca ve çelişkiyi ortadan kaldırmak amacıyla, Yargıtay uygulamasında, çocuğa karşı gerçekleştirilse dahi, cinsel taciz niteliğindeki davranışlar çocukların cinsel istismarı suçu kapsamında görülmemekte ve 105. madde uyarınca cezalandırılmaktadır. Öğreti de bu yorumu desteklemekte; "cinsel davranışlarla istismar" ibarelerini TCK m. 102/1 anlamında değerlendirmekte ve vücut dokunulmazlığının da ihlal edilmiş olmasını aramaktadır. Olması gereken hukuk açısından bu yorum desteklenebilirse de, TCK. 102 ile 103. maddeleri tanımları arasındaki fark ve 105. maddenin gerekçesi dikkate alındığında, pozitif hukuk bakımından bu sonuca varmak aslında mümkün gözükmemektedir.<sup>76</sup>

Karma görüş diyebileceğimiz diğer bir görüşe göre: TCK.nun 103. maddesine göre, on beş yaşını doldurmuş ancak anlam ve algılama yeteneği de gelişmiş olan çocuklara yönelik "cinsel davranışlar" cinsel istismar suçunu

<sup>76</sup> Tezcan, Erdem, Önok, s. 320; Benzer: İbrahim Dülger, "Çocukların Cinsel İstismarı", **Fasikül Aylık Hukuk Dergisi**, Yıl 2, Sayı 6, Seçkin Yayınevi, 2010, s. 41; Özbek ve Kanbur, a.g.e. s. 630; Üzülmöz, Cinsel İstismar, s. 31.

oluşturacağı belirtilirken; on beş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş çocuklara karşı gerçekleştirilen "her türlü cinsel davranış" tan söz edilmektedir. Yasa koyucu bu ayrımı bilerek yapmıştır. TCK'nın 103. maddesi ile on beş yaşını tamamlamış ve fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmiş çocuklara karşı gerçekleştirilen eylemler, çocuğun rızasının geçerli olması ve ancak rızaya aykırı davranışın suç oluşturması nedeniyle tamamen YTCK'nın 102. maddesinde düzenlenen cinsel saldırı suçu ile aynı özellikleri taşımaktadır. Bu ayrımı Yasa koyucu da, aynı 102. maddedeki gibi "cinsel davranışlar"la bu suçun işleneceğini öngörerek ortaya koymuştur. O halde bir eylemin on beş yaşını tamamlamış ve fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmiş çocuklara karşı işlenmesi halinde cinsel istismar sayılması için, vücut dokunulmazlığı ihlal edilerek, cinsel davranışın mağdurun vücudu üzerinde gerçekleştirilmesi gerekir. Bu durumda bir eylemin on beş yaşını tamamlamış ve fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmiş çocuklara karşı cinsel istismar suçunu oluşturabilmesi için, mutlaka mağdurun vücuduna bir temas gereklidir. Mağdurun vücuduna temas olmaksızın sözle yapılan davranışlar ve uzaktan uzağa, dokunma olmaksızın yapılan hareketler, örneğin cinsel organı gösterme veya onun gözü önünde kendi kendini tatmin etme eylemi cinsel istismar suçunu değil, cinsel taciz suçunu oluşturacaktır. Ancak on beş yaşını tamamlamamış ve fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş çocuklara karşı gerçekleştirilen "her türlü cinsel davranış" bu suç oluşturacaktır. Bu durumda olan kimselere karşı gerçekleştirilen cinsel davranışların, cinsel istismar suçunu oluşturması için vücut dokunulmazlığın ihlal etmiş olması gibi bir zorunluluğu yoktur. YTCK'ın 105. maddesinde düzenlenen cinsel taciz suçu bile bu durumda olan çocuklara karşı gerçekleştirildiğinde, cinsel istismar suçu oluşacaktır. Bu durumda bedensel temas gerektirmeyen cinsel davranışlar, cinsel istismar suçunu oluşturacaktır. Bu sonuca yukarıda da söylediğimiz gibi Kanun metnindeki "her türlü cinsel davranış" tabirinden gitmek olanaklı olduğu gibi, Yasa

koyucunun cinsel istismarı, cinsel saldırıdan tamamen ayrı şekilde düzenleyip, rızaya değer atfetmemesinden de ulaşmak mümkündür. Bu kabule göre, mağdurun vücuduna temas olmaksızın sözle yapılan davranışlar ve uzaktan uzağa dokunma olmaksızın yapılan cinsel hareketler, örneğin cinsel organı gösterme veya onun gözü önünde kendi kendini tatmin etme eylemi de cinsel istismar suçunu oluşturacaktır. Aynı şekilde fail mağdurun cinsel organını açtırıp karşısında mastürbasyon yapması durumunda da bu suç oluşacaktır. Bu düşünüş şekli benimsenince, cinsel taciz suçu da yalnızca 15 yaşından büyük ve algılama yeteneği gelişmiş kimselere karşı işlenebilen bir suç olacaktır.<sup>77</sup>

Başka bir görüşe göre; cinsel taciz niteliğindeki fiiller, cinsel saldırı ve cinsel istismara göre, daha hafif nitelikte, bağımsız değerlendirilecek eylemlerdir. Bu anlamda cinsel taciz, küçüklere karşıda işlenebilir. Maddenin 1. fıkrasının (a) bendinde yazılı "her türlü cinsel davranış" kavramı, bünyesine "cinsel davranış" kavramına ek olarak 765 sayılı TCK'n sistemine göre "söz atma" denilen; 5237 sayılı TCK'n sistemine göre ise, bu kanunun 105. maddesinde tanımlanan "cinsel taciz" denilen suç dâhil edilmemelidir. TCK. 103/1-a maddesinde "her türlü cinsel davranış" kavramının kullanılması, tartışmalı hale getirmektedir. Madde gerekçesindeki; "Erişkin kişilere karşı işlenen fiiller açısından cinsel saldırı ifadesi kullanılmasına rağmen, çocuklar açısından cinsel istismar ifadesi kullanılmıştır."Şeklindeki ibareden kapsamdaki eylemlerin aynı oldukları anlaşılmaktadır. Bunun yanında, TCK.103 ncü madde gerekçesinde ilk paragraf sonundaki "*her türlü cinsel davranış*" ibaresinin anlamı, küçük rıza göstermiş olsun olmasın, yapılan davranışların suç oluşturduğunu belirtmek için kullanılmıştır. Ayrıca TCK. 105. maddede tanımlanan "cinsel taciz" suçunun (bu suç maddi anlamda teması gerektiren davranışlarla işlenmese dahi) kanun koyucu tarafından bir cinsel davranış olarak kabul edilmiş olması da bahsedilen

---

<sup>77</sup> Yaşar,Gökcan, Artuç , a.g.e., ss. 3334-3335.

yoruma dayanak alınabilir.<sup>78</sup>Bu suçta, failin gerçekleştirdiği cinsel davranışların şehevi amaçla yapılmış olması yeterlidir, ayrıca failin şehevi arzularını fiilen tatmin etmiş olması gerekmez. Bu itibarla sırf hareket suçudur, hareketten ayrı bir neticenin gerçekleşmesi aranmaz, cinsel saldırı ve istismardan (m.102/1 ve 103/1) anlaşılan aynı veya ayrı cinsten bir kimse üzerinde icra edilen ve fakat 102/2 ve 103/2. maddelerinde yer alan cinsel saldırı ve istismara veya bu suçlara teşebbüs niteliğinde olmayan, cinsel arzuların tatmini amacına yönelik, ani olarak gerçekleştirilen (765 sayılı TCK. anlamında fiili sarkıntılık) ya da devamlılık arz eden (765 sayılı TCK. anlamında ırza tasaddi) şehevi hareketlerdir.<sup>79</sup>

Aynı yönde diğer bir görüşe göre; Her ne kadar 15 yaşını tamamlamamış veya tamamlamamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş çocuklara yönelik her türlü cinsel davranışlar cinsel istismar olarak nitelendirilse de, 103. maddenin gerekçesinde aslında çocuklara karşı cinsel saldırının düzenlendiğinin belirtilmesi karşısında, cinsel istismar tanımı, vücut dokunulmazlığının ihlali niteliği taşımayan cinsel davranışlarla işlenebilen cinsel tacizi içermemektedir. Her iki suç için öngörülen cezalar karşılaştırıldığında da, bu sonuca varmaktayız. Aksi halde örneğin çocuğun vücudu üzerinde şehevi hareketlerde bulunan kişinin fiili ile, sadece cinsel amaçlı olarak söz atan bir kişinin fiilin cinsel istismar olarak nitelendirilmesi halinde, uygulanacak ceza bakımından adaletsiz bir durumla karşı karşıya kalınacaktır.<sup>80</sup>

Görüldüğü üzere ağırlıklı olan görüş bizimde iştirak ettiğimiz, kişinin vücudu üzerinde gerçekleştirilen, cinsel arzuları tatmin amacına yönelik

---

<sup>78</sup> Malkoç, Cinsel Saldırı, s. 168.; Benzer: Artuk, Gökçen, Yenidünya, TCK Şerhi, s.2612; Elmas, a.g.m., s. 29; Ersan Şen, **Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu**, 1.b., C. I, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2006, s. 395; Serap Keskin Kızıroğlu, “ Yeni Türk ceza Kanununda Kadına İlişkin Düzenlemeler ve Cinsel Suçlar”, **Türk Ceza Hukuku Derneği Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer Armağanı**, C.2, Ankara, Şubat 2008, s. 1001.

<sup>79</sup> Artuk, Gökçen, Yenidünya, **TCK Şerhi**, s. 2517.

<sup>80</sup> Sevik, Çocukların Cinsel İstismarı, ss. 283-292.

fakat, cinsel ilişkiye varmayan cinsel davranışlardır. Vücuda fiziki temas şeklinde eylemin belli bir ağırlıkta olmasına veya devamlılık göstermesine de gerek yoktur. Tek bir dokunma ile de bu suç oluşmaktadır. Yargıtay'ın da verdiği kararlardan bu görüşte olduğunu anlamaktayız.<sup>81</sup> Yürürlükten kalkan 765 s. TCK.nun da ırza ve namusa tasaddi ile sarkıntılık (fiziki temas ile gerçekleşen) olarak kabul edilen eylemlerin karşılığı, 5237 s. TCK.nun basit cinsel saldırı ve çocuğun basit cinsel istismarı olarak kabul edilen eylemlerdir.

Mağdur açısından neden fiilin hukuksal anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği üzerinde durulduğunu anlamak güçtür. Failin sorumlu tutulabilmesi için şart olan isnat yeteneği bakımından, işlediği davranışın hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğine sahip olması gerektiği ortadadır. Fakat, suçun mağduru açısından aynı kıstası aramanın yerindeliği tartışılabilir. Burada, mağdur çocuğun gösterdiği rızanın geçerliliğini saptamak açısından bu kritere yer verildiği açık olsa da, doğrusu, mağdurun fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını değil, yalnızca "fiilin anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği"nin aranması olurdu. Bu tartışma bir yana, YTCK'da kişinin "fiilin hukuksal anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğini" ortadan kaldıran veya azaltan nedenler, fail bakımından "yaş küçüklüğü", "akıl hastalığı" ve "sağır ve dilsizlik" olarak belirtilmiştir. YTCK m. 103/1 a) anlamında algılama yeteneğinin gelişmesini engelleyen neden olarak yaş küçüklüğünden söz etmek olanaksızdır. Çünkü kanun, 15 yaşma kadar olan çocuklarda zaten algılama yeteneğinin gelişmemiş olduğunu varsaymaktadır. Bu yüzden mağdurun algılama yeteneğinin gelişmesini engelleyen nedenlerin olsa olsa sağır ve dilsizlik ile akıl hastalığı olabileceği düşüncesindeyiz. Şu halde 15

---

<sup>81</sup> "Okula gitmekte olan çocuk mağdurelere sokak üzerinde hiçbir bedensel temasta bulunmaksızın cinsel organını çıkarıp göstermekten ibaret eylemin TCK'nun 105. maddesinde düzenlenen cinsel taciz suçunu oluşturduğu gözetilmeden, suç niteliğinde yanılıya düşülerek yazılı biçimde basit cinsel istismardan mahkûmiyetine karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir" 5.CD.nin 18.3.2008 gün 2008/38, 2008/2115 S. Kararı; "Sanığın oluşa uygun olarak işlediği kabul edilen "yönetimindeki araç ile okul sorma bahanesiyle mağdureye yaklaşp hiçbir bedensel temasta bulunmaksızın cinsel organını çıkarıp oynayarak göstermekten" ibaret eyleminin TCK'nun 105. maddesinde düzenlenen cinsel taciz suçunu oluşturduğu gözetilmeden, suç niteliğinde yanılıya düşülerek yazılı biçimde basit cinsel istismardan mahkûmiyetine karar verilmesi" 5.CD.nin 04.06.2007 gün, 2007/3731-4315 sayılı kararı.

yaşma kadar olan çocuklarda algılama yeteneğinin gelişmiş olup olmadığı konusunda bir araştırma yapılmasına gerek yoktur. Kanun, 15 yaşına kadar olan çocukların algılama yeteneğinin gelişmemiş olduğunu, çürütülmesine olanak bulunmayan bir karine olarak kabul etmektedir.<sup>82</sup>

Adli Tıp Kurumu Genel Kurulu 18.03.1993 tarihli 19 sayılı kararında 11 yaşını bitirmeyen çocukların kendilerine karşı işlenen ırza yönelik suçların kötülüğüne müdrük ve mukavemete muktedir olmadıklarını kabul etmiştir.<sup>83</sup> Adli Tıp Kurumunun bu görüşü Yargıtay 5. Caza Dairesince de kabul edilerek 11 yaşını doldurmamış çocuklara yönelik eylemleri “failin fiilinden başka bir sebepten dolayı” failin fiiline mukavemet edemeyecek hal olarak kabul edip bu tür eylemleri 765 s.TCK.nun 414/2. madde içinde değerlendirmiş ve bu hususa mefruz cebir denmiştir.

Adli Tıp Kurumunun bu görüşü halen geçerliliğini sürdürmektedir.<sup>84</sup> Normal şartlarda 11 yaşını bitiren mağdurun fiilin anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğinin gelişmiş olması gerekir. Ancak hastalığı ve akıl zayıflığı gibi nedenlerden dolayı gelişmemiş olabilir. Özellikle 15 yaşını tamamlamış

---

<sup>82</sup> Tezcan, Erdem, Önok, a.g.e., s. 317.

<sup>83</sup> “Normal çocukların 7. yaşın bitiminde karşı cinsteki ebeveynlere yönelik cinsel yaklaşım evresinden henüz çıkmış olup 7-9. yaş arasındaki cinselliğin örtülmüş bulunduğu asexuel evreden ve ondan sonra da 9-11. yaşları arasındaki çok cepheli bir perversion evresini ikmal ettikten sonraki 12. yaşta başlayan püberte'ye giristen sonradır ki aile dışı karşı cinsle yönelik olgun cinselliğe ancak adım atabilecekleri hususunun (psikoseksüel gelişme) olarak bilinen temel tıbbi öğretinin esas kavramlarından olduğu; bu nedenle, ahlaki tecavüze uğrayan çocukların, ancak 11. yaşın bitiminden ve 12 yaştan gün almalarından sonra mağduru buldukları olayın ahlaki kötülüğüne müdrük ve olaya ruhsal yönden mukavemete muktedir olmalarına imkân verecek psikoseksüel olgunluğa erişebilecekleri; bu duruma göre, 14.7.1984 doğumlu Murat'ın 23.8.1992 tarihinde maruz kalmış bulunduğu iddia olunan zorla ırzına geçilme olayının ahlaki kötülüğünü müdrük ve olaya ruhsal yönden mukavemete muktedir olmadığı oy birliği ile mütalaa olunur.”

<sup>84</sup> Adli Tıp Kurumu 6.İhtisas Dairesininin 05.05.2008 tarihli raporu: “Mayıs 2005 tarihinde mağduru bulunduğu “çocuğa karşı cinsel istismar, çocuğu cinsel amaçlı hürriyetinden yoksun bırakma” olayı nedeni ile kendine karşı işlenen fiilin, ahlaki redaetini anlama ve fiile mukavemet etme yeteneklerinin gelişip gelişmediği sorulan K. oğlu 1994 Z. A'nın kurulumuzca 15.06.2007 tarihinde yapılan muayenesinde doğum kaydına göre olay sırasında 12 oniki yaşını bitirmemiş olduğu, çocukların 12 yaşının bitiminden evvel tecavüz olayının ahlaki redaetini idrake ve fiile ruhsal yönden mukavemet etmesine imkân verecek olgunluğa erişmemiş olduğunun klasik tıbbi bilgiden olduğu; bu duruma göre, Z. A'nın Mayıs 2005 tarihinde mağduru olayın ahlaki redaetine idrak edemeyeceği, fiile ruhsal yönden mukavemete muktedir olamayacağı oy birliği ile mütalaa olunur.”



çocuklar açısından bu husus çok önem arz ettiğinden algılama yeteneğinin gelişip gelişmediğinin uzman bir bilirkişi vasıtasıyla tespit edilmesi gerekir.

## **b. Çocuğun Nitelikli Cinsel İstismarı Suçunda Fiil**

TCK.nun 103/2 maddesinde bu suçun işleniş tarzı itibariyle nitelikli hali düzenlenmiştir. TCK.nun 102/2. maddede de olduğu gibi suçun nitelikli halimi, yoksa ayrı bir suç mu? düzenlenmiş açık değildir. Cinsel istismarın vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle işlenmesi, suçun temel şekline nazaran daha ağır ceza ile cezalandırmayı gerektirmektedir.<sup>85</sup> Cinsel istismarın vücuda organ veya sair cisim sokulması suretiyle işlenmesinde yaptırım altına alınan fiil “vücuda organ veya sair cisim” sokmadır.<sup>86</sup>

5237 s. TCK. nu ile en köklü değişikliklerden biride cinsel suçlarda yapılmıştır. Irza geçme eyleminin yerine, ırza geçmeyi de kapsayan, hukukumuzda yeni giren “vücuda organ veya sair cisim sokma” kavramı getirilmiştir. Bu kavram hukukumuzda yeni girse de aslında Avrupa'nın birçok ülkesi ceza hukukunda mevcut bir kavramdır.

Burada konuyu daha iyi anlama açısından 765 S. TCK.nun da düzenlenen “ırza geçme” kavramının ne anlama geldiğini hatırlamakta fayda bulunmaktadır. “Failin cinsiyet uzvunun mağdurun normal veya anormal yoldan vücuduna, cinsi teması sağlayacak şekilde ithali ırza geçmektir.”<sup>87</sup> Bundan anlaşılacağı üzere, ırza geçme fiilinin faili, yalnızca erkeklerdir. Irza geçme cinsel organın vajinal veya anal yoldan sokulması ile oluşur. “Vücuda organ veya sair cisim sokulması” çok muallâk ve yanlış yorumlara açık bir kavramdır. Bundan dolayı TCK.nun 103. maddesinin gerekçesinde atıfta bulunduğu 102. maddenin “suçun bu nitelikli hâli için, vücuda vajinal, anal veya oral yoldan organ veya sair bir cismin ithal edilmesi gerekir. Bu

---

<sup>85</sup>Sevük, *Çocukların Cinsel İstismarı*, s. 287; Tezcan, Erdem, Önok, a.g.e., s.304.

<sup>86</sup>Özbek ve Kanbur, a.g.m. s.615.

<sup>87</sup>Faruk Erem, **Türk Ceza Kanunu Şerhi, Özel Hükümler**, Ankara: Seçkin Yayınevi,Cilt II, 1993, s, 1987.

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 fıkrada tanımlanan nitelikli hâlinin oluşabilmesi için, gerçekleştirilen davranışın cinsel arzuların tatmini amacına yönelik olması şart değildir.” şeklindeki gerekçesini çok iyi anlayıp, yorumlamamız gerekmektedir. Buradan vücuttan kast edilenin vajina, anüs ve ağız olduğu anlaşılmaktadır. Organ vücudumuzda belirli hareketleri gerçekleştirmeye yarayan veya belirli duyuları algılama fonksiyonu bulunan vücut bölümleridir.<sup>88</sup> Kanunda “cinsel organ” değil “organ” tabiri kullanıldığından, sadece cinsel organlar değil, girme özelliği olan tüm vücut parçaları da (parmak<sup>89</sup>, el, kol) bu kavrama dâhil kabul edilmelidir.”<sup>90</sup>

Vücuda vajinal, anal veya oral yoldan veya oluşan diğer yerlere organ veya sair bir cismin sokulması maddi unsurlardan fiili oluşturur. Bu bakımdan vücuda penis sokulabileceği gibi, vajinal veya anal yoldan sopa, cop, havuç salatalık ve benzeri bitkiler ve benzeri maddeler ile sair bir katı veya sıvı bir cisim de sokulabilir.<sup>91</sup> Zira bu suç ile mağdurun maddi bir acı hissetmesi aranmadığından, cinsel dokunulmazlığın ihlali sonucunu doğuran her türlü cismin vücuda ithali suçu oluşturur<sup>92</sup>.

Sıvı bir cismin sokulması konusunda bir birlik yoktur.<sup>93</sup>Kanaatimizce de sıvı bir cismin sokulması durumunda bu suç oluşmaz. "Cisim" deyimi,

---

<sup>88</sup> Mahmut Güler ve İsmail Malkoç, **Uygulamada Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler**, 1.b., Ankara: Adil Yayınevi, 3. Cilt, s. 3706.

<sup>89</sup>"Dosya içeriğine göre sanığın parmağını 6 yaşındaki mağdurenin cinsel organına sokmak suretiyle tasaddide bulunma olarak kabul edilen eyleminin vücuda organ sokma niteliğinde olması nedeniyle 5237 Sayılı yasanın 103/2 maddesinde düzenlenen nitelikli cinsel istismar suçunu oluşturacağı ve bu suçla ilgili yargılama ve uyarlama yapma görevinin Ağır Ceza Mahkemesine ait olduğu nazara alınarak 5235 sayılı yasanın geçici 1. maddesi gereğince görevsizlik kararı verilmesi gerektiğinin gözetilmemesi...", Yar. 5. CD.nin 17.10.2005 gün 2005/ 15761-21713 sayılı kararı.

<sup>90</sup> Malkoç, **Cinsel Suçlar**, s.56.

<sup>91</sup> Malkoç, **Cinsel Suçlar**, s.56.

<sup>92</sup> Malkoç, **Cinsel Suçlar**, ss. 44-45.

<sup>93</sup> Sıvı maddelerin de bu kapsamda olduğu görüşü için bkz. Yenidünya, a.g.e., s. 3292; Malkoç, **Cinsel Suçlar**, s. 57 “koyu kıvamda bir boyalı, kirli sıvıyı cinsel boşluklara sokmakla, onlarla doldurmakla, basit ince bir bitkinin sokulması arasında ne fark vardır. Kaldı ki, cisim ve sokmak kavramlarının sadece katı cisimlerle ilgili olabileceğini söylemekte mümkün değildir.”; Özbek,Kanbur, a.g.e., s. 616.

sayılan vücut boşluklarına girebilecek her türlü katı maddeyi içermektedir<sup>94</sup>. Ayrıca bir sıvının vajinal veya anal yoldan başka bir cismin (örneğin: hortum, şırınga vs.) yardımı olmadan sokulması pek mümkün gözükmemektedir. Bunlar sokulduğunda da suç zaten oluşacaktır.

Öğreti ve Yargıtay uygulamalarında vücuda vajinal veya anal yoldan organ veya sair bir cismin sokulması ile cinsel organın ağza sokulması durumunda nitelikli cinsel istismar/cinsel saldırı suçunun oluştuğu yönünde hiç bir tereddüt bulunmamaktadır. Bu organlar zaten cinselliği içerdiğinden, gerçekleştirilen davranışlarda cinsel arzuların tatmin amacının bulunup bulunmamasının bir önemi yoktur. Bunlar cinsel motifli eylemlerdir. Önemli olan cinsel organların saldırı hedefi olarak alınması veya kullanılmasıdır. Tartışmalı olan nokta ağza cinsel organ dışında, örneğin parmak, dil, şişe, sopa sokma, veya kulağa parmak sokma durumunda nitelikli halin oluşup oluşmayacağıdır. Bu konuda farklı görüşler bulunmaktadır.

TCK.nun 102/2. maddesinin gerekçesinde suçun temel şeklinin aksine, suçun nitelikli hâlinin oluşabilmesi için, gerçekleştirilen davranışın cinsel arzuların tatmini amacına yönelik olmasının gerekmediği belirtilmiştir. Bunun nedeni, vücuda organ veya başkaca bir cismin sokulduğu hallerde, sokma eyleminin gerçekleştirildiği vücut bölgesi ve sokulan organ veya cisimden hareketle, bu davranışın objektif olarak cinsel saldırı teşkil edip etmediğini belirlemenin mümkün olmasıdır. Dolayısıyla, failin, aşağılama, intikam alma, korkutma ve iktidarsızlığın verdiği hırsıyla vücuda organ veya cisim sokması arasında bir fark yoktur. Vajinal veya anal yoldan mağdura organ veya cisim sokulması hareketin cinsel motifli olduğunu göstermeye yeterlidir. Buna karşılık, oral yoldan gerçekleştirilen saldırılar bakımından, ağza sokulan cisim veya organ gerçekleştirilen hareketin niteliğinin tayininde belirleyici olacaktır.<sup>95</sup>Dış görünüş olarak birden fazla anlam içeren bu tür bir

---

<sup>94</sup> Tezcan, Erdem, Önok, a.g.e., s. 305.

<sup>95</sup> Üzülmöz, Cinsel Saldırı Suçu, s. 258.

davranışın nitelikli cinsel saldırı sayılabilmesi için, failin kastının, davranışın cinselliğini de içermesi zorunludur. Kaldı ki, bu durumda davranışın objektif bakımdan cinsel nitelikli olarak değerlendirilmesi de mümkün değildir. Diğer bir deyişle, nitelikli halin oluşması için, şehvet hislerini tatmin maksadı artık aranmasa da, yapılan davranışın objektif yapısı, içeriği itibariyle "cinsel nitelikli" olması şarttır. Örneğin, küçük düşürülmek istenen mağdurenin vajinasına kalem sokulması durumunda, failin şehvevi hisleri tatmin maksadı olmasa da, bu özellikte bir davranışın "cinsel nitelikli" olduğu söylenebileceğinden, 102/2'deki suçun oluşumu için gerekli olan kast mevcuttur.<sup>96</sup>

Failin fiili ile mağdurun maruz kaldığı durum arasında böyle bir cinsel bağ, ilişki ve anlam kurulamıyorsa bu durumda TCK.nun 103/2 maddesi oluşmaz. Örneğin failin mağduru öperken dilini onun dudakları arasına ya da ağzına sokması durumunda 103/2 oluşmaz. Burada ancak 103/1. madde (basit cinsel saldırı fiili) oluşacaktır. Yine failin mağduru zorla öperken parmağını mağdurun kulağına veya parmakları arasına sokması halinde de bu fiiller vücuda organ ya da cisim sokma olarak değerlendirilemeyecektir.<sup>97</sup>

Organ veya cisim ile bunların sokulduğu vücut bölgesinin öncelikle ve objektif olarak cinsel arzuların tatmini amacına uygun ve elverişli nitelikte olması gözetilmelidir. Bunun için, organların fizyolojik işlevleri, cisim ve vücut bölgelerinin de elverişliliğine bakılmalıdır. Penis, parmak, cop, sopa veya yapay penisin vajinal, anal veya oral yoldan vücuda sokulması halinde cinsel saldırı suçunun nitelikli halinin oluştuğunun kabulü olanaklı ise de; cinsel arzuların tatmini amacına yönelik ve bunu gerçekleştirmeye uygun ve elverişli olmayan parmak, cop veya sopanın ağza sokulmasının aynı suçu oluşturduğunu söylemek olanaksızdır. Aksi düşünce; vücuda bıçak, şiş, vb. aletlerin sokulması halinde de cinsel saldırı suçunun oluşacağı sonucuna

---

<sup>96</sup> Tezcan, Erdem, Önok, a.g.e., s. 305.

<sup>97</sup> Özbek ve Kanbur, a.g.e, 617.

götürür ki, bunu da yasa koyucunun amaçladığı söylenemez.<sup>98</sup> TCK.nun 102/2. maddesinin gerekçesinde," davranışların cinsel arzuların tatmini amacına yönelik olması şart değildir" demektedir. Zaten cisim sokma ve hatta bazı organların sokulmasıyla esasen cinsel haz duymak söz konusu olmayabilir. Önemli olan cinsel kişiliğin, kimliğin saldırı hedefi olarak alınmasıdır. Önceki Kanunda olduğu gibi, şehvi duyguların tatmini tek amaç değildir.<sup>99</sup>

Yargıtay da vermiş olduğu bir kararında; parmaklarını mağdurenin ağzına sokarak dilini okşayan sanığın eylemini basit cinsel saldırı suçu olarak kabul etmiştir.<sup>100</sup> TCK.nun 102/2. maddesinin metnine ve gerekçesine bakıldığında tipiklik olarak bu fiilin, suçun nitelikli haline uyduğunu görmekteyiz. Üstelik burada sanığın cinsel amacı da mevcuttur. Ancak, sokulmaya çalışılan cisim veya organ ile içine bir organ ya da cisim girdirilmeye çalışılan vücut bölgesi arasında (cinsel) bir bağ veya ilişki bulunması gereklidir. Bu ilişki bizzat organ ya da cisim veya mağdurenin vücut bölgesinin cinsel hassasiyet arz etmesinden kaynaklanabileceği gibi hareketlerin cinsel bütünlüğünden ve anlamından da kaynaklanmaktadır.<sup>101</sup> Bundan dolayı Yargıtay'ın vermiş olduğu bu kararına biz de katılmaktayız. Fakat parmak yerine yapay penis sokulmuş olsaydı, kanaatimizce nitelikli cinsel saldırı/cinsel istismar suçu oluşurdu.

Kanununun 102 ve 103. maddelerinde aktif eylem için "sokan" kavramı değil, "sokulması" kavramı kullanılmıştır. Bu kavramın "sokturma" kavramını

---

<sup>98</sup> Malkoç, **Cinsel Suçlar**, s. 57.

<sup>99</sup> Malkoç, **Cinsel Suçlar**, s. 58.

<sup>100</sup> " Kendisini metafizik uzmanı olarak tanıtan sanık İbrahim'in hileli yöntemlerle içerisinde uyuşturucu madde bulunan neskafenin mağdure tarafından içilmesini sağlayıp bu şekilde direncini kırarak masaj yapma bahanesiyle, mağdurenin kafasını kendi cinsel organı üzerine bastırıp ağzını üzerinde oynatmak, elleri ve ayakları ile mağdurenin cinsel organına dokunmak, parmaklarını mağdurenin ağzına sokarak dilini okşamak şeklinde gerçekleşen eylemlerinin kül halinde basit cinsel saldırı suçunu oluşturduğu, sanık Leyla'nın eyleminin ise bu suça yardım niteliğinde bulunduğu gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması," 5. CD.nin 27.05.2009 gün 2009/618 – 6448 sayılı kararı.

<sup>101</sup> Özbek ve Kanbur; a.g.e. s. 617.

da içine alıp almadığı tartışmalıdır. Örneğin kadının, erkeğin organını kendi vajinasına sokturması durumunda suçun nitelikli hali gerçekleşebilir mi?

Başbakanlık Kanunlar ve Kararlar Genel Müdürlüğünün 12.05.2003 gün ve 2092 sayılı yazısı ekinde Komisyona gönderilen TCK. tasarısına baktığımızda, zorla ırza geçme suçunun düzenlendiği 315<sup>102</sup>. maddenin birinci fıkrasında suçun temel şekli düzenlenmiş, üçüncü fıkrasında ise “Bu maddede yazılı fiillerin birinci fıkrada belirtilen hal ve suretlerle kendisine karşı yapılmasını sağlayan kimseye de aynı ceza verilir” hükmüne yer verilmiştir. Bu husus, tasarının gerekçesinde<sup>103</sup> “Üçüncü fıkra göre, maddede yazılı fiillerin birinci fıkrada belirtilen hal ve suretlerle kendisine karşı yapılmasını sağlayan kimseye de aynı ceza verilecektir. Böylece, bu fıkra çerçevesinde ve koşulları içinde kadınlar da ırza geçme suçunda fail olabilmektedirler” şeklinde açıklanmıştır. Adalet komisyonunda bu düzenleme yasa metninden çıkarılmış, ancak ne komisyonlarda ne de meclis görüşmelerinde bu konu hiç tartışılmamıştır. 5237sayılı TCK.nun 102 ve 103. maddelerinin gerekçelerinde de tasarıdaki bu düzenlemenin devam edeceği yönünde veya “sokturma”nın, eylemin nitelikli halini oluşturacağına dair hiç bir ifade yoktur. Bundan dolayı da Kanunda tam bir açıklık bulunmadığından konu öğretilerde tartışmalıdır.

---

<sup>102</sup> “Zorla ırza geçme

Madde 315- Cebir ve şiddet veya tehdit kullanmak suretiyle veya akıl veya beden hastalığından veya kendi fiilinden başka bir nedenden veya kullandığı hileli vasıtalarla dolaylı fiile karşı koyamayacak bir halde bulunan bir kimsenin ırzına geçen kimseye beş yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası verilir.

Yukarıdaki fıkrada belirtilen fiiller onbeş yaşını bitirmiş olup da, onsekiz yaşını bitirmemiş küçükler hakkında işlendiğinde yedi yıldan on yıla, onbeş yaşını bitirmemiş olanlar hakkında işlendiğinde on yıldan onbeş yıla kadar hapis cezası verilir.

Bu maddede yazılı fiillerin birinci fıkrada belirtilen hal ve suretlerle kendisine karşı yapılmasını sağlayan kimseye de aynı ceza verilir.

Bu maddede yazılı suçlar ergin kişiler hakkında işlendiğinde soruşturma ve kovuşturma şikayete bağlıdır; ancak şikayetten vazgeçilemez.

Irza geçme, hangi nitelikte olursa olsun bir kişiye cinsiyet organının ithalidir.” ( Niyazi Güney, Kenan Özdemir ve Yusuf Solmaz Balo, Gerekçe ve Tutanaklarla Karşılaştırmalı Yeni Türk Ceza Kanunu, 1.b, Ankara: Adil Yayınevi, Kasım 2004.)

<sup>103</sup> 315.maddenin gerekçesi “...3.fıkra göre maddede yazılı fiillerin birinci fıkrada belirtilen hal ve suretlerle kendisine karşı yapılmasını sağlayan kimseye de aynı ceza verilecektir.Böylece, bu fıkra çerçevesinde ve koşulları içinde kadınlar da ırza geçme suçunda fail olabilmektedirler...” (Güney, Özdemir, Balo, a.g.e., ss.1539-1541.)

Bazı yazarlar, “suçun nitelikli halinin gerçekleşmesi bakımından fail ve mağdur herhangi bir kişi olabilirse de; suçun maddi unsurunu oluşturan hareketlerden *"organ sokma"*nın bir kadın tarafından erkeğe karşı gerçekleştirilmesi mümkün değildir. Fail kadının, mağdur erkeği organ *"sokturmaya"* zorlaması (örneğin, kadının, erkeği vajinasına penis sokmak zorunda bırakması) durumunda, dolaylı faillik yoluyla m. 102/2(103/2)'deki suç oluşabilir”<sup>104</sup> demektedirler. Bu görüşe göre; suçun maddi unsurunu oluşturan hareket “sokmadır”, “sokturma” eyleminde ise, ancak dolaylı faillik yoluyla sorumluluk mümkündür.

Diğer bir görüşe göre: “Suçun oluşumu, mağdur durumundaki kadın veya erkeğin vücuduna organ sokulmasını gerektirdiğinden, bir kadın veya erkeğin kendi vücuduna organ veya sair bir cisim sokması için diğer bir kimseyi zorladığı hallerde 102/2-103/2 maddedeki suç oluşmaz. Zorla vücuda organ veya sair cisim sokturmanın cinsel arzuları tatmin amacıyla gerçekleştirildiğinin tespit edildiği hallerde, faili cinsel saldırının temel şeklienden sorumlu tutmak gerekir. Zira bu hareket zorlanan kişi bakımından cinsel davranışlarla vücut dokunulmazlığının ihlâli anlamına gelmektedir. Buna karşılık, vücuda organ veya cisim sokturma cinsel motifli bir hareket olsa da, failde cinsel arzuları tatmin amacının varlığı tespit edilemez ise, bu durumda cebir kullanma veya tehdit suçu oluşacaktır.”<sup>105</sup> Bizim de katılmış olduğumuz bu görüşe göre “sokturma “ eylemi nitelikli cinsel saldırı/istismar suçlarının hareket unsuru olarak görülmemiş, ancak bu suçların basit halinin oluşacağı kabul edilmiştir.

Bir kısım yazarlarda “sokturma” eylemini doğrudan organ sokma suretiyle cinsel saldırı veya cinsel istismar suçunu oluşturacağını kabul

---

<sup>104</sup> Tezcan, Erdem, Önok, a.g.e., s.304; Özbek ve Kanbur; a.g.e. s. 611, 615, 617.

<sup>105</sup> Üzülmüş, Cinsel Saldırı, ss. 257-258; Üzülmüş, Cinsel İstismar Suçu, s. 34-35; bnz. görüş: Erdal Baytemir, **Açıklamalı-İçtihatlı Cinsel Dokunulmazlığa Kişi Hürriyetine ve Genel Ahlakı Karşı Suçlar**, 2.b., Ankara: Adalet Yayınevi, 2009, s. 68.

ederek,14 yaşında bir erkekle ilişkiye giren, 18 yaşından büyük kadının eyleminin, doğrudan 103/2. maddesindeki suçu oluşturacağını söylemektedirler.<sup>106</sup>

Yargıtay da vermiş olduğu bir kararında, bizimde kabul ettiğimiz görüş gibi; reşit olan sanığın, 15 yaşından küçük olan mağdurun rızasıyla anüsüne cinsel organını sokturmasını çocuğun basit cinsel istismarı olarak kabul etmiştir.<sup>107</sup> Dolayısıyla Yargıtay “sokturma” eylemini, suçun nitelikli maddi unsuru olan fiil olarak kabul etmemiş, mağdurun vücuduna cisim veya cinsel organ girmediğinden, eylemi çocuğun basit cinsel istismarı olarak kabul etmiştir.

765 sayılı TCK sisteminde “tasaddi” niteliğindeki parmakla kızlığın bozulması, ağıza cinsel organ sokulması gibi durumlar, 5237 sayılı TCK’nda düzenlenen nitelikli cinsel saldırı/cinsel istismar suçu kapsamında değerlendirilecektir.

### **c. Fiili İşlemek İçin Başvurulan Araçlar**

Mağdur 15 yaşını bitirmiş 18 yaşını doldurmamış ve algılama yeteneği de gelişmişse cinsel istismarın suç teşkil etmesi rıza dışı olmasına, yani cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene<sup>108</sup> dayalı olarak gerçekleştirilmesine bağlıdır. Esasen bu araçlarla ya da mağdurun iradesini etkileyen başka bir nedenden istifade edilerek fiilin işlenmesi halinde, zaten

---

<sup>106</sup> İsmail Malkoç, **Yeni Türk Ceza Kanunu**, Ankara, c.1, Malkoç Yayınevi, 2008 s. 813; Malkoç, **Cinsel Suçlar**, s.55; bnz. görüş: Parlar,Hatipoğlu, **Türk Ceza Kanunu Yorumu**, s. 1652.

<sup>107</sup> “Suçun mağduru M. D.’ye organ sokulmadığı ve mağdurun reşit sanığa rızasıyla organ sokmasının suç oluşturmadığı nazara alındığında; dolaylı fail veya suça azmettiren olarak sorumlu tutulamayacak olan sanığın mağdura yönelik tamamlanan eylemlerinin basit cinsel istismar suçunu oluşturduğu halde, nitelikli cinsel istismar suçundan hüküm kurulması” 5. CD.nin 03.05.2010 gün 2009/14703 E. 2010/3231 S. Kararı.

<sup>108</sup> “...olayda hile kullanılması, failin iradesi dışında onunla ilgisi olmayan nedenlerle (uyku hali, bayılma (...) gibi) mağdurun karşı koyma halinin bulunmamasıdır” Yarg. CGK.nun 23.05.2000 gün 2000/110-115 sayılı kararı; “-Irza tasaddi suçu uyku halinde bulunan mağdureye karşı işlenmiş olduğundan mefruz cebir nedeniyle sanığın eylemine uyan TCK.nun 415/2. yerine 415/1. maddesiyle hüküm kurulması” 5.CD.nin 14.12.1993 gün 1993/4155-4507 sayılı kararı .



geçerli bir rızadan da söz edilemez. Bu mağdurlara karşı yapılan eylem basit nitelikte ise, çocuğun basit cinsel istismarı suçu oluşacak, eylem organ veya sair bir cisim sokulmak suretiyle gerçekleştirilmiş ise; çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçu oluşacaktır. Ancak, bu araç fiiller unsur olduğundan TCK.nun 103/4 maddesi uygulanmayacaktır. 103/1-b maddesindeki çocuklar dediğimiz 15 yaşını tamamlamış ve işlenen fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını kavrama yeteneği gelişmiş çocukların rızaları ile cinsel davranış gerçekleştirilir ise; şayet eylem basit cinsel istismar boyutunda kalmış ise; eylem suç teşkil etmeyecektir. Şayet eylem vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilir ise; bu durumda da; eylem mağdura anal veya vajinal yoldan cinsel organ sokulması suretiyle gerçekleştirilmiş ise; TCK.nun 104. maddesinde düzenlenmiş reşit olmayanla cinsel ilişki suçu oluşacaktır. Şayet anal, vajinal veya oral olarak bir cisim sokulmuş ise, veya cinsel organ dışında başka bir organ sokulmuş ise; bunlar cinsel ilişki olmadığından 104. maddede ki suçta oluşmayacaktır.<sup>109</sup>

Mağdur 15 yaşını tamamlamamış ya da tamamlamış olmakla birlikte işlenen fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş ise; cinsel istismar suçunun oluşması için araç fiiller dediğimiz, cebir, tehdit ve hileye başvurmaya veya mağdurda iradeyi etkileyen başka bir nedenin bulunmasına gerek yoktur. Şayet bunlar var ise; ileride tekrar değinileceği üzere daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hali olan 103/4. madde uygulanacaktır.

---

<sup>109</sup>“Dosya kapsamı, sanığın aşamalarda eylemin rızayla gerçekleştiği yolundaki istikrarlı savunması, olayın gerçekleşme biçimi, iki gün boyunca yerleşim yerlerinde sanıkla birlikte bulunmaları ve toplu taşıma aracıyla seyahat etmeleri, tren istasyonunda güvenlik görevlileriyle tartışan sanığın bir müddet istasyonun güvenlik odasına götürülerek burada mağdureye güvenlik görevlilerince çay ikram edilmesine rağmen mağdurenin kimseden yardım istemediğine ve kaçma girişiminde bulunmadığına dair sanıkla mağdurenin birbiriyle örtüşen anlatımları dikkate alındığında; basit cinsel istismar ve kişiyi hürriyetinden yoksun kılma eylemlerinin zorla gerçekleştirildiğini kabule elverişli yasal, kuşkudan uzak ve somut delillerin bulunmadığı, mağdurenin suç tarihindeki yaşına göre TCK.nun 26. maddesi gereğince rızanın kişiyi hürriyetinden yoksun kılma fiilini hukuka uygun hale getirdiği, 15 yaşını bitiren kişilere yönelik basit cinsel istismar eyleminin ise TCK’da suç olarak düzenlenmediği nazara alınarak sanığın atılı suçlardan beraati yerine yasal ve yeterli gerekçe gösterilmeksizin yazılı şekilde hüküm tesisi” 5.CD.nin 26.05.2009 gün 2009/7185-6326 sayılı kararı.

TCK.nun 103. maddesinin gerekçesinde; bu nitelendirmenin, cinsel saldırı ve cinsel istismar fiilleri açısından ortaya konan ayırım ölçütüne göre aykırı olmakla birlikte; suçun mağdurunun çocuk olması ve bu fiiller karşısında direncinin zayıflığı göz önünde bulundurularak, söz konusu fiillerin de bu madde kapsamında suç olarak tanımlanması yoluna gidildiği ve çocuğun iradesinin ortadan kaldırılmış olması değil, "iradeyi etkileyen neden" ifadesi kullanıldığı belirtilmektedir. Kanun koyucunun çocukların istismarı suçunda böyle bir düzenlemeye gitmesinin nedeninin çocuğu koruma amacı olması, cinsel saldırı ile cinsel istismar fiilleri arasındaki farkı tespit sorulara yol açacağı gerçeğini değiştirmez. Kaldı ki böyle bir düzenlemenin gerekçesi, madde gerekçesinde açıkça ifade edilmemiştir. TCK.nun 102. ve 103. madde gerekçeleri birlikte yorumlandığında, bu düzenleme erişkin mağdura yönelik cinsel davranışlar cebir, tehdit ve hile ile gerçekleştirilirse, bu haller mağdurun iradesini ortadan kaldırır ölçüde olacak, fakat aynı durum 15-18 yaşındaki çocuklar söz konusu olduğunda ise cebir, tehdit, hilenin iradeyi etkilemesi olasılığı yeterli sayılacak şekilde düşünmemize yol açmaktadır. 102/4. maddede "mağdurun direncinin kırılmasının ötesinde" cebir kullanılmasının düzenlenmesi, 103. madde metninde "iradeyi etkileyen başka bir neden" den söz edilmesi ve bunu açıklamak üzere de 103. maddenin gerekçesinde çocuğun iradesinin ortadan kaldırılmış olması değil, "iradeyi etkileyen neden" ifadesinin kullanıldığının belirtilmesi bizi böyle düşünmeye sevk etmektedir.<sup>110</sup>

Cebir, mağdurun iradesini ortadan kaldıran vasıtalarından birisidir. Cebir, TCK.nun 108. maddesinde bağımsız bir suç olarak düzenlenmiştir. 108. maddede "Bir şeyi yapması veya yapmaması ya da kendisinin yapmasına müsaade etmesi için bir kişiye karşı cebir kullanılması" suç olarak düzenlenmiştir. Fail, mağdura cinsel davranış içeren eylemleri yapmasına müsaade etmesi veya bu tür davranışları bizzat mağdurun yapması için cebir kullanmaktadır. Cebir, kişiye karşı fiziki güç kullanmak suretiyle, onun veya

---

<sup>110</sup> Sevik, Çocuğun Cinsel İstismarı, s. 286.

bir üçüncü kişinin iradesi ve davranışları üzerinde zecrî bir etki meydana getirilmesidir. Cebre maruz kalan kişi, bu fiziki gücün meydana getirdiği acının etkisiyle belli bir davranışta bulunmaya zorlanmaktadır. Cebir hâlinde kişi bir acı hissetmektedir ve bu acının etkisiyle belli bir davranışı gerçekleştirmeye zorlanmaktadır.<sup>111</sup>Bu açıdan, cebrin eylemin devamı süresince uygulanması gerekmeyp, mağdurun başlangıçtaki direncini kırmaya elverişli olarak kullanılmış olması yeterlidir. Buna karşılık, elbette ki cebirden kaçınmanın mutlak surette olanaksız olması, mağdurun eyleme fiziksel gücünün sınırlarını zorlayarak, sürekli ve enerjik biçimde karşı koyması da gerekmez. Cebrin varlığını kabul için, mağdurun sergilemeyi arzu edeceği tüm direnci gösterememe durumunda bırakılmış olması yeterli görülmelidir. Hatta İtalyan Yargıtay'ına göre cebirden maksat, yalnızca mağduru istediği direnci gösterebilme olanağından yoksun bırakacak biçimde güç kullanmaktan ibaret değildir. Mağdurun aksi yöndeki rızasını ortadan kaldıracak biçimde, eylemin "sinsice, hızlı" bir şekilde gerçekleştirilmesi durumunda da bu koşul gerçekleşmiş sayılmalıdır. Örneğin, okul görevlisinin aniden bazı öğrencilerin göğüslerini ellemesi durumunda, cinsel saldırı suçunun oluştuğu sonucuna varılmıştır.<sup>112</sup>

TCK.nun 86. maddesi kapsamında kalan yaralamalar suçun unsurudur,ancak cinsel istismar için başvuru olan cebir kasten yaralama suçunun ağır neticelerine neden olması, yani 87. madde kapsamında bir yaralama olması hâlinde, ayrıca kasten yaralama suçundan da ceza verilmesi gerekir. Yine cebirin suçun işlenmesi esnasında kullanılması

---

<sup>111</sup> 108. maddenin gerekçesi: Madde metninde cebir kullanma suçu tanımlanmıştır. Cebir kullanma suçu, aynı zamanda kasten yaralama suçunu oluşturmaktadır. Ancak, kasten yaralama suçundan farklı olarak, bir şeyi yapması veya yapmaması ya da bir şeyin yapılmasına müsaade etmesi için kişiye karşı cebir tatbik edilmektedir. Latince karşılığı "vis compulsiva" olan cebir, kişiye karşı fiziki güç kullanmak suretiyle, onun veya bir üçüncü kişinin iradesi ve davranışları üzerinde zecrî bir etki meydana getirilmesidir. Cebre maruz kalan kişi, bu fiziki gücün meydana getirdiği acının etkisiyle belli bir davranışta bulunmaya zorlanmaktadır. Cebir hâlinde kişi bir acı hissetmektedir ve bu acının etkisiyle belli bir davranışı gerçekleştirmeye zorlanmaktadır. Buna karşılık, tehdit hâlinde, kişi bir tecavüzün, kötülüğün ileride meydana geleceği bildirilerek korkutulmaktadır. Bu düzenlemede, cebir kullanma suçuyla ilgili olarak öngörülen ceza, kasten yaralama suçundan dolayı verilecek cezanın belli bir oranda artırılmasından ibarettir.

<sup>112</sup> Tezcan, Erdem, Önok, a.g.e., ss. 289,290.

gerekir, suç işlendikten sonra, fiilin ortaya çıkmasını engelleme düşüncesiyle mağdur üzerinde cebir uygulanması durumunda, ayrı bir suç oluşturacaktır.

Yargıtay küçük çocuklara yönelik kullanılacak cebiri yaralama şeklinde aramamış, mağdurun ağzının kapatılmasını,<sup>113</sup> saçların tutulmasını<sup>114</sup> TCK.nun 103/4. maddesi kapsamında değerlendirilebilecek ölçüde cebir kabul etmiştir.

Cebir, bizzat mağdur üzerinde icra edilmelidir. Yakınları üzerinde gerçekleştirilen ve bu suretle onun fiile rızasını sağlamayı amaçlayan cebir, esasen mağdura karşı tehdit oluşturur. Nitekim tehdidin mutlaka mağdur üzerinde gerçekleştirilecek bir kötülüğe ilişkin bulunması aranmaz. Mağdurun

---

<sup>113</sup> “Sanığın, 6 yaşındaki mağdureyi soyduktan sonra yere yatırıp üzerine çıkararak, bağırması için eli ile ağzını kapatıp cinsel organını, mağdurenin cinsel organına sürmek suretiyle gerçekleştirdiği anlaşılan eylemleri, cebre dayalı olduğundan tebliğnamedeki bu hususta bozma isteyen düşünceye iştirak edilmemiştir.” 5.CD.nin 04.06.2008 gün 2006/4303-2008/5865 sayılı kararı; “Müştekinin eşinin çalıştırdığı çay ocağının sahibi ve komşusu olup ailece görüşen sanığın olay günü mağduru gezdirmek için ondan izin isteyerek parka götürüp ağzını kapatarak bağırmasına engel olmak suretiyle eylemini zorla gerçekleştirdiğinin anlaşılması karşısında 5237 sayılı Yasanın 103/3. ve 103/4. maddelerinin uygulanmaması karşı temyiz bulunmadığından bozma sebebi sayılmamıştır” 5.CD.nin 15.05.2007 gün 2007/3131-3654 sayılı kararı; Olay tarihinde 12 yaşını bitirmemiş mağdur çocuğa karşı, ağlaması üzerine ağzını kapatmak suretiyle, sanığın cebirle nitelikli cinsel istismar suçunu işlemiş olması karşısında; tebliğnamedeki 5237 Sayılı TCK.nun 103/4.maddesinin uygulanmaması yönündeki görüşe iştirak edilmemiştir.” 5.CD.nin 24.1.2007 gün 2007/7235-148 sayılı kararı; “6 yaşını bitirmemiş mağdurenin ağzını kapatmak suretiyle cinsel organına parmağını sokan sanığın cebren nitelikli cinsel istismar suçunu (TCK. 103/2.) işlemiş olması karşısında; tebliğnamedeki bozma isteyen görüşe iştirak edilmemiştir.” 6.CD.nin 6.3.2007 gün 2006/13592-2007/1742 sayılı kararı; “Mağdurenin 6.5.2004 tarihli celsede: "ırzıma geçeceğini söyledi kabul etmedim birkaç kez ben kendisini üzerime geldiği için itekledim ancak sanık karşı koymama rağmen benim zorla ırzıma geçip kızlığımı bozdu hatta ben bağırırken ev sahibi Bayram kapının zilini çaldı" şeklindeki beyanı esas alınıp ilk hüküm tesis edilmesi karşısında iki ayağı felç olması nedeniyle tekerlekli sandalye ile hareket edebilen mağdureye yönelik bu şekilde gerçekleştirilen ırza geçme eyleminde 5237 sayılı yasanın 103/4. maddesi kapsamında değerlendirilebilecek ölçüde cebir kullanıldığı anlaşıldığından tebliğnamedeki yeterli deliller ortaya konmadan 103/4. maddenin uygulanmış olmasını yasaya aykırı bulan düşünceye iştirak edilmemiştir.” 5. CD.nin 21.11.2006 gün 2006/11064-9345 sayılı kararı

<sup>114</sup> “İnternet ortamında tanışan sanık ile mağdurenin olay günü birlikte gezmek amacıyla buluştukları, bir süre gezip bira içtikten sonra Karşıyaka İş Merkezinin otoparkına gittikleri, sanığın mağdureyi iterek arabanın arka tarafına oturttuğu, kapıları kilitleyip anal yoldan, daha sonra otobanda buldukları sırada ise mağdurenin saçlarından tutarak cinsel organını mağdurenin ağzına sokmak suretiyle oral yoldan çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçunu maddi cebirle işlediği gözetilerek TCK.nun 103/4. maddesi ile artırım yapılmaması” 5.CD.nin 21.01.2010 gün 2009/12427-2010/209 sayılı kararı.

yakınları hakkındaki beyanlar da, cinsel saldırı suçunun vasıtası olan tehdit niteliğindedir.<sup>115</sup>

Kendisi ya da yakınları üzerinde ileride gerçekleştirilecek bir kötülüğün mağdura bildirilmesi şeklinde tarif edebileceğimiz tehdit<sup>116</sup>, mağdurun hayatına, vücut bütünlüğüne, malvarlığına veya şeref ve haysiyetine yönelik olabilir.<sup>117</sup> Tehdidin doğrudan doğruya mağdura yapılması gerekmez. Mağdur üzerinde etkili olabilecek şekilde mağdurun yakınlarına kötülük yapılacağıının bildirilmesi ile de tehdit oluşur. Ancak, her halde uğratılacağı bildirilen zararın, cinsel ilişki sonucunda uğranılacak zarardan daha ağır olması gerekir<sup>118</sup>. İtalyan öğretisi bunu, tehdidin mağduru istenilen şekilde davranmaya mecbur edici nitelikte olması, yani mağdurun iradesini baskı altına almaya elverişli olması şeklinde ifade etmektedir. Belirtelim ki, Yargıtay'ımız, kadını cinsel ilişki sırasında gören ve kendisi ile cinsel ilişkide bulunmaması halinde, ailesine durumu intikal ettireceğini söyleyen kişinin fiilini tehdit saymamıştır<sup>119</sup>. Oysa İtalyan Yargıtay'ın haklı olarak tespit ettiği üzere, cebir veyahut tehditten maksat, mağdureyi karşı koyma olanaksızlığında bırakacak biçimde onun iradesinin ortadan kaldırılması olmayıp, mağdurun irade özerkliğini kısıtlaması yeterlidir. Öte yandan tehdidin suçun işlendiği sırada cinsel davranışı gerçekleştirmek amacıyla kullanılmış olması gerekir. Nitekim Yargıtay'ımız, suçun işlenmesinden sonra olanları başkasına söylemesi durumunda mağdura kendisini öldüreceğini söylemesini tehdit saymamıştır.<sup>120</sup>

---

<sup>115</sup> Tezcan, Erdem, Önok, a.g.e., s. 290; Bakıcı, a.g.e., s.24.

<sup>116</sup> **MADDE 106.** (1) Bir başkasını, kendisinin veya yakınının hayatına, vücut veya cinsel dokunulmazlığına yönelik bir saldırı gerçekleştireceğinden bahisle tehdit eden kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Malvarlığı itibarıyla büyük bir zarara uğratacağından veya sair bir kötülük edeceğinden bahisle tehditte ise, mağdurun şikâyeti üzerine, altı aya kadar hapis veya adli para cezasına hükmolunur.

<sup>117</sup> Artuk, Gökçen, Yenidünya, **TCK Şerhi**, s. 2519.

<sup>118</sup> Aynı yönde Artuk, Gökçen, Yenidünya, **TCK Şerhi**, s. 2519; Yenidünya, a.g.e., s. 3290.

<sup>119</sup> Yar. 5. CD.nin 16.2.1983 gün 1983/153-488.

<sup>120</sup> Tezcan, Erdem, Önok, a.g.e., s. 291.

Tehdidin yerine getirilip getirilmeyeceği önemli değildir. Mağdur üzerinde etki yapması ve ciddi olması, mağdurun karşı koyma gücünü ortadan kaldırmaya elverişli bulunması yeterlidir. Mağdur üzerinde subjektif bir korku yaratılmalıdır. Ancak, TCK.nun 103. maddesindeki tehdidin, 102. maddesindeki gibi mağdurun cinsel saldırıya boyun eğmesini sağlayacak, iradesini tamamen ortadan kaldıracak ciddilikte olmasına gerek yoktur, iradesini etkilemesi yeterlidir. Hâkim tehdidin bu nitelikte olup olmadığını her somut olaya göre araştırıp değerlendirmesi gerekir. Manevi cebirle ırza geçmeden söz edebilmek için tehdidin cinsel ilişkide bulunmak amacıyla yapılması gerekir. Mağdurun tehdide karşı koyma ve tehdidi herhangi bir şekilde ortadan kaldırma olanağı bulunmamalıdır.

Fail tarafından kullanılan hileli vasıtalar ise, eylemi gerçekleştirmek için başvuru her türlü aldatıcı hareketlerdir. Mağdur burada hataya düşürülmekte, kandırılmakta ve bu suretle fiile mukavemet edemeyecek bir hale getirilmektedir<sup>121</sup>. Hile, mağdurda fiile mukavemet edemeyecek bir durum yaratmalı, buna elverişli olmalıdır. Basit kaba yalanlar hile olarak kabul edilmemektedir. Evlenme vaadi hile olarak kabul edilmemektedir. Evlenme vaadi mukavemet serbestisini ortadan kaldıracak mahiyette bir hile olmadığı için evlenme vaadiyle ırza geçme mefruz cebirle ırza geçme sayılmaz. Hileye örnek olarak failin, kendisini doktor olarak tanıtip mağduru muayene ediyor gibi göstermesi,<sup>122</sup> mağdurun içkisine ilaç katması, uyuşturucu madde ile

---

<sup>121</sup> “Müşteki Reşit, parkta tanıştığı ve uzun süredir hasta olan eşi mağdure Seviye’ye muska yazıp iyileştireceğini vaat eden sanığı evine götürmüştür. “Git bana karabiber, nohut, yumurta al” diyerek müştekiyi evinden uzaklaştıran sanık, cebinden bir ayna çıkararak, mağdureye “göğsünü aç bakacağım” demiş, bir eliyle mağdurenin göğsünü tutarak diğer eliyle muska yazmış, daha sonra “ben sana dil salacağım” deyip mağdurenin korkmasından ve şaşkınlığından yararlanarak, edep yerlerini diliyle yalamış ve kadınlık organına yazdığı muskayı koymuştur. Mağdure eve dönen ve kendisini perişan halde gören kocasına, olayı olduğu gibi anlatarak “o adamı getirmez olsaydın, 50 yaşından sonra bana neler yaptı” demiştir. Açıklanan şu hale göre, sanığın suç konusu eylemleri mağdurenin rızasıyla yaptığını kabule olanak bulunmamaktadır...” CGK.nun 26.12.1988 gün 1988/287-557.

<sup>122</sup> Sanığın kendisini doktor olarak tanıtip, muayene ediyor gibi göstererek kullandığı bu hileyle mağdurenin göğüslerini ve karnını okşayıp parmağını cinsel uzvuna soktuğu anlaşılması bulunması karşısında...” 5. CD.nin 4.4.1991gün 1991/780-1961.

bayılması,<sup>123</sup>hipnotizma etmesi gösterilebilir.<sup>124</sup>Yine, Yargıtay küçük çocuklara para verilerek kandırılmalarını hile olarak kabul etmiştir.<sup>125</sup>

Mağdur failin kullandığı hileli vasıtalarla ya da failin fiilinden başka bir sebeple de eyleme karşı koyamayacak bir durumda bulunabilir. Mağdur dış bünyesi ile ilgili bir nedenden dolayı fiile mukavemet edemeyebileceği gibi (örneğin, el ve ayaklarını hareket ettiremememe, felçli olma), iç hastalıklar dolayısıyla da (kalp hastası olma, sara nöbeti geçirme) buna imkân bulamayabilir. Esasen söz konusu hallerin birçoğunda mağdurun eyleme direnç gösterme imkânı bulunmadığından rıza göstermiş olsa bile bu rızanın geçerli bir rıza olmayabilecektir.<sup>126</sup>Ancak, bunun her somut olaya göre değerlendirilmesi gerekmektedir.<sup>127</sup>

---

<sup>123</sup> Kendisini metafizik uzmanı olarak tanıtan sanık İbrahim'in hileli yöntemlerle içerisinde uyuşturucu madde bulunan neskafenin mağdure tarafından içilmesini sağlayıp bu şekilde direncini kırarak masaj yapma bahanesiyle, mağdurenin kafasını kendi cinsel organı üzerine bastırıp ağzını üzerinde oynatmak, elleri ve ayakları ile mağdurenin cinsel organına dokunmak, parmaklarını mağdurenin ağzına sokarak dilini okşamak şeklinde gerçekleşen eylemlerinin kül halinde basit cinsel saldırı suçunu oluşturduğu, sanık Leyla'nın eyleminin ise bu suça yardım niteliğinde bulunduğu gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması" 5.CD'nin 27.05.2009 gün 2009/618-6448 sayılı kararı.

<sup>124</sup> Artuk, Gökçen, Yenidünya, **TCK Şerhi**, s. 2520.

<sup>125</sup> Sanığın cebir ve şiddet kullanmaksızın, para vererek hileyle maktulü تنها bir yere götürüp cinsel istismarda bulunduğuunun anlaşılması karşısında uygulama yeri olmayan 5237 Sayılı TCK.nun 103/4 maddesi ile cezasından artırım yapılarak fazla ceza tayini," 1.CD.nin 03.10.2007 gün 2006/4176-2007/7115 sayılı kararı.

<sup>126</sup> Sevük, Cinsel Saldırı Suçu, s. 251.

<sup>127</sup> "Irza tasaddi suçu uyku halinde bulunan mağdureye karşı işlenmiş olduğundan mefruz cebir nedeniyle sanığın eylemine uyan TCK.nun 415/2. yerine 415/1. maddesiyle hüküm kurulması," 5.CD.nin 14.12.1993 gün 1993/4155-4507 s. Kararı; "Mağdure, sanığın komşusu olup kocası cezaevindedir. Ailece muhtaç durumda bulunduğu için zaman zaman sanığın ailesinden yardım görmektedir. Olay gününe kadar bu ilişkinin cinsel boyutu bulunduğu dosyaya yansımamış, bu konuda herhangi bir beyanda bulunulmamıştır. Mağdurenin, olay günü, aldığı alkolün etkisiyle kendinden geçtiği ve bu itibarla fiile mukavemet edemeyecek durumda olduğu, sanığın kızı ve karısı tarafından ila ifade edilmiştir. Sanığın karısının kendisini tokatlamasına tepki vermediği ve üzerinden çıkarılan elbiseleri de sanığın kızı tarafından giydirildiği göz önünde tutulduğunda; mağdurenin, ırzına geçildiği esnada, olan bitenden haberi olmadığı ve rızasının bulunmadığı anlaşılmaktadır. Öte yandan, muhtaç durumda, iki çocuklu ve kocası cezaevinde bulunan mağdurenin, sanığın karısının ev taşıma işine yardım ettikten sonra, birlikte yenilen öğle yemeğinde alkol almasının, cinsel ilişkiye hazır olduğu kanaatini doğuracak bir bilgi ve beyan da dosyada bulunmamaktadır. Aksine, başka bir odaya taşındıktan sonra, sanığın eylemi sırasında kendinde olmayıp baygın durumda bulunduğu, sanığın kızı ve karısı olan tanıklar tarafından görgüye dayalı olarak belirtilmiştir. Sırf alkolü bilerek aldı diye, bu durumdaki bir kişinin ırzına geçilmesi, yasal yönden haklı görülemez. İtiraznamede ileri sürülenin aksine mağdure, müdahale tarihinden önce C.Savcılığına verdiği 22.09.1998 günlü ifadesinde sanıktan şikâyetçi olduğunu bildirmiştir. Kaldı ki, şikâyetin geç yapılmış olmasından mağdurenin aleyhine sonuç çıkarmak haklı bir kabul şekli olamayacağı gibi, mağdurenin kendi arzusu ile alkol alması, başına, rızası, haricinde gelen kötülüklerin normal karşılanması sonucunu doğurmamalıdır.

İradeyi etkileyen başka nedenleri açıklamak kolay değildir. Kanunda suçta kullanılan araçlar olarak "*cebir, tehdit ve hile*" yanında yer verilen "*iradeyi etkileyen başka nedenler*"in ne olduğu konusunda bir açıklık bulunmamaktadır. Bununla anlatılmak istenen, "*geçici bir nedenle*" ya da "*alkol veya uyuşturucu madde etkisiyle*" mağdurun davranışlarını yönlendirme yeteneğinin ortadan kalkması veya azalmasıdır. Fakat "*iradeyi etkileyen başka bir neden*" ibaresinin kapsamı biraz muğlâk kalmaktadır. Şöyle ki, gerekçede bizzat vurgulandığı üzere, mağdurun aksi yöndeki iradesini kırmaya, bertaraf etmeye; diğer bir deyişle, mağdurun iradesini ortadan kaldırmaya yönelik bir etkinin varlığı aranmamıştır. Bu durumda, örneğin, cebir, tehdit veya hile niteliği taşımaksızın, algılama yeteneği gelişmiş olan çocuğu cinsel davranışa girişmesi konusunda ikna etmeye yönelik hareketler de bu kapsamda sayılacak mıdır? Öğretide vurgulandığı üzere, ikna da, bu anlamda iradeyi etkileyen bir sebep olarak değerlendirilmeye müsaittir<sup>128</sup>. Kanun metni bu yoruma açık gözükmele birlikte, bu ihtimalin kabulü durumunda suç tipinin uygulama alanı tehlikeli şekilde genişleyeceğinden ve belirsiz hale geleceğinden, "*iradeyi etkileyen başka bir neden*" ibaresini, yukarıda saydığımız durumlarla sınırlamak gerekir. Bu nedenlerin bizzat fail tarafından yaratılmış olmasına gerek yoktur; cinsel istismar için mağdurun bu durumundan yararlanmak suçun oluşması için yeterlidir. Zaten bu tür durumların fail tarafından yaratılması, söz gelimi

---

Aksine kabulün, ahlâki ve mantıki savunması yapılamayacağı gibi, her türlü kötü eyleme yönelmenin mazeretine de ortam hazırlayacağı aşikârdır. İncelenen olayda mefruz cebir bulunmadığı hususunda Başsavcılıkça 5. Ceza Dairesinin 22.05.1985 gün ve 1345/2248 sayılı kararının emsal gösterildiği anlaşılmakta ise de; Özel Daire kararında anlatılan olay, işleniş şekli, suç yeri, tarafların bir araya geliş sebep şekil ve süreleri, mağdure konumundakilerin toplumdaki yeri ve sosyal durumları bakımından olayımız ile örtüşmemektedir. Kaldı ki; her sarhoşluk halinin mefruz cebiri oluşturacağı söylenemez. Burada göz önünde tutulacak ölçü, mağdurdaki mukavemet iktidarının ortadan kalkıp kalkmadığıdır. Somut olayda da mağdurenin, aldığı alkolün etkisiyle failin fiiline mukavemet edemeyecek durumda olduğu, bu halde iken sanığın kendisine karşı işlediği ırza geçme fiiline rızası bulunmadığı anlaşıldığından, itirazın reddine karar verilmelidir." CGK.nun 13.04.1999 gün 1999/59-64 sayılı kararı.

<sup>128</sup> Malkoç, **Cinsel Saldırı Suçu**, s. 136.



mağdurun içtiği içkiye uyuşturucu karıştırılması durumunda, çoğunlukla cebir veya hileden söz etmek gerekecektir.<sup>129</sup>

## 5. Netice

Suçun maddi unsurlarından biri de neticedir. Hareketin dış dünyada meydana getirdiği değişikliğe netice denir, ancak bu değişiklik ceza normunda gösterildiği takdirde önem arzeder ve bu halde neticeli suçtan bahsedilir.<sup>130</sup> Neticenin suçun maddi unsurlarından sayılabilmesi için kanundaki tanımda yer verilmiş, gösterilmiş olmalıdır. Çocuğun cinsel istismarı suçuna baktığımızda hem basit hem de nitelikli halinde neticeye yer verilmediğini görmekteyiz. Dolayısıyla cinsel istismar suçu icrai hareketin yapılmasıyla tamamlanır, ayrıca failin şehevi arzularını tatmin etmiş olması veya başkaca herhangi bir neticenin doğması aranmaz. Bu itibarla cinsel istismar suçu sırf hareket suçudur, hareketten ayrı bir neticenin gerçekleşmesi aranmaz.<sup>131</sup>

## 6. Suçun Daha Ağır Cezayı Gerektiren Nitelikli Unsurları

Suçun maddi unsurlarından bir tanesi de suçun nitelikli unsurlarıdır. Bilindiği gibi ceza normunda öncelikle bir suçun temel şekli tanımlanır. Bundan başka suç tipinde eylemin temel şekline ilaveten aranan ve onun daha ağır veya daha hafif sayılmasını sonuçlayarak, cezanın artırılması veya eksiltilmesini gerektiren hallere de yer verilmektedir. 5237 S. TCK. bunları suçun nitelikli unsurları ( 61/4. m.) olarak ifade etmektedir. Nitelikli unsurlar fiilin işleniş şekli, zamanı yeri, failin ve mağdurun vasfı, fail ile mağdur arasındaki ilişki, suçun konusu ve fiilin işlenmesinde güdülen amaç başlıkları

<sup>129</sup> Tezcan, Erdem, Önok, a.g.e., s. 318.

<sup>130</sup> Artuk, Gökçen, Yenidünya, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 273.

<sup>131</sup> Artuk, Gökçen, Yenidünya, **TCK Şerhi**, s. 2516.

altında incelenebilir.<sup>132</sup>Cezanın artmasına neden olan nitelikli unsurlara, suçun ağırlatıcı nedenleri, halleri veya unsurları demektedir.

765 s. TCK da tasaddi ve ırza geçme ayrı bir suç tipi olarak düzenlendiğinden biri diğerinin ağırlatıcı nedeni değildir. 5237 s. Kanunda ise; her iki eylem tek bir maddede düzenlenmiş olup 1. fıkrada eylemin temel şekli 2. fıkrada da eylemin nitelikli hali düzenlenmiştir. Birinci fıkradaki eylemin vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle işlenmesi daha ağır cezayı gerektirir nitelikli hal olarak düzenlenmiştir. Ancak daha önce değindiğimiz gibi, 2. fıkrada ki nitelikli hali ayrı bir suç gibi görebiliriz. Kanaatimce cinsel istismar suçun daha ağır cezayı gerektiren asıl nitelikli halleri hem basit hem de nitelikli cinsel istismar suçunun ağırlatıcı nedenleri olan 103/3 ve 103/4. maddeleridir.

#### **a. Şahsa Bağlı Nitelikli Unsurlar**

103. maddede yer alan tarzda şahsi ilişkilerin mevcudiyeti, mağdurun fiile mukavemetini azaltacağı gibi, bu niteliklere sahip kimseler tarafından cinsel istismarın işlenmesi toplumda daha fazla infial uyandıracaktır. Bu hususu dikkate alan kanun koyucu cinsel istismar suçunda failin sıfatını ağırlatıcı neden olarak düzenlemiştir.<sup>133</sup> Nitelikli unsurları gerçekleştirmiş olmasından dolayı failin sorumlu tutulabilmesi için failin kastının bu unsurları da kapsamaması gerekir. Failin bu nitelikli unsurlara ilişkin yanlıgısı kastını kaldırır (30/2) ve fail sadece suçun temel veya nitelikli şeklinden sorumlu tutulur.<sup>134</sup>

Çocukla aralarında belli akrabalık ilişkisi bulunan kişiler tarafından işlenmesi halinde ceza artırılabilecektir. Akrabalardan kasıt "üstsoy, ikinci veya üçüncü derecede kan hısmı, üvey baba, evlat edinen"dir. Aslında üçüncü

<sup>132</sup> Artuk, Gökcen, Yenidünya, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 310.

<sup>133</sup> Artuk, Gökcen, Yenidünya, **TCK Şerhi**, s. 2616.

<sup>134</sup> Üzülmöz, Cinsel Saldırı Suçu, s. 259.

derece kan hısmı, ikinci dereceyi de kapsadığından ayrıca ikinci derecenin ayrıca yazılması gereksiz olmuştur.

Suçun yakın akrabalara karşı işlenmesinin nitelikli hal sayılmasının altında yatan düşünce, suçun işlenmesinde sağladığı kolaylıktır. Üvey anne, herhalde eski sistemin etkisiyle unutulmuştur. O nedenle üvey anne bu sıfatı nedeniyle değil, koruma ve gözetim yükümlülüğü nedeniyle yine sorumlu tutulacaktır.<sup>135</sup> İkinci veya üçüncü derecede kan hısımları tarafından fiilin işlenmesi halinde de ceza artırılabilecektir. Örneğin, kardeşler arasında, amca, hala, teyze, dayı ile yeğen arasında fiilin işlenmesi gibi. Ancak, TCK.nun 102/3. maddesinde yer verildiği halde, 103/3. maddesinde kayın hısımlığına yer verilmemesi anlaşılmalıdır.

Üstsoy bir kimsenin ana ve babası yönünde dikey olarak bütün kan hısımlarını ifade eder (MK.m.17). Cinsel istismar suçunun üstsoy tarafından altsoyuna karşı işlenmesi durumunda ceza artırılır. Örneğin, baba, büyükbaba, büyükbabanın babası vs. üstsoy, bunların çocukları ve torunları altsoydur<sup>136</sup>.

Hısımlık ve maddedeki statüler Medeni Kanununun 17 ve devamı maddelerine göre belirlenecektir. Bu itibarla mağdur ve fail arasındaki akrabalık ilişkisi ayrıntıları ile tespit edilmeli, durum aile nüfus kayıt tablosu ile delillendirilmelidir. Çevresel ya da aile içi hitaplarla böylece adlandırılıp bilinme uygulama için yeterli olmayacaktır. Burada iki yönlü bir durum vardır. Bu nitelikleri taşıyanların mağdur olmaları veya fail olmaları halinde de neden uygulanacaktır. Nedenin uygulanması için failin bu sıfattan kaynaklanan bir otorite, etkinlik ve güç kullanması aranmayacaktır. Sadece bu sıfatın varlığı artırma nedeni sayılacaktır.<sup>137</sup>

---

<sup>135</sup> Malkoç, **Cinsel Suçlar**, s. 179.

<sup>136</sup> Önder, a.g.e., s. 472.

<sup>137</sup> Malkoç, **Cinsel Suçlar**, s.73,179.

Faile mağdur arasındaki ilişkinin evlat edinmeye dayanması da mümkündür. Evlat edinme halinde evlat edinenlerin evlatlık karşısındaki durumları MK.'nın 314'üncü maddesinde düzenlenmiştir. Bu hükme göre, evlat edinme ilişkisinin devamı müddetince, ana, babaya ait hak ve vazifeler, evlat edinen kimseye geçer. Evlat edinen tarafından evlatlığa karşı cinsel istismarın işlenmesi halinde ceza artırılır.<sup>138</sup>

Cinsel istismarın “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 hâlinde” ceza artırılabacaktır.

Bu sıfatların fiilen bulunması yeter olup belli bir şekle tabi değildir. Önemli olan fiilen yapılan böyle bir iş nedeniyle verilen yetkiyi kötüye kullanmak ve yükümlülüğü kararlar gereği yerine getirmemektir. Özel kurumlara, kamu kurumlarına bağlı olarak çalışmaları, ücret alıp almamaları sonucu değiştirmemektedir.

Yargıtay'ın, ilişkinin devamı süresindeki fiillerde sebebi uygulamasının gerekçesi, ancak o ilişkiden yararlanma olanağının bulunmasıyla ilgilidir.

Vasi, Medeni Kanununun 413 vd. maddeleri uyarınca velayet altında bulunmayan küçüklerin ve mahcurların menfaatlerini korumak üzere sulh mahkemesi tarafından tayin edilen kimsedir. Bu işleminden sonra vasi ile vesayet altındaki kimse arasında meydana gelen hukuki ilişki ve yakınlık, kanun koyucu tarafından suçun kolaylıkla işlenebilmesinde bir etken olarak görüldüğünden ağırlatıcı sebep olarak kabul edilmiştir<sup>139</sup>. Burada da vasilik kararının getirtilmesi gerekir. Vesayet ilişkisinden kaynaklanan ağırlatıcı

---

<sup>138</sup> Artuk, Gökçen, Yenidünya, **TCK Şerhi.**, s. 2617.

<sup>139</sup> Önder, a.g.e., s.473.

nedenin uygulanmasında, nedenin kolaylık sağlayıp sağlamadığı üzerinde durulmayacaktır. Sadece yasal ilişkinin varlığı uygulamaya yeterlidir.

Eğitici, öğretici ve bakıcı kavramları, çocuğun eğitimi, öğretimi, bakımı amacıyla görevlendirilmiş kimseleri ifade eder. Bu kimselerin resmi ya da özel bir kuruluş tarafından istihdam edilmeleri şart değildir. Hatta çocuğun eğitimini ya da bakımını ücretsiz olarak üstlenmiş de olabilirler. Örneğin, üniversite sınavına hazırlık kursunda, spor merkezinde, orta öğretim kurumlarında çalışan öğretmenler, çocuğa derslerinde yardımcı olmak maksadıyla hafta sonları veya akşamları ücretsiz özel ders veren kimseler, okul öncesi eğitim kurumunda öğretmenlere yardım eden gönüllü kişiler bu kapsamdadır. Eğitim ve öğretim işiyle uğraşan bu kimselerin, statülerinden faydalanarak mağdur üzerinde baskı oluşturmaları ve cinsel istismar suçunu işlemeleri mümkündür. Bu itibarla, suçun işlendiği sırada mağdurla fail arasındaki eğitim-öğretim, bakım ilişkisinin varlığı ağırlatıcı nedenin tatbiki için yeterlidir. Buna karşılık Yargıtay, ağırlatıcı nedenin tatbikini eğitim-öğretim faaliyetinin bilfiil devam ettiği sırada suçun işlenmiş olmasına bağlı tutmuştur.<sup>140</sup>

Sağlık hizmeti veren veya koruma ve gözetim yükümlülüğü bulunan kimseler ise, çocuğun terbiye ve nezaret veya koruması altına bırakıldığı kişilerdir<sup>141</sup>. Mağdur ihtiyari olarak bir kurum<sup>142</sup> (hastane, çocuk bakımevi, kreş, yaz okulu, kamp vb.) veya kişiye<sup>143</sup> (örneğin, yolculuğa çıkmadan önce

---

<sup>140</sup> Artuk, Gökçen, Yenidünya, **TCK Şerhi**, s. 2618; Tezcan, Erdem, Önok, a.g.e., s. 305.

<sup>141</sup> “Mağdurun geçici de olsa failin nezaret ve koruyuculuğunu sağlamak amacıyla ona teslimi TCY’nin 417 nci maddesinin 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” Yarg. CGK.nun 14.12.1987, 472/602 sayılı kararı.

<sup>142</sup> “Atatürk Üniversitesi Psikiyatri Kliniğinde hastabakıcı olarak çalışan sanığın aynı klinikte yatan akıl hastası mağdure üzerindeki hüküm ve nüfuzundan faydalanarak ırzına geçmiş... olmasına göre hakkında TCK.nun 417 nci maddesinin uygulanmaması yerinde değildir” Yarg.5.CD.nin 28.12.1983, 4701/453 sayılı kararı.

<sup>143</sup> “Oluşu itibarıyla sanığın gezdirmesi için ailesi tarafından teslim edilen mağdureye karşı tasaddi suçunu işlediği kabul edildiğine göre TCK.nun 417 nci maddesinin uygulanmaması..” Yarg.5.CD.nin 05.02.2001, 4121/512; “Olay günü mağdurun sanığın evine geçici bir süre bakıp gözetmesi için yengesi tarafından bırakıldığı sanığın bu geçici süre içinde cinsel organını çıkararak fiili livata yoluyla

birkaç gün veya saat için komşuya veya akraba yanına bırakmada olduğu gibi) eğitim, gözetim veya muhafaza amacıyla bırakılabilir<sup>144</sup>.

Bu kişiler, örneğin annesi pazara, işe veya özel bir yere v.s. giderken çocuğun bakım ve gözetimine bırakıldığı komşu veya fıkrada zikredilmeyen uzak akraba olabilir.<sup>145</sup> Bununla birlikte güvene ve sosyal ilişkilere dayalı olarak çocuğun çeşitli nedenlerle emanet edildiği ve bu emaneti kabul eden kişilerin fail olmaları durumu da dikkate değer. Anlaşıldığı kadarı ile bunların çocuğa karşı gerçekleştirdikleri eylemler sebebi ile cezalarının arttırılabilmesi için çocuğun, sorumluluğunda bulunduğu anne veya babası ya da vasisi tarafından bu kişilerin bakım ve gözetimlerine tevdi edilmiş bulunması gerekmektedir. Yükümlülük herhalde sadece yasadan veya mukaveleden doğmayacaktır. Bu gibi sözlü anlaşmalardan, gelenek görenekten, sosyal ilişkilerden veya emanet etmelerden de bu yükümlülüğün doğduğunun kabulü uygun olacaktır. Zira sosyal ve ahlaki ilişkiler de bu tür yükümlülüğün doğması için gerekli ve yeterli olabilmelidir.<sup>146</sup> Gayri resmi evliliklerde dahi, eşlerin aynı evde birlikte yaşadığı kişinin çocuğu üzerinde koruma ve gözetim yükümlülüğü vardır.<sup>147</sup>

---

1981 doğumlu mağdurla ilişkide bulunmak istediği ... anlaşılmaktadır. Bu itibarla geçici de olsa siyanet ve muhafazası altına bırakılan mağdura karşı ırza geçmeye eksik kalkışma suçunu işleyen sanık hakkında TCK.nun 417 nci maddesi ile uygulama yapılmalıdır” Yarg. CGK.nun 14.12.1987 gün 472/602 sayılı kararı.

<sup>144</sup> Bkz. Önder, a.g.e., s.474; Durmuş Tezcan ve Mustafa Ruhan Erdem, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, 2. Baskı, İzmir: 2002, s.346.

<sup>145</sup> “Sanığın, evinde misafir olarak kalan ve bu sebeple koruma ve gözetim yükümlülüğü bulunan karısının yeğeni olan mağdureye karşı işlediği nitelikli cinsel istismar eyleminden dolayı hakkında 5237 Sayılı TCK.nun 103/3. maddesinin uygulanması gerektiğinin gözetilmemesi” 5.CD.nin 18.09.2007 gün 2007/5306-6361 sayılı kararı; “Mağdure ve müştekilerin anlatımına, savunmaya ve dosya kapsamına göre eşinin kardeşinin torunları olan mağdurelerin evlerine gelip gittiği ve bu durumun yarattığı kolaylıktan yararlanarak eylemlerini gerçekleştirdiği sabit ise de; anılan akrabalık ilişkisinin sanığa koruma ve gözetim yükümlülüğü getirmediği, baba ve analarının duruşmadaki anlatımları ile müşteki Feride Akda'nın 23.08.2004 tarihli kolluk beyanına nazaran parka götürülmelerine izin verme yada başka biçimde mağdurelerin sanığın korumasına bırakılmadığının anlaşılması karşısında, geçici ya da sürekli olarak koruma ve gözetim görevi verildiğini gösteren kuşkudan uzak yeterli kanıtın bulunmadığı gözetilmeden cezasının 765 sayılı TCK.nun 417 ve 5237 sayılı TCK.nun 103/3.maddesiyle artırılması,” 5.CD.nin 26.11.2007 gün 2007/8772-9294 sayılı kararı.

<sup>146</sup> Malkoç, **Cinsel Suçlar**, s. 180.

<sup>147</sup> “Sanığın, annesinin gayri resmi eşi olduğunu ve hep birlikte aynı çatı altında yaşadıklarını beyan eden mağdurenin anlatımlarının, tanıklar Dilek E., Sezer, Abdullah, Zeynep ve Şengül tarafından da doğrulanması, sanığın C.Savcılığı ve sorgudaki savunmalarında mağdurenin annesi Dilek E. ile 4

Hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuzun kötüye kullanılması da ağırlatıcı neden sayılmıştır. Mağdurun direncinin kırılmasının daha kolay olması ve suçun istenmesindeki kolaylık, cezanın ağırlaştırılmasının gerekçesini oluşturmaktadır<sup>148</sup>. Hizmet ilişkisi gereği mağdur üzerinde egemenlik kurabilmektedir. Hizmet ilişkisinin bir kamusal veya özel bir kuruma bağlı olarak yerine getirilmesi önemli olmadığı gibi, ücretli veya ücretsiz, geçici veya sürekli olması da önemli değildir.<sup>149</sup> Önemli olan, fail ile mağdur arasında hizmet ilişkisinden kaynaklanan bir bağımlılık ilişkisinin bulunması<sup>150</sup> ve failin de bu ilişkinin sağladığı kolaylıktan yararlanarak suç işlemesidir<sup>151</sup>. Ancak, Yargıtay bir kararında özel şirkette temizlik işçisi olarak çalışan mağdureye karşı yapılan cinsel istismarda, hizmet ilişkisinin sağladığı bir nüfuzun bulunmadığına karar vermiştir.<sup>152</sup> Örneğin, çocuğu okula, kreşe götürmek konusunda onun ebeveynleri ile anlaşmış bulunan servis şoförü, aynı işyerinde çalışma gibi nedenlerle küçük üzerinde hüküm ve nüfuz sahibi olan kimselerin, bu konumlarını veya otoritelerini kötüye kullanarak cinsel istismar suçunu işlemeleri mümkündür.<sup>153</sup>

---

yıldır gayri resmi olarak birlikte yaşadığını, 2006 yılı Haziran ayından itibaren mağdure Cemile'nin de kendileriyle birlikte kalmaya başladığını ifade etmesi karşısında; aynı evde birlikte yaşadığı mağdureyi koruma ve gözetim yükümlülüğü bulunan sanık hakkında TCK.nun 103/3. maddesinin uygulanmaması” 5.CD.nin 01.04.2010 gün 2010/1-2654 sayılı kararı; “Dosya kapsamı ve delillere nazaran sanığın eylemini; aynı evde gayri resmi birlikte yaşadığı müşteki Nurcan'ın kızı olan bu itibarla koruma ve gözetim yükümlülüğü bulunan mağdureye karşı cebir ve tehdit ile gerçekleştirdiği gözetilip tayin olunan cezanın 103/3 ve 103/4 maddeler ile artırılmaması” 5.CD.nin 28.09.2009 gün 2009/7792-10477 sayılı kararı.

<sup>148</sup> Yenidünya, a.g.m., s. 3296.

<sup>149</sup> “İş yerinde temizlik işlerinde yardımcı olması için babası tarafından kendisine teslim edilen mağdur üzerinde, hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanmak suretiyle eylemi gerçekleştiren sanık hakkında TCK.nun 103/3. maddesinin uygulanmaması” 5.CD.nin 29.03.2010 gün 2009/13328-2010/2515 sayılı kararı .

<sup>150</sup> “Sanığın, dükkânında 4 gün çırak olarak çalıştıktan sonra işten ayrılan mağdura takriben 1 ay sonra nitelikli cinsel istismarda bulunması eyleminde, suç tarihi itibarıyla hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuz'u kötüye kullanma unsuru bulunmadığından tebliğnamede bu hususta bozma isteyen düşünceye iştirak edilmemiştir.” 5.CD.nin 20.09.2007 gün 2007/7481-6548 sayılı kararı.

<sup>151</sup> Malkoç, **Cinsel Suçlar**, s.180.

<sup>152</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,” 5.CD.nin 15.09.2008 gün 2008/8023-7751 sayılı kararı.

<sup>153</sup>“Olay tarihinde mağdurenin annesi, kardeşi ve üvey babası ile birlikte sanığa ait çiftlik evinde kaldıkları ve sanığın hizmetinde çalıştıkları dosya içeriğinden anlaşılmasına göre, TCK.nun 417 nci

## b. Fiile Bağlı Nitelikli Unsurlar

Eylemin birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi halinde de verilen ceza artırılabacaktır. 765 S. Kanununun 417.maddesinde eylemin “birden ziyade kimseler tarafından” işlenmesi ağırlatıcı neden olarak düzenlenmiş bulunuyordu. Yargıtay’ın her iki maddeye yaklaşımı da benzerdir. Bu neden Kanununun ilk yürürlüğe girdiği tarihte bulunmamaktaydı. 08.07.2005 tarihinde yayınlanarak yürürlüğe 5377 s. Kanun ile ilave edilmiştir. Dolayısıyla bu tarihten önce işlenen suçlarda uygulanması mümkün değildir.<sup>154</sup>

TCK.nun 103/3. maddesinde belirtildiği üzere faillerin en az iki kişi olması gerekir. Suçun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesinden, suçun icra hareketlerinin müşterek fail olarak sorumluluğu gerektirecek şekilde gerçekleştirilmiş olması anlaşılır. Bu nedenle cinsel istismarın bir başkasını azmettirerek veya yardım eden sıfatıyla iştirak ederek işlenmesi halinde, söz konusu ağırlatıcı neden dolayısıyla cezada artırım yapılmayacaktır.<sup>155</sup> Ağırlatıcı sebepte yer alan “birlikte” teriminin ifade ettiği anlam, birden fazla kişinin cinsel istismar suçunu işlerken beraberce hareket

---

maddesinin uygulama koşulları incelenmeksizin ...hüküm kurulması isabetsizdir” Yarg. 5.CD.nin 30.10.2000 gün 2000/2154-5555 S. kararı.

154 “...cinsel istismarın birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi halinde verilen cezanın yarı oranında artırılacağına ilişkin düzenlemenin 08.07.2005 tarihinde yayınlanarak yürürlüğe giren 5377 sayılı Yasanın 12. maddesiyle 5237 sayılı Yasanın 103/3. maddesine eklenmesinden dolayı sanıklar aleyhine uygulanamayacağı nazara alınıp her iki yasa arasında yapılan karşılaştırma sonucunda lehe olanı belirlenerek hüküm kurulması gerektiğinin gözetilmemesi” 5.CD.nin 01.10.2009 gün 2007/2716- 2009/10784 sayılı kararı.

155 "Sanık Atakan'ın nitelikli cinsel istismar suçunu işlediği sırada diğer odada bulunun sanık Ali Yavuz'un 5237 sayılı TCK'nın 39. maddesi gereğince "yardım eden" konumunda bulunduğu, icra hareketine katılmadığı ve eyleminin 37. maddeye uymadığı, 102/3-d bendinde belirtilen "suçun birlikte işlenmesi" halinin ise ancak sanıkların eylemlerinin 37/1. maddesine göre "müşterek fail" olarak sorumlu tutulmaları durumunda söz konusu olacağı nazara alınmadan tayin olunan cezanın 102/3-d maddesi ile artırılması" bozmayı gerektirmiştir” 5.CD.nin 7.7.2008 gün 2008/6187-2008/7373. “Sanıklar Turgay ve Emrullah'ın eyleminin 5237 sayılı TCK.nun 39. maddesi gereğince “yardım eden” niteliğinde kabul edilmesi ve 103/3. maddesinde belirtilen suçun birlikte gerçekleştirilmesi” halinin ise ancak sanıkların eylemlerinin 37/1. maddesine göre “müşterek fail” olarak sorumlu tutulmaları durumunda söz konusu olacağı nazara alınmadan sanıklara tayin olunan cezanın 103/3. maddesi ile artırılması” 5.C.D.nin 28.12.2009 gün 2009/11963-15011 sayılı kararı.



etmeleridir,<sup>156</sup> suçun işlenmesinden önce aralarında anlaşmış olmaları şart değildir.<sup>157</sup> Suçun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi mağdurun direncinin kırılmasında sağladığı kolaylık nedeniyle ağırlaştırıcı neden kabul edilmiştir. YTKK. daki düzenlemeye göre müşterek faillik genişletilmiştir. Eski Yasadaki “zorunlu ferî iştirak”, yeni Yasada müşterek fail olarak değerlendirilecektir. Dolayısıyla, şeriklerden biri olay mahallinde bizzat bulunmasa da, suçun icrasındaki rolü ve katkısına göre müşterek fail olabilir. Ancak, olay yerinde bizzat bulunup mağdurun direncinin kırılmasını sağlamadığından, kanaatimizce bu failin arttırıcı sebebin uygulanmasında “birden fazla kişi” hesabına dâhil edilememesi gerekir. Örneğin, 15 yaşından küçüğün fuhuş yapması için aracılık eden failin, olaya katkısı itibariyle iştiraki, müşterek fail olarak kabul edilebilir. Fakat, bu kişinin mağdureye cinsel istismarda bulunan asıl failin eylemine başkaca katkısı bulunmuyorsa, artırımın uygulanmaması gerekir.

Birden fazla kişiyi oluşturanlardan birinin isnat kabiliyetinin bulunmaması ağırlatıcı nedenin uygulanmasına engel değildir. ( Örneğin, 12 yaşından küçük ya da akıl hastası olması)<sup>158</sup>Yine, bu nitelikli halin uygulanabilmesi için suçun tamamlanması şart değildir, teşebbüs aşamasında kalan cinsel istismar suçunda da bu nitelikli hal uygulama alanı bulur.<sup>159</sup>

---

<sup>156</sup> “Sanıkların sokakta karşılaştıkları mağdur CT’yi birlikte sanık NB’nin ikamet ettiği apartmanın bodrum katındaki dairesine götürdükleri, burada mağduru soyarak ve birbirlerinin yanında evvela sanık NB’nin sonra da diğer sanık YG’nin ırz ve namusuna tasaddide buldukları anlaşılmasına şu suretle aynı mahalde ve birbirlerinin huzurunda evvela birinin, sonra diğerinin vaki eylem ve hareketleri mağdur üzerinde mukavemet kırıcı ve birbirine manen yardım sonucu husule getirilen bir nitelik arz ettiği cihetle sanıkların eylemleri TCK.’nun 417 nci maddesindeki unsurları kapsamaktadır” CGK.nun 2.3.1970 gün 1970/12-83 sayılı kararı ; “Oluşa göre, sanıklar Mehmet ve Ahmet’in eylemleri (ırza tasaddi) aynı yer ve zamanda peş peşe işledikleri anlaşıldığı halde cezalarının TCK.’nin 417. maddesi ile artırılmaması...” Y. 5. CD.nin 15.10.1992 gün 1992/2836-3129 sayılı kararı.

<sup>157</sup> Artuk, Gökçen, Yenidünya, **TCK Şerhi**, s. 2537; Malkoç, **Cinsel Suçlar**, s.75.

<sup>158</sup> “Sanık Murat’ın, suçu yaş küçüklüğü nedeniyle hakkında takipsizlik kararı verilen Hasan ile birlikte gerçekleştirmiş olduğu anlaşılması karşısında TCK.’nun 417 nci maddesi uygulanarak cezasında artırma yapılması gerekirken eksik cezaya hükümlenmesi” Yarg. 5. CD.nin 10.2.1993 gün 1993/93-489 S. kararı.

<sup>159</sup> **Tezcan, Erdem, Önok, a.g.e.**, s.310; Malkoç, **Cinsel Suçlar**, s. 77; Artuk, Gökçen, Yenidünya, **Ceza Hukuk Genel Hükümleri**, s. 158; “TCK.’nun 417 nci maddesinin teşebbüs safhasında kalan

Birden fazla kimselerin aynı mağdura yönelik eylemde bulunmaları aranır. Mağdurlar ve failer birden fazla ise ve her bir fail diğer bir mağdura cinsel istismarda bulunmuşsa ağırlatıcı neden uygulanmaz.<sup>160</sup> Failler aynı yerde ve zamanda mağdura cinsel istismarda bulunmuşlarsa, ayrıca bir birlerinin fiillerine yardım etmiş olmaları aranmaksızın cezaları artırılır.<sup>161</sup> Kanaatimizce, failerin olay mahallinde bulunmaları yeterlidir. Yargıtay uygulamaları da bu şekildedir.<sup>162</sup>

Failin gerçek kastını ve varmak istediği sonucu bilerek, suçun işlenmesi sırasında mağdurun el ve ayaklarını tutmak gibi maddi davranışlarda bulunmaksızın, ancak olası müdahalelere engel olmak ve mağdur üzerinde korku yaratarak direncinin kırılmasında etkili olmak üzere olay yerinde gözcülük yapan her bir suç ortağının da (feri maddi fail) fail statüsünde kabulü ile cinsel istismar suçunun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi kapsamında düşünülmesi gerekir.<sup>163</sup>

5237 sayılı TCK.nun 38. maddesinde yazılı "azmettiren" ile 39. maddesinde yazılı "Yardım Eden" suçun icra hareketlerini gerçekleştiren failerin fiillerine iştirak etmeleri sebebi ile ilgili maddeler uyarınca cezalandırılacaklardır. Ancak, bu arttırıcı sebebin uygulanması anlamında fail

---

suçlarda... uygulanmasının icap edeceği..." 5.CD.nin 8.11.1990 gün 1990/4332-4932; "Irza geçme eylemi kalkışma aşamasında kalsa dahi, koşulları bulunduğu takdirde TCK.nun 417.maddesinin uygulanmasına engel olamayacağı..." 5.CD.nin 5.11.1984 gün 1984/3262-4101 S. Kararı.

<sup>160</sup> Bu konuda Tezcan,Erdem,Önok uygulanabileceğini düşünmektedirler,(a.g.e., s.310) Buna karşılık Sayın Malkoç "failerin, fiilen bir arada/yerde bulunmaktan öte bir durumları yoktur. Bu durumda "birlikte işlemek" nasıl olacaktır? Tartışmaya açık bir düşüncedir" demektedir.

<sup>161</sup> Yenidünya, a.g.m, s.3298

<sup>162</sup> "Birden ziyade kimselerin aynı zamanda ve mekânda olmak kaydıyla birbirini takiben mağdurun ırzına geçmeleri halinde, TCK.'nın 417'nci maddesinin uygulanması icap ettiği ve uygulama için sadece fiilin beraberce işlenmiş olması yeterli olup, ayrıca sanıklar arasında bir yardımlaşma gerekmediği halde, sanıkların birbirlerine yardımcı olmadığına ve her birinin müstakil hareket etmiş olduklarına yer verilmek suretiyle, aynı zaman ve mekânda birbirlerini takiben.. müsnet suçu işledikleri.. kabul edilen sanıklar hakkında TCK.'nın 417'nci maddesinin uygulanmaması yasaya aykırıdır.." CGK.nun 22.5.1978 gün 95/185 sayılı kararı;

<sup>163</sup> Malkoç, **Cinsel Suçlar**, s. 75

hesabına dâhil edilemeyeceklerdir.<sup>164</sup>Bununla birlikte birden fazla kişi tarafından birlikte işlenen cinsel saldırı suçunda bu nitelikli hal varsa, bunu bilen azmettiren ve yardım edenler bakımından da uygulanır.<sup>165</sup> Azmettiren, bir kişiyi cinsel saldırı suçu için azmettirerek suçu işletirse, ayrıca olay yerinde bulunup icra hareketlerine veya suça katılmadığı sürece suç tek kişi tarafından işlenmiş olur ve azmettiren de işlenen suçun cezası (TCK.38/1) ile cezalandırılır. Zira işlenen suç örneğin TCK.103/2.maddesinde ki suçtur. Azmettiren, iki başka faili azmettirmiş ve azmettirilen bu iki fail de suçu birlikte işlemişlerse gerek azmettirilen gerekse işlenen suç (TCK.103/2, 3) aynı olduğundan azmettiren de aynı maddelerle sorumlu tutulacaktır. Azmettiren, bir kişiyi azmettirirse ve fakat azmettirilenin, yanına başka birisini de alıp suçu birlikte işlediğini öğrenip görse yine birlikte işlenmiş suçtan sorumlu olacaktır.<sup>166</sup>

Cinsel istismar/saldırı suçunun gerçekleştirilmesi sırasında 103/102. maddenin 3. fıkrasında yazılı iki veya daha fazla daha ağır cezayı gerektiren nitelikli unsurların birleşmesi halinde artırımın bir kez yapılması, ancak bu durumda 61. madde hükmü gözetilerek temel cezanın asgari haddenden uzaklaşarak tayininin hakkaniyete uygun olacaktır.<sup>167</sup>

TCK.nun 103. maddesinin 4. fıkrasına göre; maddenin birinci ve ikinci fıkralarında yazılı cinsel istismar suçları, on beş 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 halinde faile verilecek ceza arttırılacaktır.

Algılama yeteneği gelişmemiş olan çocuklara karşı cebir veya tehdit göstermenin anlamı ve sonucu nedir? Amaçlanan, failin kastını

---

<sup>164</sup> Malkoç, **Cinsel Suçlar**, s.75

<sup>165</sup> Tezcan, Erdem, Önok, a.g.e., s.310.

<sup>166</sup> Malkoç, **Cinsel Suçlar**, s. 77.

<sup>167</sup> Malkoç, **Cinsel Suçlar**, s. 76.

gerçekleştirmek için mevcut engelleri aşmak olduğuna göre engellerin doğrudan veya dolaylı aşılması arasında fark olmamalıdır. Ancak, bu fıkrada hileye yer verilmemesi dikkati çekmektedir. Gerçi hile, normal işleyen bir akıl yanıltılması olarak anlaşılabilirdiğinden bu yeteneği gelişmeyenler için bir anlam ifade etmeyebilir. Bunu çok küçükler veya akıl hastalığı ya da zayıflığı olanlar için düşünebiliriz. Fakat normal gelişime sahip bir çocuğun hile ile elde edilmesinde cebir ve tehdit kullanılması halinde ki kadar ağır bir haksızlık görülmediği için, bu durum ağırlatıcı neden sayılmamış olsa gerektir.<sup>168</sup>

Buradaki cebir ve tehditten kast edilen, mağdur üzerinde kullanılan maddi yani gerçek cebir ve tehdittir. Daha önce açıkladığımız mefruz cebir ağırlatıcı neden olarak düzenlenmemiştir. Çünkü TCK.nun 103. maddesinin artırım nedenleri içinde 765 s.TCK.nun 414/2 . maddesinde olduğu gibi "...failin fiilinden başka bir sebepten dolayı..." tabirine benzer bir ibare kullanılmadığından, 12 yaşını tamamlamamış mağdurlara yönelik eylemlerde otomatik olarak 103/4 uygulanmayacaktır.<sup>169</sup>

Kanunun 103. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendindeki 15 yaşını tamamlamış, fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmiş çocuklara karşı, eylem gerçekleştirilirken kullanılan cebir ve tehdit suçun unsuru olduğundan 103/4. maddeye göre artırım yapılmayacaktır.<sup>170</sup>

Çocukların cinsel istismar suçu ile cinsel saldırı suçu bakımından, bu suçların yanında failin ayrıca kasten yaralamadan sorumlu tutulabilmesi için,

---

<sup>168</sup> Malkoç, **Cinsel Suçlar**, s.181.

<sup>169</sup> "Bozma kararında da izah edildiği üzere 5237 sayılı TCK.nun 103/1-a maddesinde mefruz cebir suçun unsuru olarak düzenlenmiş ve aynı Yasanın 103/4 madde kapsamında bulunan mağdurlara karşı ayrıca cebir veya tehditle işlenmesinin artırım nedeni olduğu vurgulanmış ve mahkemece de oluşu kabul edilen, sanığın zekâ geriliği nedeniyle mukavemet edemeyecek durumdaki mağdureye karşı gerçekleştirdiği eyleminde ayrıca cebir veya tehditte bulunmadığı ve olayda 103/4 maddesinin koşulları mevcut olmadığı halde sanığa tayin olunan cezanın yazılı gerekçelerle 103/4 madde ile artırılması suretiyle fazla ceza tayini" 5.CD.nin 3.4.2008/1797-3285 sayılı kararı.

<sup>170</sup> Tezcan, Erdem, Önok, a.g.e., s.324.

kanunda öngörülen ölçütte farklılık söz konusudur. TCK m. 102/4'e göre, cinsel saldırı suçunun işlenmesi sırasında mağdurun direncinin kırılmasını sağlayacak ölçünün ötesinde cebir kullanılması durumunda, kişi ayrıca kasten yaralama suçundan dolayı cezalandırılmaktadır. Cinsel saldırı suçunun çocuklara karşı işlenmesi halinde kanunun deyimiyile cinsel istismar suçunda ise, suçun işlenmesi sırasında başvuru olan cebir ve şiddetin kasten yaralama suçunun ağır neticelerine neden olması hâlinde, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanmaktadır (m. 103/5 ). Böylece, erişkine karşı işlenen cinsel saldırı suçunun failinin ayrıca kasten yaralama suçundan sorumluluğu için ölçüt, kullanılan cebrin "mağdurun direncinin kırılmasını sağlayacak ölçünün ötesinde" olması iken, mağdur çocuk olduğunda failin ayrıca kasten yaralama suçundan sorumluluğu için "cebir ve şiddetin kasten yaralama suçunun ağır neticelerine neden olması" ölçütü getirilmektedir. Maddenin gerekçesine bakıldığında ise, durum iyice anlaşılmaz hal almaktadır. Maddenin gerekçesinde maddenin 4. fıkrasında, 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 gerçekleştirilmesinin cezanın artırılmasını gerektiren bir nitelikli hâl olarak kabul edildiği, ancak, bunun için, uygulanan cebrin en fazla kasten yaralama suçunun temel şeklini oluşturacak boyutta olması gerektiğinden 5. fıkranın bu şekilde düzenlendiği belirtilmektedir. Oysa Kanun, 103/1-b'de 15 yaşından büyük çocuklara karşı eylemin cebir ile işlenebilmesinden de söz etmektedir. Bu durumda da eğer cinsel istismar için uygulanan cebir de "cebrin en fazla kasten yaralama suçunun temel şeklini oluşturacak boyutta olması gerektiği" ölçütü aranırca çocukların korunduğundan söz edilemez. Kaldı ki 103 maddenin 4. ve 5. fıkrasındaki düzenlemelerin birlikte değerlendirileceği maddeden anlaşılmamaktadır. 5. fıkra tüm çocuklara karşı işlenen cinsel istismar suçuna ilişkin düzenlemedir. Özetle, cebir kullanılarak işlenen cinsel saldırı suçunda failin ayrıca kasten yaralama suçundan sorumluluğu için mağdur yetişkin olduğunda kullanılan ölçüt ile mağdur 15-18 yaş arasında

olduğunda öngörülen ölçüt çelişki arz etmektedir. Maddenin bu düzenleniş şekliyle uygulamada sorunlar açması kaçınılmazdır.<sup>171</sup>

Cinsel istismar suçunun silahla işlenmesi, cinsel saldırı suçunda olduğu gibi ağırlatıcı neden olarak düzenlenmemiştir. Bu bir eksiklik olmakta ise de, silah kullanılması veya gösterilmesini tehdit olarak kabul etmemiz gerekir.

### C. Suçun Manevi Unsuru

TCK.nun 102/1. maddesinde düzenlenmiş basit cinsel saldırı suçunun manevi unsurunun kast olduğu ve genel kastında suçun oluşması için yeterli olmayıp, failde ayrıca cinsel arzuları tatmin gayesi aranması gerektiği konusunda doktrinde ve uygulamada görüş birliği mevcuttur. 5237 sayılı TCK.nun 102. maddesine ilişkin gerekçede de bu husus açıkça vurgulanmıştır. Ancak, basit cinsel istismar suçu açısından aynı görüş birliğinin bulunduğunu söylememiz pek mümkün değildir.

Öğretide bazı yazarlar basit cinsel istismar suçunun manevi unsuru kasttır. Genel kast suçun oluşması için yeterli olmayıp, failde ayrıca cinsel arzuları tatmin gayesi aranacaktır. 5237 sayılı TCK.nun basit cinsel saldırıyı düzenleyen 102. maddesine ilişkin gerekçede de bu husus vurgulanmıştır.<sup>172</sup>

Bazı yazarlar ise: Cinsel istismar suçunun basit hali de (YTCK m.103/1) nitelikli hali de (YTCK m. 103/2) genel kastla işlenebilir, faildeki saik önemsizdir,<sup>173</sup>bu suçta korunan hukuksal değerlerden biri çocuğun korunması olunca, ayrıca madde 103/l-a'da her türlü cinsel davranışın cinsel

---

<sup>171</sup> Sevük, **Cinsel İstismar**, s. 290-291 Benzer: Yenidünya, a.g.m.,s.3306; Tezcan, Erdem, Önok, a.g.e., s.322; Şen, a.g.e. s.401; Özbek ve Kanbur, a.g.e., s.633.

<sup>172</sup> Yenidünya, a.g.m., s. 3304; bnz. düşünce bakınız; Şen, a.g.e., s. 399 (yazara göre gerek birinci, gerekse ikinci fıkradaki suçun oluşumu özel kasta tâbidir).; Üzülmez, **Cinsel İstismar Suçu**, s. 38

<sup>173</sup> Özbek ve Kanbur, a.g.e., s.632; bnz. düşünce bakınız: Soyaslan, a.g.e., s.469; Tezcan, Erdem, Önok, a.g.e., s.320.

istismar sayılacağı da göz önünde tutulunca bu suçta özel kast aranmamalıdır. Failin çocuğa yönelik cinsel davranışlarda bulunduğunu bilmesi ve istemesi yeterli sayılmalıdır.<sup>174</sup> görüşündedirler.

Bizim kanaatimizce de; basit cinsel istismar suçunda da, TCK.nun 102/1. maddesin de olduğu gibi failde ayrıca cinsel arzuları tatmin gayesinin aranması gerekir.

Failin eylemini bu amaçla yapması yeterli olup tatmin olmasının bir önemi yoktur. Ancak, kast fail ile işlediği suçun maddi unsurları arasındaki psikolojik bağı ifade etmesine, bu nedenle kişinin iç dünyasını ilgilendiren bir olgu olmasına göre kastın varlığı ve fiille ulaşılmak istenen sonuç, ancak failin dış dünyaya yansıyan ve gözlenebilen davranışlarından saptanabilir. Saik ise, faili suç işlemeye yönelten nedendir. Kastın varlığı ve fiille ulaşılmak istenen sonuç ancak, failin dış dünyaya yansıyan diğer bir anlatımla gözlenebilen hareketlerden saptanabilir. Bir davranışın bu nitelikte olup olmadığı konusunda failin saiki değil, davranışın dışa yansıyan cinsellikle ilişkisi göz önünde bulundurulur. Objektif olarak bu niteliği taşımayan bir davranışın mağdur tarafından öyle algılanmış olması, o davranışın cinsel bir davranış sayılması için yeterli değildir.<sup>175</sup> Bir davranışın cinsel bir davranış olarak algılanması için toplumun geneli tarafından objektif olarak aynı şekilde algılanması gerekir. Örneğin, belediye otobüsünde bir erkek tarafından bayanın poposuna vurularak “az ilerle” demesi herkes tarafından cinsel içerikli bir davranış olarak algılanacak, failin “ben bunu cinsel amaçla yapmadım, kendisini uyarmak için yaptım” savunmasına itibar edilmeyecektir. Diğer taraftan voleybolcu bayanların sayı aldıktan sonra birbirlerinin poposuna tebrik amaçlı vurmaları durumunda da objektif olarak eylem cinsel amaçlı görülmecektir. Fakat, failin kendisini veya bir başkasını cinsel açıdan tatmin amacı varsa ve bu ispatlana biliyor ise, o zaman elbette cinsel

---

<sup>174</sup> Sevik, **Cinsel İstismar**, s.287.

<sup>175</sup> Tezcan, Erdem, Önok, a.g.e., s.295.

davranış sayılabilecektir. Bu konuda örnekleri çoğalmamız mümkündür. Yine, cinsel duyarlılığı anormal şekilde gelişkin bir fail için, mağdurenin ayakkabısını ellemek dahi tahrik edici olabilir. Fakat böyle bir davranış objektif olarak cinsel nitelikli olarak değerlendirilemeyeceğinden, "cinsel davranış" sayılamaz.<sup>176</sup> Burada da failin kendisini veya bir başkasını cinsel açıdan tatmin amacı varsa ve bu da ispatlana biliyor ise, o zaman elbette cinsel davranış sayılabilecektir.<sup>177</sup> Dolayısıyla dış görünüş olarak birden fazla anlam içeren davranışlarda, eylemde cinsel amaç olup olmadığını anlamamız gerekir. Yoksa eylemin suç olup olmadığını belirleyemeyiz.

Bu suç taksirle işlenemez. Fail cinsel istismar suçunun kanuni tanımındaki unsurlarını bilerek ve isteyerek gerçekleştirmelidir. Çocukların cinsel istismarı fiillerinin olası kastla işlenmesi de teorik olarak mümkündür.<sup>178</sup>

Nitelikli cinsel istismar suçunun manevi unsuru genel kasttır. Failin vücuda organ veya sair cisim soktuğunu bilmesi ve istemesi kastı oluşturur. Eylemin cinsel arzuların tatminine yönelmesi aranmaz. Failin her hangi bir nedenle, mağduru aşağılamak, intikam almak, korkutmak gibi amaçlarla hareket etmesi durumunda da suç gerçekleşir. Her ne kadar manevi unsur açısından failin cinsel duyguları tatmin maksadıyla hareket etmesi suçun gerçekleşmesi için şart değilse de, eylemin niteliği itibarıyla "cinsel bir içerik" taşıması gerekmektedir. Bu nedenle, örneğin, kavga sırasında bir kimsenin diğerinin vücut boşluğuna bir cisim saptırması, bu suç kapsamında mütalaa edilemez. Bu ihtimalde diğer şartları da bulunmak koşuluyla yaralama (m.86) suçuna ilişkin hükümler tatbik edilmelidir. İfade edelim ki, vajinal veya anal yoldan mağdura organ veya sair cisim sokulması halinde eylemin cinsel içerikli olduğu hususunda şüphe yoktur. Buna karşılık bir kimseye oral yoldan

---

<sup>176</sup> Tezcan, Erdem, Önok, a.g.e., s.295.

<sup>177</sup> "Bu bakımdan, tıp, psikoloji ve hatta antropoloji ve sosyoloji bilimlerinin verilerine uygun şekilde, objektif anlamda "erojen", yani cinsel hisleri uyandırıcı olarak nitelendirilebilen davranışlar "cinsel" sayılacak; failin normalin dışındaki, özel cinsel duyarlılığının yansıması olan cinsel dürtü hareketleri ise bu kapsamda görülemeyecektir" demektir. Tezcan, Erdem, Önok, a.g.e., s.295.

<sup>178</sup> Özbek ve Kanbur, a.g.e., s.632.



zorla sağlığını bozacak sıvı ya da katı maddeler yedirilmesi halinde eylem cinsel nitelikte olmadığından bu suç oluşmaz.<sup>179</sup>

TCK.nun 103/1. maddesinde düzenlenen suçun temel biçimi ile 103/2'de düzenlenen nitelikli biçimi arasındaki fark, failin kastı bakımındandır. 103/2'de düzenlenen nitelikli cinsel istismar açısından kast, aynı zamanda vücuda organ veya cisim sokmaya da yönelik olmalıdır. Failin kastı, organ ve cisim sokmaya yönelik olduğu halde, engel bir neden yüzünden neticeye ulaşamamış olabilir. Böyle bir durumda failin 103/1 anlamında basit cinsel saldırıdan değil, nitelikli cinsel istismara teşebbüsten dolayı cezalandırılması gerekir.<sup>180</sup>

#### **D. Hukuka Aykırılık**

Bu suçta genel hukuka uygunluk nedenleri olan meşru savunma ve zorunluluk hali hukuka aykırılığı ortadan kaldıracı bir etki doğurmaz.<sup>181</sup> Yine on beş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte maruz kaldığı fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan çocukların cinsel davranışa gösterdiği rıza bu suçta hukuka aykırılığı ortadan kaldırmaz.

Bununla birlikte bu suçla korunan hukuksal yarar, cinsel özgürlük olduğu ve bu da üzerinde serbestçe tasarruf edilebilecek bir nitelik taşıdığı için on beş yaşını tamamlamış ve maruz kaldığı fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmiş olan çocukların basit cinsel istismar boyutunda kalan cinsel davranışlara gösterdiği rıza bu suçta hukuka aykırılığı ortadan kaldırır. TCK.nun 26/2. maddesine göre. bu şekildeki açıklanan rıza çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez. On beş yaşını

---

<sup>179</sup> Yenidünya, a.g.e., s. 3293-3306; Malkoç, **Cinsel İstismar**, s. 62; Özbek ve Kanbur a.g.e., s.632; Tezcan, Erdem, Önok, a.g.e., s.295; Sevük, **Cinsel İstismar**, s. 287; Üzülmöz, **Cinsel İstismar Suçu**, s. 38.

<sup>180</sup> Tezcan, Erdem, Önok, a.g.e., s..299.

<sup>181</sup> Tezcan, Erdem, Önok, a.g.e., s.299; Özbek ve Kanbur, a.g.e., s.632.

tamamlamış, reşit olmayan ve maruz kaldığı fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmiş olan çocukların cinsel ilişkiye rıza göstermeleri durumunda ise; şikâyetçi olmaları durumunda TCK.nun 104. maddesinde düzenlenmiş reşit olmayanla cinsel ilişki suçu oluşacaktır. 104. maddede cinsel ilişki düzenlendiğinden, bu kişilerin rızaları ile cinsel ilişki kapsamında kalmayan (örneğin oral yoldan cinsel organ sokulması, anal veya vajinal yoldan cinsel organ harici cisim sokulması) durumunda eylem suç teşkil etmeyecektir. Ancak, rızanın eylemin işlenmesinden önce veya en azından işlenmekte iken varlığı aranır. Fail, mağdur üzerinde bir kısım cinsel davranışlarda bulunurken, mağdurun devam eden bu fiil sırasında, belirli bir davranışa rıza göstermemesine rağmen eylemine devam ederse, suç yoluna girmiş olur.<sup>182</sup>

Yine aynı şekilde rıza, yalnızca cinsel davranışı değil, aynı zamanda cinsel davranışın gerçekleşme biçimini de kapsamalıdır. Sözelimi rıza, vücuda organ sokmayı kapsamıyorsa, buna rağmen vücuda organ sokulması durumunda bu suç oluşacaktır. Ameliyat sırasında, operasyonun gerçekleştirilmesi bakımından gerekli olan işlemlerin yapılması vesilesiyle vücuda cisim sokulması durumunda da (örneğin, kolonoskopi işleminde anüsten boru sokulması) hakkın icrası hukuka uygunluk sebebi vardır (kaldı ki bu durumda, davranış "cinsel" olmadığından, maddi unsur ve buna. bağlı olarak, kast olmadığından da manevi unsur oluşmamaktadır).<sup>183</sup>

Bunun yanında tıbbi müdahaleler çerçevesinde hekim tarafından vücutta cinsel bölgelerde yapılan muayeneler de hukuka uygun kabul edilmelidir. Aynı şekilde CMK m.75 vd. hükümlerine göre vücudun cinsel bölgelerinde yapılan müdahaleler de hukuka aykırılığı ortadan kaldıracaktır. Burada hekimlik mesleğinin icrasından bahsedilebilir.<sup>184</sup>

---

<sup>182</sup> Yenidünya, a.g.e., s. 3289.

<sup>183</sup> Tezcan, Erdem, Önok, a.g.e., s.299.

<sup>184</sup> Özbek ve Kanbur, a.g.e., s.632.

## II. SUÇUN NETİCESİ SEBEBİYLE AĞIRLAŞMIŞ HALLERİ

Çocukların cinsel istismar suçunun neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış hali olarak; Mağdurun beden ve ruhsal sağlığının bozulması hali (m.103/6) ile mağdurun bitkisel hayata girmesi veya ölümü hali (m.103/7) olarak düzenlenmiştir. Bu hallerin varlığı temel cezaya göre daha ağır ceza ile cezalandırmayı gerektirmektedir. Benzer düzenlemeler cinsel saldırı suçu ile ilgili olarak 102. maddenin 5 ve 6. fıkralarında da düzenlenmiştir. Her iki suç tipinde de failin cezası, suçun temel şekline nazaran önemli ölçüde artmaktadır.

Yalnız netice sebebiyle ağırlaştırılmış hale geçmeden önce konunun daha iyi anlaşılması için kısaca taksir, bilinçli taksir, olası kast ve kast kavramlarına bakmak gerekmektedir. Taksirde dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranılarak neticenin öngörülememesi, bilinçli taksirde ise; neticenin öngörülmesi ancak istenmemesi, hatta istenmeyen bu neticenin gerçekleşmemesi için gayret gösterilmesi vardır. Olası kastta da, neticenin öngörülmesi vardır, ancak gerçekleşmesi muhtemel neticeyi kabullenme söz konusudur. Netice istemese de olayı seyrine bırakma, öngörülen neticenin gerçekleşmemesi için özel bir çaba sarf etmeme vardır. Öngörülen netice için olursa olsun demektedir. Kast ise; suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir. Yani netice öngörülmekte ve istenilmektedir.

Suçlar genel olarak, ya kasten ya da taksirle işlenirler. Ancak ceza kanunu kast ve taksir kombinasyonundan oluşan “karma suçlara da” yer vermiş ve bunlara “netice sebebiyle ağırlaştırılmış suç” olarak isimlenmiştir.<sup>185</sup>

---

<sup>185</sup> Mahmut Koca ve İlhan Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümleri**, 2.b., Ankara: Seçkin Yayınevi, 2009, s. 231-232; Bnz: Mustafa Ruhan Erdem, “Netice Yüzünden Ağırlaşan Suçlar”, **3. Yılında Yeni Ceza Adaleti Sistemi**, Editör Prof. Dr. Bahri Öztürk, Seçkin Yayınevi, Ankara 2009, s.105.

“netice sebebiyle ağırlaştırılmış suç” kavramı, 5237 s. TCK’nun 23. maddesinde “Bir fiilin, kastedilenden daha ağır veya başka bir neticenin oluşumuna sebebiyet vermesi halinde, kişinin bundan dolayı sorumlu tutulabilmesi için bu netice bakımından en azından taksirle hareket etmesi gerekir.” şeklinde tanımlanmıştır.

5237 sayılı TCK. yürürlüğe girmeden önce neticesi sebebiyle ağırlaşan suç kavramı objektif sorumluluk kavramı içinde incelenmekteydi. Kusursuz sorumluluk şekli olarak meydana gelen ağır neticeden sorumluluk hali Kilise hukukuna dayanır. Kilise hukukuna göre, hukuka aykırı bir durumda olan bunun bütün neticelerine katlanmış olur (Versari kuralı). Bu anlayışa göre: ağır netice bakımından failin kusuru aranmaz.TCK.nun sistemine göre, kişinin bu neticeden sorumlu tutulabilmesi için en azından taksire dayanan bir kusurunun bulunması gerekir. Bu düzenleme netice sorumluluğundan, kusur sorumluluğuna geçişin önemli bir göstergesidir.<sup>186</sup>Neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suç kavramı 5237 sayılı TCK. sisteminde objektif sorumluluk esasının terk edilmesi nedeniyle ceza kanunumuzda pozitif bir hukuk kuralı olarak yer almıştır.<sup>187</sup>

Neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçlarda, kasten işlenmiş temel suç tipi yanında onun işlenmesiyle sebep olunan başka ya da ağır bir netice mevcuttur. Cezayı ağırlaştıran bu ağır netice örneğin, mağdurun ölümü, yaralamanın nitelikli hallerinin gerçekleşmesi şeklinde ortaya çıkar.<sup>188</sup>

Öğretide, neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçun, gerçek neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suç ve görünüşte ya da gerçek olmayan neticesi

---

<sup>186</sup> İzzet Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 3.b., Ankara: Seçkin Yayınevi, 2008, s. 269,270; Koca ve Üzülmöz, a.g.e., s. 232; Veli Özer Özbek, “Neticesi Sebebiyle Ağırlaştırılmış Suçlar”, **Ceza Hukuku Dergisi**, Y.2, S.4, Ağustos 2007, s.224-225; Artuk, Gökçen, Yenidünya, **Ceza Hukuku Genel Hükümleri**, s.388; Erdem, a.g.e., s. 106.

<sup>187</sup> Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 16.06.2009 gün 2009/5-33 E. 2009/162 sayılı kararı.

<sup>188</sup> Özbek,a.g.e.,s.226; Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 269.; Artuk, Gökçen, Yenidünya, **Ceza Hukuku Genel Hükümleri**, s.388; Erdem, a.g.e., s. 106.

sebebiyle ağırlaşmış suç olarak iki farklı şeklinin bulunduğu kabul edilmektedir. Gerçek neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda, failin hareketi sonucunda kastettiğinden daha ağır bir netice ortaya çıkmakta olup, gerçekleşen aşırı netice dolayısıyla bağımsız bir suç tipi ortaya çıkmaktadır. Örneğin, yaralama suçunda mağdurun ölmesi, gerçek neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç halidir. Görünüşte neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda ise, failin hareketi sonucunda suçun oluşması için aranan neticeden başka, niteliği de farklı olan daha ağır bir netice ortaya çıkmakta olup, gerçekleşen aşırı netice dolayısıyla temel suç niteliği aynı kalmakla beraber yalnızca ceza ağırlaştırılmaktadır. Örneğin, cinsel istismar suçunda mağdurun ruh veya beden sağlığının bozulması, görünüşte neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç halidir.<sup>189</sup>

Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçtan söz edebilmek için bir takım koşullar bir arada bulunmalıdır. Öncelikle failin kastettiği temel suç ve başka ya da ağır neticeyi içeren suç olmak üzere iki ayrı suç bulunmalıdır. Failin fiili kastettiğinden daha ağır ya da başka bir neticenin oluşumuna sebebiyet vermelidir. Temel suç kasten işlenmiş olmalı ve meydana gelen başka veya ağır netice bakımından failin en az taksir seviyesinde kusuru bulunmalıdır. Meydana gelen ağır veya başka netice failin hareketinin sonucu olmalı, başka bir ifade ile yapılan hareket ile meydana gelen ağır veya başka netice arasında nedensellik bağlantısı bulunmalıdır. Temel suç ile ağır ya da başka neticeyi içeren suç aynı mağdur üzerinde işlenmeli ve bu tip suçların cezalandırılabilmesine ilişkin kanunda açık düzenleme bulunmalıdır.<sup>190</sup>

Konuyu düzenleyen TCK.nun 23. maddesinde yer alan "*en azından*" ibaresi neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçların ortaya çıkması bakımından şu olasılıkları akla getirir:

---

<sup>189</sup> Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 16.06.2009 gün 2009/5-33 E. 2009/162 K.

<sup>190</sup> Özbek, a.g.e., s. 223-229.; Sevük, **Cinsel İstismar**, s. 289; Hakan Hakeri, **Ceza Hukuku Genel Hükümleri**, 7.b., Ankara: Seçkin Yayınevi, 2008, s. 182; Veli Özer Özbek, **Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı** - İzmir Şerhi, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2006, C. I, s. 325.

Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçların pek çoğunda kast-taksir kombinasyonu söz konusudur. Yani temel suç tipi kasıtlı; ağır ya da başka netice taksirlidir<sup>191</sup>. Taksir bilinçli ya da bilinçsiz olabilir, (kast-taksir.)

Ancak netice sebebiyle ağırlaşmış suç "umursamazlık, göze alma" yani olası kast sebebiyle de ortaya çıkmış olabilir, (kast-olası kast.)

Yine neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç kasten de ortaya çıkmış olabilir. (Kast-kast kombinasyonu.)<sup>192</sup>

TCK m.23 'ün taksir-taksir kombinasyonuna izin verip vermediği tartışmalıdır. Gerçekten hükümde yer alan "kastedilenden daha ağır veya başka bir neticenin oluşumuna sebebiyet vermesi" ibaresi temel suç tipinin ancak kasten işlenebileceğini ortaya koymaktadır. Bu yönüyle "Taksirle öldürme" suçunu düzenleyen TCK.nun 85/2. maddesi netice sebebiyle ağırlaşmış suç değil, taksirle öldürmenin ağırlatıcı sebebi olarak kabul edilmelidir.<sup>193</sup> Ancak, öğretide temel suç tipinin taksirle de olabileceğini kabul eden görüşlerde mevcuttur.<sup>194</sup>

"Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçu düzenleyen TCK m.23 asıl olarak, hareketin kasıtlı kısmının izole edildiği artık cezalandırılabilir olmaktan çıktığı, kast-taksir kombinasyonlarında kullanılabilir. Diğer bir deyişle kasten işlenen

---

<sup>191</sup> Burada üzerinde durulması gereken hususlardan biri de taksirden neyin anlaşılması gerektiğidir. Failin taksir düzeyinde kusurlu olduğunun kabulü için gerekli şartlardan biri de özen yükümlülüğünün yerine getirilmemiş olmasıdır. Buradaki özen yükümlülüğü objektif niteliktedir. Yani dikkat ve özen yükümlülüğü belli bir kişiden soyut olarak ele alınır. Ancak netice öngörülebilir değilse failin de özen ve dikkat göstermesi beklenemez. Dolayısıyla, özen gösterme yükümlülüğü de bulunmaz. O halde neticenin öngörülebilirliği taksirin diğer önemli koşuludur. Özen yükümlülüğünden farklı olarak neticenin öngörülebilir olup olmadığı failin tüm özelliklerini taşıyan bir kişi esas alınarak araştırılmalıdır. Fail başkasının kusurundan sorumlu tutulamaz. Değerlendirmede sübjektif ölçü, yani fail esas alınır.

<sup>192</sup> Özbek, Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar, s. 226-227

<sup>193</sup> Özbek, Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar, s. 227

<sup>194</sup> Erdem, a.g.e., s. 106; Koca ve Üzülmöz, a.g.e., s. 234; Benzer: Artuk, Gökçen, Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümleri, s. 390;

bir suçun sonucu olarak meydana gelen başka ya da ağır neticeden failin ancak taksir seviyesinde bir kusurunun varlığı halinde sorumlu tutulabildiği suç tipi olarak tanımlanabilir"<sup>195</sup> görüşü kanımızca doğru olmakla birlikte, netice sebebiyle ağırlaşmış suçta kast-olası kast, hatta kast-kast kombinasyonlarının da bulunabileceği gözden uzak tutulmamalıdır.

TCK.nun 23. maddesinde "en azından" ibaresine yer verildiğine göre, daha ağır veya başka netice yönünden failin bilinçli taksir, olası kast yahut doğrudan kast ile hareket etmesi de mümkündür.<sup>196</sup>

Neticesi sebebiyle ağırlaşan suçlardan bir kısmı failin ağır netice bakımından yalnızca taksirle hareket etmesini gerektirir (gerçek neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar). Örneğin kasten yaralamanın neticesi sebebiyle ağırlaşmış şeklini oluşturan ölüm neticesi bakımından failin taksirinin varlığı şarttır (m.87/4). Bu hususu hükmün konuluş amacına (ratio legis) bakarak belirlemek mümkündür. Esasen failin ağır netice bakımından kasten hareket ettiği hallerde, ortada başka bir suç vardır ve doğrudan bu suça ilişkin hükmü uygulamak gerekmektedir. Örneğin failin, işlediği kasten yaralama fiili neticesinde mağdurun ölebileceğini ihtimal dahilinde gördüğü, yani muhtemel addettiği hallerde netice bakımından olası kastından söz edilir. Bu gibi hallerde kasten yaralamanın neticesi sebebiyle ağırlaşmış şekli değil (87/4), doğrudan kasten öldürme (m. 81) suçu oluşur.<sup>197</sup>

Neticesi sebebiyle ağırlaşmış bazı suç tiplerinde ise, failin ağır veya başka neticeye yönelik en azından taksirle hareket etmiş olması aranır (görünüşte neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar). Bununla birlikte failin olası kastla yahut kastla hareket etmiş olması uygulanacak hüküm bakımından bir değişikliğe sebebiyet vermez. Diğer bir ifadeyle, netice sebebiyle ağırlaşmış

<sup>195</sup> Özbek, **Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar**, s. 227.

<sup>196</sup> Artuk,Gökçen,Yenidünya, **Ceza Hukuku Genel Hükümleri**, s.388; Benzer: Erdem, a.g.e., s.106.

<sup>197</sup> Koca ve Üzülmöz, a.g.e., s. 234; Benzer: Artuk,Gökçen,Yenidünya, **Ceza Hukuku Genel Hükümleri**, s. 388; Nur Centel, Hamide Zafer ve Özlem Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, İstanbul: Beta Yayınları, 2006, s. 408.

suçların bu türünde, kasti temel suç tipinin sonucu olan ağır neticeler, kasten gerçekleştirilseler dahi bağımsız bir suç oluşturmayıp, ancak bu neticeleri yaptırım altına alan ilgili hüküm (temel suça ilişkin netice sebebiyle ağırlaşmış halleri düzenleyen) sayesinde yaptırıma bağlanırlar. Örneğin, kasten yaralamanın, TCK.nun 87. maddesinin 1, 2 ve 3 üncü fıkralarında düzenlenen neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerinden sorumluluk için failin taksirle (bilinçli taksirde dahil) hareket etmesi yeterli olmakla birlikte, olası kastla yahut doğrudan kastla neticeye sebebiyet verilmesi durumu değiştirmez. Yine, 87 nci maddenin ilgili fıkrası uygulanır. Ancak hakim 61/1 inci madde çerçevesinde temel cezanın tespitinde bu durumu dikkate alır. Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış halini teşkil eden fiilin, "mağdurun ekonomik bakımdan önemli bir kaybına sebebiyet vermiş olması" (TCK.m.109/4) yönünden de aynı şekilde düşünmek gerekir. Netice sebebiyle ağırlaşmış bu hal, yasada ayrıca yaptırıma bağlanmış bir sonuç değildir. Bu itibarla failin en azından taksiri yeterli olmakla birlikte, olası kastla yahut doğrudan kastla hareket etmiş olması sonucu değiştirmez. Yine, 109/4 uygulanır, ancak adli para cezasının gün biriminin tayininde bu husus (TCK.m.61/1) nazara alınır. TCK.'nun 237 nci maddesinde düzenlenen fiyatları etkileme suçunda, "fiil sonucunda besin veya malların değerlerinin veya işçi ücretlerinin artıp eksilmesi" (TCK.m.237/2) neticesi sebebiyle ağırlaşmış haldir. Burada da failin ağır neticeye yönelik en azından taksiri sorumluluk için yeterlidir. Olası kastı yahut doğrudan kastı varsa da yine uygulanacak hüküm 237/2'dir.<sup>198</sup> Ancak, ağır neticeye olası kast ile sebep olunmuş ise, TCK.nun 21/2. maddesinde düzenlenen olası kasta ilişkin indirim yapılmamalıdır. Zira 23. madde uyarınca netice sebebiyle ağırlaşmış suçtan sorumluluk için taksir yeterli olup, aksi uygulama (olası kast halinde indirim yapma) ağır neticeye taksirle sebebiyet verilmesi ihtimaline oranla daha hafif cezalandırmayı doğurur ki, bu

---

<sup>198</sup> Artuk, Gökçen, Yenidünya,  **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 392; Koca ve Üzülmöz, a.g.e., s. 234,235; Erdem, a.g.e., s. 109; Özgenç,  **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 271.



yasanın amacına ve mantığına aykırıdır.<sup>199</sup>Dolayısıyla TCK.nun 102/5 ve 103/6. maddelerinde düzenlenmiş beden ve ruh sağlığının bozulması, 87. maddenin 1, 2 ve 3. bentlerinde düzenlenmiş kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış halleridir. Nitelikli cinsel saldırı/cinsel istismar suçunun, neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerinin olası kastla işlenmesi mümkündür.<sup>200</sup>

Şayet, kasten yaralama sonucunda ölüm meydana geldi ise;

1) Failin öldürmeye yönelik doğrudan kastı olabilir, bu durum da kasten öldürme suçunun ( TCK.nun 81ve 82.maddeleri) tatbik edilmesi gerektiği izahtan varestedir.

2) Fail öldürmeye yönelik olarak olası kastla hareket etmiş olabilir. Bu durumda kasten yaralamanın neticesi sebebiyle ağırlaşmış hali olan kasten yaralama sonucunda ölümün düzenlendiği TCK.nun 87.maddenin 4. bendi mi tatbik edilecek? Yoksa, gerçekleşen ağır netice dolayısıyla bağımsız bir suç tipi olan kasten öldürme suçuna ait madde mi uygulanacaktır? Bu durumda da, TCK.nun 81 veya 82. maddesi uygulanacak, ancak, TCK 21/2 de düzenlenen olası kasta ilişkin indirim yapılması gerekir.

3) Kasten yaralama sonucu, ağır netice olan ölüme, taksir veya bilinçli taksir ile sebep olunmuş ise; ancak bu durum da TCK.nun 87. maddesinin 4. bendinin uygulanması gerekir.

Fikri içtima ile netice sebebiyle ağırlaşmış suç kavramları birbirine yakın ancak farklı kavramlardır. Netice sebebiyle işlenen suçlarda da tek bir fiil söz konusu olabilir. Öte yandan hem fikri içtima hem de netice sebebiyle ağırlaşmış suçlarda ortada birden fazla suç vardır. Yine fikri içtimada da

---

<sup>199</sup> Artuk, Gökçen, Yenidünya, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 391.

<sup>200</sup> Yenidünya, a.g.m, s. 3293.

ortada hem kasten hem de taksirle işlenerek ortaya çıkmış iki ayrı netice mevcut olabilir. Buna karşılık fikri içtimada daha ağır cezayı gerektiren kasıtlı suçtan ceza verilirken; netice sebebiyle ağırlaşmış suçta daha ağır neticeyi ya da başka neticeyi cezalandıran ve daha ağır cezayı gerektiren suçtan ceza verilir. Zira netice sebebiyle ağırlaşmış suçta temel suça ilişkin hareketin haksızlık içeriği ağır ya da başka neticeden failin daha ağır cezalandırılmasının gerekçesini oluşturur.<sup>201</sup>

Bu açıklamalardan sonra cinsel saldırı/istismar neticesinde mağdurun ölmesi veya bitkisel hayata girmesini değerlendirmek gerekir ise;

Failin ağır yahut başka neticeye yönelik olası kastının yahut kastının varlığı, fikri içtima durumunun araştırılmasını gerektirebilir. Cinsel saldırı fiilinin icrası sebebiyle mağdurun ölümüne sebebiyet verilmesi ihtimalinde, failin ölüm neticesine yönelik taksirinin varlığı aranır (TCK.m.102/6). Şayet fail cinsel saldırı mağdurunun ölebileceğini öngörmüş ve bu neticeyi kabullenmişse yahut ölmesi iradesini taşımışsa, cinsel saldırı (TCK.m. 102/6) ile kasten öldürme (TCK.m.81,82) suçları arasında fikri içtima söz konusudur.<sup>202</sup> Diğer bir görüşe göre ise; kast aynı zamanda ağır neticeye de yönelikse veya ağır netice bakımından en azından *olası kast* varsa, çoğu durumda kasıtlı suç tipi gerçekleşmiş olur. Böyle bir durumda ağır neticeyi cezanın ağırlaştırılmasını gerektiren nitelikli hal olarak göz önünde bulunduran suç ile, kasten gerçekleştirilen neticeyi düzenleyen suç arasında gerçek içtima söz konusudur. Cinsel saldırı suçunun mağduru ölmüş ve failde ölüm neticesine yönelik doğrudan veya olası kast söz konusu ise, fail hem cinsel saldırı suçunun temel biçiminden (TCK. m. 102/1-2), hem de (nitelikli) kasten öldürme suçundan dolayı (TCK m. 82/1-h) cezalandırılır.<sup>203</sup>

---

<sup>201</sup> Özbek, **Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar**, s.240.

<sup>202</sup> Artuk, Gökçen, Yenidünya, **TCK Şerhi**, s.391; Koca,Üzülmez, a.g.e.,s. 239.

<sup>203</sup> Erdem, **Netice Yüzünden Ağırlaşan suçlar**, s. 109; Bnz.: Özbek ve Kanbur, a.g.e., s. 619.

Kanaatimizce, failin ağır neticeye yönelik olarak doğrudan kastı mevcut ise; örneğin: fail mağduru öldürmek için cinsel organına cisim sokmuş ise; gerçek ictima hükümleri uyarınca, failin hem kasten öldürme, hemde nitelikli cinsel istismar suçundan cezalandırması gerekir. Ancak, cinsel istismar suçunun netice sebebiyle ağırlaşmış halini değil, TCK. 103/2. maddesi ile varsa 103/3 ve 103/4. maddelerini uygulamak gerekir. Fail ağır neticeye yönelik olarak doğrudan kastla değilde olası kasıtle hareket etmiş ise, bu durumda kasten öldürme suçundan, TCK.nun 21/2. maddesi uyarınca indirim yapmak gerekir. Şayet, yukarıda da izah ettiğimiz gibi, fail mağdurun bitkisel hayata girmesine veya ölmesine yönelik olarak, taksirle hareket etmiş ise; bu durumda sadece 103/7. maddeyi uygulamak gerekir. Fakat, kabul ettiğimiz bu görüşe göre, olası kastla hareket eden failin, taksirle hareket eden faile göre, daha az ceza alma ihtimali vardır. Somut olayda böyle bir durum var ise; ceza adaletinin sağlanması için temel cezalar belirlenirken alt sınırdan uzaklaştırılması gerekir.

Failde, mağdurun ruh ve beden salığını bozmaya yönelik olarak kastın bulunması halinde; örneğin: failin cinsel istismar suçunu işlerken mağdura aids bulaştırması; kanaatimizce, bu durumda da gerçek ictima hükümleri uyarınca fail, ayrıca kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış halinden sorumlu olur. Ancak, cinsel istismar suçunun netice sebebiyle ağırlaşmış hali olan TCK.nun 103/6. maddesi değil, 103/1 veya 2. maddesi ile varsa 103/3 ve 103/4. maddelerini uygulamak gerekir.<sup>204</sup>

İşlenen fiil bakımından tipik ve öngörülebilir olan ağır veya başkaca neticelerin öngörülmeyle gerçekleştirilmesi halinde, fail temel suç tipinden cezalandırılmaz, sadece netice sebebiyle ağırlaşmış suça ilişkin cezaya çarptırılır. Bu gibi hallerde fiil, meydana gelen ağır veya başka neticeyle birlikte uygulanacak özel norm haline gelmekte ve genel norm niteliğindeki temel suç tipi uygulama alanı bulmaktadır.Örneğin basit veya nitelikli cinsel

---

<sup>204</sup> Benz. Görüş: Özbek ve Kanbur, a.g.e., s. 619

saldırı sonucunda mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması, bitkisel hayata girmesi veya ölmesi şeklindeki ağır netice gerçekleşmişse (m. 102/5-6), cinsel saldırı ile suçun neticesi sebebiyle ağırlaşmış şekli arasında görünüşte içtima ilişkisi söz konudur. Temel veya nitelikli cinsel saldırı genel norm, neticesi sebebiyle ağırlaşmış cinsel saldırı ise özel norm niteliğini taşımaktadır. Dolayısıyla özel norm, genel norma ilişkin unsurların yanı sıra ek özel bir unsur da içerdiğinden öncelikle uygulanacaktır. Bu gibi hallerde fail sadece özel normun ihlalini oluşturan haksızlıktan dolayı, yani sadece neticesi sebebiyle ağırlaşmış cinsel saldırıdan dolayı cezalandırılacaktır.<sup>205</sup> Ancak, cinsel istismar ve cinsel saldırı suçlarında mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması durumunda, doğrudan 102/5 ve 103/6. fıkrada yer alan ceza uygulayamayacak, öncelikle suçun temel şeklinde belirtilen ceza belirlendikten sonra, bu ceza üzerinden varsa diğer artırım nedenleri de uygulanacak, daha sonrada 102/5, 103/6 uygulanacaktır.<sup>206</sup> Çünkü maddedeki artırım nedenleri uygulandığı takdirde, bu artırımlardan dolayı bulunacak ceza miktarı 102/5, 103/6 maddesi ile belirlenerek cezayı geçebilmektedir. Bu maddelerde verilecek cezanın alt sınırı belirlenmiş, fakat üst sınır belirtilmemiştir. Üst sınır TCK.nun 49/1. maddesine göre 20 yıldır. Şayet mağdurun ruh veya beden sağlığı bozulmuş, bu maddeden önce verilen cezalar 10 veya 15 yılı geçmiş, 20 yılı geçmemişse bir miktar daha artırmak gerekmektedir. Yargıtay'ın görüşü de bu yöndedir.<sup>207</sup>Yargıtay

<sup>205</sup> Koca ve Üzülmüş, a.g.e., s. 238.

<sup>206</sup>“Bağımsız ceza yaptırımını öngören 5237 sayılı Yasanın 103/1-a maddesi ile temel cezanın belirlenip bilahare 103/6. maddenin tatbiki gerektiği gözetilmeden, doğrudan 103/6. madde ile ceza tayini” 5. CD.nin 21.12.2009 gün 2009/1561-14703 sayılı kararı; “Sanık hakkında nitelikli cinsel saldırı suçundan eylemine uyan TCK.nun 102/2 ve 102/5. maddeleriyle sırası ile ve ayrı ayrı uygulama yapılarak sonuç cezanın belirlenmesi gerekirken doğrudan 102/5. maddesi ile hüküm kurulması” 5. CD.nin 07.07.2008 2008/4131-7405 sayılı kararı.

<sup>207</sup> “Sanığın oluşa uygun olarak işlediği kabul edilen zorla ve ruh sağlığını bozacak biçimde çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçuna uyan 5237 sayılı TCK.nun 103/2 ve 103/4. maddeleri uyarınca verilen ceza teşdit uygulanmasından dolayı 15 yıla ulaşsa veya geçse dahi, suçun sonucunda ruh sağlığının bozulmasından dolayı neticenin ağırlığına göre tayin edilen cezanın TCK.nun 49/1 ve 103/6. maddeleri gereğince yirmi yıla kadar artırılmasının olanaklı bulunduğu nazara alınarak hakkaniyet gereği ve anılan maddeye işlerlik kazandırılabilmesi için cezada bir miktar daha artırım yapılması gerektiği gözetilmeden 103/6. maddenin uygulama dışı bırakılması” 5.CD.nin 11.05.2009 gün 2009/3302-5521sayılı kararı; “Sanığın oluşa uygun olarak işlediği kabul edilen nitelikli cinsel saldırı suçuna uyan 5237 sayılı TCK.nun 102/2 ve 102/3-c maddeleri uyarınca verilen ceza teşdit uygulanmasından dolayı 10 yıla ulaşsa veya geçse dahi, suçun sonucunda ruh sağlığının

beden ve ruh sağlığının bozulmasını gerçek netice sebebiyle ağırlaşmış suç olarak değil, gerçekte olmayan (görünüşte) netice sebebiyle ağırlaşmış suç olarak kabul etmiştir. Yani ruh ve beden sağlığının bozulması bağımsız ve müstakil bir ceza belirlenmesini gerektiren bir suç tipi olarak kabul etmemiştir.<sup>208</sup> Ancak, tam olarak bir artırım maddesi de görmemiştir. Çünkü hem mahkemeler arası görev uyuşmazlıklarını çözen, hem de cinsel suçları inceleyen 5.Ceza Dairesi birçok kararında verilecek ceza miktarı itibari ile asliye ceza mahkemelerinin görevinde kalan 102/1 ve 103/1. maddelerinden açılan davalarda ruh ve beden sağlığının bozulması var ise; ağır ceza mahkemelerini görevli kılmıştır.

---

bozulmasından dolayı neticenin ağırlığına göre tayin edilen cezanın 49/1 ve 102/5. maddeleri gereğince yirmi yıla kadar artırılmasının olanaklı bulunduğu nazara alınarak hakkaniyet gereği bir miktar daha artırım yapılması gerektiği gözetilmeden 102/5. maddenin uygulama dışı bırakılması” 5. CD.nin 26.05.2009 gün 2009/3811-6322 sayılı kararı.

<sup>208</sup> YCGK.nun 16.06.2009 gün 2009/5-33 E. 2009/162 s. Kararı: “...Cinsel istismar suçlarında, görünüşte neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç hali söz konusu olup ortada bağımsız bir suç bulunmamakta, meydana gelen ağır neticeden dolayı failin cezası ağırlaştırılmaktadır. Mağdurun ruh veya beden sağlığının bozulması halinde, bağımsız ve müstakil bir ceza belirlenmesini gerektiren bir suç bulunmayıp, suçun temel şekline nazaran cezanın daha ağır belirlenmesini gerektiren bir artırım nedeni söz konusudur, fıkrada cezanın alt sınırının belirtilmiş olması da varılan bu sonucu değiştirmemekte, cezanın hesaplanmasında bu halin diğer artırım nedeniyle birlikte gözetilmesi zorunluluğunu ortadan kaldırmamaktadır. 5237 sayılı Yasanın 103/6. fıkrasında, suçun sonucunda mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması halinde onbeş yıldan az olmamak üzere hapis cezasına hükmolunacağı belirtilmiş olup, anılan hüküm uyarınca, istismar fiilinin 1. fıkrada belirtildiği şekilde dahi gerçekleşmesi halinde, ruh veya beden sağlığı bozulmuş ise, sanık hakkında 1. fıkrada öngörülen 3 yıldan 8 yıla kadar hapis cezası 15 yıla çıkarılacaktır, yine aynı şekilde 2. fıkradaki 8 yıldan 15 yıla kadar hapis cezası da, 103/6. fıkra uyarınca 15 yıla yükseltilecektir. Yasa koyucunun 6. fıkrada 15 yıldan az olmamak üzere öngördüğü hapis cezası, diğer fıkralardan bağımsız olarak ngrlmş bir yaptırım olmayıp hakim bu fıkra uyarınca ceza tayin ederken hiçbir halde, önceki fıkralar uyarınca hükmettiği cezadan daha hafif bir ceza tayin edemeyecektir. Aksi hal, yasa koyucunun daha hafif nitelikte öngördüğü eylemler için daha ağır bir ceza, eylemin ağırlaşması halinde ise daha hafif bir ceza öngördüğü sonucunu doğurur ki, bunun hukuken kabul edilmesi mümkün değildir. Beden veya ruh sağlığının bozulması halinde, hâkim mutlaka 5237 sayılı Yasanın 103/6. maddesini uygulayarak yukarıdaki ilkeler uyarınca önceki fıkralara göre tespit ettiği cezanın üzerinde bir cezaya hükmetmek zorundadır, bu fıkra yalnızca önceki fıkralar uyarınca hükmedilecek cezanın 20 yılı açması halinde, temel ceza 5237 sayılı Yasanın 49. maddesi uyarınca 20 yıldan fazla olamayacağından, uygulama yeteneğini yitirecektir. Bu nedenle somut olayda, Yerel Mahkemece, ruh ve beden sağlığının bozulmasına neden olan eyleminin ağırlığı da dikkate alınarak, daha hafif nitelikteki haller için uyguladığı cezadan aşağı olmamak üzere 103/6. fıkra uyarınca ceza tayin edilip, müteakip teselsül ve taktiri indirim nedenlerine ilişkin hükümlerin de Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 20.11.2007 gün ve 142-240 sayılı kararında belirtilen ilkeler doğrultusunda uygulanması suretiyle lehe yasa belirlenmelidir.”

## A. Suçun Sonucunda Mağdurun Beden veya Ruh Sağlığının Bozulması

765 S. TCK.'da netice yüzünden cezanın ağırlaştırılmasını gerektiren durumlar, fiilin bir marazın bulaşması sonucuna yol açması,<sup>209</sup> mağdurun sağlığında önemli bir eksikliğe neden olması;<sup>210</sup> maluliyete<sup>211</sup> ve mayubiyete (ayıplı duruma gelme) yol açması olarak belirtilmişti. Buna karşılık YTCK. tüm bu durumları içerecek biçimde netice yüzünden cezanın ağırlaştırılmasını gerektiren nitelikli hal olarak "beden ve ruh sağlığının bozulmasından söz etmektedir."<sup>212</sup>

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 103. maddesinin 6.fıkrasında; suçun sonucunda mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması hâlinde, onbeş yıldan az olmamak üzere hapis cezasına hükmolunacağı belirtilmiştir. Neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçlarda "temel suç" tipiyle "ağır neticeyi içeren suç" olmak üzere iki ayrı suç mevcuttur. Olayı madde özelinde incelediğimizde, temel suç tipini çocuğun cinsel istismarı olarak; ağır neticeyi de mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması olarak ifade edebiliriz. Cinsel saldırı sonucunda mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması halinde bu madde hükmü uygulanacaktır. Mağdurun beden ve ruh sağlığının

---

<sup>209</sup> Bu deyim her türlü bulaşıcı hastalık girmektedir. Hastalığın bizzat failden geçmiş olması gerekmezdi. Kullanılan araçlardan ve çevre etkilerinden ileri gelen hastalık durumunda da bu ağırlatıcı neden uygulanırdı. Eğer fail kendisinde bu hastalığın bulunduğunu bilmesine rağmen, suçu işlemişse, bu takdirde ağırlatıcı neden uygulanmayıp, ırza geçme ile birlikte kasten etkili eylemden dolayı failin cezalandırılması gerekirdi. (örneğin AİDS)

<sup>210</sup> Tedavi gerektiren her türlü akıl veya ruh hastalığı ve mağdurun fizik bütünlüğünde meydana gelen olumsuz değişiklik bu kavrama girmektedir. Fakat herhalde bu durumun "önemli" olması arandığından, ancak tedavi sonucu iyileşebilecek hastalıklar ağırlatıcı nedenin uygulanmasını gerektiriyordu. "Sağlığın gerçekleştirmek istediği zorla ırza geçme eyleminin icrai hareketlerinden kendini kurtarmak isteyen mağdure N.K.'nin bulunduğu evin balkonundan kaçmak isterken düşmesi sonucu 60 gün iş ve gücünden kalacak şekilde yararlandığı anlaşılmasına göre ilk müdahaleyi yapan Rize Devlet Hastanesinde bulunan hasta müşahede kâğıtları ve röntgen filmleri ile 22.6.1995 günlü rapor Adli Tıp Kurumuna gönderilerek mevcut bulguların TCK'nın 418. maddesinin 2. fıkrasında tarif edilen mağdurenin sıhhatine sair büyük bir nakise İrasını veya maluliyetini müstelzim olup olmadığı konusunda rapor alınmasından sonra sözü edilen maddenin uygulama yeri olup olmadığı belirlenmesi gerektiği gözetilmeden mevcut raporla yetinilip yazılı şekilde hüküm kurulması ... kanuna aykırıdır" Yar. 5. CD 1.4.1998 5031/1358

<sup>211</sup> Tedavisine olanak bulunmayan ve organların görevini yapmasını engelleyen her türlü durum maluliyet sayılırdı.

<sup>212</sup> Tezcan, Erdem, Önok, a.g.e., s. 310,311.

bozulması ile gerçekleşen cinsel saldırı fiili arasında nedensellik bağlantısı bulunmalıdır.<sup>213</sup>

Beden veya ruh sağlığının bozulması kavramının hukuksal değil, tıbbi bir terim olması nedeniyle,<sup>214</sup>yasa koyucunun bu kavramın içeriğini belirlemesinin esasen mümkün olmadığını belirtmek gerekmektedir. Zira, Adli Tıbbın alanına giren bir konuda yasa koyucudan tanım yapması beklenemez. Beden veya ruh sağlığının bozulup bozulmadığı konusu, mağdurların yaşı, bedensel gelişim derecesi, ruhsal, sosyal ve kültürel yapılarına göre göreceli bir nitelik taşıdığından, söz konusu durumun her somut olayda ilgili alınacak doktor raporuyla ortaya konması gerekmektedir.<sup>215</sup>

Kanun hangi hallerin beden ve ruh sağlığını ihlal ettiği konusunu ayrıntılı olarak ve sayarak belirtmemiştir. Bu husus eleştirilmiştir. Hâlbuki Eski Yasada 418. maddede bu kavram daha kazuistik bir yöntemle sayılmıştır. Somut örnekler verecek olursak; kendisinde bulaşıcı hastalıklar olduğunu bilen sanığın HIV virüsü, hepatit, frengi, bel soğukluğu, cüzam, verem gibi bilerek bunları mağdurlara bulaştırması halinde bunun ağırlaştırıcı bir sebep olacağı, keza mağdurenin cinsel saldırı sırasında direncinin kırılmasının ötesinde cebir kullanılması hali, yani 86. maddenin 2. fıkrasının dışındaki haller ve 87. maddeye giren fiillerin beden ve ruh sağlığını ihlal edebilecek haller olduğu, yine cinsel saldırı eylemi sonucunda mağdurenin cinsel organının zarar görmesi, çocuk yapma yeteneğini yitirmesi ya da hamileyse çocuğunu düşürmesi gibi etkenler ve nedenler beden ve ruh sağlığını ihlal edebilecek haller olarak düşünülmesi gereken haller olarak sayabiliriz. Yine

---

<sup>213</sup> Travma sonrası stres bozukluğu ve majör depresif bozukluğun, 5237 sayılı TCK.nun 102/5. maddesinde belirtilen beden ve ruh sağlığının bozulmasını ihtiva edip etmediği ve mağdurenin dosya içinde mevcut Elazığ Ruh Sağlığı ve Hastalıkları Hastanesince verilen 08.02.2000 tarihli raporu da değerlendirilerek, bu bozukluğun 1998 yılında meydana gelen ırza geçme olayına bağlı olup olmadığı, Adli Tıp Kurumunun ilgili ihtisas dairesinden sorularak, sonucuna göre sanığın hukuki durumunun tayin ve tespiti gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi..." Yarg. 5.CD.nin 2006/13952-2007/154 sayılı kararı.

<sup>214</sup> İhsan Akçin, a.g.m., s. 125.

<sup>215</sup> Ali Parlar ve Muzaffer Hatipoğlu, **Türk Ceza Kanunu Yorumu**, s. 1657, 1658.

cinsel saldırı sonucunda yatalak hasta haline gelinmesi, bilinç açık olması kaydıyla beden ve ruh sağlığını ihlal edecek haller olarak kabul edilebileceğini benimseyebiliriz. Fakat yeni yasada bu haller sayılmış değildir. O bakımdan mutlaka tıbbi bir tespite gerek vardır. Duraksama halinde de Adli Tıp Kurumu'nun ilgili ihtisas kurulundan rapor alınmasında fayda vardır.<sup>216</sup>

Cinsel saldırı sırasında meydana gelen ekimozlar ve sıyrıklar; cebir ve şiddetin doğal sonuçları içerisinde yer aldığı ölçüde, ağırlatıcı neden kapsamında düşünülemez.<sup>217</sup> Ancak, suçun doğasından kaynaklanan ve belirtilen ölçünün dışında kalan bedeni rahatsızlıklarda bu maddenin uygulanması yerinde olacaktır.<sup>218</sup> Örneğin, cinsel istismar suçu sonucu mağdurun çocuk yapma kabiliyetini yitirmesi beden sağlığının bozulmasıdır.<sup>219</sup> Cinsel istismar sonucu hamile kalınması halinde de yine konu tartışmalı olup, öğretide beden sağlığını bozmadığı görüşü biraz daha ağırlıklı olmakla birlikte, tıp uzmanlarının: "15 yaş altındaki çocukların gebeliğinde, başta gelişme geriliği, hipertansiyon, anemi, beslenme bozukluğu, doğum komplikasyonları hatta perinatal ölüm olmak üzere birçok riskin yetişkine göre çok fazla arttığı ve çocuğun sağlığını açıkça tehdit ettiği bilimsel araştırmalarla belirtildiği, literatürde özellikle 15 yaş altındaki gebeliklerin komplikasyonları diğer yaş gruplarına göre çok daha ağır olduğu, bu tıbbi verilerin ışığında; 15 yaş altında görülen gebeliklerde ceza yasasının 103/6. maddesi uyarınca beden sağlığının bozulduğu, bu olgularda yasal makamlarca değerlendirme istendiğinde; beden sağlığının bozulduğu yönünde görüş verilmesiyle bu eyleme verilen cezanın artacağı, böylece

---

<sup>216</sup> Yargıtay 5. Ceza Dairesi Üyesi Bahri Demirel'in 17-21 Ekim 2007 tarihli 14. Adli Tıp Kurumunun "Cinsel Saldırı Suçlarında Beden ve Ruh Sağlığının Bozulması Kavramı" konulu Panelde yaptığı konuşma, **Adli Tıp Kurumları Yayınları**, No: 19, İstanbul, 2007, s. 39-40.

<sup>217</sup> Bakıcı, a.g.e., s.200.

<sup>218</sup> Yenedünya, a.g.m., s. 3299.

<sup>219</sup> Artuç, a.g.e., s. 657.



toplumumuzda çocuklara büyük zararlar veren bu olayların uzun dönemde önenebileceği.<sup>220</sup> şeklinde görüşleri dikkate alınmalıdır.

Yine çocuk düşürme hali de kalıcı bir hasar vermiyorsa 103/6 (102/5) anlamında değerlendirilemez. Sanığın kastına göre yaralama olarak değerlendirmek gerekir. Ancak, duruma göre ruh sağlığının bozulmasına etkisi olabilir.

Mağdurun beden ve ruh sağlığının bozulmasına ilişkin bu konuda kızlık zararının bozulması hususuna da değinmek gerekir. Eski Yasa döneminde cinsel ilişki sonrasında kızlık zararının bozulması 765 S. TCK.nun 418/2 maddesinde yer alan mayubiyet (ayıplı durum) olarak değerlendirilmiş ve failin cezası arttırılmıştır. Yeni TCK. döneminde ise kızlık zararının bozulmasının beden sağlığının bozulması olarak değerlendirilemeyeceği görüşü ağırlıklıdır.<sup>221</sup> Adli Tıp Kurumu da bu görüştedir.<sup>222</sup> Toplumun kızlık zararına verdiği önem düşünüldüğünde, bunu kaybetmenin mağdurda

---

<sup>220</sup> Erdem Özkara, Sabahattin Altınyurt, Tolga Üniyar ve Yücel Arısoy, “15 Yaş Altı Adölesan Dönemdeki Gebeliklerin Beden Sağlığına Etkileri ve TCK.nun 103. maddesi Kapsamında Tartışılması”, **Adli Bilimler Dergisi**, Yıl 2008, Sayı 7.

<sup>221</sup> Tezcan, Erdem, Önok, a.g.e., s. 240; Şen, a.g.e., s.392; Artuç, a.g.e., s. 657.; Nur Birgen, “5271 s. CMK ve 5237 s. TCK.nun Adli Tıp Uygulamalarına Yansımaları”, **Hukuki Perspektifler Dergisi**, sayı 8, Eylül 2006, s., 31.

<sup>222</sup> Adli Tıp Kurumu 6. İhtisas Kurulunu 14.05.2008 gün 2422 sayılı Raporu “...adli tıp uygulamalarına göre, kızlık zarı organ olarak kabul edilmediğinden E. kızı 1986 doğumlu P.D.'nin 23.08.2002 – 31.08.2002 tarihleri arasında mağduresi bulunduğu ( 15 yaşını bitirmiş reşit olmamış mağdureyi cebir şiddet ve tehdit kullanmak suretiyle birden fazla ırzına geçmek ve alıkoymak) olayı sonucunda beden sağlığının bozulmadığı oy birliği ile mütalaa olunur.” 6.İhtisas Kurulu 24.03.2008 gün 1223 sayılı raporu: “ırza geçme, alıkoyma ve bu suça iştirak) olayı sonucunda Yargıtay 5.Ceza Dairesinin 30.10.2007 tarih, 2007/10480 esas nolu bozma ilamı gereğince olay tarihi olan 1999 yılından bu yana geçen süre ve mağdurenin ahvali şalisiyesi dikkate alındığında mağdurenin ruh sağlığında bozulma olduğunun saptanması halinde dahi, bu suçun sonucunda ortaya çıkıp çıkmadığı hususi şüpheli kalacağından bahisle kızlık bozmanın, 5237 sayılı TCK.nun 103/6. maddesinde tanımlandığı, üzere beden sağlığında bozulma olarak kabul edilip edilemeyeceği sorulan A. kızı 1982 doğumlu T. G.'ye ait dava dosyasının incelenmesinde Çamalan Sağlık Ocağı'nın 25.10.1999 tarih 3419 nolu raporunda, kızlık zarı muayenesinde saat 2,5 ve 3 hizalarında yırtık; Tarsus Devlet Hastanesinin 19.11.1999 tarih 4336501/1009 sayılı: raporunda hymen 6 hizasında kaideye varan eski döşür mevcut olup, hymen deflore olarak değerlendirildiği, şahsın halen bakire olmadığını kayıtlı olduğunun görüldüğü, kızlığının bozulmasının tek başına kişinin beden veya ruh sağlığını bozmayacağı hususunun tıbbi bilgidен olduğu, bu duruma göre; A. kızı 1982 doğumlu T. G'nin 22.10.1999 tarihinde mağduresi bulunduğu olay nedeniyle beden sağlığının bozulmadığı oybirliği ile mütalaa olunur.”

yaratacağı travma göz önüne alınarak bunun, mağdurun ruh sağlığını bozan bir neden olarak düşünülebileceği ileri sürülmüştür.<sup>223</sup> Kızlık zararına toplumun verdiği önem ve değer, cinsel saldırı suçunun mağdur üzerinde yaratacağı psikolojik travma, cinsel saldırı sonucunda kızlığını yitiren mağdurenin kendisini kirletilmiş olarak hissedeceğini de nazara alınarak kızlık zararını yitiren mağdurenin beden ve ruh sağlığı bakımından kendisinde bir bozulma meydana gelip gelmediğinin tıbben saptanmasında zorunluluk vardır.<sup>224</sup>

Mağdurda ruhsal bir rahatsızlık oluşmadığı müddetçe salt kızlık zararının bozulması madde tatbiki için yeterli değildir. Konuya ilişkin Yargıtay 5. Dairesi'nin kızlık zarı bozulan bazı mağdurelerin suçun sonucunda beden veya ruh sağlığında bozulma olup olmadığının, Adli Tıp Kurumu ilgili ihtisas dairesinden görüş alınarak belirlenmesi gerektiği konusunda içtihatları vardır.<sup>225</sup>

Yargıtay suç tarihinden itibaren bu yana uzun süre geçmişse, mağdurenin ruh sağlığında bir bozulma olduğu saptansa bile bu bozulmanın sanığın fiili sonucunda meydana gelip gelmeyeceği konusundaki kuşku ve bir başka eklenen sebepten dolayı meydana gelmesi ihtimalinin de bulunmasını nazara alınarak, yalnızca dava dosyasının Adli Tıp Kurumu'nun ilgili ihtisas kuruluna gönderilip suç tarihinde kızlığı bozulan mağdurenin bu nedenle beden sağlığında bir bozulma olup olmadığı konusunda rapor alınmasını yeterli görmektedir.<sup>226</sup>

---

<sup>223</sup> Yener Ünver "Cinsel Dokunulmazlığa ve Genel Ahlakla Karşı Suçlar", **Türk Ceza Kanunu'nun 2 Yılı, Teori ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar, Türk Ceza Hukuku Derneği Yayınları**, İstanbul, Nisan 2008, s. 303; Artuç, a.g.e., s. 657; Parlar ve Hatipoğlu, a.g.e., s. 1658.; Akçin, a.g.m., s.124.

<sup>224</sup> Bahri Demirel, a.g.e., s. 39-40.

<sup>225</sup> "Kesinleşen hükümde; kızlık bozma sebebi ile 765 Sayılı TCK.nun 418/2. maddesinin uygulanmış olması karşısında, Adli Tıp Kurumu ilgili ihtisas Kurulundan kızlığının bozulmasından dolayı beden ve ruh sağlığında bozulma olup olmadığı hususunda mütalaa alındıktan sonra 5237 sayılı TCK.nun 102/5. maddesinin uygulanma koşullarının saptanması ile sonucuna göre lehe yasanın belirlenmesi gerektiği gözetilmeden yazılı şekilde karar verilmesi," Yargıtay 5. Ceza Dairesinin 25.02.2008 gün 2008/1693 Esas sayılı dosyası.

<sup>226</sup> "Önceki bozma ilamımızda da belirtildiği üzere, kesinleşen hükümde kızlık bozma sebebi ile 765 sayılı TCK.nun 418/2. maddesinin uygulanmış olması karşısında, olayın üzerinde uzun zaman geçmiş

Doktrinde bazı yazarlar, her cinsel saldırının doğal olarak mağdur üzerinde ruhsal bir çöküntü meydana getireceğini belirterek, bunun suçun netice sebebiyle ağırlaşmış hali olarak düzenlenmesinin yerinde olmadığını<sup>227</sup> ileri sürmekte iseler de; Yasa'nın kastettiği ruhsal bozukluk kavramının, ağır ve ciddi ruhsal bozukluklar veya kişinin psikososyal gelişimini ağır derecede etkileyecek veya durduracak nitelikteki haller olduğunu söylenmektedir.<sup>228</sup> Her cinsel istismar eyleminin mağdurun ruh sağlığı üzerinde psikolojik bir travma yaratabileceği,<sup>229</sup> öngörülebilmesine rağmen, ruh sağlığının bozulmasını ağırlaşmış hal olarak ayrıca düzenlemesinde yasa koyucunun amacının beden veya ruh sağlığında meydana gelebilecek ağır ya da kalıcı bozukluklar olduğunun anlaşılması gerekir. Fıkra metninde düzenlenen hususun, işlenen fiil neticesinde meydana gelen kalıcı bir ruhsal bozukluk olduğu, fiile maruz kalan kişinin insanların içine karışmaktan korkması, evlilikten veya karşı cinsle bir arada olmaktan soğuması ve bu hususların devamlılık arz etmesi, kalıcı bir nitelik taşıması gerekir.<sup>230</sup> Yargıtay'ın görüşü de bu yöndedir.<sup>231</sup> Şayet Adli Tıp

---

olması nedeniyle suçun mağdure üzerindeki bedensel ve ruhsal etkilerinin kaybolma olasılığı ve şimdi elde edilecek bulgularla olay arasında illiyet kurmadaki meşhukiyet göz önünde bulundurulacak, dosyada bulunan doktor raporu Adli Tıp Kurumu ilgili İhtisas Kuruluna gönderilerek kızlığının bozulmasından dolayı beden sağlığında bozulma olup olmadığı hususunda mütalaa alındıktan sonra 103/6. maddesinin uygulanma koşullarının saptanması yerine noksan soruşturma ile yazılı biçimde karar verilmesi" 5.C.D.nin 01.06.2009 gün 2009/5365-6593 sayılı kararı; "Olay tarihi olan 1999 yılından bu yana geçen süre ve mağdurenin ahvali şahsiyesi dikkate alındığında; mağdurenin ruh sağlığında bozulma olduğunun saptanması halinde dahi, bu durumun suçun sonucunda ortaya çıkıp çıkmadığı hususu şüpheli kalacağından yalnızca dava dosyasının Adli Tıp Kurumu ilgili İhtisas Dairesine gönderilerek kızlık bozmanın 5237 sayılı TCK.nun 103/6. maddesinde tanımlandığı üzere beden sağlığında bozulma olarak kabul edilip edilemeyeceği konusunda rapor alındıktan sonra 5237 sayılı TCK.nun 103/6. maddesinin uygulanma koşullarının saptanması gerektiğinin gözetilmemesi" 5. C.D.nin 30.10.2007 gün 2007/104 Esas sayılı kararı.

<sup>227</sup> Bahri Öztürk, **Toplumsal Değişim Sürecinde Türk Ceza Kanunu Reformu**, Birinci Kitap, "Panel, 21-22 Mayıs 2004", Ankara 2004, s.144.

<sup>228</sup> Birgen, a.g.e., s. 31; Gökhan Oral'ın 17-21 Ekim 2007 tarihli 14. Adli Tıp Kurumunun "Cinsel Saldırı Suçlarında Beden ve Ruh Sağlığının Bozulması Kavramı" konulu Panelde yaptığı konuşma, **Adli Tıp Kurumları Yayınları**, No: 19, İstanbul, 2007, s. 50.

<sup>229</sup> Sevik, Cinsel Saldırı., s. 269.

<sup>230</sup> Artuk, Gökçen, Yenidünya, TCK Şerhi, s. 2541.

<sup>231</sup> "...Mağdurun ruh veya beden sağlığının bozulmasının artırım nedeni olabilmesi için, kalıcı bir hasarın varlığı gerekmektedir. Kalıcı hasarın varlığı ise, doktor raporu ile belirlenecektir." Y.C.G.K. Nun 20.11.2007 gün 2007/5-142 /240 sayılı kararı; "Adli Tıp Kurumu 6. İhtisas Kurulu'nun 25.06.2006 tarihli raporunda mağdurede travma sonrası stres bozukluğu denilen "ağır nöroz

Kurumu İhtisas Dairesi ile değer alının raporlar arasında çelişki var ise, Adli Tıp Kurumu Genel Kurulundan rapor alınarak çelişki giderilmelidir.<sup>232</sup>

Travmanın ruhsal sonuçlarının adli tıp açısından yorumlanması sadece ülkemizde değil, birçok batı ülkesinde de sıkıntılı bir konudur.<sup>233</sup>

Travma (örseleyici olan şey), olağan insan deneyimi dışında kabul edilen doğal yollarla ya da insan eliyle meydana getirilen ve ölümlerle direkt ya da indirekt bağlantılı, her türlü yaşam olayı ve cinsel saldırılardır. Ruhsal bozukluklar, cinsel saldırılar sonucu gerçekleşebileceği gibi fiziksel saldırı sonucunda gerçekleşen yaralamalarla da ortaya çıkabilir.<sup>234</sup> Ayrıca, cinsel istismar veya saldırının ahlaki reheatini idrak edemeyecek, fiile ruhsal yönden mukavemete muktedir olamayacak ve ruhen kendisini savunamayacak kadar zekâ geriliği mevcut bulunun kişilerinde eylem neticesinde ruh sağlığı bozulabilir.<sup>235</sup>

---

bozukluğu” tespit edildiği ve mağduresi bulunduğu olayda durumunun 5237 sayılı TCK.nun 103/6. maddesine mümas bulunduğu bildirildiği, 05.12.2007 ve 28.03.2008 tarihli muayenelerinde daha önce tespit edilen post travmatik stres bozukluğu bulgularının zail olduğunun saptandığı, Adli Tıp Genel Kurulunun 08.05.2008 tarihli raporunda ise post travmatik stres bozukluğunun düzelmesi mümkün olabilecek ruhsal bozukluklardan olduğunun tıbben bilinmekle sonraki muayenesinde görülmemesinin beklenir bir durum olduğunun açıklandığı, buna karşılık TCK.nun 103/6. maddesinde düzenlenen atılı suçun neticesi sebebiyle ağırlanmış halinin uygulanabilmesi için suçun sonucunda oluşan ruh sağlığı bozulmalarının sürekli ve kalıcı olması gerektiğinin kurumdan daha önce verilen benzer raporlardan bilindiği nazara alınıp kuşkulu bu durumun sanık lehine yorumlanarak TCK.nun 103. maddesinin 6. bendinin uygulanamayacağını gözetilmemesi,” 5.CD.nin 23.03.2009 gün 2009/1618-2009/351 sayılı kararı.

<sup>232</sup> “Dokuz Eylül Üniversitesi Çocuk Psikiyatrisi Anabilim Dalı Başkanlığı'nca düzenlenen 01.10.2007 günlü raporda olay nedeniyle mağdurun ruh sağlığının bozulduğu belirtilmesine rağmen, Adli Tıp Kurumu 6. İhtisas Kurulu'nca 28.05.2008 tarihinde ruh sağlığının bozulmadığı yönünde tespitle bulunulduğu ve raporlar arasında çelişki olduğu nazara alınarak Adli Tıp Kurumu Kanununun 15/f maddesi uyarınca bu konuda Adli Tıp Kurumu Genel Kurulu'ndan görüş sorulup sonucuna göre hüküm kurulması gerektiğinin gözetilmemesi” 5. CD.nin 27.04.2009 gün 2009/2416-4878 sayılı kararı.

<sup>233</sup> Oral, a.g.e., s. 50.

<sup>234</sup> Oral, , a.g.e., s. 50.

<sup>235</sup> Adli Tıp Kurumu 6.İhtisas Kurulunun 24.03.2006 gün 725 Nolu Raporu: “Psikiyatrik muayenesinde; (Orta derecede zekâ geriliği zemininde travma sonrası stres bozukluğu) tespit edildiği, adli dosyasının incelenmesinde kendisinde saptanmış olan ve hayatının ilk yıllarından başlayıp ömrü boyunca sürecek olan bu zekâ geriliğinin; mağduresi bulunduğu olayın ahlaki, reheatini idrak edemeyeceği ve fiile ruhsal yönden mukavemete muktedir olmasına mani olacak mahiyet ve derecede olduğu, (travma sonrası stres bozukluğu) denilen ağır nöroz arazının da mağduresi bulunduğu olaydan kaynaklanmış olduğu; bu durum göre, M. kızı, 1977 doğumlu T. S. D'in 15.07.2004 tarihinde

Olay tarihinin hemen sonrasında üç aylık bir döneme kadar akut stres reaksiyonu görülebilir. Bu bozukluğun tüm tedavilere rağmen altı ay veya daha sonraki bir döneme kadar uzaması kalıcı olduğunun göstergesidir ve travma sonrası stres bozukluğu olarak tanımlanır.<sup>236</sup> Adli Tıp Kurumu da bundan hareketle bu tür suçlara ilişkin raporunu olaydan 6 ay geçtikten sonra vermektedir.<sup>237</sup>

Adli tıp uzmanlarına göre kalıcı bir ruhsal bozukluğun bulunup bulunmadığı hususu kişiden kişiye değişmektedir. Bununla birlikte iki ila altı

---

mağduresi bulunduğu olayın ahlaki redietini idrak edemeyeceği ve fiile ruhsal yönünden mukavemete muktedir olamayacağı, ruhen kendisini savunacak durumda olmadığı kendisinde mevcut olan zekâ geriliğinin hekim olmayanlarca anlaşılacağı, vermiş olduğu ve yereceği ifadelerine (Fransızca dilinin kullanımı ile birlikte) ancak ana hatları ile ve kuvvetli delillerle desteklediği takdirde itibar edilebileceği, olay sonucunda ruh sağlığının bozulduğu,5237 sayılı TCK'nın 103/6. maddesine mümas olduğu," ; "Mağdur ve sanığın dava dosyası ile birlikte Adli Tıp Kurumu ilgili İhtisas Kuruluna gönderilerek; yaşları, fiziksel gelişimleri irdelenip, iddia ve savunma da dikkate alınarak, Adli Tıp Kurumu Biyoloji İhtisas Dairesi'nin 23.07.2007 günlü raporunda bahsedilen kanamanın anüse kısmen veya tamamen organ sokulmasına bağlı olup olmadığı hususunda görüş sorulması ve Adli Tıp Kurumu 6. İhtisas Kurulu'nun 28.07.2008 günlü raporunda "orta-hafif derece sınırında zekâ geriliği zemininde travma sonrası stres bozukluğu tespit edildi, olay nedeniyle mağdurun ruh sağlığı bozulmuştur." şeklindeki açıklama karşısında; mağdurdaki zekâ geriliği nedeniyle ayrıca olaya bağlı olarak 5237 sayılı TCK.nun 103/6. maddesinin uygulanmasını gerektirir biçimde ruh veya beden sağlığında bozulma meydana gelip gelmediğinin Adli Tıp Kurumu Genel Kurulu'ndan alınacak raporla belirlenmesi ve sonucuna göre sanığın hukuki durumunun tayin ve takdiri gerekirken eksik soruşturma ile yazılı şekilde hükme varılması" 5. C.D.nin 01.07.2009 gün 2009/6788-8834 sayılı kararı.

<sup>236</sup> Birgen, a.g.e., s. 31; Adli Tıp Kurumu 6. İhtisas Kurulunun 28.05.2008 Tarihli raporu: "Tıbbi belgeler ile dava dosyasının tetkikinde adli tıbbi ilgilendiren hususların değerlendirilmesinde; 13.07.2005 tarihinde mağduru bulunduğu (Cinsel davranışlarla bir kimsenin vücut dokunulmazlığını ihlale teşebbüs ve yağma) olayı sonucunda, beden ve ruh sağlığının bozulup bozulmadığı sorulan O. kızı, 1981 doğumlu Z. A. olay tarihinden 7 ay kadar sonra İzmir Atatürk Eğitim ve Araştırma Hastanesince yapılan muayenesinde (depresif bozukluk) tanısı ile "fiil nedeniyle ruh sağlığının ileri derecede bozulduğunun belirtildiği. Dünya Sağlık örgütü (ICD-10) 'nün Ruhsal ve Davranışsal Bozukluklar Sınıflandırmasında da açıklandığı üzere (Travma sonrası-Stres Bozukluğu) nun travmadan birkaç haftadan birkaç aya kadar sonra ortaya çıkabilecek bir hastalık olup, ortaya çıkma süresinin nadiren 6 ayı geçtiği, hastalık ortaya çıktıktan sonra dalgalı bir seyir gösterdiği, zaman zaman bulguların ortadan kaybolabileceği, ancak bir süre sonra ortaya çıkabileceği, ancak bu bulguların ne zaman tekrarlanacağına tıbben bilinmeyeceği, olguların büyük bir çoğunluğunda iyileşme beklenebileceği ancak bir kısmında süregelen hale gelebileceği, tıbben bilindiğinden ruh sağlığını bozacak mahiyet ve derecede olan (depresif bozukluk) tespit edilen İzmir Atatürk ve Araştırma Hastanesindeki muayenesinden 2 sene kadar sonra Kurulumuzda yapılan muayenesinde herhangi bir psikopatolojik bulgu saptanamamasının doğal olduğu mütalaasına oybirliği ile varıldı."

<sup>237</sup> Yalçın Ergezer (Adli Tıp Kurumu 6. Adli Tıp İhtisas Kurulu Başkanı'nın 17-21 Ekim 2007 tarihli 14. Adli Tıp Kurumunun "Cinsel Saldırı Suçlarında Beden ve Ruh Sağlığının Bozulması Kavramı" konulu Panelde yaptığı konuşma),**Adli Tıp Kurumları Yayınları**, No: 19, İstanbul, 2007, s. 46.

ay arasında devam eden tedaviye rağmen iyileşme gerçekleşmemişse ruhsal bozukluğun varlığı kabul edilmelidir. Bu süreler geçtikten sonra kişi eskiden olduğu gibi hayatını devam ettiriyorsa, 6.fıkra hükmü uygulanmaz.<sup>238</sup>

Tartışılması gereken konulardan bir tanesi de 6.bentte kast edilen beden sağlığının bozulmasının aynı zamanda kasten yaralama suçunun neticesi sebebi ile ağırlaşmış hali olmasıdır. ‘Sağlığın bozulması’ deyimini kasten yaralama suçunun maddi unsurunu oluşturan seçimlik hareketlerden *"sağlığı bozma"* deyimini ile aynı anlamda kullanılmıştır. Böyle olunca da, cinsel istismar mağdurda patolojik durum ortaya çıkarmış veya böyle bir patolojik durum önceden varsa bunu artırmış ise, nitelikli halin uygulanması gerekir. Öte yandan *"sağlığın bozulması"* aynı zamanda kasten yaralama suçunun da seçimlik hareketlerinden birisi olduğuna göre, mağdur üzerinde kullanılan cebir kasten yaralamanın neticesi sebebiyle ağırlaşmış halini oluşturması durumunda failin hem YTCK m. 103/5 uyarınca kasten yaralama suçundan dolayı cezalandırılmasının ve hem de YTCK m. 103/6 uyarınca cinsel istismar suçunun cezasının ağırlaştırılmasının, *"fiilin ağırlığıyla orantılı cezaya hükmolunacağı"* yönündeki ilke ile (YTCK m. 3/1) bağdaştırılması güç gözükmemektedir.<sup>239</sup> Gerçekten de, suçun sonucunda mağdurun ruh ve beden sağlığı bozulmuş olabilir. Bu bozulma eylem esnasında kullanılan cebirden olabileceği gibi, vücuda organ veya cisim sokma veya bir hastalığın bulaşması sonucu da olabilir.<sup>240</sup> Sağlığın bozulması cebirin dışında bir nedenden bozulmuş ise; 103/6. maddenin uygulanmasında bir tereddüt yoktur. Ancak, ruh veya beden sağlığının bozulması mağdurun direncinin kırılması için kullanılan cebir ve şiddetten meydana gelmiş ise; uygulama nasıl olacak? Bu durumda 103/5 uyarınca, zaten kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanacaktır. 103/6. maddesinde “suçun sonunda” denildiğinden, kanımızca temel suç tipi değil, ayrıca netice sebebiyle

<sup>238</sup> Artuk, Gökçen, Yenidünya, a.g.e., s.2541.

<sup>239</sup> Tezcan, Erdem, Önok, a.g.e., s. 241.

<sup>240</sup> Tezcan, Erdem, Önok, a.g.e., s. 312.

ağırlaştırılmış halde uygulanacaktır. Bu durum TCK.nun 44. maddesine aykırıdır. Ancak kanun koyucunun suç politikası bu şekilde olmuştur.<sup>241</sup>

YTCK.nun benimsediği sisteme göre; cebrin unsur olarak kabul edildiği suçlarda, suçun işlenişi sırasında kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış halleri gerçekleştiğinde, hem ilgili suçtan hem de kasten yaralama suçunun netice sebebiyle ağırlaştırılmış (TCK. 87.madde) halinden dolayı da cezaya hükmolunacaktır.<sup>242</sup>

Gerçekleşen bu neticeler ile cinsel davranış arasında nedensellik bağı bulunmalıdır.<sup>243</sup> Nedensellik bağında şüphe bulunmamalıdır. Mağdurun failden kurtulmak için balkondan atılması sonucu vücudunda kırık meydana gelmesi, cinsel saldırı sonrası intihar etmesi gibi durumlar bu kapsamda değerlendirilemez.<sup>244</sup> Yargıtay bu şüpheden dolayı Adli Tıp Kurumu 6. İhtisas Kurulunun “mağdurun ruh sağlığı bozulmuştur” raporuna rağmen mahkûmiyet kararını bozmuştur.<sup>245</sup>

---

<sup>241</sup> Benzer görüş: Özer, Netice Sebebiyle Ağırlaştırılmış, Suçlar, s. 244.

<sup>242</sup> Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 497.

<sup>243</sup> Tezcan, Erdem, Önok, a.g.e., s. 312.

<sup>244</sup> Akçin, a.g.e. s.124.

<sup>245</sup> “Adli Tıp Kurumu 6. İhtisas Dairesinin 18.04.2006 tarihli raporunda beyanlarına ana hatlarıyla ve diğer delillerle desteklendiği takdirde itibar edilebileceği açıklanan mağdurun; aşamalarda birbiriyle çelişen ifadeleri, sanığın evinde çocuklarının yanında kendi cinsel organı ile oynadığına ilişkin normal aile yaşantısı ile bağdaşmayan mağdurun inandırıcı görülmeyen anlatımları, yurt dışından dönen babasının mağdurun davranışlarındaki değişiklikleri fark edip, olaydan 6 ay sonra şikâyetçi olması, mağdurun bu süreçte maruz kalabileceği bir başka nedenle de anılan raporda belirtilen bulguların meydana gelebileceği kuşkusunun bulunması, anne ve babanın görgüye değil mağdurdan naklen anlatımlarda bulunup özellikle annenin olayın meydana gelip gelmediği konusunda oğlunun kendisine birbiriyle çelişen beyanlarda bulunduğu dair ifadesi ve tüm dosya içeriği nazara alındığında, böyle bir eylemin sübutuna dair her türlü şüpheden uzak tatminkâr ve sanığın cezalandırılmasına yeterli kanıtların bulunmadığı, şüpheden sanık yararlanır ilkesi de gözetilerek atılı suçlardan beraat kararı verilmesi gerektiği halde yazılı gerekçelerle mahkûmiyetine hükmedilmesi” 5. C.D.nin 22.05.2007 2007/2476-3868 sayılı kararı.

## B. Suçun Bitkisel Hayata Girme veya Ölüme neden olması

Cinsel istismar neticesinde mağdurun ölmesi veya bitkisel hayata girmesine ilişkin düzenlemelere TCK.nun 103. maddesinin 7. fıkrasında yer verilmiştir. Bu fıkra düzenlenen durumun suçun neticesi sebebiyle ağırlaşmış bir diğer hali olduğuna şüphe yoktur. Bitkisel hayat, beyin fonksiyonlarının yitildiği, solunum ve dolaşım sisteminin dış destekle görev yaptığı, tam bilinçsizliğin bulunduğu klinik yaşam türüdür.<sup>246</sup> Ölüm ise, kişinin yaşama belirtilerinin hepsinin durması olarak tanımlanmaktadır.<sup>247</sup>

TCK.nun 103/7. maddesinde neticesi sebebiyle ağırlaşan bir suç söz konusu olduğundan yukarıda yapılan neticesi sebebiyle ağırlaşan suçlarda bulunması gereken koşullara ilişkin açıklamalar geçerlidir. Failin neticeden sorumlu tutulması için en azından taksir seviyesinde kusuru olmalı, mağdurun ölmesi veya bitkisel hayata girmesi ile cinsel istismar oluşturan hareketler arasında doğrudan bir nedensellik bağlantısı bulunmalıdır. Örneğin, cinsel istismar suçu sonrası mağdurun intihar etmesi veya hamile kalan mağdurun doğum esnasında ölmesi durumunda nedensellik var ise de, doğrudan bir bağ bulunmamaktadır.<sup>248</sup> Burada neticeden failin bir sorumluluğu

<sup>246</sup> A. Sedat Çöloğlu, **Adli Tıp Sözlüğü**, İstanbul 1993, s. 47.

<sup>247</sup> Ejder Yılmaz, **Hukuk Sözlüğü**, 4. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 1992, s. 706; Nihat İnal, **Adli Tıp ve Ekonomik Terimli Hukuk Sözlüğü**, 2003, s. 745.

<sup>248</sup> Olaydan yaklaşık 4 ay sonra intihar eden mağdure ile ilgili Adli Tıp Kurumu 6. İhtisas Dairesi 30.01.2009 gün 466 sayılı raporunda: "1-Kartal Eğitim ve Araştırma Hastanesi'nin 24.08.2006 tarihli 13104 sayılı "yapılan himen muayenesine himen saat 7 hizasında kaideye kadar varan taze yırtık mevcuttur, kişi şu haliyle anatomik olarak bakire değildir, durum, bildirir rapordur" şeklindeki raporu, 2-İstanbul Kırısinal Polis Laboratuvarı Müdürlüğü'nün 15.01.2007 tarihli 341 sayılı raporunda el yazısız mağdureye ait olduğu belirtilen "13.01.2007 St: 21.15, annem senin hakkını ödeyemem, bunu yapmak zorundayım, bu zalim acımasız alemde daha fazla kalamam, bir tek bu olaydan Mehmet vicdan azabı çeksin anam cenazeme gelsin, beni sevip sevmediğini söylesin, ben ona dedim benden değil yaralı kalbimden kork, annem sakın üzülme babanın yanına gidiyorum, sizi çok seviyorum, Anıla Keşliye ve küçük babama iyi bakın, Rabia Menteş" şeklindeki intihar notu. 3-Adli Tıp Kurumu Morg İhtisas Dairesi'nin 14.01.2007 tarihli 210 sayılı "yapılan adli otopsi sonrası ölümün ası sonucu meydana geldiği, ayrıntılı raporun daha sonra verileceği" şeklindeki raporu, 4-01 ayın nevi ve oluş tarzı, mağdur enin olay öncesi, esnası ve sonrası tutum ve davranışları, mağdure sanık ifadeleri gibi adli psikiyatriyi ilgilendiren hususlar değerlendirilmiştir. SONUÇ: Yukarıdaki tıbbi belgeler ve dava dosyasının tetkikinde elde edilen ve adli tıbbi ilgilendiren hususla değerlendirilmesinde; 20.08.2006 – 23.08.2006 tarihleri arasında mağduru bulunduğu (çocuğun nitelikli cinsel istismarı ve kişiyi hürriyetinden yoksun kılma) olayı sonucunda ruh sağlığının bozulup



yoktur. Neticenin faile objektif olarak yüklenebilmesi için, fail nedensel akışa hükmedebilir olmalıdır.<sup>249</sup>

Burada da TCK.nun 103/5. maddesi yine karşımıza çıkmaktadır. Bitkisel hayata girme TCK.nun 87. maddesinin 2. fıkrasında, ölümden 87.maddenin 4. fıkrasında netice sebebiyle ağırlaşmış yaralama olarak düzenlenmiştir. Cinsel istismar sonucunda mağdur bitkisel hayata girmiş veya ölmüş olabilir. Bu eylem esnasında kullanılan cebir ve şiddetten olabileceği gibi, vücuda organ veya cisim sokma veya bir hastalığın bulaşması sonucu da olabilir. Ölüm veya bitkisel hayata girme cebirin dışında bir nedenden bozulmuş ise; 103/7. maddenin uygulanmasında bir tereddüt yoktur. Ancak, bitkisel hayata girme veya ölüm şayet mağdurun direncinin kırılması için kullanılan cebir ve şiddetten meydana gelmiş ise; uygulama nasıl olacaktır?

Neticenin doğrudan cinsel davranışla oluşmasına gerek yoktur. Cebirden meydana gelse dahi 103/7.madde uygulanır.<sup>250</sup> Mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması ile bitkisel hayata girme veya ölüm suç işlenirken kullanılan cebirden kaynaklanıyorsa fail bu neticelere göre değil hem cinsel istismar suçundan, hem 103/5. madde göndermesiyle 87. maddeden, hem de 103/7. maddeden cezalandırılmalıdır. Çünkü 87.madde

---

bozulmadığı sorulan M. kızı, 25.02.1989 doğumlu 13.01.2007 ölüm tarihli R. M.'in hayatta olmadığı için Kurulumuzca muayenesi yapılamadığı, dava dosyasının tetkikinde; kişinin ölümünün "ası suretiyle intihar" şeklinde gerçekleştiğinin anlaşıldığı, dosya kapsamında kişinin 25.4.2005 tarihli ifadesinde "psikolojisinin bozuk olduğu" beyanında bulunmasına rağmen; dosya tetkik edildiğinde kişinin 20.08.2006-23.08.2006 tarihleri arasındaki olayın öncesinde ya da sonrasında tedavi gördüğüne dair herhangi bir tıbbi belgesinin bulunmaması ve tanık ifadelerinde de tedavi gördüğüne dair bir ifade bulunmaması ile birlikte R. M.'in intihar öncesi yazmış olduğu mektup içeriği ve annesi F. M.'in 03.10.2006 tarihli ifadesi dikkate alındığında, olayın mağdureyi ruh sağlığını bozacak mahiyet ve derecede etkilediği, bu duruma göre; M. kızı 25.02.1989 doğumlu R. M.'in 20.08.2006-23.08.2006 tarihleri arası mağduru bulunduğu olay nedeniyle ruh sağlığının bozulduğu" yönündeki raporu üzerine mahkeme sanığın 103/6 maddesi uyarınca mahkûmiyetine karar verilmiş.Yargıtay 5. Ceza Dairesi de verilen bu kararı onamıştır.

<sup>249</sup> Veli Özer Özbek, "Ceza Hukukunda Nedensellik Bağlantısı ve Neticenin Objektif Yüklenebilirliği Teorisi", **Ceza Hukuku Dergisi**, Yıl 2, Sayı 5, Aralık 2007, s. 56-58; Tezcan, Erdem, Önok, a.g.e., s.312.

<sup>250</sup> Artuk, Gökçen, Yenidünya, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 802; Tezcan, Erdem, Önok, a.g.e., s.242; Yenidünya, a.g.e., s. 3299; Malkoç, **Cinsel Suçlar.**, s.190.

beden ve ruh sağlığının bozulmasını da, suç sonucu mağdurun bitkisel hayata girmesini de, ölümünü de içine alır niteliktedir.<sup>251</sup> Yani bitkisel hayata girme veya ölüm cebir harici eylem sonucu meydana gelmiş ise yalnız 103/7 uygulanmalıdır. Kanaatimizce de: bu uygulama TCK.nun 44. ve 3/1. maddelerindeki ilkelere aykırı ise de; 103/5. madde karşısında başka bir sonuca varmak pek mümkün görülmemektedir.

Cinsel istismardan önce, kasten öldürmenin önce ika edildiği hallerde kasten öldürme (TCK 81. m.) ve kişinin hatırasına hakaret (TCK 130/2 m.) suçları, buna mukabil cinsel istismarın ardından bu fiilin ortaya çıkmaması için öldürmenin icrası halinde ise, cinsel istismar ve kasten öldürme suçu ayrı ayrı gerçekleşir.<sup>252</sup>

---

<sup>251</sup> Necati Meran, **Kişilere Karşı Suçlar**, 2. b., Ankara: Seçkin Yayınevi, 2008, s. 360, 361.; Benzer: Özbek, **Netice Sebebiyle Ağırlaşmış Suç**, s. 244.

<sup>252</sup> Artuk, Gökçen, Yenidünya, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.391; Tezcan, Erdem, Önok, a.g.e.,s.242; Artuç, a.g.e., s. 658.

## ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

### SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ, KOVUŞTURMA VE SORUŞTURMA USULÜ İLE YAPTIRIM

#### I. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ

##### A. Teşebbüs

Suç, bir süreç içinde işlenmekte olup buna suç yolu denmektedir. Bu süreçte önce hazırlık hareketleri, daha sonrada icra hareketleri gerçekleştirilmektedir. Kanuni tarifte ayrıca bir unsur olarak neticeye yer verilmiş ise, fiil icra edildikten sonra bu neticede gerçekleşmiş olmalıdır ki, söz konusu süreç tamamlanmış olsun.<sup>253</sup> Ceza kanunlarında bir suç düzenleyen hükümler suçun tamamlanmış halini tanımlarlar. Ancak, her suçun tamamlanması, hatta tüm icra hareketlerinin yapılması her zaman görülmez. Suç yoluna giren fail çeşitli nedenlerle her zaman yolun sonuna gidemez.<sup>254</sup> Bazı durumlarda failin meydana gelmesini istediği netice ya gerçekleşmez ya da ağır bir sonuç ortaya çıkar. Birinci halde teşebbüs, ikinci halde ise netice sebebiyle ağırlaşmış suç söz konusudur.<sup>255</sup>

Teşebbüs kavramı 5237 S. TCK.nun 35. maddesinde : “Kişi, işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaması” şeklinde açıklanmıştır. Bu durumda kişiye tamamlanmış suça oranla daha az bir ceza verilecektir.

---

<sup>253</sup> İzzet Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.420.

<sup>254</sup> İsmail Malkoç, **Yeni Türk Ceza Kanunu**, 3.b., Ankara: 1.Cilt, 2008, s.273.

<sup>255</sup> Artuk, Gökcen, **Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 592.

765 S. TCK. nunda düzenlenmiş eksik teşebbüs, tam teşebbüs şeklindeki ikili ayrıma, her olaya uygulanabilen ve duraksamaya yer bırakmayan objektif bir ölçüt bulunmadığından YTCK.da son verilmiştir.<sup>256</sup>

Bu düzenlemeye göre, suça kalkışmaktan bahsedebilmek için failde belli bir suç işleme kastının varlığı, işlenmek istenen suç tipine uygun hareketlerin doğrudan doğruya icraya başlanması, kullanılan aracın sonucu meydana getirmeye elverişli olması, elde olmayan engel nedenlerle icra hareketlerinin bitirilmemesi veya sonucun meydana gelmemesi gerekir. Suçun icrasına başlanılmadan önce gerçekleştirilen hazırlık hareketleri eğer başka bir suç teşkil etmiyorsa teşebbüsten dolayı cezalandırılmamaktadır.

Kast, fail ile işlediği suçun maddi unsurları arasındaki psikolojik bağı ifade etmesine, bu nedenle kişinin iç dünyasını ilgilendiren bir olgu olmasına göre, kastın varlığı ve fiille ulaşılmak istenen sonuç ancak, failin dış dünyaya yansıyan diğer bir anlatımla gözlenebilen hareketlerden saptanabilir. Doğrudan doğruya icraya başlama ise, madde gerekçesinde de vurgulandığı üzere, işlenmek istenen suç tipiyle belirli bir yakınlık ve bağlantı içindeki hareketlerin yapılmasıdır. Bu suretle, failin kastının şüpheye yer bırakmayacak biçimde ortaya çıkmasıyla icranın başlayacağı yolundaki subjektif ölçütten vazgeçilerek, hazırlık hareketleri ile icra hareketleri ayırımındaki duraksamalara son vermek amacıyla işlenmek istenen suç tipiyle belirli bir yakınlık ve bağlantı içerisindeki hareketlerin yapılmasını ölçüt olarak kabul edilmiştir.

Hazırlık hareketleriyle icra hareketlerinin birbirinden ayırmak çok zordur. Hazırlık hareketleri ne kadar devam ederse etsin suç meydana gelmez. İcra hareketlerine başlanmasıyla birlikte cezalandırılabilir alana girilmiştir.<sup>257</sup>Buna göre, bir kimsenin suça kalkışmaktan dolayı

---

<sup>256</sup>Bakınız 35. maddenin gerekçesi .

<sup>257</sup> Artuk, Gökçen, Yenidünya, **TCK Şerhi**, s. 862-863.

cezalandırılabilmesi için kullanılan aracın objektif olarak suçun kanuni tanımında öngörülen konusu da dahil olmak üzere bütün fiili meydana getirmeye elverişli olması ile birlikte, aracın fail tarafından sonucu gerçekleştirmeye uygun biçimde kullanılması, ancak fail suçu tamamlamak amacıyla hareket etmesine rağmen elinde olmayan nedenlerden dolayı bunu gerçekleştirememesi gerekir.

Suç tipinde belirtilen objektif unsurların herhangi biri gerçekleşmemiş ise suç tamamlanmamıştır. Yani neticenin, nedensellik bağının ya da objektif isnadiyetin gerçekleşmemesi halinde suçun tamamlandığı kabul edilemez.<sup>258</sup> Kanuni tanımda yer alan netice gerçekleştiği takdirde tamamlanmış bir suç söz konusu olur. Buna karşılık fail işlemek istediği suç tipiyle belirli bir yakınlık ve bağlantı içindeki hareketleri yaparak, yani suç projesi ve hazırlık hareketleri safhalarını aşarak doğrudan doğruya suçun icrasına başlamış olmasına karşın, arzu ettiği neticeyi gerçekleştirememesi nedeniyle faile tamamlanmış suça oranla daha az ceza verilmektedir.<sup>259</sup>

Adil ve eşit bir cezalandırma bakımından, yapılan hareketin ulaştığı gerçekleşme aşaması değil, teşebbüs hareketinin meydana getirdiği zarar veya tehlikenin ağırlığının esas alınması gerekmektedir. Buna göre, suça teşebbüs durumunda hâkim, önce cezanın belirlenmesindeki ölçülere göre temel cezayı saptayacak; daha sonra, bu konuya ilişkin hükümdeki sırayı takip ederek teşebbüs hükmünü uygulayacaktır. Bu hüküm uygulanırken, somut olayda ortaya çıkan zarar veya tehlikenin ağırlığı dikkate alınarak, teşebbüse ilişkin hükümde belirtilen sınırlar arasında ceza belirlenecektir.

Cinsel saldırı/istismarın icrasına başladıktan sonra gönüllü olarak icra hareketlerinden vazgeçen fail teşebbüsten dolayı cezalandırılmayacaktır.

---

<sup>258</sup> Veli Özer Özbek ve diğerleri, **Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler**, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2010, s. 444.

<sup>259</sup> Ali Parlar ve Muzaffer Hatipoğlu, **Teşebbüs, İştirak, İctima ve Diğer Yaptırımlar**, Ankara: Kazancı 2005, s.3-4.

Gönüllü vazgeçme anına kadar gerçekleştirilen hareketler başka bir suçu oluşturuyorsa, fail sadece bu suçtan dolayı cezalandırılacaktır. Fail cinsel saldırının nitelikli şeklinin icrasından gönüllü olarak vazgeçmişse, suçun temel şeklinden sorumlu tutulacaktır.<sup>260</sup>

Cinsel saldırı/istismar suçu, mağdurun vücut dokunulmazlığını ihlal niteliği taşıyan herhangi bir davranışın gerçekleştirilmesiyle birlikte tamamlanır. Bunun için ayrıca failin cinsel arzularını doyurmuş olması (*emissio seminis*) aranmaz.

Cinsel saldırının/Cinsel istismarın gerek basit şekli<sup>261</sup> gerekse nitelikli şekli, teşebbüse elverişlidir.<sup>262</sup>

## 1. Suçun Basit Haline Teşebbüs

Basit cinsel istismar suçu, sırf hareket suçu niteliğinde olup, eylem vücuda tek bir dokunmayla da gerçekleşebildiğinden, genelde teşebbüs aşamasında kalmamaktadır. Ancak icra hareketlerinin kısımlara bölünebildiği hallerde teşebbüse elverişlidir. Buna göre, cinsel istismarın temel şekli bakımından doğrudan doğruya icraya başlama kapsamında değerlendirilebilecek hareketlerin icrasına başlanıp failin elinde olmayan nedenlerle tamamlanamadığı hallerde suç teşebbüs aşamasında kalmış olacaktır.<sup>263</sup> Nitekim Yargıtay Ceza Genel Kurulunun bir kararına konu olan olayda hırsızlık için eve giren sanığın yanında getirdiği jilet ile evin bir odasında uyuyan mağdurenin pijamasını cinsel saldırıda bulunmak amacıyla

---

<sup>260</sup> Üzülmöz, **Cinsel Saldırı Suçu**, s. 260; Artuk, Gökçen, Yenidünya, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.169; Tezcan, Erdem, Önok, a.g.e., 301; Ali Parlar ve Muzaffer Hatipoğlu, **Türk Ceza Kanunu Yorumu**, s.1659; Şen, a.g.e., s.399; Özbek ve Kanbur, a.g.e., s.633 ; Sevik, **Cinsel İstismar**, s. 291.

<sup>261</sup>“Oluşa uygun kabule göre; çocuğun basit cinsel istismarı suçu tamamlandığı halde teşebbüsün engel nedeni de gösterilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması” 5.CD.nin 01.06.2009 gün 2006/10917-2009/6690 sayılı kararı.

<sup>262</sup> Sevik, **Cinsel Saldırı Suçu**, s.261; Üzülmöz, **Cinsel İstismar Suçu**, s. 39; Tezcan,Erdem,Önok, a.g.e., s. 320.

<sup>263</sup> Sevik, **Cinsel İstismar**, s. 291; Yenidünya, a.g.m.,s. 3306.

kesip mağdurenin uyanması üzerine kaçmasını cinsel saldırının temel şekline teşebbüs olarak değerlendirilmiştir.<sup>264</sup>Yine, bir çocuğa bıçağı çekip göğüslerinden bir defa öpeyim diyen kimsenin, etraftan gelenler olunca kaçması durumunda basit cinsel istismar suçuna teşebbüs edilmiş olacaktır. Bir kısım yazarlarca, cinsel saldırı niteliği taşıyan hareketlerin gerçekleşmesi ile basit cinsel istismar suçu oluşacağından niteliği gereği 103. maddenin 1. fıkrasında düzenlenen suçun teşebbüse elverişli olmadığı ifade edilmiştir.<sup>265</sup>

## 2. Suçun Nitelikli Haline Teşebbüs

Cinsel istismar suçunun nitelikli halinin gerçekleşmesi için vücuda organ veya cismin "*sokulmuş*" olması gerektiği için mağdurun direnmesi veya engel başka bir neden yüzünden organ veya cismin vücuda sokulmaması durumunda TCK.nun 103/2. maddesi uyarınca ceza belirlenip teşebbüs nedeniyle cezanın indirilmesi yoluna mı gidilecek, yoksa 103/1. maddesinin uygulanması mı gerekecektir? Eylemin nitelikli haline teşebbüsün mümkün olup olmadığı hususunda öğretide farklı görüşler mevcuttur.

Özgenç'e göre; "102. maddenin ikinci fıkrasında cinsel saldırı suçunun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hali düzenlenmiştir, ikinci fıkrada ayrı bir suç düzenlenmiş değildir. Bu husus, madde gerekçesinde açıkça vurgulanmıştır. Bu nedenle, somut olayda şayet mağdur veya mağdurenin vücuduna organ veya sair cisim sokulmamış ise, temel cezayı 102. maddenin birinci fıkrasına göre 2 yıl ile 7 yıl arasında bir ceza olarak belirlemek gerekir. Fail, mağdur veya mağdurenin vücuduna organ veya sair cisim sokmak istemiş ve fakat elinde olmayan bir sebeple bu sokma olgusunu gerçekleştirememiş ise, temel cezayı 102. maddenin ikinci fıkrasına istinaden değil, birinci fıkrasına istinaden belirlemek gerekir. Ancak, bu durumda cezayı üst sınıra yaklaşarak belirlemek gerekir. Önce belirtmek gerekir ki, cinsel

---

<sup>264</sup> YCGK.nun 27.03.2007 gün 2007/45-77 sayılı kararı.

<sup>265</sup> Meran, a.g.e., s.350.

saldın suçunun 102. maddenin ikinci fıkrasındaki nitelikli haline teşebbüsün mümkün olduğunu kabul eden anlayış, 765 s. TCK'nın "ırza tecavüz" ve "ırza tasaddi" olarak iki ayrı suç düzenlemesinin bir yansımasıdır. Bu anlayışa göre, "ırza tecavüz" ve "ırza tasaddi" suçları arasında "geçitli suç" ilişkisi mevcuttur. Hâlbuki yeni TCK'nın hazırlanmasında esas alınan suç teorisinde "geçitli suç" diye bir kavram mevcut değildir. Keza, yukarıda da belirttiğimiz gibi, 102. maddenin ikinci fıkrasında birinci fıkrada düzenlenen suça nazaran ayrı ve bağımsız bir suç tanımı bulunmamaktadır. Aksi anlayışı kabul ettiğimizde, yine "santim adaleti'ne, yani organ veya cisim mağdur veya mağdurenin vücuduna ne kadar girerse suçun tamamlandığını kabul edeceğimiz şeklindeki eski tartışmaya geri dönmüş oluruz. İkinci fıkrada düzenlenen nitelikli hale teşebbüsün mümkün olduğu kabul edildiğinde, ceza adaleti bakımından çelişkili sonuçlar ortaya çıkacaktır. Şöyle ki, eski anlayışa göre, ırza tecavüz suçuna "tam teşebbüs" değil, "eksik teşebbüs" mümkündür. Yeni TCK'nın sisteminde bu ayırım olmadığı için; bu durumda, eski anlayışın bir yansıması olarak, 35. maddenin ikinci fıkrasında öngörülen indirimi azami oranda gerçekleştirmek gerekecektir. 102. maddenin ikinci fıkrasına göre temel cezayı 7 yıl hapis cezası olarak belirlediğimizi ve 35. maddenin ikinci fıkrasındaki azami haddenden indirim yaptığımızı düşündüğümüzde vereceğimiz ceza 2 yılın altına (1 yıl 9 aya) inecektir. Aynı değerlendirmeler, 103. madde için de geçerlidir. Bütün sorun, "geçitli suç" saplantısından henüz kurtulamamış olmamızdan kaynaklanmaktadır."<sup>266</sup>

Yine benzer görüşleri Sözüer cinsel saldırı suçunun 02.07.2004 tarihli Meclis komisyonu görüşmelerinde:<sup>267</sup> "Şimdiki sistemde, bakın, dokunma diyoruz, cinsel dokunulmazlığı ihlal diyoruz. Cinsel taciz, daha sonra cinsel davranışlarla, cinsel dokunulmazlığın ihlali ikinci aşama, üçüncü aşama vücuda bir şey sokmadır. Dikkat ederseniz, buradaki şu tartışma ortadan kalkıyor, söz atma ile sarkıntılık arasında ne fark vardır? Sarkıntılık ne zaman

<sup>266</sup> Malkoç, **Cinsel Suçlar**, s.23-24.

<sup>267</sup> TBMM Tutanak Müdürlüğü, Adalet Komisyonu Tarih : 2.7.2004, Sayfa : 18,20; Tutanaklarla Türk Ceza Kanunu, Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Daire Başkanlığı, Ankara Şubat 2005, s. 430-432.



tasaddi olur? Ne zaman ırza tasaddi vardır, ne zaman ırza geçmeye teşebbüs vardır, ne zaman ırza geçme vardır? Bunlar çok ciddi sorunlardır. Şimdiki sistemde hatlar belirlenmiştir. Kişiyeye, vücuduna dokununcaya kadar tacizdir. Dokunduğunuz anda cinsel dokunulmazlığın ihlalidir, vücuda bir şey soktuğunuz anda ise, ikinci fıkradaki nitelikli hal olur. Hepsinin sınırları bu şekilde belirtilmiştir. Ne zaman tasaddi var, ne zaman ırza geçme var. Artık, bu düzenlemeyle bu tartışma olmayacak. Çünkü, şimdiki tartışmada acaba diyelim ki penis kadın organına girdi, ne kadar girmesi gerekir, boşalma gerekir mi gibi tartışmalar oluyor. Şimdi, artık, bu düzenlemede bu tartışmaya yer yok; vücudun herhangi bir yerine anal yoldan veya oral yoldan cinsel organ veya başka bir araç sokulduğunda, az veya çok, nitelikli şekil gerçekleşecektir. Dolayısıyla, biz, bunu, bir suçun nitelikli şekli olarak düşünmeliyiz, yani, şimdiki kavramlara göre düşünmemeliyiz. Bu örnekleri verirken, biz bunu tasaddi anlarız, ırza geçme anlarız. Bu belki anlaşılması bakımından söylenebilir ama, bunlar iki farklı suç değildir, temel nitelikli şekil birinci fıkradadır, ikinci fıkra nitelikli şeklidir. O yüzden, vücuda ne kadar girdi tartışmalarına son verilmek için böyle bir düzenleme yapılmıştır.” şeklinde dile getirmiştir.

Özetle Sözüer ve Özgenç'e göre;Yeni TCK.nun da "geçitli suç" diye bir kavram mevcut değildir. Cinsel istismar ve cinsel saldırı suçlarında suçun nitelikli hali olan vücuda organ veya sair bir cisim sokmaya teşebbüs mümkün değildir. Sokma gerçekleşmiş ise, suçun nitelikli hali, gerçekleşmemiş ise; suçun basit hali oluşmuştur. Bu görüşe Artuk,Gökçen ve Yenidünya da katılmaktadırlar. “Cinsel istismar suçunun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hali olan, "mağdurun vücuduna organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle işlenmesi" açısından teşebbüs sorununa da temas etmek gerekir. Yukarıda da belirttiğimiz üzere 103 üncü maddenin ikinci fıkrasında, birinci fıkrada düzenlenen suçtan ayrı ve bağımsız bir suç tanımı bulunmayıp, suçun temel şekline nazaran daha fazla cezayı gerektiren nitelikli bir unsura yer verilmiştir. Dolayısıyla nitelikli halin sair bir sebeple gerçekleşmemesi

halinde, teşebbüsten bahsedilemez. çünkü kanuni düzenlemede, nitelikli halin gerçekleşmediği durumlar, suçun temel şekli olarak tayin ve tespit edilmiştir. Bu yüzden böyle hallerde unsurları varsa suçun temel şekli ve 61. maddedeki esaslar dikkate alınarak (muhtemelen alt sınırdan uzaklaşmak suretiyle) ceza tayin edilmelidir.” demektedirler.<sup>268</sup> Ancak, öğretide yazarların birçoğu ve bizimde katılmış olduğumuz görüşe göre: Her ne kadar Kanunda 102/2 ve 103/2. maddeleri, 1. fıkranın nitelikli hali olarak düşünülmüş ise de; suçun maddi unsurunu oluşturan hareketler ile failin kastı ve bunlara verilen cezaların farklı oluşu gibi nedenlerle, 103/2 ve 102/2 ye teşebbüs mümkün olduğu ifade edilmektedir.<sup>269</sup>

Yargıtay’a göre de; suçun hem basit, hem de nitelikli haline teşebbüs mümkündür<sup>270</sup> ve bu uygulamasını istikrarlı bir şekilde sürdürmektedir. Özellikle Yargıtay, teşebbüs hükmünün uygulanabilmesi için eylemin yapıcı davranışlarına başlanmış olmasını tek başına yeterli saymayıp, açıklanabilir ve kabul edilebilir engel bir nedenin bulunmasını aramaktadır.<sup>271</sup> Yine

<sup>268</sup> Artuk, Gökçen, Yenidünya, **TCK Şerhi**, s.2621.

<sup>269</sup> Yaşar, Gökcan, Artuç, a.g.e.,s. 3347; Üzülmöz, **Cinsel Saldırı Suçu**, s.259; Şen, a.g.e. s.383; Özbek ve Kanbur, a.g.e. s. 617,633; Sevik, **Cinsel İstismar**, s.291; Soyaslan, a.g.e., s.175; Tezcan, Erdem, Önok, a.g.e., s.299,300, 301,304; Malkoç, **Cinsel Suçlar**, s.23-28; Şen, s. 383; Baytemir, s. 72,73.

<sup>270</sup> “Mağdurenin Adli Tıp Kurumuna gönderilen kızlık zarının yapısı, bozulup bozulmadığı, anüler yapıda ise duhule müsait olup olmadığı ve ereksiyon halindeki penisin duhulu ile yırtılıp yırtılmayacağı hususunda Adli Tıp Kurumu İlgili İhtisas Dairesinden raporu aldırılması sonucuna göre de direnci kırılmış mağdureyle ıssız ormanlık alanda tek başına kalan sanıkların eylemlerinin hangi şekilde kalkışma aşamasında kalıp suçun basit cinsel istismar, nitelikli cinsel istismar veya nitelikli cinsel istismara teşebbüs niteliğinde olup olmadığını tayin ve takdiri gerekirken eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm kurulması” 5.C.D.nin 02.02.2009 gün 2008/11075 Esas, 2009/1015 sayılı kararı;

<sup>271</sup> “Sanığın nitelikli cinsel istismar suçu kastı ile icrai hareketlere başlaması yalnız başına teşebbüs hükmünün uygulanmasına yeterli bulunmamasına, açıklanabilir ve kabul edilebilir bir engel sebebin varlığının gerekmesine, olayımızda olduğu gibi kimsenin olmadığı inşaat halinde bir binanın içinde, 5 yaşında olup kendisine yönelik işlenen eylemlerin ahlaki redatini idrak edemeyecek ve olaya ruhsal yönden mukavemete muktedir olgunluğa erişmemiş mağdureye karşı başladığı nitelikli cinsel istismarın icrai hareketlerinden ciddi bir engel olmadan kendiliğinden vazgeçen sanığın eyleminin, olay sonrası alınan mağdurenin raporları ve dosya içeriğine göre, 5237 sayılı TCK.nun 36. maddesi uyarınca aynı Yasanın 103/1. maddesinde yazılı çocuğun basit cinsel istismarı suçunu oluşturduğu gözetilmeden çocuğun nitelikli cinsel istismarına teşebbüs suçundan cezalandırılması” 5.C.D.nin 23.03.2009 gün 2008/14544 Esas, 2009/3539 sayılı kararı; “Teşebbüs hükmünün uygulanabilmesi için eylemin yapıcı davranışlarına başlanmış olması tek başına yeterli olmayıp açıklanabilir ve kabul edilebilir engel bir neden bulunmasının zorunlu olduğu, şayet ciddi bir engel mevcut değilse sanık yararına olan maddenin uygulanması gerektiği, olayda ise sanığın, mağdureye yönelik cinsel davranışlara başladığı sırada mağdurenin bağırıp direnmesi ve annesinin birazdan eve geleceğini

özellikle yaşları daha küçük olan çocukların tek başlarına direnmelerini de kabul edilebilir engel bir neden olarak kabul etmemektedir.<sup>272</sup>

Fail icra hareketlerine başlamış, ancak herhangi bir engel neden olmadan bu hareketlerden vazgeçmişse, o zamana kadar gerçekleştirmiş olduğu eylem bir suç, örneğin cinsel taciz suçunu oluşturmuşsa, bu suçtan cezalandırılacaktır.<sup>273</sup> Örneğin, sanık mağdura, bıçağı çekip pantolonunu indir, cinsel organını öpeceğim demiş ve mağdur pantolonunu indirirken vazgeçip bırakıp gitmişse cinsel taciz suçü oluşabilecektir. O zamana kadarki eylemi suçun temel şeklini oluşturmuş ise basit cinsel istismar suçundan ceza verilecektir.<sup>274</sup>

---

söylemesinin ciddi bir engel neden teşkil etmediği, sanığın vazgeçme anına kadar tamamlanan eyleminin ırz ve namusa tasaddi suçunu oluşturduğu gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması” 5.CD’nin 08.04.2009 tarih ve 2008/3902-2009/4389 sayılı kararı; “TCK.nun 35. maddesine göre sanık hakkında teşebbüs hükümlerinin uygulanabilmesi için işlemeyi kastettiği nitelikli cinsel saldırı suçunu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamamasının gerektiği, dosya kapsamına ve olay yerinin özelliklerine göre mağdurenin vücuduna organ veya sair cisim ithal etmesini engelleyen mağdurenin aşılabilir mukavemeti dışında harici bir engelin bulunmadığından sanığın suçun icra hareketlerinden gönüllü vazgeçtiğinin kabul edilmesi gerektiği, bu durumda sabit ve tamam olan eyleminin TCK.nun 36. maddesi karşısında 102/1. maddeye uyan basit cinsel saldırı suçunu oluşturacağı gözetilmeden nitelikli cinsel saldırıya teşebbüsten cezalandırılmasına karar verilmesi” 5.C.D. 01.06.2009 gün 2009/3381-6645 sayılı kararı.

<sup>272</sup>“TCK.nun 35. maddesine göre sanık hakkında teşebbüs hükümlerinin uygulanabilmesi için işlemeyi kastettiği nitelikli cinsel istismar suçunu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamamasının gerektiği, dosya kapsamına ve olay yerinin özelliklerine göre mağdurenin vücuduna organ veya sair cisim ithal etmesini engelleyen yaşı küçük mağdurenin aşılabilir basit ve olası mukavemeti dışında harici bir engelin bulunmadığı, esasen beyanına göre canı acıyınca bıraktığı, ayrıca muayene ve eylem tarihlerine nazaran rapordaki bulguların sanığın fiiline bağlı olduğunun kesin olarak belirlenemediği, bu durumda sanığın suçun icra hareketlerinden gönüllü vazgeçtiğinin kabul edilmesi gerektiği, sabit ve tamam olan eyleminin ise TCK.nun 36. maddesi karşısında 103/1. maddeye uyan müteselsil basit cinsel istismar suçunu oluşturacağı gözetilmeden ve fiili tamamlamasını engelleyen nedenler de karar yerinde açıklanmadan nitelikli cinsel istismara teşebbüsten cezalandırılmasına karar verilmesi” 5. C.D.nin 12.10.2009 gün 2009/10390-11320 sayılı kararı.

<sup>273</sup> Özbek,Kanbur, a.g.e., s. 633; Tezcan, Erdem, Önok, a.g.e., s.301.

<sup>274</sup>“Sanığın nitelikli cinsel istismar suçü kastı ile icrai hareketlere başlaması yalnız başına teşebbüs hükmünün uygulanmasına yeterli bulunmamasına, açıklanabilir ve kabul edilebilir bir engel sebebin varlığının gerekmesine, olayımızda olduğu gibi kimsenin olmadığı inşaat halinde bir binanın içinde, 5 yaşında olup kendisine yönelik işlenen eylemlerin ahlaki redaetini idrak edemeyecek ve olaya ruhsal yönden mukavemete muktedir olgunluğa erişmemiş mağdureye karşı başladığı nitelikli cinsel istismarın icrai hareketlerinden ciddi bir engel olmadan kendiliğinden vazgeçen sanığın eyleminin, olay sonrası alınan mağdurenin raporları ve dosya içeriğine göre, 5237 sayılı TCK.nun 36. maddesi uyarınca aynı Yasanın 103/1. maddesinde yazılı çocuğun basit cinsel istismarı suçünü oluşturduğu gözetilmeden çocuğun nitelikli cinsel istismarına teşebbüs suçundan cezalandırılması.” 5.CD’nin 23.03.2009 tarih ve 2008/14544-2009/3539 sayılı kararı ; “Mağdur Sefa’nın anüsüne krem sürüp penisini içine sokmaya çalışan sanığın herhangi bir ciddi ve harici engel olmaksızın mağduru

Burada failin kastının basit cinsel istismara mı yoksa nitelikli cinsel istismara mı yönelik olduğu şüpheye yer bırakmayacak biçimde tespiti gerekir. Duraksama halinde de “kuşku sanığın lehinedir” (in dubio pro reo) şeklindeki ceza hukukunun evrensel ilkesi gözetilerek, failin kastının 103. maddenin 1.fıkrasında yazılı cinsel istismar suçunun temel şekline işleme amacına yönelik olduğu kabul edilmelidir.<sup>275</sup>Kastı belirlerken de, failin olay esnası ve öncesinde söylediği sözler ile davranışları, olayın geçtiği yerin sanığın amaçladığı eylemi gerçekleştirmeye uygun olup olmadığı, mağdurun elbiselerini çıkartmaya başlayıp başlamadığı ve hepsinden önemlisi engel nedenin ne olduğu irdelenmesi gerekir.<sup>276</sup>

---

"acıyor" demesi üzerine eyleminden kendiliğinden vazgeçtiğinin anlaşılması karşısında; o aşamaya kadar tamamlanan eyleminin çocuğun basit cinsel istismarı suçunu oluşturduğunun gözetilmemesi" 5. CD.nin 02.07.2009 2009/7179-8841 sayılı kararı.

<sup>275</sup> Akçin, a.g.e. s. 128.

<sup>276</sup> “Sanığın gece saat 21.15 sıralarında kimsenin bulunmadığı boş araziye mağdureyi götürerek eylemini gerçekleştirmek için elverişli olan aracının arka koltuğuna alıp, pantolon ve külotunu indirerek, benim sevgilim olacaksın gibi sözler sarf edip kastını ortaya koyduktan sonra, kendi pantolon ve kilodunu da indirip cinsel organını çıkartarak mağdurenin üzerine abandı, ihbar üzerine olay yerine gelen güvenlik güçlerinin müdahalesi sebebiyle işlemeyi kastettiği suçu tamamlayamadan yakalandığının anlaşılması ve oluşun mahkemece de bu şekilde kabul edilmesi karşısında; sabit görülen eylemlerinin nitelikli cinsel istismara yönelik icrai hareketlerden olması, olay yerinin nitelikleri ve zamanı nazara alındığında, işlemeyi kastettiği suçu uygun hareketlerle doğrudan doğruya icraya başladığı, ancak güvenlik kuvvetlerinin müdahalesi şeklindeki elinde olmayan nedenle tamamlayamadığı nazara alındığında, eylemine kendi ihtiyarı ile son vermeyen sanığın fiilinin nitelikli cinsel istismara teşebbüs vasfında bulunduğu gözetilmeden, suç niteliğinde yanılığa düşülerek yazılı şekilde basit cinsel istismardan hüküm kurulması” 5. C.D.nin 26.10.2009 gün 2009/6846-11951 sayılı kararı; “TCK.nun 35. maddesine göre sanık hakkında teşebbüs hükümlerinin uygulanabilmesi için işlemeyi kastettiği nitelikli cinsel istismar suçunu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamamasının gerektiği, dosya kapsamına ve olay yerinin özelliklerine göre mağdurenin vücuduna organ veya sair cisim ithal etmesini engelleyen yaşı küçük mağdurenin aşılabilir basit ve olası mukavemeti dışında harici bir engelin bulunmadığı, esasen beyanına göre canı acıyınca bıraktığı, ayrıca muayene ve eylem tarihlerine nazaran rapordaki bulguların sanığın fiiline bağlı olduğunun kesin olarak belirlenemediği, bu durumda sanığın suçun icra hareketlerinden gönüllü vazgeçtiğinin kabul edilmesi gerektiği, sabit ve tamam olan eyleminin ise TCK.nun 36. maddesi karşısında 103/1. maddeye uyan müteselsil basit cinsel istismar suçunu oluşturacağı gözetilmeden ve fiili tamamlamasını engelleyen nedenler de karar yerinde açıklanmadan nitelikli cinsel istismara teşebbüsten cezalandırılmasına karar verilmesi” 5. C.D.nin 12.10.2009 gün 2009/10390-11320 sayılı kararı; “Götürdüğü ıssız mahalde mağdureye saldırarak, "benim olacaksın, seni kimseye yar etmem, yoksa seni öldürürüm" diye kastını ortaya koyup, mağdurenin pantolonunu ve külotunu çıkartıp kendi kıyafetlerini de çıkartarak, yere yatırıp öperek ve okşayarak suçun icrai hareketlerini gerçekleştirmeye başlayan, ancak mağdurenin direnmesi, sanığın gelen telefonla konuşmasını fırsat bilerek ve gece olmasından yararlanarak kaçması, sanığın ise üzerinde kıyafetleri bulunmamasından dolayı takip edememesi sebebiyle, kastettiği eylemini tamamlayamayan sanığın suçunun nitelikli cinsel istismara teşebbüs niteliğinde olduğu gözetilmeden, suç vasfında yanılığa düşerek yazılı şekilde hüküm kurulması” 5. C.D.nin 16.03.2009 gün 2008/15116- 2009/3158 sayılı

## Yeni Kanunda eksik teşebbüs ve tam teşebbüs ayrımı ortadan kalktığı için olayı değerlendiren hâkim alt ve üst sınırlar arasında yapacağı indirimi,

kararı; “Oluşa, kabule ve dosya kapsamına göre; sanığın olay günü evde yalnız bulunan 14 yaşı içindeki öz yeğeni olan mağdurenin evine gelerek “soyun bu iş ya zorla olacak ya da isteyerek olacak” diyerek boğazını sıkıp yatırdığı, mağdurenin annesini aramak için telefona uzandığında sanığın telefonun kablosunu koparttığı, bağırmasını engellemek için bıçakla tehdit edip tokat vurarak bir gün iş ve güçten kalacak şekilde yaraladığı, gürültüden rahatsız olan mağdurenin komşusu Necibe'nin evin kapısını çaldığı, mağdurenin mukavemeti sonucunda üzerine çullanan sanığı ittirerek evden kaçması nedeniyle sanığın fiilini tamamlamadığının anlaşılması karşısında, eylemin çocuğun nitelikli cinsel istismarına teşebbüs niteliğinde olduğu halde basit cinsel istismara teşebbüsten hüküm kurulması” 20.05.2008 gün 2006/3209-2008/4697 sayılı kararı; “Mağdurenin beyanı ve dosya kapsamına göre; sanığın olay gecesini mağdurenin evine girip üzerine abandı, mağdurenin bağırması ve bunu sürdürmesi nedeni ile olay yerinden kaçan sanığın mağdurenin ırzına geçeceğine dair niyetini izhar eden bir söz sarf etmemesi, mağdurenin elbiselerini çıkarmaya çalışmaması ve kendisinin giyinik olduğunun anlaşılması karşısında, mağdureye karşı nitelikli cinsel saldırıda bulunacağı hususun kuşkulu kaldığı ve şüpheden sanık yararlanır ilkesi nazara alınarak, sanığın basit cinsel saldırı suçundan cezalandırılması gerektiği halde nitelikli cinsel saldırıya teşebbüs suçundan hüküm kurulması” 5.C.D'nin 15.09.2009 gün 2009/7618-10363 sayılı kararı; “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 dışarı 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” 5.CD'nin 30.01.2006 tarih ve 2005/18597-2006/343 sayılı kararı; “Mağdurun aşamalarda samimi anlatımı ile tanıklar Ülker ve Taner Y'ın açıklamalarından; sanığın öz kızı olan mağdureyle evde yalnız kalınca kapıyı kilitleyerek, soyup yatırdığı, kendisinde soyunup mağdurenin üstüne çıkıp, cinsel organını mağdurenin cinsel organına sokmaya çalıştığı, mağdurenin canının yanması üzerine, sanığın mağdureden krem getirmesini istediği tam bu sırada tanık Taner'in pencereden görüp annesi tanık Ülker'e haber vermesi nedeniyle Ülker'in camı kırdığı; bu engel nedeniyle sanığın eylemini tamamlamadığı anlaşıldığı halde, sanığın ırza geçmeye kalkışmak suçundan mahkûmiyeti yerine yazılı şekilde hükme varılması” 5.CD'nin 15.10.2008 tarih ve 2008/11179-2008/8400 sayılı kararı; “Sanığın saat 21.45 civarında, ahırda çalışan katilini görüp içeri girdiği, “sana bir şey söyleyeceğim” diyerek ışığı kapatıp yaklaştığı, kollarından tutup kavrayarak öpmeye çalıştığı, katilinin direnmesi ve bağırarak yardım istemesi üzerine olay yerinden kaçtığı, sanığın nitelikli cinsel saldırı kastını ortaya koyan söz ve davranışlarının bulunmadığı, buna göre tamamlanan eyleminin basit cinsel saldırı suçunu oluşturduğu gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması” 5.CD'nin 19.01.2010 tarih ve 2009/2484-2010/164 sayılı kararı; “Mağdurenin aşamalarda beyanlarında sanığın nitelikli cinsel istismar suçuna yönelik hareketlerinden bahsetmediği, yüzünü okşadığı sırada uyanması üzerine sanığın senin için geldim sadece öpeceğim dediği ve mağdurenin bağırmasının da ciddi bir engel teşkil etmeyeceği de dikkate alındığında eyleminin çocuğun basit cinsel istismarı suçunu oluşturduğu gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması” 5.CD'nin 13.04.2009 tarih ve 2009/2426-2009/4544 sayılı kararı; “Tanık beyanları, doktor raporu ve tüm dosya içeriğine göre; sanığın şantiye yakınlarına götürdüğü mağdurun pantolonunu çıkardığı, anüsünü penisıyla zorladığı, engel neden olmadığı halde mağdurun direncini kırma konusunda ısrar etmeyerek cinsel organını ellettiği sırada tanık M. B. tarafından görüldüğü, bilahare de bu tanığın çağırdığı arkadaşlarınca mağdurun giyinik sanığın ise çıplak şekilde yakalandığı, buna göre tamamlanan eyleminin çocuğun basit cinsel istismarı suçunu oluşturduğu gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması” 5.CD'nin 17.11.2008 tarih ve 2008/12062-2008/9941 sayılı kararı.

yapılan hareketin ulaştığı gerçekleşme aşaması ile birlikte “meydana gelen zarar ve tehlikenin ağırlığına göre” belirleyecektir.<sup>277</sup> Failin o ana kadar yapmış olduğu hareketlerin cinsel özgürlük bakımından yarattığı tehlike göz önünde bulundurulacaktır.<sup>278</sup> Bunu yaparken de Eski Yasa döneminde Yargıtay Ceza Genel Kurulunun ırza geçme suçuna tam teşebbüsün mümkün olmadığı yönündeki görüşü de nazara alınmalıdır.<sup>279</sup>

Failin cinsel yönden iktidarsız olması, halinde, suçun teşebbüs aşamasında kaldığı kabul edilmelidir,<sup>280</sup> görüşüne tam olarak katılmıyoruz. Fail cinsel uzvunu kullanarak, eylemin nitelikli halini anal veya vajinal yoldan gerçekleştirmek istiyorsa ve iktidarsızlığı nedeniyle cinsel uzvu ereksiyon haline gelmiyorsa burada eylemin nitelikli hali için elverişsiz bir vasıta vardır, nitelikli cinsel istismar veya nitelikli cinsel saldırıya teşebbüs suçu olmaz, o zamana kadar yaptığı eylemler, suçun basit halini oluşturuyorsa, ancak ondan ceza verilmelidir. Eski Yasa döneminde ırza geçme suçunun tanımı gereği iktidarsız failin eylemi gerçekleştirmesi mümkün değildir. Yeni Yasa döneminde ise suçun unsurları değiştiğinden elbette cinsel organını kullanmadan yada ereksiyon haline gelmese de oral yoldan suçun nitelikli halini gerçekleştirebilir. Yargıtay 5. Ceza Dairesi Eski Yasa döneminde iktidarsızlık nedeni ile tecavüz edememeyi teşebbüs olarak kabul etmiş<sup>281</sup> ise

---

<sup>277</sup> Malkoç, **Cinsel Suçlar**, s.63.

<sup>278</sup> Tezcan, Erdem, Önok, a.g.e., s. 301.

<sup>279</sup>“Yerel Mahkemece eylem, ırza geçmeye tam teşebbüs olarak kabul edilip TCK.nın 62. maddesi uygulanmış ise de, ırza geçme fiilinde tam teşebbüs hükümleri uygulanamaz. Çünkü ırza geçme suçları, neticesi harekete bitişik,suçlardandır. Şekli, sonuçsuz yahut sırf hareket suçları da denilen bu tür suçlarda icrai hareketler (yapıcı davranışlar) yapıldığında suç tamamlanmaktadır.' Yani hareketin bitmesi ile sonucun alınması aynı anda gerçekleştiğinden, hareketin bitmesi fakat mani sebep yüzünden sonucun alınmaması halinde uygulanması gereken tam teşebbüs hükmünün burada uygulanması olanaksızdır. Tam teşebbüs, ancak neticesi hareketten ayrı suçlarda söz konusudur. Neticesi harekete bitişik suçlardaki hareket bölünebilirse de, failin bu hareketlerden bir kısmını yapması ve diğer kısmını engel sebepten yapamaması halinde eksik teşebbüs hükümleri uygulanabilir. ırza geçme suçlarında; failin cinsel organını, mağdurun cinsel organına, kısmen veya tamamen duhulü ile icrai hareket bitmekte ve aynı anda suç tamamlanmaktadır. Hareketin bitmesiyle ırza geçme suçu olduğundan, failin icra hareketlerini tamamladığı ve elinde olmayan nedenlerle neticenin gerçekleşmediğinden söz edilemez. Bu itibarla suç tipinin özelliği nedeniyle ırza geçme suçunda tam kalkışma mümkün değildir.” Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 03.02.1992 gün 291/1 sayılı kararı.

<sup>280</sup> Özbek ve Kanbur, a.g.e., s. 621.

<sup>281</sup> Yar. 5. CDnin 18.3.1977 gün 279/803 sayılı kararı.

de; sonradan bu görüşünden vazgeçmiş, eylemi tasaddi olarak kabul etmiştir.<sup>282</sup> Yeni Yasa döneminde de Yargıtay bu görüşünü sürdürmektedir.<sup>283</sup> Ancak, sanığın erken inzal, heyecanlanma, korku gibi nispi nedenlerle eylemini tamamlayamaması durumunda teşebbüs hükümleri uygulanacaktır.<sup>284</sup>Yine engel neden araştırılırken mağdurun cinsel organlarının yeterince gelişip gelişmediğine de dikkat etmek gerekir.<sup>285</sup>

<sup>282</sup> “Adli Tıp Meclisinin 29.8.1978 günlü raporunda sanık Muammer'in ırza geçme yeteneği bulunmadığı bildirildiğine göre, bu suça teşebbüsünün de söz konusu olamayacağı düşünülmeden tasaddi niteliğinde oluşan eyleminin ırza geçmeye teşebbüs olarak kabulü ile buna göre hüküm kurulması” 5.CD.nin 17.4.1979 gün 1979/ 948-957 sayılı kararı; “Sanığın cinsel organındaki gerekli sertleşmeyi sağlayamaması nedeniyle kastettiği ırza geçme eylemini gerçekleştiremediğinin anlaşılmasına göre; cinsel organındaki ereksiyonun gerçekleşmemesinin iktidarsızlıktan mı yoksa olay anındaki heyecan, korku veya alkollü olma gibi nispi elverişsizlik hallerinden mi kaynaklandığının alınacak raporla belirlenmesi, nispi elverişsizlik hali mevcutsa, eylemin ırza geçmeye eksik teşebbüs suçunu oluşturacağı gözetilip sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, noksan soruşturmayla ırz ve namusa tasaddide bulunma suçundan hüküm kurulması” 5. CD.nin 18.12.2003 gün 2002/8481-2003/7492 sayılı kararı.

<sup>283</sup>“Ankara Üniversitesi Tıp Fakültesi Üroloji Anabilim Dalı tarafından düzenlenen 23.06.2008 günlü rapora ve dosya içeriğine göre sanığın cinsel ilişki için gerekli sertleşmeyi sağlayamadığı ve mağdura sürütürerek cinsel arzularını tatmin ettiğinin anlaşılması ve oluşun mahkemece de bu şekilde kabul edilmesi karşısında, teşebbüs hükümlerinin uygulanması için gerekli olan elverişli hareket ve failin elinde olmayan nedenle suçun tamamlanamaması koşullarının olayda gerçekleşmediği, sabit olan fiilin TCK.nun 103/1. maddesine uyan çocuğun basit cinsel istismarı suçunu oluşturacağı gözetilmeden suç niteliğinde yanılığa düşülerek çocuğun nitelikli cinsel istismarına kalkışma olarak kabul edilmesi” 5.CD.nin 13.07.2009 gün 2009/5545-9592 sayılı kararı.

<sup>284</sup> “incelenen dosyaya, delillere ve oluşa göre; ...Devlet Hastanesinde diş teknisyeni olarak görev yapan mağdure Şaduman'ın diğer mağdur Ahmet ile arkadaş oldukları, yurt dışında çalışan ve evli olan Ahmet'in karısından boşandıktan sonra mağdure ile evleneceği, olay günü mağdur Ahmet'in yabancı plakalı: otomobili ile eski Ankara yoluna gittikleri, öğle vakitlerinden akşam saat 20.00 sıralarına kadar mağdurenin direksiyona geçip araç sürmeyi öğrendiği, bu arada yemek yedikleri, saat 20.00 sıralarında dönmek istedikleri,fakat otomobilin anahtarını kaybettiklerinden bunu ararken sanıklar Necati, İbrahim, Nafiz ve Şaban'ın olay yerine gelerek mağdureyi kollarından tutup sürükledikleri ve engel olmaya çalışan müşteki Ahmet'i dövdükleri, mağdureyi sürüklerken üzerindeki etek ve kilotunu yırtıp çıkarttıkları, 150-200 metre kadar götürdükten sonra mağdurenin yalvarmasına rağmen yere yatırdıkları, sanıklar İbrahim, 'Nafiz ve Şaban'ın mağdureyi elleri kollarından tuttıkları, bu halde iken sanık Necati'nin mağdurenin ırzına geçmeye teşebbüs ettiği ancak nefsi uyanmadığından bacak arasından yalayıp, uğraşmasına rağmen başaramadığı ve duhulün tam olmadığı, Adli Tıp İhtisas kurulunun hymendeki yırtığın penisle mi yoksa parmakla mı husule geleceğinin tespitinin tibben mümkün olmadığı mütalaasında bulunduğu görülmüştür. Dosyada bulunan delillere nazaran, sanığın savunması doğrulanmakta Necati dışındaki sanıkların mağdure ile cinsi temasta bulunmadıkları anlaşılmaktadır. Bu durum karşısında eylem zorla ırza geçmeye tam kalkışma aşamasında kalmış olup tamamlanmamış olduğundan mahalli mahkeme direnme kararının bozulmasına karar verilmelidir.” CGK.nun 24.3.1986 – 588/139 sayılı kararı (Not: Eski Yasa döneminde parmak sokma ırza geçme sayılmadığından teşebbüs denmiştir.); “Oluşa uygun şekilde sanığın icra hareketlerini, inzal olması engel nedeniyle tamamlayamadığı kabul edilmesine rağmen eylemin nakıs teşebbüs derecesinde kaldığının gözetilmemesi” 5. CD.nin 17.06.1993 gün 2130/2506 sayılı kararı; “Sanığın cinsel organını mağdurun anüsüne sokmak için zorladığı sırada inzal olması nedeniyle eylemini tamamlayamadığı toplanan kanıtlarla oluşa uygun şekilde kabul edildiği halde, lehe yasanın belirlenmesi sırasında eylemin ırza geçmeye eksik teşebbüs suçunu oluşturduğu gözetilmeyerek, 765 sayılı TCK.nun 414/1 ve 62. maddelerinin karşılaştırmaya esas alınıp lehe

Suçun nitelikli haline teşebbüs durumunda temel ceza ve teşebbüs nedeniyle indirim oranı belirlenirken TCK'nın 3. maddesinde yer alan "Suç işleyen kişi hakkında işlenen fiilin ağırlığıyla orantılı ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunur." şeklindeki düzenleme de göz önünde bulundurularak 103/2 maddesinden teşebbüs nedeniyle indirim yapıldığında belirlenen cezanın, suçun basit hali olan 103/1. maddesi için tayin olan 3 yılın altına düşmemesi gerekir. Bu halde de daha ağır bir eylem işleyen failin, suçun basit şeklini işleyene göre daha az ceza alması söz konusu olacaktır.

### 3. Suçun Netice Sebebiyle Ağırlaşan Haline Teşebbüs

Netice sebebiyle ağırlaşmış suçtan sorumluluk için, kural olarak kastedilenden ağır ya da başka neticenin somut olayda gerçekleşmiş olması gerekir. Özellikle bu ağır neticeye yönelik taksir yahut olası kastın bulunduğu hallerde, sorumluluk için temel suç tipinin varlığının yanı sıra, ağır veya başka neticenin de gerçekleşmesi şarttır. Bu itibarla neticesi sebebiyle

---

yasanın yanlış belirlenmesi suretiyle fazla ceza tayini" 5.CD.nin 26.05.2009 gün 2006/8097-2009/6325 sayılı kararı; "Dosya kapsamına, raporlara ve mağdurenin mahkemede de yinelediği oluştaya 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 çıkararak 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 yanılığa düşerek yazılı şekilde basit cinsel istismar suçundan mahkûmiyet hükmü kurulması" 5.CD.nin 26.03.2007 2007/1363-2213 sayılı kararı; 5. CD.nin 18.12.2003 gün 2002/8481-2003/7492 sayılı kararı.( 283. dipnotta)

<sup>285</sup>:"Sanık hakkında 13.2.1970 doğumlu olan mağdurenin livata yoluyla ırzına geçtiğinden bahisle açılan davada mağdurenin ilk muayenesine ait Akçadağ merkez sağlık ocağı ve Malatya Doğumevinin 4.8.1982 tarihli raporlarında livata arazına rastlanmadığı ve sekonder seks karakterlerinin tam gelişmediği, vajen sol duvarında kızarıklık ve kanamanın bulunduğu açıklanmış, raporu veren Dr. Hayriye bilirkşi sıfatıyla duruşmadaki beyanında penisin tükürükle ıslatılması durumunda ve cesaretine ' göre tam duhul halinde bulgu bırakmayabileceğini beyan etmiş olmasına göre, Mağdurenin yaşının küçüklüğü ve raporda sekskarakterinin gelişmediğinin belirtilmesi nedeniyle anüsün tam gelişmemiş olması ve sanığın penisinin cesameti itibariyle tam ithale müsait bulunmaması gibi fiziki imkânsızlık durumları araştırılmamış olduğundan mağdurenin anüsü ile sanığın penisinin cesameti bilmuayene tespit ettirilip dosyanın Adli Tıp Kurumu Başkanlığına gönderilerek gerekli rapor alındıktan sonra sonucuna göre suç vasfının tayin ve takdiri gerekirken eksik soruşturma ile yazılı şekilde hüküm tesisi", 5.CD.nin 29.12.1983 gün 1983/4049-4629 sayılı kararı.



ağırlaştırılmış suça teşebbüs konusunda kesin bir yargıya varmak doğru değildir.<sup>286</sup>

Netice yüzünden ağırlaşan suçlara teşebbüsün mümkün olup olmadığı sorununun, üç değişik olasılık içerisinde ele alınması gerekir. İlk olasılıkta temel suç tamamlanmış, ancak failin istediği veya en azından göze aldığı ağır netice gerçekleşmemiştir. Yukarıda da değinildiği üzere, ağır netice bakımından "*en azından*" taksir derecesinde kusur arandığı ve bazı durumlarda ağır neticenin kasten de gerçekleştirilebileceği göz önünde bulundurulduğunda, eğer fail ağır neticenin gerçekleşeceğini hesaba katmış ve bunu göze almış, ancak ağır netice gerçekleşmemiş ise, teşebbüs söz konusu olabilir. Örneğin (A), (B)'ye çocuk yapma yeteneğini yitireceğini göze alarak ateş ediyor. (A) yaralanıyor, ancak çocuk yapma yeteneğini yitirmiyor.<sup>287</sup> Ancak, netice sebebiyle ağırlaştırılmış suçlarda "kast taksir" ve "kast-olası kast" kombinasyonları bakımından bu soruya kuşkusuz olumsuz cevap vermek gerekmektedir. Zira teşebbüsün varlığı yönünden kişinin doğrudan kastla hareket etmesi gerekmektedir (TCK.m.35/1). Örneğin, fail mağdurun gözünü çıkartmaya, kör etme yönelik olarak yaralama fiilini icra etmiştir (TCK.m.86/1,3). Ancak yapılan tedavi sonucunda mağdurda uzuv zaafı yahut uzuv kaybı meydana gelmemiştir (TCKm.87/1,2). Failde, mağdurun uzuv zaafına yahut kaybına yönelik doğrudan kast tespit edilebiliyorsa, bu hallere teşebbüsten bahsedilebilir.<sup>288</sup>

İkinci olasılıkta ise; temel suç teşebbüs aşamasında kalmış ve ağır netice de gerçekleşmemiştir. Bu durumda Sayın Erdem, netice yüzünden ağırlaşan suça teşebbüs söz konusu olabileceğini, Sayın Üzülmöz ve Koca

---

<sup>286</sup> Artuk, Gökcen, Yenidünya, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 393.

<sup>287</sup> Erdem, a.g.e.,s.111.

<sup>288</sup> Artuk, Gökcen, Yenidünya, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 395; Benzer: Üzülmöz, **Cinsel Saldırı Suçu**, s. 260; Tezcan, Erdem, Önok, a.g.e., s. 205; Koca, Üzülmöz, a.g.e., s.238.

ise; ağır netice bakımından failin doğrudan kastının varlığı halinde mümkün olabileceğini söylemektedirler.<sup>289</sup>

Öğretide ağır neticeye yönelik doğrudan kast tespit edildiği takdirde, teşebbüsün mümkün olduğu ifade edilmiş ise de; bu ihtimalde fail sadece suçun temel şekline teşebbüsten cezalandırılmalıdır. Aksi halde cezai sorumluluğun kapsamı sınırsız bir şekilde genişletilmiş olmaktadır.<sup>290</sup>

Bu görüşlere karşılık öğretide, ispat zorlukları ve sorumluluğun sınırını olağanüstü genişletiyor olması karşısında, failin sadece suçun temel şekline teşebbüsten cezalandırılması gerektiği görüşü de bulunmaktadır.<sup>291</sup>

Bizim kanaatimizce de; teorik olarak ağır neticeye yönelik failin doğrudan kastı tespit edildiği takdirde netice sebebiyle ağırlaşmış suça teşebbüs mümkün olduğu yönündedir. Ancak uygulamada bunun ispatı zordur.

Üçüncü olasılıkta, temel suç tipi teşebbüs aşamasında kalmış, ancak ağır netice gerçekleşmiştir. Örneğin, çocuk düşürtme fiili teşebbüs aşamasında kalmış, ancak bu fiilin gerçekleşen icra hareketleri sonucunda mağdurun organlarından biri, işlevini yitirmiştir. Fail hakkında neticesi sebebiyle ağırlaşmış suça ilişkin hüküm uygulanır. Benzeri bir durum cinsel saldırı (TCK. m. 102/2) ve cinsel istismar (TCK.m.103/2) suçları açısından da geçerlidir. Örneğin teşebbüs aşamasında kalmış cinsel saldırı yahut istismar sonucunda mağdurun beden veya ruh sağlığı bozulmuşsa (TCK.m.102/5, 103/6), fail hakkında neticesi sebebiyle ağırlaşmış suça ilişkin hüküm uygulanır.<sup>292</sup>

---

<sup>289</sup> Erdem, a.g.e.,s.111; Koca, Üzülmez, a.g.e., s.238.

<sup>290</sup> Artuk, Gökçen, Yenidünya, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.395.

<sup>291</sup> Özbek, **Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar**, s.242.; Artuk, Gökçen, Yenidünya, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.395.

<sup>292</sup> Artuk, Gökçen, Yenidünya, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 395; Özbek, **Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar**, s.242; Erdem, s.111; Koca, Üzülmez, a.g.e., s. 238.

Görüldüğü üzere: birinci ve ikinci olasılıklarda bazı yazarlar ağır netice bakımından teşebbüsü kabul etmemişler ise de; temel suç tipi teşebbüs aşamasında kalmış, ancak ağır netice gerçekleşmiş ise teşebbüs nedeniyle indirim yapılmaması görüşünde hem fikirdirler.

Yargıtay, yerleşik içtihatlarında neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçlarda, failin bu ağır neticeden ancak onun gerçekleşmesi halinde sorumluluğu kabul edildiğinden, ağır neticeye yönelik taksir derecesinde bir kusur aranması nedeniyle teşebbüsün suç işleme kastına ilişkin şartının gerçekleşmesi mümkün olmadığından ve meydana gelen sonuç istenmediğinden, bu suçların teşebbüse elverişli bulunmadığını kabul etmiştir.<sup>293</sup> Gerçekten de netice gerçekleştiikten sonra, şayet failin meydana gelen ağır neticede en az taksir derecesinde bir sorumluluğu var ise; temel suçtan teşebbüs nedeniyle indirim yapılması mümkün değildir. Netice artık gerçekleşmiştir ve neticeyi teşebbüs aşamasında kalan eylem gerçekleştirmiştir.

---

<sup>293</sup> “ Neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçlarda failin bu ağır neticeden ancak onun gerçekleşmesi halinde sorumluluğu kabul edildiğinden, ağır neticeye yönelik taksir derecesinde bir kusur aranması nedeniyle teşebbüs suç işleme kastına ilişkin şartın gerçekleşmesi mümkün olmadığından ve meydana gelen sonuç istenmediğinden keza Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 18.12.1989 gün ve 1989/314 Esas, 1989/399 sayılı kararı içeriğine göre de, neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış bu suçların teşebbüse elverişli bulunmadığı gözetilmeden sanığa çocuğun nitelikli cinsel istismarına teşebbüs suçundan verilen cezadan TCK.nun 35. maddesi ile indirim yapılması, ” 5. CD.nin 27.04.2009 gün 2009/655-4894 sayılı kararı; “Çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçuna teşebbüs sonucu TCK.nun 103/6. maddesinde beliren hal gerçekleştiğinden teşebbüs hükümlerinin neticeye değil buna neden olan nitelikli cinsel istismar fiiline uygulanıp Ceza Genel Kurulu'nun benzerlik arz eden 20.11.2007 gün ve 2007/142 Esas, 2007/240 sayılı kararında teselsül için öngörülen haller bu durum nedeniyle de geçerli olduğundan fiilin teşebbüsten dolayı indirilmesi, ancak sonucu oluşturan TCK.nun 103/6. maddesine uyan eylemine uygulanmaması gerekirken yanlış anlam verilerek 103/6. madde ile belirlenen cezadan TCK.nun 35. maddesi ile indirim yapılması suretiyle eksik ceza tayin edilmesi.” 5.CD.nin 15.06.2009 2009/5700-7264 sayılı kararı; “Sonucun gerçekleşmiş olması nedeniyle neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçlara teşebbüsün olanaklı bulunmadığı gözetilip, 5237 sayılı TCK.nun 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, yasaya aykırı” 5.CD'nin 23.03.2009 tarih ve 2008/14544-2009/3539 sayılı kararı.

## B. İştirak

Sözlük anlamı olarak iştirak; ortaklık, bir işe katılma ve bir işte yer alma anlamına gelmektedir, Ceza kanunu anlamında ise ,bir kişi tarafından işlenilebilen suçun birden fazla kimse tarafından işlenmesine suça iştirak (katılma) denir.

Kanuni tarifte bir fiilin bir şahıs tarafından müstakilen gerçekleştirilmesi esas alındıysa da, çoğu zaman bu fiiller birden fazla kişinin müşterek katılımı sonucu gerçekleştirilmektedirler. Bu durumda, fiilin icrasına katılan suç ortaklarının hepsi de fiilin oluşumuna illi değeri haiz bir katkıda bulunmaktadır ve bu katkıları nedeniyle sorumlulukları söz konusudur.<sup>294</sup>

Cinsel istismar suçu açısından özel bir iştirak şekli düzenlenmemiştir. Bu suça iştirak hususunda genel hükümler geçerli olup bu nedenle bu suça azmettirme ve yardım etme biçiminde iştirakin her türüsü mümkündür.

İştirak 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 64,65,66 ve 67.maddelerinde düzenlenirken 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 37,38,39, ve 40.maddelerinde düzenlenmiştir. 765 s. TCK.nun da ki " asli iştirak- fer'i iştirak" sisteminin neden terk edildiği 37. maddenin gerekçesinde belirtilmiş ve müşterek faillik genişletilmiştir. İştirak, fiilin işlenişi üzerinde kurulan hakimiyet ölçü alınarak sorumluluk statüsüne göre belirlenecektir, bu duruma göre iştirak halleri yeni yasa dönemimiz de faillik (37.md), azmettirme (38.md) ve yardım etme(39.md ) olarak düzenlenmiştir.

---

<sup>294</sup> Özgenç, **TCK Genel Hükümler**, s. 448.

İştirak şekillerinden “faillik” 37.<sup>295</sup> maddede iki fıkra halinde düzenlenmiş, birinci fıkrada “müşterek faillik”, ikinci fıkrada ise “dolaylı faillik” olmak üzere ikili ayrıma tabi tutulmuştur.

## 1. Müşterek Faillik

Müşterek faillikte, birlikte suç işleme kararının yanı sıra, fiil üzerinde ortak hakimiyet kurulduğu için, her bir suç ortağı fail statüsündedir. Ortak hakimiyetin 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.<sup>296</sup> Kanunda tanımlanan haksızlığı yalnız başına gerçekleştiren kişiye “ doğrudan” veya “müstakil fail” denilmektedir. Kanunda tanımlanan haksızlığın birden fazla suç ortağı tarafından gerçekleştirilmesi durumunda ise “ müşterek faillik “ söz konusu olmaktadır.<sup>297</sup>

Müşterek failliğin birinci koşulu, suçun kanuni tanımında öngörülen fiilin birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesidir. Bu nedenle failler birden fazla olmadıkça veya işlenen suç çok failli bir suç olduğunda, müşterek failliğin varlığından söz edilemez. Ancak, çok failli suçlarda bu suçların bünyesiyle bağdaşabildikleri ölçüde, müşterek faillik hükümlerinin uygulanacağını gözden uzak tutmamak gerekir.<sup>298</sup>

Müşterek faillik için suçun işlenişi üzerinde müşterek hakimiyet kurulması gerekir. Fiil üzerinde ortak hakimiyet mevcut olduğunda, fiilin icrası veya sonuçsuz kalması ortak faillerden her birinin elinde bulunmaktadır.<sup>299</sup> Müşterek hâkimiyetin kurulup kurulmadığının tespiti için suç ortaklarının

---

<sup>295</sup> Madde 37 ,-(1) Suçun kanuni tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştiren kişilerden her biri, fail olarak sorumlu olur.

<sup>296</sup> Özgenç, **TCK Gazi Şerhi**, s.483.

<sup>297</sup> Parlar ve Hatipoğlu, a.g.e., s.411.

<sup>298</sup> Parlar ve Hatipoğlu, a.g.e., s.411.

<sup>299</sup> Erdal Noyan, **Ceza Davası**, Ankara: Adalet Yayınevi, 2007, s.109.

suçun icrasındaki rolleri ve katkılarının ağırlığına bakmak gerekir. Suç ortaklarının yaptıkları katkı bir bilerini tamamlar şekilde olup, hep birlikte mağdur üzerinde müşterek hakimiyet kurulmaktadır.

Müşterek faillik için olay mahallinde bizzat bulunmak zorunlu değildir. Uzaktan da olsa mesela telefon v.s. ile fiilin işlenişini yönlendirmek suretiyle, eyleme yaptığı katkı itibariyle çok önemliyse, müşterek fail olarak suçun icrasına iştirak mümkündür. Buna karşılık, suçun icrası açısından müstakil bir fonksiyonu olmayan bir katkıda bulunulması halinde, müşterek hakimiyetten söz edilemez.

Müşterek failliğin koşullarından biri de birlikte suç işleme kararıdır. Bu iştirakin manevi unsuru olarak da değerlendirilmektedir. Belirli bir suç üzerinde iradenin birleşmesi şeklindeki anlaşma suçun tamamlanmasından önce yapılmalıdır. Suç tamamlandıktan sonraki yapılan anlaşmaların konusu suç teşkil ediyorsa, farklı suçları oluşturması söz konusudur. Birlikte suç işleme kararı olmaksızın aynı konu üzerinde aynı suçun birden fazla kişi tarafından işlenmesi durumunda her bir kişi müstakil fail olarak sorumlu tutulacaktır.

Bir suçun failine, onun haberi olmaksızın, tek taraflı iradeyle, suçun işlenmesine başlamadan önce veya suçun icrası sırasında yardım edilmesi hâlinde, müşterek fail olarak değil, yardım eden olarak sorumlu tutulmak gerekir. Örneğin fail cinsel davranışlara başlamadan önce mağdurun içeceği ilaç katarak yardımda bulunan kişi, müşterek fail olarak değil, yardım eden olarak sorumlu tutulmalıdır.<sup>300</sup>

Cinsel istismarın birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi, suçun icra hareketlerinin müşterek fail olarak sorumluluğu gerektirecek şekilde gerçekleşmesini ifade etmektedir. Buna göre, birlikte cinsel istismar suçunu

---

<sup>300</sup> Sevük, **Cinsel İstismar**, s. 293.

işleme kararı alarak, bunu gerçekleştirmek amacıyla birden fazla kimsenin tamamının birbirini takiben fiili gerçekleştirmesi veya bu suçun işlenmesi sırasında mağdurun el ve ayaklarını tutmak suretiyle suçun işlenmesine elverişli maddi davranışlarda bulunan kişinin de fiil üzerinde ortak hakimiyet kurması nedeniyle her bir suç ortağı fail statüsünde olması dolayısıyla fail sayısından kaynaklanan ağırlaştırıcı nedenin uygulanmasında zorunluluk vardır.<sup>301</sup>

Suçun işlenmesi sırasında mağdurun el ve ayaklarını tutmak gibi maddi davranışlarda bulunmaksızın, ancak olası müdahalelere engel olmak ve mağdur üzerinde korku yaratarak direncinin kırılmasında etkili olmak üzere olay yerinde gözcülük yapan her bir suç ortağının da fail statüsünde kabulü ile cinsel istismar suçunun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi kapsamında düşünülmesi gerekir.<sup>302</sup>

Gözcülük yapan suç ortağının bulunduğu yer itibariyle objektif olarak olası müdahalelere engel olmaya, mağdur üzerinde psikolojik baskı ve korku oluşturmaya elverişli bir yer olması gerekir. Ancak, yasa koyucu bu genel iştirak hükümleri ile de yetinmeyerek cinsel istismar suçuna ( cinsel saldırı

---

<sup>301</sup> “Sanıklar Sait ve Sedat’ın cinsel istismar suçunu işlediği esnada aynı yerde bulunup telefona kayıt yapmak, mağdurun ayağını tutup direncini kırıp mukavemetini engellemek ve diğer sanıkların eylemini de kolaylaştırmak suretiyle 5237 sayılı Yasanın 37. maddesi anlamında suça katılan sanıklar Turgay ve Emrullah’ın eylemlerinin yardım eden vasfında kabul edilerek, tayin olunan cezalarından 39. madde ile indirim yapılması” 5. CD.nin 28.12.2009 gün 2009/11963-15011 sayılı kararı; “Diğer sanık mağdurun pantolon ve külotunu çıkartıp arkasına geçerek iki dakika kadar sürtünerek basit cinsel istismar suçunu işlediği sırada yanında bulunan, mağdurun başını tutarak direncini kırmak suretiyle suçu birlikte gerçekleştiren sanığın 5237 sayılı TCK.nun 37/1. maddesi gereğince fail olarak sorumlu tutulması gerektiği gözetilmeden, aynı yasanın 39/2.maddesi uyarınca cezasından indirim yapılması” 5.CD.nin 18.9.2006 gün 2006/5223-6921sayılı kararı.

<sup>302</sup> “Sanık Ferhat’ın araç içerisinde mağdurenin ırzına geçtiği sırada diğer sanıklar Mehmet ve Hüseyin’in aracın dışında silahlı olarak gözcülük yapıp eylemin icrasına yardımcı oldukları ve 5237 Sayılı Yasanın 37. maddesindeki gerekçe karşısında, bu madde uyarınca müşterek fail olarak sorumlu tutulup cezalandırılmaları gerektiği gözetilmeden, haklarında bu yasanın 39.maddesi uygulanarak noksan ceza tayin edilmesi,” 5.C.D.nin 13.3.2006 gün 2005/17568- 2006/1654 sayılı kararı; “Oluş ve kabule göre; sanıkların diğerinin cinsel istismarda bulunma eylemini işlediği sırada mağdurenin yanında bulunup suça asli fail olarak katılarak aynı zaman ve mekânda birbirini takiben nitelikli cinsel istismarda bulunmak suretiyle eylemlerini zincirleme biçimde gerçekleştirdikleri halde haklarında 5237 sayılı Yasanın 43. maddesinin tatbik edilmemesi” 5.CD.nin 16.11.2009 gün 2009/9860-12460 sayılı kararı.

suçunda da aynı düzenleme vardır) özgü olmak üzere özel bir iştirak hükmüne gereksinim duyarak, bu amaçla 765 sayılı kanunun 417.maddesine karşılık 5237 sayılı Türk Ceza kanununun 103. maddesinin 3.fıkrasının getirdiği düzenleme ile “suçun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi” halini fail sayısından kaynaklanan ağırlaştırıcı neden saymıştır. Anılan madde metninde yer alan “birlikte işlenmesi” ifadesinden hareketle, madde gerekçesinde de vurgulandığı üzere “cinsel istismarın birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi, bu suçun icra hareketlerinin müşterek fail olarak sorumluluğu gerektirecek şekilde gerçekleştirilmesini ifade etmektedir. Bu bakımdan, söz konusu suçun örneğin bir başkası tarafından azmettiren veya yardım eden sıfatıyla iştirak ederek işlenmesi halinde sadece bu nedenle cezada artırım yapılmayacağı” anlaşılmaktadır.<sup>303</sup>

## 2. Dolaylı Faillik

765 sayılı Türk Ceza Kanununda dolaylı faillik hususunda bir düzenleme yokken, 5237 sayılı TCK.nun 37/2. maddesinde<sup>304</sup> bu kuruma yer verilmiştir.

Kanuni tarifteki bu haksızlık kişi tarafından doğrudan gerçekleştirilmeyebilir, yani kişi suçu bir başkası vasıtasıyla gerçekleştirmiş olabilir. Bu durumda "dolaylı faillik" söz konusudur.<sup>305</sup> Dolaylı faillik, arka plandaki kişi, suçun icrai hareketlerini gerçekleştiren şahsın ve hareketinin üzerinde hakimiyet kurmaktadır ve bu hakimiyet nedeniyle, fail olarak sorumlu tutulmaktadır. Dolaylı faillikle azmettirmeyi birbirine karıştırmamak

---

<sup>303</sup> “Sanıklar Turgay ve Emrullah’ın eyleminin 5237 sayılı TCK.nun 39. maddesi gereğince “yardım eden” niteliğinde kabul edilmesi ve 103/3. maddesinde belirtilen suçun birlikte gerçekleştirilmesi” halinin ise ancak sanıkların eylemlerinin 37/1. maddesine göre “müşterek fail” olarak sorumlu tutulmaları durumunda söz konusu olacağı nazara alınmadan sanıklara tayin olunan cezanın 103/3. maddesi ile artırılması”5. CD.nin 28.12.2009 gün 2009/11963-15011 sayılı kararı.

<sup>304</sup> Madde 37 (2) Suçun işlenmesinde bir başkasını araç olarak kullanan kişi de fail olarak sorumlu tutulur. Kusur, yeteneği olmayanları suçun işlenmesinde araç olarak kullanan kişinin cezası, üçte birden yarısına kadar artırılır.

<sup>305</sup> İzzet Özgenç, **TCK Genel Hükümler**, s. 497.



gerekir. Dolaylı fail, amacına erişmek için karar vermek imkanına sahip bulunmayan ve olaya karışması kastı da olmayan diğer bir kişiyi kullanmaktadır. Örneğin, şahıs üzerinde cebir kullanılan kimseye suçun zorla işletilmesi gibi.<sup>306</sup>

Kişi cinsel istismar suçunu bir başkasını araç olarak kullanmak suretiyle de işleyebilir. Bu durumda dolaylı faillik söz konusudur. Suçun işlenmesinde kusur yeteneği olmayan kişilerin araç olarak kullanılması durumunda, dolaylı faile verilecek olan cezanın bu nedenle artırılması kabul edilmiştir. Zira bu durumda sadece bir suç işlenmemekte, kendisini yönlendirme yeteneği olmayan kişiler istismar da edilmektedir. Bu bakımdan cinsel istismar suçu da örneğin kusur yeteneği olmayan bir kişinin araç olarak kullanılması suretiyle işlenebilir.<sup>307</sup> Kanaatimizce burada sadece kusur yeteneği olmayanların kullanılması durumunda değil, rızası bulunmadığından veya rızası geçerli olmadığından dolayı araç olarak kullanılan her kişiye karşı da aynı zamanda cinsel istismar/saldırı suçu işlenmiş olur. Dolaylı fail, bir suçu başka kişi veya kişileri araç olarak kullanarak işletmektedir. Kanunda “bir başkasını” denildiğinden, bir hayvanı suç işlemek için kullanan kişi dolaylı değil, doğrudan fail olacaktır.

Sokma ve sokturma kavramlarına suçun maddi unsurlarından fiili açıklarken değinmiş, “sokturma” eyleminin doğrudan nitelikli cinsel saldırı/istismar suçunu oluşturmadığını söylemiştik. Vücuda organ veya cisim sokulması fail tarafından yapılabileceği gibi, fail tarafından zorla, rızası bulunmayan mağdura da yaptırılabilir. Yani mağdur, failin isteği ve zorlaması altında kendi vücuduna bir organı ya da cismi soktuğunda suç işlenmiş olur.<sup>308</sup> Bu durumda fail, mağdurun kendisini araç olarak kullandığından, dolaylı faillik yolu ile sorumludur. Fail bu işlemi bir başka kişi vasıtasıyla da

<sup>306</sup> Parlar ve Hatipoğlu, **Türk Ceza Kanununun Yorumu**, s.412.

<sup>307</sup> Sevük, Cinsel İstismar, s. 293.

<sup>308</sup> 5.C.D.nin 12.06.2007 gün 2007/4022-4722 sayılı kararında, mağdurun ,sanığın zorlaması ile kendi anüsüne cezve sapı sokma eylemini nitelikli cinsel saldırı olarak kabul eden yerel mahkemenin kararını onamıştır.

mağdur üzerinde gerçekleştirebilir. Bu durumda baskı altında başkasına karşı suç işleyen kişi TCK.28.madde gereğince cezaen sorumlu olmaz.<sup>309</sup> Burada faili, dolaylı faillik yoluyla organın sokulduğu mağdurun yaşına göre nitelikli cinsel saldırı veya istismardan sorumlu tutabiliriz. Ayrıca burada fail, araç olarak kullandığı organı sokana karşı da, bu kişinin yaşına göre basit cinsel saldırı veya istismar suçunu işlemiş olacaktır.

Öğretide bazı yazarlar; fail erkeğin veya kadının, mağdur erkeği organ sokturmaya zorlaması, (örneğin kadının erkeğin organını kendi vajinasına sokma konusunda zorlaması durumunda) dolaylı faillik yoluyla TCK.nun 102/2-103/2 maddesindeki suçun oluşacağını söylemektedirler.<sup>310</sup> Ancak, bu görüş kanaatimizce doğru değildir.<sup>311</sup> Olasılıklar çerçevesinde konuyu incelersek; örneğin, fail reşit, mağdur 15 yaşından küçük ve her ikisinin de rızası bulunduğu, Yargıtay 5. Ceza Dairesinin 03.05.2010 gün 2009/14703 E. 2010/3231 sayılı kararında<sup>312</sup> belirtildiği üzere, basit cinsel istismar suçu oluşur. Çünkü cinsel organın sokulduğu fail reşit olup, rızası da bulunduğundan sokma eylemi suç oluşturmaz. Bundan dolayı faili, dolaylı faillik ve azmettirmeden sorumlu tutmak mümkün değildir. Ortada sadece failin mağdura karşı işlemiş olduğu doğrudan çocuğun basit cinsel istismarı suçu vardır. Burada mağdurun rızası olmasa dahi, yine çocuğun basit cinsel

---

<sup>309</sup> Malkoç, **Cinsel Suçlar**, s. 57.

<sup>310</sup> Tezcan, Erdem, Önok, a.g.e., s. 304; Özbek ve Kanbur; a.g.e. s. 617; Karşı Görüş İlhan Üzülmez, Yeni Türk Ceza Kanununda Cinsel Saldırı Suçu, s.257,258 “Suçun oluşumu, mağdur durumundaki kadın veya erkeğin vücuduna organ sokulmasını gerektirdiğinden, bir kadın veya erkeğin kendi vücuduna organ veya sair bir cisim sokması için diğer bir kimseyi zorladığı hallerde kanaatimizce 102/2. maddedeki suç oluşmaz. Zorla vücuda organ veya sair cisim sokturmanın cinsel arzuları tatmin amacıyla gerçekleştirildiğinin tespit edildiği hallerde, faili cinsel saldırının temel şekliinden sorumlu tutmak gerekir. Zira bu hareket zorlanan kişi bakımından cinsel davranışlarla vücut dokunulmazlığının ihlâli anlamına gelmektedir. Buna karşılık, vücuda organ veya cisim sokturma cinsel motifli bir hareket olsa da, failde cinsel arzuları tatmin amacının varlığı tespit edilemez ise, bu durumda cebir kullanma veya tehdit suçu oluşacaktır.”

<sup>311</sup> Bnz. görüş: Üzülmez, **Cinsel Saldırı Suçu**, s.257-258; Üzülmez, **Cinsel İstismar Suçu**, s. 34-35; Baytemir, **Açıklamalı-İçtihatlı Cinsel Dokunulmazlığa Kişi Hürriyetine ve Genel Ahlak Karşı Suçlar**, s. 68.

<sup>312</sup> “Suçun mağduru M. D.'a organ sokulmadığı ve mağdurun reşit sanığa rızasıyla organ sokmasının suç oluşturmadığı nazara alındığında; dolaylı fail veya suça azmettiren olarak sorumlu tutulamayacak olan sanığın mağdura yönelik tamamlanan eylemlerinin basit cinsel istismar suçunu oluşturduğu halde, nitelikli cinsel istismar suçundan hüküm kurulması” Yargıtay 5. Ceza Dairesinin 03.05.2010 gün 2009/14703 E. 2010/3231 sayılı Kararı.

istismarı suçu oluşacak, fakat mağdurun rızası olmadığından ayrıca TCK.nun 103/4.maddesinin de tatbiki gerekir. Şayet fail 15 yaşından küçük olup, zorla kendine organ soktursaydı, bu durumda organın sokulduğu kişiye karşı nitelikli cinsel istismar eylemi gerçekleşmiş olur. Fakat, baskı altında başkasına karşı suç işleyen kişinin TCK.nun 28. maddesi gereğince cezaen sorumluluğu yoktur. Faili ise, dolaylı faillik yoluyla nitelikli cinsel istismar suçundan sorumlu tutabiliriz. ( failin rızası, mağdurun rızasının olmadığını farz ediyoruz.) Ancak, fail dediğimiz kişi aynı zamanda organın sokulduğu kişidir. Bundan dolayı da Tyrell kuralı gereği burada nitelikli istismar suçu oluşmaz, ancak failin mağdura karşı doğrudan işlemiş olduğu basit cinsel istismar veya saldırı suçu oluşur. 15 yaşından küçük, bir başkasını araç olarak kullanmayıp, bir cismi doğrudan kendi kendine sokmuş olsaydı, zaten ortada herhangi bir suç olmayacaktı. Tyrell kuralına göre bir suç, kişinin korunması için konulmuş ise, aynı kişi bu suçun tarafı olarak mahkum edilemez.<sup>313</sup>

Şayet 15 yaşından küçük fail, 15 yaşından küçüğü, (failin vücuduna) organ sokmaya azmettirmiş olsa idi, bu durumda sokan, çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçunun irtikap edeni, failde, azmettirilene tabi olduğundan, azmettiren olarak iştirak etmiş olur. Burada Tyrell kuralını işletemeyiz, çünkü ortada, failin azmettirmesi sonucu işlenen bir suç vardır. Şayet azmettirilene cezalandırıp, azmettireni cezalandırmazsak, ortada adaletsiz bir durum oluşacaktır. Ancak, TCK.nun 44. maddesi gereğince, azmettireni sadece nitelikli cinsel istismar suçundan cezalandırabiliriz.

Yine karşılaşacağımız diğer bir olasılıkta, azmettirme olmadan, her iki tarafta rızaları ile bu eylemi gerçekleştirmiş olabilir. Bu durumda da sokan fail doğrudan cinsel istismar suçunu, sokulanda basit cinsel istismar suçunu işlemiş olur.

---

<sup>313</sup> Dönmezer, Son Çalışmaları-Cinselliğe İlişkin Suçlarda Yeni Trendler, s. 259.

### 3. Suç işlemeye Azmettirme

TCK.nun 38.<sup>314</sup>maddesinde düzenlenen azmettirme, 38. madde gerekçesinde “belli bir suç işlemeye hususunda henüz fikri olmayan bir kişinin başkası tarafından bu suçu işlemeye karar verdirilmesidir.” şeklinde tanımlanmıştır. Failin arkasındaki bu kişi, icra hareketlerini yapan üzerinde ve icra hareketleri üzerinde hakimiyet kurduğundan fail gibi sorumludur. Azmettirmeden önce azmettirilen kişi de herhangi bir suç işlemeye kararı bulunmamaktadır. Azmettirilen azmettiren kişi tarafından oluşturulan irade sonucu suç işlemektedir. İhmali davranışla işlenen suçlarda genellikle azmettirme mümkün olmamakta kasıtlı işlenen suçlarda mümkün olmaktadır.

Azmettirenin azmettirmesi, failin suç için harekete geçmesini sağlamamışsa ortada işlenmiş bir suç mevcut olmadığından azmettiren cezalandırılmaz.<sup>315</sup>

Azmettirme ve yardım etme olarak gerçekleşen kanuni tarife uygun haksızlıktan sorumlu tutulabilmeleri ancak bağıllık kuralı vasıtasıyla mümkün olabilecektir. Fail, gerçekleşen kanuni tarife uygun haksızlıkla, suçun objesiyle doğrudan temas halinde iken; şerik için böyle bir doğrudan temas söz konusu değildir. Şerik, faille olan şahsi bağlantısı nedeniyle ve ancak bağıllık kuralı vasıtasıyla söz konusu haksızlıktan sorumlu tutulacaktır.<sup>316</sup>

---

<sup>314</sup> Madde 38 - (1) Başkasını suç işlemeye azmettiren kişi, işlenen suçun cezası ile cezalandırılır. (2) Üstsoy ve altsoy ilişkisinden doğan nüfuz kullanılmak suretiyle suça azmettirme hâlinde, azmettirenin cezası üçte birden yarısına kadar artırılır. Çocukların suça azmettirilmesi hâlinde, bu fıkra hükmüne göre cezanın artırılabilmesi için üstsoy ve altsoy ilişkisinin varlığı aranmaz. (3) Azmettirenin belli olmaması hâlinde, kim olduğunun ortaya çıkmasını sağlayan fail veya diğer suç ortağı hakkında ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine yirmi yıldan yirmibeş yıla kadar, müebbet hapis cezası yerine onbeş yıldan yirmi yıla kadar hapis cezasına hükmolunabilir. Diğer hâllerde verilecek cezada, üçte bir oranında indirim yapılabilir.

<sup>315</sup> Sulhi Dönmezer ve Sahir Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım**, 12.b. İstanbul: C.2, 1999, s.534.

<sup>316</sup> Özgenç, **Türk Ceza Hukuk Genel Hükümler**, s.517.

Kişi belli bir fiili işlemeye azmettirilmelidir ve bu fiilin belli bir şahsa yönelik olması gerekir. Ancak, fiilin işleneceği zaman ve yerin tayinine gerek yoktur. Azmettirme, bir fiilin esaslı unsurlarıyla veya ana hatlarıyla somutlaştırılmış olmasını zorunlu ve yeterli kılar. Bu itibarla, suçun icra tarzına ilişkin ayrıntıların belirlenmesine gerek yoktur. Keza belli bir kişi suç işlemeye azmettirilmelidir. Suç işlemesi istenen kişinin belli olmaması halinde, artık azmettirmeden bahsedilemez. Bu durumda, diğer şartların gerçekleşmesi kaydıyla suç işlemeye tahrik suçu (m 214) söz konusu olur. Azmettiren, azmettirilen kişide suçun işlenmesi konusunda karar oluşturmalıdır. Şayet kişi daha önce suçu işlemeye karar vermiş ise (omnimodo facturus); bu durumda azmettirmeye teşebbüs edilmiş veya suçun işlenmesine manevi yardımda bulunulmuş olur.<sup>317</sup>

Dolaylı fail, olayı başından sonuna kadar kendi kontrolünde bulundurmaktadır; ortada süje-obje ilişkisi mevcuttur. Azmettirmede ise, serbest iradesiyle hareket eden bir şahsın tefessüh ettirilmesi mevzubahistir. Azmettiren şahıs, suç işleme doğrultusundaki iradesini bir başkasına intikal ettirmektedir. Ancak, bu durumda, suçun işlenip işlenmeyeceği hususundaki kararın oluşumunda azmettiren azmettirilene tabi olmaktadır.<sup>318</sup> Azmettiren kimse, azmettirme ile yetinmeyip asli-maddi veya fer'i-maddi şekilde suça katılmışsa, hem azmettirdiği hem de suça başka şekilde katıldığı için iki kez cezalandırılmaz. Bu gibi hallerde, en ağır cezayı gerektiren azmettirmeden dolayı ceza verilmelidir.<sup>319</sup>

---

<sup>317</sup> Özgenç, **Türk Ceza Hukuk Genel Hükümler**, s.517.

<sup>318</sup> Özgenç, **Türk Ceza Hukuk Genel Hükümler**, s.517.

<sup>319</sup> "15 yaşından küçük kızı mağdurenin, diğer sanık Kadir ile evlenme kararlarına onay vermek suretiyle suça katıldığı anlaşılan sanığın eyleminin niteliği suça fer'i maddi katılma niteliğindedir", YCGK.nun 30. 3. 1992 gün 1992/71-94 sayılı kararı; "Kocası tarafından (on beş yaşından küçük mağdurun ırzına geçilmesi suçundan sanık H.'nin) kızının gayri resmi evlendirilmesinde, eğitim ve kültür düzeyi itibarıyla bir etkinliği olmadığı, evlendirmeye bilinçli ve eylemli olarak katılmadığı anlaşılan sanık Hatice'nin beraatına karar verilmesinde zorunluluk bulunmaktadır." CGK.nunu 09.05.1988 5-103/207 "Sanığın velayet hakkını kötüye kullanmak suretiyle başlık parası olarak kızı olan mağdureyi diğer sanık ile haricen evlendirmesinin diğer sanığın ırza geçme suçuna asli iştirak niteliğinde bulunduğu gözetilmemesi aleyhe temyiz olmadığından bozma nedeni yapılmamıştır." 5. CD.nin 25.6.1998 2116/2756 sayılı kararı.

#### 4. Yardım Etme

Yardım etme ise, TCK.nun 39.<sup>320</sup>maddesinde düzenlenmiştir. Bu madde ile, 765 sayılı Kanunun 65. maddesinde düzenlenen “fer’i iştirak” yerine “yardım etme” kavramı benimsenmiş, ayrıca yeni düzenlemede “zorunlu iştirake” ilişkin hükme gereksinim kalmadığından, yasa metninde bu hükme yer verilmemiştir.

Fail, gerçekleşen kanuni tarife uygun haksızlıkla, suçun objesine doğrudan temas halinde iken; şerik için böyle bir doğrudan temas söz konusu değildir. Şerik, faille olan şahsi bağlantısı nedeniyle ve ancak bağlılık kuralı vasıtası ile söz konusu haksızlıktan sorumlu tutulacaktır.<sup>321</sup>

Yardım etme kavramı, bir başkasının kasten işlemekte olduğu bir suçun icrasının kasten desteklenmesi anlamına gelmektedir. Bu bağlamda failin suç teşkil eden fiili işlerken bir başkası tarafından desteklendiğinin, kendisine yardım edildiğinin bilincinde olmasına gerek yoktur. Kanunun 39. maddesinin ikinci fıkrasındaki düzenlemeye göre, bir kişinin işlenen suçtan dolayı yardım eden sıfatıyla sorumlu olabilmesi için o kişinin suçun işlenişine aşağıda gösterilen biçimde maddi veya manevi katkıda bulunması gerekir.<sup>322</sup>Yardım edenin kasten hareket etmesi gerekir.

İştirak hallerinin birden fazla hali bir arada bulunabilir. Örneğin, suçun işlenmesi sırasında araç temin eden kişi, aynı zamanda teşvik eden

---

<sup>320</sup> Madde 39 - (1) Suçun işlenmesine yardım eden kişiye, işlenen suçun ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektirmesi hâlinde, onbeş yıldan yirmi yıla; müebbet hapis cezasını gerektirmesi hâlinde, on yıldan onbeş yıla kadar hapis cezası verilir. Diğer hâllerde cezanın yarısı indirilir. Ancak, bu durumda verilecek ceza sekiz yılı geçemez. (2) Aşağıdaki hâllerde kişi işlenen suçtan dolayı yardım eden sıfatıyla sorumlu olur: a) Suç işlemeye teşvik etmek veya suç işleme kararını kuvvetlendirmek veya fiilin işlenmesinden sonra yardımda bulunacağını vaat etmek. b) Suçun nasıl işleneceği hususunda yol göstermek veya fiilin işlenmesinde kullanılan araçları sağlamak. c) Suçun işlenmesinden önce veya işlenmesi sırasında yardımda bulunarak icrasını kolaylaştırmak.

<sup>321</sup> Özgenç, **TCK Genel Hükümler**, s. 497.

<sup>322</sup> Parlar ve Hatipoğlu, a.g.e., s.424.

durumunda olabilir. Bu gibi hallerde en ağır olan iştirak şekillerinden tek bir ceza tayin edilir.<sup>323</sup>

Manevi yardım halleri; Suç işlemeye teşvik, suç işleme kararını kuvvetlendirmek, suçun işlenmesinden sonra yardımda bulunmayı vaat etmek ve suçun nasıl işleneceği konusunda yol göstermekten ibarettir.

Maddi Yardım halleri ise suçun işlenmesindeki araçları temin etmek, suçun işlenmesinden önce veya işlenmesi sırasında maddi yardımda bulunarak icrasını kolaylaştırmaktır.<sup>324</sup>

ETCK. döneminde resmi nikah olmadan gerçekleştirilen çocuk evliliklerinde, ikili bir ayırım yapılıyordu. Baba veya velayet hakkına sahip anne, velayet hakkını kötüye kullanarak rızası olmayan kızlarını başlık parası karşılığı evlendiriyorlar ise suça asli, kendi isteğiyle evlenmeye karar veren kızın evlenmesine onay verilmesini de ferî iştirak olarak değerlendiriliyordu.<sup>325</sup>

<sup>323</sup> Hüsnü Aldemir, **Yeni TCK ve Kabahatler Kanunu**, Ankara: Kartal Yayınevi, 2005, s.192.

<sup>324</sup> "Sanığın velayet hakkını kötüye kullanmak suretiyle başlık parası olarak kızı olan mağdureyi diğer sanık ile haricen evlendirmesinin diğer sanığın ırza geçme suçuna asli iştirak niteliğinde bulunduğu gözetilmemesi aleyhe temyiz olmadığından bozma nedeni yapılmamıştır." 5. CD. nin 25.6.1998 gün 1998/2116-2756 sayılı kararı; " Sanık M...nin sanık K ve mağdureyi evine kabul edip bir gece aynı odada ve aynı yatakta kalmalarını sağlamasından ibaret eylemi ırza tasaddi (cinsel saldırı) suçu işlenmeden evvel ve işlendiği sırada yer göstermek suretiyle müzaheretle icrasını kolaylaştırma niteliğinde olup hakkında TCK'nın 65/3 (5237 s.TCK'nın 39.m) maddesinin uygulanması gerektiği gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması" 5.CD.nin 30.09.1998, 2901/3434; "Sanıklar A.İ ile M.İ.'nin suçun işlenmesi sırasında fiil üzerinde ortak hâkimiyetlerinin bulunmadığı, kaçırılan mağdure ve diğer sanıkların evinde kalmasına müsaade etme, yerlerini güvenlik güçlerinden gizleme ve evlenmelerini temin için müşteki ile görüşerek aracı olma şeklinde kabul edilen eylemlerinin suçun işlenmesine yardım etme niteliğinde olduğu ve 5237 Sayılı Yasa'nın 39. maddesine temas ettiği nazara alınmadan ve ayrıca ek savunma hakkı da verilmeden haklarında 37. madde uygulanarak fazla ceza tayini bozmayı gerektirmiştir" 5. CD.nin 16. 4. 2007 gün 2007/740-2908 sayılı kararı.

<sup>325</sup> "Sanık Hasan'ın, 15 yaşından küçük kızı mağdure Gülsen'i sanık Hasan ve mağdurenin annesinin beyanı ile doğrulanan anlaştığı arkadaşı diğer sanık Cevdet ile gayri resmi evlendirdiği ve Hasan'ın başlık almadığı dikkate alındığında; eyleminin suçu fer'an katılmak şeklinde olduğu gözetilmeden, yazılı gerekçelerle asli iştirak kabulü ile hükme varılması" 5.CD'nin 28.02.2007 gün 2007/29-609 sayılı kararı; "Sanık H'nin 15 yaşından küçük kızı mağdure G'yi, sanık H ve mağdurenin annesinin beyanı ile doğrulanan anlaştığı arkadaşı diğer sanık C ile gayri resmi evlendirdiği ve H'nin başlık almadığı dikkate alındığında eylemin, suça fer'an katılmak şeklinde olduğu gözetilmeden yazılı gerekçelerle asli iştirak kabulü ile hükme varılması yasaya aykırıdır", 5. CD.nin 28.02.2007 gün 2006/10686- 2007/2369 s. kararı; "Kızı mağdure ile sanık K.D'nin gayri resmi evlenmelerine izin veren sanık F.K'nin eylemi reşit olmayan mağdure ile cinsi münasebette bulunma suçunun fer'i iştirak

Ayrıca velayet hakkının kullanılmasında babaların oyunun geçerli olup, annelerin bu karara müdahale edemedikleri gerekçeleriyle annelerin cezalandırılmaması yoluna gidiliyordu.<sup>326</sup> <sup>327</sup>Ancak, bu mutlak bir ölçü olmayıp her somut olaya göre ebeveynlerin durumu farklı değerlendirildiği de oluyordu.<sup>328</sup>

Yeni Yasa döneminde ise; resmi nikah olmaksızın gerçekleştirilen evliliklerde, her somut olaya göre, bu evlenmeye onay veren anne veya babanın TCK.nun 39. maddesine göre yardım eden sıfatıyla, rızası olmayan çocuğu başlık parası için gayri resmi olarak evlendirenlerin ise; TCK.nun 37. maddesine göre müşterek fail olarak sorumlu tutulmaları gerekir.

TCK.nun 40.<sup>329</sup> maddesindeki bağıllık kuralının gereği olarak, diğer suç ortaklarının azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulabilmesi

---

niteliğinde bulunduğu halde asli iştirak olarak kabulü yasaya aykırıdır", 5. CD.nin 24. 5.2004 gün 2004/7396-4219 s. kararı; "...15 yaşından küçük kızı mağdurenin, diğer sanık Kadir ile evlenme kararlarına onay vermek suretiyle suça katıldığı anlaşılan sanığın eyleminin niteliği suça feri maddi katılma niteliğindedir" CGK.nun 30. 3. 1992 gün 1992/571-94, sayılı kararı.

<sup>326</sup> Bakıcı, a.g.e., s. 28; Otacı, a.g.e., s. 77.

<sup>327</sup> "Kocası tarafından (on beş yaşından küçük mağdurun ırzına geçilmesi suçundan sanık H.'nin) kızının gayri resmi evlendirilmesinde, eğitim ve kültür düzeyi itibariyle bir etkinliği olmadığı, evlendirmeye bilinçli ve eylemli olarak katılmadığı anlaşılan sanık Hatice'nin beraatına karar verilmesinde zorunluluk bulunmaktadır." CGK.nun 09.05.1988 gün 1988/103-207 sayılı kararı.

<sup>328</sup> "Irza geçme suçlarında mağdurenin ebeveynlerinin suça iştirakleri Medenî Kanununun 152. ve 153. maddelerinde düzenlenen velayet haklarının kötüye kullanılmasından kaynaklanmaktadır. Bu kabil suçların daha çok kırsal kesimde işlenmeleri dikkate alınarak, suçun oluşumu tartışılırken ebeveynin içinde bulunduğu kırsal yaşam koşulları, kültür düzeyi, suça bilinçli katılıp katılmadığı araştırılmakta ve bunlar değerlendirilerek bu suçta eylemin sonuçlarını bilerek ve isteyerek işlemek iradesi biçiminde tanımlanan suç kastının var olup olmadığı saptanmaktadır. Oluş, savunma ve yukarıdaki açıklamalar karşısında 12 yıl evvel kocasının ölümü sonucu 6 çocukla dul kalan sanık H.'nin, diğer sanık İ.'nin 8 aydan beri kızı olan mağdure ile rızaen cinsî münasebette bulunduğunu ve kızın hamile kaldığını öğrenmesinden sonra kırsal yaşam koşullarının ağırlığı, kültür düzeyi ve dar çevresinin namus telakkilerinin oluşturduğu baskı nedeniyle mağdurenin sanık İ. ile haricen evlenmesine muvafakat etmesinde velayet hakkını bilinçli olarak kötüye kullandığını ve eylemin sonuçlarını isteyerek işleme iradesiyle hareket ettiğini söylemek mümkün bulunmadığından ve bunların sonucu olarak suç kastının varlığı saptanamadığından manevî ögesi itibariyle oluşmayan bu suçtan beraatı yerine yazılı şekilde mahkûmiyetine karar verilmesi," 5. CD.nin 11.3.1992 gün 490/793 sayılı kararı.

<sup>329</sup> Madde 40 - (1) Suça iştirak için kasten ve hukuka aykırı işlenmiş bir fiilin varlığı yeterlidir. Suçun işlenişine iştirak eden her kişi, diğerinin cezalandırılmasını önleyen kişisel nedenler göz önünde bulundurulmaksızın kendi kusurlu fiiline göre cezalandırılır. (2) Özgü suçlarda, ancak özel faillik niteliğini taşıyan kişi fail olabilir. Bu suçların işlenişine iştirak eden diğer kişiler ise azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulur. (3) Suça iştiraktan dolayı sorumlu tutulabilmek için ilgili suçun en azından teşebbüs aşamasına varmış olması gerekir.



için, failin işlediği fiilin kasten işlenmesi ve hukuka aykırı olması gerekir ve yeterlidir. Failin bu fiil nedeniyle ayrıca kusurlu olmasına gerek yoktur. Yine, cezayı hafifleten veya ortadan kaldıran kişisel nedenler, ancak ilgili suç ortağı açısından hukuki sonuç doğururlar.<sup>330</sup> Suça iştirakten dolayı azmettiren veya yardım eden sorumluluğu tutulabilmek için TCK.nun 40/3. maddesine göre ilgili suçun en azından teşebbüs aşamasına varmış olması gerekir.

İştirak hâlinde işlenen suçlarda, sadece gönüllü vazgeçen suç ortağı gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanır. Gönüllü vazgeçen suç ortağı, suçun işlenmemesi için elinden gelen bütün gayreti gösterdiği, ancak suçun gayreti dışında başka bir sebepten dolayı işlenmediği, yada gönüllü vazgeçenin bütün gayretine rağmen suçun işlendiği durumlarda da gönüllü vazgeçme hükümleri uygulanır.

## **5. Netice Sebebiyle Ağırlaşmış Suça İştirak**

İştirak netice sebebiyle ağırlaşmış suçlar bakımından da bazı özellikler gösterir. Buna göre netice sebebiyle ağırlaşan suçta iştirakin şekli temel suça göre belirlenir. TCK.nun 40/1.maddesine göre "*Suçun işlenişine iştirak eden her kişi, kendi kusurlu fiiline göre cezalandırılır*". Bu düzenleme Alman Ceza Kanununun 29. maddesindeki "*Suçta iştirak eden her şerik diğerinin kusuru göz önünde bulundurulmaksızın kendi kusuruna göre cezalandırılır*" düzenlemesine benzemektedir. Konuyu TCK m.23'de yer alan netice sebebiyle ağırlaşmış suçlarda failin "*en azından taksirle hareket etmesi*" gerektiği yönündeki düzenleme ile birlikte değerlendirmek gerekir. Bu durumda şerik ağır neticeden daima ve yalnızca (en azından taksir seviyesindeki) kusurlu netice isnat edilebildiği sürece sorumludur. Birlikte failikte ağır neticeden sadece bizzat taksirli davranan sorumludur. Azmettiren ve yardım eden bakımından da sorumluluktan bahsedebilmek için söz konusu şeriklere ağır ya da başka netice bakımından taksir seviyesinde

---

<sup>330</sup> Bkz. Madde gerekçesi.

kusur yöneltilebiliyor olmalıdır. Buradaki koşul ağır neticenin, azmettirilenin azmettirenin kastını da içeren hareketine dayanıyor olmasıdır. Diğer bir deyişle azmettirenin kastı, azmettirilen tarafından mağdurda meydana getirilmiş olan yaralama şekli ve oluşumunu da içeriyor olmalıdır. Bu birlikte fail için de geçerlidir. Dikkat edilmelidir ki, suç planından ya da şerikin tasavvurundan her sapma ya da aykırılık sorumluluğu ortadan kaldıran aşma oluşturmaz. Nihayet şayet fail en azından taksir seviyesinde bir kusurunun bulunmaması sebebiyle sadece temel suç tipinden sorumlu ise artık şeriklerin ağır neticeden sorumluluğu söz konusu olamaz.<sup>331</sup>

Ağır neticeden sorumluluk bakımından her bir fail veya suç ortağı birbirinden bağımsız olarak ele alınmalı ve yalnızca en azından taksir derecesinde kusuru bulunan fail ve suç ortağına/ortaklarına bu ağır netice yüklenmelidir. Fail veya suç ortağının temel suç tipinden dolayı mı cezalandırılacağı, yoksa ağır neticeden dolayı da sorumlu tutulup tutulamayacağı, iştirakteki katkısına göre değil, ağır netice ile olan ilişkisine göre belirlenir. Bunun sonucu olarak asıl fail yalnızca temel suç tipinden, buna karşılık yardım eden ayrıca ağır neticeden sorumlu tutulabilir. Asıl failin ağır netice bakımından taksirinin bulunmaması, diğer suç ortağının/ortaklarının sorumluluğunu ortadan kaldırmaz.<sup>332</sup>

### **C. Çocuğun Cinsel İstismarı Suçunda İçtima**

Suçların içtimai, bir kimsenin birden çok suç işlemesi halinde sorumluluğunun ne şekilde belirleneceği problemiyle ilgili bir konudur.<sup>333</sup> 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun genel gerekçesinde de belirtilmiş olduğu üzere; "ceza hukukunun temel kurallarından biri, "kaç tane fiil varsa o kadar suç, kaç tane suç varsa o kadar ceza vardır" şeklinde ifade edilmektedir.

---

<sup>331</sup> Özbek, **Netice Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar**, s. ;Benzer: Artuk,Gökçen,Yenidünya, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.395.

<sup>332</sup>Erdem,a.g.e., s.110.

<sup>333</sup>Mahmut Koca, "Fikri İçtima", **Ceza Hukuku Dergisi**, Yıl 2, Sayı 4, 2007 Ankara ,s.197.

Bunun istisnaları, suçların içtima bölümünde belirlenmiş" olup, bu istisnalar dışında, işlenen her bir suçla ilgili olarak ayrı ayrı cezaya hükmedilmesi gerekmektedir.<sup>334</sup>

İştirakte birden çok failin bir suçta bir araya gelmesi durumunda sorumlulukları incelenmekte iken, suçların içtimaında, birden çok suçun tek failde birleşmesi, toplanması meselesi incelenmektedir.

Türk Ceza Kanununda gerçek içtima kuralının istisnası olarak çeşitli hükümlere yer verilmiştir. Bunlar:

1. Bileşik suç (m. 42),
2. Zincirleme suç (m. 43, f. 1,3),
3. Aynı neviden fikri içtima (m. 43, f. 2, 3),
4. Farklı neviden fikri içtima (m.44), şeklindedir.

Şimdi bu istisnaları çocuğun cinsel istismarı suçu açısından sırasıyla inceleyelim.

### **1. Cinsel İstismar Suçu Açısından Bileşik Suç**

TCK.nun 42.maddesine göre:"Biri diğerinin unsurunu veya ağırlaştırıcı nedenini oluşturması dolayısıyla tek fiil sayılan suçta bileşik suç denir. Bu tür suçlarda içtima hükümleri uygulanmaz."

Kanun koyucu, gerekli gördüğü hallerde suçlardan bazılarını birleştirip bunlardan yeni bir suç tipi meydana getirebilir. Böylece oluşturulan yeni suç tipinin ihlalinde, karmaya dahil olan suçlar ihlal edilmiş gibi görünmekte ise de gerçekte ihlal edilen, yeni oluşturulmuş olan normdur. Bu bakımdan böyle hallerde faile birleştirilen bütün suçların değil, karma haline getirilmiş tek suçun cezasının verilmesiyle yetinilir.<sup>335</sup>

---

<sup>334</sup> Artuk,Gökçen,Yenidünya, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**,s. 667.

<sup>335</sup> Artuk,Gökçen,Yenidünya, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**,s .668.

Kanunda bağımsız bir suç olarak tanımlanan fiil, bir başka suçun temel şekline veya daha ağır cezayı gerektiren nitelikli şekline ilişkin unsurunu oluşturabilir. Bu gibi durumlarda bir başka suçun unsurunu oluşturan fiilden dolayı ayrıca cezaya hükmolunmaz.

TCK.nun benimsediği sisteme göre; cebrin unsur olarak kabul edildiği suçlarda, suçun işlenişi sırasında kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış halleri gerçekleştğinde, hem ilgili suçtan hem de kasten yaralama suçunun netice sebebiyle ağırlaşmış (TCK. 87.madde) halinden dolayı da cezaya hükmolunacaktır.<sup>336</sup>Bu şekilde suçun unsurunda kullanılacak cebirin ağırlığına bir sınırlama getirilmiştir. Bu şekildeki düzenlemelerden bir tanesi de TCK.nun 103/5. maddesinde yapılmıştır.

Cinsel istismar suçunda başvuru alan cebir ve şiddetin kasten yaralamanın ağır neticelerine neden olması (m.87) halinde, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler de tatbik edilecektir.(m.103/5).<sup>337</sup> TCK.nun103/1.madesinin “b” bendinde düzenlenmiş 15 yaşını tamamlamış ve işlenen fiilin anlam ve sonuçlarını algılayama yeteneği gelişmiş çocuklara karşı, TCK.nun 86/1,2 maddesi kapsamında kalan yaralamalar ile tehdit suçun unsuru olduğundan ayrıca kasten yaralamadan ve tehditten hüküm kurulmayacaktır. Yine yukarıda belirttiğimiz üzere 103/1 “a” bendindeki çocuklara karşı 86. madde kapsamında ki yaralamalar ve tehditte suçun unsur olduğundan, ayrıca kasten yaralamadan hüküm kurulmayacak, ancak verilen ceza TCK.nun 103/4 maddesine göre artırılabilecektir. Şayet bu çocuklara karşı yaralama 87. madde kapsamında bir yaralama ise; verilen

---

<sup>336</sup> Özgeç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 497.

<sup>337</sup> Bu konuda Sayın Malkoç, 86/1 kapsamında ki yaralamalarda da 103/5. maddeye göre ayrı hüküm kurulabileceğini savunmaktadır.( Cinsel İstismar, s.182) Ancak 103/5. maddesinin de açıkça “kastem yaralama suçunun ağır neticelerine” dendiği için bu görüşünü kabul etmiyoruz.

ceza hem 103/4. maddeye göre artırılacak, hem de ayrıca 87. maddeden hüküm kurulacaktır.<sup>338</sup>

Ancak tehdit ve cebirin eylemin gerçekleştirilmesi esnasında veya öncesinde yapılması gerekir. Eylem bittikten sonra yapılırsa unsur olmaz ayrı bir suç olur.<sup>339</sup>

Fail, cinsel istismar suçuyla birlikte, kişi özgürlüğünden yoksun kılma suçunu (TCK m. 109) da işlemiş ise; her ne kadar kişi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun "*cinsel amaçla işlenmesi*" bu suçun nitelikli hali olarak öngörülmüş ise de (TCK m. 109/5), özgürlüğünden yoksun bırakılan çocuğa yönelik aynı zamanda cinsel bir davranış da gerçekleştirilmiş ise, failin hem cinsel amaçla kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma ve hem de çocukların cinsel istismarı suçundan dolayı cezalandırılması gerekir. Gerçekten TCK m. 109/5'te faildeki saik göz önünde bulundurulduğu, buna karşılık cinsel davranışın gerçekleştirilmesi suçun nitelikli hali olarak düzenlenmiş olmadığı için, cinsel istismar suçunun, kişi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun nitelikli hali olduğundan ve dolayısıyla her iki suçun bileşik suç ilişkisine (TCK m. 42) girdiğinden söz edilemez.<sup>340</sup> Ancak, TCK.nun 103/1.maddesinin b bendinde düzenlenmiş 15 yaşını tamamlamış ve işlenen fiilin anlam ve

---

<sup>338</sup> Benzer görüş bakınız: Tezcan, Erdem, Önok, a.g.e., s.322; Şen, a.g.e. s.401; Özbek ve Kanbur, a.g.e., s.633; Sevük, **Cinsel İstismar**, s. 290-291.

<sup>339</sup> "Sanığın cinsel saldırı suçunu işlemeye yönelik mağdureye karşı sarf ettiği "seni öldürürüm, sesini çıkarmayacaksın, bana teslim olacaksın." şeklindeki sözlerin manevi cebir kapsamında cinsel saldırı suçunun unsuru olup ayrıca tehdit suçunu oluşturmadığı gözetilmeden ayrı suç kabulü ile yazılı şekilde hüküm kurulması," 5.CD.nin 03.05.2007 gün 2007/156-3197 sayılı kararı; "Mağdure Melike Gümüsoğlu'nun 15 yaşını bitirmiş olması nedeniyle, cebir veya tehdit kullanmanın 5237 Sayılı TCK.nun 103/1.maddesinde düzenlenen suçun unsuru olduğu gözetilmeden 103/4.maddesi ile cezada artırım yapılmak suretiyle lehe yasanın yanlış belirlenmesi," 5.C.D.nin 04.04.2007 gün 2007/3112-2592 sayılı kararı; "Mağdurenin aşamalarda beyanlarına, savunmaya, birden çok kez ve uzun süre devam eden eylemlerin gerçekleştirildiği yerin özelliklerine, ortaya çıkış biçimine, doktor raporlarına ve dosya içeriğine göre nitelikli cinsel istismarın gerçekleştirilmesi sırasında veya öncesinde cebir veya tehdit kullanıldığını gösteren kanıtın bulunmadığı ve oluşun mahkemece de bu şekilde kabul edildiği, sanığın fiilini gerçekleştirdikten sonra mağdurenin olayı başkasına anlatmasını engellemek amacıyla söylediği tehdit içeren sözlerinin sübutu halinde ayrı ve bağımsız tehdit suçunu oluşturabileceği gözetilmeden cezasının TCK.nun 103/4. maddesiyle artırılması," 5.CD.nin 14.12.2009 gün 2009/12043-14191 sayılı kararı.

<sup>340</sup> Tezcan, Erdem, Önok, a.g.e., s.321; Özbek ve Kanbur, a.g.e., s.634; Sevük, **Cinsel İstismar**, s.292.

sonuçlarını algılayama yeteneği gelişmiş çocuklar rızaları ile bir yere gitmemişlerse veya bir yerde kalmışlarsa eylem cinsel amaçlıda olsa, TCK.nun 26/2 maddesine göre rıza eylemi hukuka uygun hale getirdiğinden kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu oluşmayacaktır. Yargıtay'ın da görüşü bu yönde olup bu yönde birçok kararı mevcuttur.<sup>341</sup>

Yine cinsel istismar suçu işlenirken mağdurun konut dokunulmazlığı da ihlal edilmişse gerçek ıçtima kuralları gereğince fail, hem cinsel istismar suçundan hem de konut dokunulmazlığını ihlal suçundan (TCK m. 116) sorumlu olacaktır.<sup>342</sup>

İşkence suçu, cinsel taciz suçuyla birlikte işlenirse TCK.nın 94/3. maddesi "cinsel taciz" biçimini nitelikli hal olarak öngördüğünden bu suçtan bir defa fail cezalandırılır, fakat cinsel tacizden cezalandırılmaz. Ancak, işkence suçu cinsel istismar suretiyle işlenirse, bu durumda suçların ıçtimaı söz konusu olacak ve ayrı ayrı cezalandırılacaktır. Çünkü, cinsel istismar suretiyle işkence eylemi nitelikli hal olarak düzenlenmemiştir.<sup>343</sup>

---

<sup>341</sup>“ Sanığın 10 yaşındaki mağduru oyun oynadığı yerden hileli davranışlar ile kandırarak götürdüğü hâkimiyete elverişli bir yerde eylemini gerçekleştirdiği anlaşıldığından sanık hakkında 5237 sayılı TCK'nın 109/2. maddesi uyarınca ceza tayin edilmesi gerektiğinin gözetilmemesi” 5.CD'nin 28.09.2006 tarih ve 2006/5510-7396 sayılı kararı; “Olay tarihinde sanığın idaresindeki araca sanığın teklifi üzerine gezmek için binen mağdurenin bir süre beraber dolaşmalarını müteakip, otele gitmek istediğini söylemesi üzerine geri dönmesi gerekirken buldukları yerden hareketle olay yerine giderek kaçmasını engelleyecek şekilde zorla nitelikli cinsel saldırıda bulduktan sonra çantasında para arayıp bulamayan sanığın, yakalanmasından sonra yapılan üst aramasında mağdureye ait çakmağın bulunduğu anlaşılmaması karşısında hırsızlık ve kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçlarından da cezalandırılması gerekirken yazılı gerekçelerle bu suçlardan beraatına karar verilmesi” 5.CD.nin 23.11.2009 gün 2009/11386-13062 sayılı kararı.

<sup>342</sup> Özbek ve Kanbur, a.g.e., s.622; “Sanığın, müdahile ait konuta geceleyin rızası hilafına girerek nitelikli yağma suçunun yanı sıra nitelikli cinsel saldırı ve kasten yaralama suçlarını da işlemiş olmasına göre; konut dokunulmazlığını bozmanın, cinsel saldırı suçunun unsuru veya ağırlaştırıcı nedenini oluşturmadığından tebliğnamede bu yönde bozma isteyen düşünceye iştirak edilmemiştir.” 5.CD.nin 23.12.2009 gün 2009/11526-14878 ( Yerel mahkeme sanık hakkında nitelikli yağma, kasten yaralama, cinsel saldırı ve konut dokunulmazlığını bozma suçlarından mahkûmiyet verilmiş, Yargıtay C.Başsavcılığı ise, konut dokunulmazlığı suçu yağma suçunun unsuru olduğundan bozma istemiştir.)

<sup>343</sup> Tezcan, Erdem, Önok, a.g.e., s.303; Sevük, **Cinsel Saldırı**, s.265; Özbek ve Kanbur, a.g.e., s.622.

## 2. Cinsel İstismar Suçu Açısından Zincirleme Suç

Zincirleme suç TCK.nun 43. maddesinin de düzenlenmiştir.<sup>344</sup> Zincirleme suç halinde, aynı suçun birden fazla işlenmiş olması söz konusudur. Ancak, bu suçlar, bir suç işleme kararının icrası kapsamında işlenmektedir, yani bu suçlar arasında sübjektif bir bağ bulunmaktadır. Zincirleme suçun söz konusu olabilmesi için aranan ilk şart, birden çok fiilin bulunmasıdır. Fakat, işlenen fiillerden her birinin aynı suçu oluşturması gerekir. Zincirleme suç halinde, ortada bir suç değil, birden fazla suç mevcuttur. Zincirleme suçtan söz edebilmek için, aynı suçun müteaddit defa aynı kişiye karşı işlenmesi gerekir. İşlenen suçların mağdurunun aynı kişi olması gerekir. Suçun mağdurunun farklı kişiler olması halinde, zincirleme suç hükümleri uygulanamaz. Buna karşılık, 765 sayılı Kanunun sisteminde ise(m. 80), farklı kişilere karşı işlenen suçlar açısından da zincirleme suç hükümleri uygulanabiliyordu. Yeni Türk Ceza Kanununun bu düzenlemesi karşısında zincirleme suçun uygulama alanı 765 sayılı Kanuna nazaran oldukça daraltılmıştır.<sup>345</sup>

Maddenin ilk yürürlüğe girdiği şekilde cinsel saldırı ve çocukların cinsel istismar suçları zincirleme suç hükümleri uygulanmasında istisna olarak tutulmuştu. Yani bu suçlarda teselsül mümkün değildi, her eylemden ayrı hüküm kurmak gerekecekti. Ancak, 29.06.2005 tarihli 5377 s. Kanunun 6.maddesi ile cinsel saldırı ve çocukların cinsel istismarı ibaresi ispat sorunu ve ölçüsüz ceza miktarları ortaya çıkacağından madde metninden

---

<sup>344</sup>43.Madde: (1) Bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda bir kişiye karşı aynı suçun birden fazla işlenmesi durumunda, bir cezaya hükmedilir. Ancak bu ceza, dörtte birinden dörtte üçüne kadar artırılır. Bir suçun temel şekli ile daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli şekilleri, aynı suç sayılır. (Ek cümle: 29/06/2005-5377 S.K./6.mad) Mağduru belli bir kişi olmayan suçlarda da bu fıkra hükmü uygulanır.

(2) Aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlenmesi durumunda da, birinci fıkra hükmü uygulanır.

(3) Kasten öldürme, kasten yaralama, işkence, ... ve yağma suçlarında bu madde hükümleri uygulanmaz.

<sup>345</sup> Özgenç, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.505; Bnz: Tezcan, Erdem, Önok, a.g.e., s.302; Özbek ve Kanbur, a.g.e., s.622; Malkoç, **Cinsel Suçlar**, s.177.

çıkartılmıştır.<sup>346</sup> Böylece bu suçlarda zincirleme suç hükümleri uygulanabilir hale gelmiştir.

Zincirleme suçun varlığı için aranan ilk koşul, aynı suçun birden fazla işlenmesidir. Öncelikle zincirleme suç ilişkisine giren her fiilin başlı başına bağımsız bir haksızlık teşkil etmesi gerekir. Bir suç tipinin ihlali anlamında hareketlerin tekrarlanması suçun teklifiğini etkilemez. Örneğin, (A), (B)'yi üç yerinden bıçaklasa, ortada yine tek bir yaralama suçu vardır. Aynı şekilde kişinin hırsızlık için girdiği evden birden fazla eşya alması, hırsızlık suçunun teklifiğini etkilemez. Yargıtay da konuyla ilgili kararlarında bu hususa vurgu yapmıştır.<sup>347</sup> Keza bazı suçlar yapıları itibariyle hareketin devamlılığını gerektirebilirler. Bu ihtimalde de araya kesinti girmediği takdirde, fiilin teklifiğini kabul etmek gerekir.<sup>348</sup>

Mağdurun farklı yollarla cinsel istismarın nitelikli haline maruz bırakılması (örneğin, ard arda önce oral, sonra normal yoldan ya da önce normal, sonra anal yoldan) durumunda, Yargıtay birden fazla suçun oluştuğu ve zincirleme suç hükümlerinin uygulanması gerektiği görüşündedir.<sup>349</sup> Bu görüşe birçok yönden katılmak mümkün değildir. Bir kere, bu mantıktan

---

<sup>346</sup>Bkz. 5377 s. Kanunun gerekçesi.

<sup>347</sup> "Somut olayda, sanığın bir apartmanın üçüncü katında oturan yakınının evine penceresinden girerek para ve bir kısım eşya ile birlikte aldığı otomobil anahtarıyla evden çıkıp hemen evin önünde otoparkta bulunan aracı çalması eyleminde, araya zaman aralığı girmediği ve fiilin kesintiye uğramadan devam ettirildiği gözetildiğinde zincirleme suç hükümlerinin uygulama yerinin bulunmadığı, sanığın eyleminin bütün halinde tek bir hırsızlık suçunu oluşturduğu, suça vasıf verilirken eylem bütünlüğü içindeki en ağır niteliğe dayanılması icap ettiği, Yerel Mahkemece bozma üzerine yeni hüküm kurulurken oluşum bütünlüğünün gözetilerek Yasanın 61 inci maddesince temel cezanın tespitinin uygun olacağı, görüş ve kanaati benimsendiğinden, Özel Dairenin sanığın eyleminin tek hırsızlık suçunu oluşturduğuna ilişkin kararı isabetli olup, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının itirazının reddine karar verilmelidir. .. ", YCGK.nun 02.10.2007, 6-195/197sayılı kararı.

<sup>348</sup> Artuk, Gökçen, Yenidünya, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 676.

<sup>349</sup> "Oluşa göre sanığın nitelikli cinsel istismar eylemini zorla ve hem anal hem oral yoldan gerçekleştirildiği halde hakkında 5237 sayılı Yasanın 103/4 ve 43. maddelerin uygulanmaması, karşı temyiz bulunmadığından bozma nedeni sayılmamıştır". 5.CD'nin 23.02.2006 tarih ve 2005/19512-2006/1058 sayılı kararı; "Sanığın, mağdureye önce anal, sonrada oral yoldan nitelikli cinsel saldırıda bulunduğu sabit olduğu halde, hakkında zincirleme suç hükümlerinin uygulanmaması ve mağdurenin ruh sağlığı bozulduğu halde, TCK'nın 102/5. maddesine göre artırım yapılmaması karşı temyiz olmadığından bozma nedeni yapılmamıştır", Yar.5.CD., 31.3.2008 gün 2008/1490, 2008/2964sayılı kararı.



hareketle, cinsel saldırının basit hali bakımından, mağdurenin, örneğin önce göğsünü, sonra kalçalarını sıkan failin de iki suç işlediğini veya mağdureye art arda önce normal, sonra anal, sonra oral yoldan saldıran failin bu sefer üç suç işlediğini kabul etmek gerekecektir. Yine bu anlayış, kasten yaralama suçunda, mağdurun bacağına tekme atıp, gözüne parmak sokan failin de iki suç işlediğini ya da işkence suçunda mağdurun önce başından aşağı sıcak su döken, ardından da onu yerde tekmeleyen failin iki suç işlediğini söylemekten farklı değildir. Kaldı ki, cinsel istismar ve saldırı suçlarında korunan hukuki yararın cinsel özgürlük olduğu göz önünde tutulunca, saldırının hangi organa yöneltildiği mühim değildir. Zaten bu sebeple TCK.nun. 103/2.maddesinde "Failin *vücuda* organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle işlenmesi durumunda" denilerek, ayırım gözetilmeksizin, vücudun herhangi bir yerine organ ya da cisim sokulması, nitelikli halin oluşumu için yeterli görülmüştür. Neticede, aynı kastın ürünü olan ve araya kastın yenilendiğini gösteren belirli bir sürenin girmediği birden fazla davranış tek suç oluşturduğuna ve ortada birden fazla ihlal bulunmadığına göre, zincirleme suç kurallarının uygulanması da yerinde değildir.<sup>350</sup>Yargıtay da daha sonra bu görüşünden dönmüş, sonraki tarihli kararlarında aynı zamanda aralıksız olarak yapılan bu tür hareketlerin tek bir eylem içinde değerlendirilmesi gerektiğini, belli süre aralık verdikten sonra tekrar bu hareketlerden birinin veya birkaçının yapılması durumunda zincirleme suç hükümlerinin uygulanacağını kabul etmiştir.<sup>351</sup>

Peki "değişik zamanlarda" ibaresinden ne anlamamız gerekir? Ne kadar süre geçmesi gerekir? Bu süre ile ilgili Yargıtay'ın koymuş olduğu bir

---

<sup>350</sup> Tezcan, Erdem, Önok, a.g.e., s.302.

<sup>351</sup> "Oluşa ve dosya içeriğine göre, sanığın aynı zaman dilimi içinde mağdurun vücuduna vajinal ve anal yoldan organ sokmak suretiyle gerçekleştirdiği kabul edilen eyleminde, TCK.nun 43. maddesinde düzenlenen zincirleme suçun değişik zamanlarda işlenmesi koşulu bulunmadığı gözetilmeksizin teselsül hükümleri uygulanmak suretiyle sanığa fazla ceza tayin edilmesi" 5.CD'nin 18.02.2010 tarih ve 2009/13331-2010/1240 sayılı kararı ; "Sanığın sabit kabul edilen eylemlerini 5237 sayılı Yasanın 43. maddesinde belirtildiği şekilde "farklı zamanda" değil aynı zamanda gerçekleştirdiği, bu itibarla olayda zincirleme suç hükümlerinin uygulanma olanağının bulunmadığı gözetilmeden maddenin tatbiki suretiyle fazla ceza tayini" 5.CD'nin 14.09.2009 tarih ve 2009/7698-2009/10320 sayılı kararı.

süre kıstası yoktur. Ancak karşılaştığımız dosyalardan gördüğümüz: failin mağdura cinsel istismarda bulunduktan sonra bir sigara içip tekrar devam etmesinde keza, cinsel istismarda bulunduktan sonra mağdureyi banyoya götürüp yıkadıktan sonra tekrar eylemine devam etmesinde zincirleme suç hükümleri uygulanmıştır.

Ceza Genel Kurulu 765 sayılı TCK.nın uygulandığı dönemde failin ortaya çıkan fırsatlardan yararlanmak suretiyle eylemlerini gerçekleştirmesi ve arada uzun zaman bulunması halinde aynı suç işleme kararıyla değil, ayrı kasıtlı hareket ettiğinin kabul edilmesi gerektiğine işaret etmiştir.<sup>352</sup> Yine Yargıtay, failin fiilleri arasında belirli bir süre olduğu takdirde, failin fiillerinin

---

<sup>352</sup> “Ceza Yasasının 80. maddesi, 4055 Sayılı Yasa ile değiştirilmiş ve maddedeki "aynı kastı cürmü" sözcükleri çıkartılarak yerine, "aynı suç işleme kararı" sözcükleri konulmuştur. Bu değişiklikle, haklı olarak müteselsil suçlarda suç kastlarının ayrılığında zorunluluk bulunduğu, "aynı suç işleme kararının" kasttan başka bir anlam taşıdığı vurgulanmak istenmiştir. Yargıtay Ceza Genel Kurulunun konuya ilişkin 2.3.1987 gün ve 341/84 sayılı, 20.3.1995 gün ve 48/68 sayılı kararlarında, öğretilerdeki görüşlere yer verildikten sonra "aynı suç işleme kararından" Yasanın aynı hükmünü birçok kez ihlal etme hususunda önceden kurulan bir plan, genel bir niyetin anlaşılması gerektiği, bu bağlamda failin suçu işlemeyen önce bir plan yapmasının veya bu suça niyet etmesinin, fakat fiili bir defada yapmak yerine kısımlara bölmeyi ve o surette gerçekleştirmeyi daha uygun görmesinin, hareketinin önceki hareketinin devamı olmasının ve tüm hareketleri arasında sübjektif bir bağlantı bulunmasının anlaşılması gerektiği kabul edilmiştir. Aynı suç işleme kararının varlığı, olaysal olarak suçun işlenmesindeki özellikler, suçun işleniş biçimi, fiillerin işlendikleri yer ve işlenme zamanı, fiiller arasında geçen süre, mağdurların farklı olup olmadıkları, ihlal edilen değer ve yarar ile korunan değer ve yarar, olayların oluşum ve gelişimi ile tüm özellikleri değerlendirilerek belirlenecektir. Yine yargısal kararlarda, suçların işlenme tarihleri arasında az veya çok bir zaman aralığı bulunması, suç mağdurlarının birden fazla olması halinde teselsülü reddetmenin adalet ve hakkaniyete uygun bulunmayacağı genel bir kabul görmekte ise, 2-3 ay gibi, uzun sayılabilecek ve makul kabul edilemeyecek bir zaman aralığının bulunması halinde, suç işleme kararında birlik bulunamayacağı kabul edilmiş, (CGK.nun, 17.4.1995 gün ve 97-122 sayılı, 17.10.1988 gün ve 303-367sayılı kararları) öğretilerde de, aradan geçen uzun sürenin aynı suç işlemek kararının değil ortaya çıkan fırsatlardan yararlanma şeklinde yorumlanması gerektiğine, iki ihlal arasında çok uzun bir zaman aralığı bulunmasının suç kararında birlik olmadığına karine teşkil edebileceğine değinilmiştir. (Erem-Danışman-Artuk). Malkoç da, Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler isimli eserinde; tasaddi suçunun ancak kısa aralıklarla aynı mağdura karşı işlenmesinde TCY.nın 80. maddesinin uygulanabileceğini belirtmiştir. Bu açıklamalar ışığında somut olay ele alınıp değerlendirildiğinde, sanık aynı suç işleme kararıyla değil, çıkan fırsatlardan yararlanmak suretiyle, aynı mağdura farklı yerlerde iki kez ırza tasaddi suçunu işlemiştir. Ailelerin sanığı, çocuklarının yanlarında görmek istememeleri, suç işleme kararındaki birliği değil, sanığın suç işlemeyi itiyat haline getirmiş bir kişi olduğunu, sanık ve mağdurun komşu ve her an birbirini gören kişiler olmasına karşın, ilk eylemle ikinci eylem arasında geçen ve makul sayılamayacak 7-8 aylık uzunca bir süre sanığın aynı suç işleme kararıyla değil, çıkan fırsatlardan yararlanmak suretiyle suçu işlediğini göstermektedir. Bu itibarla somut olayda, sanığın aynı suç işleme kararıyla eylemleri gerçekleştirmediğini kabul eden Yerel Mahkeme uygulaması isabetli olup, direnme kararının onanmasına karar verilmelidir.” CGK’nın 08.07.2003 tarih ve 2003/5-189-2003/207 sayılı kararı.

farklı suç işleme kararıyla gerçekleştirdiğinin kesin olarak belirlenemediği halde fail hakkında zincirleme suç hükümlerinin uygulanması gerektiğine işaret etmektedir.<sup>353</sup> Eylemler arasında uzun süre varsa ve failin kastını yenilediği ortaya koyulabiliyorsa bu halde eylem sayısınınca cezalandırma cihetine gitmek gerekir.

Zincirleme suç hükümlerinin uygulandığı halde failin son eylem tarihi suç tarihi olacağından uygulama maddesinin bu tarihte yürürlükte olan yasa olarak belirlenmesi gerekir.<sup>354</sup>

TCK.nun 43.maddesinin 1. fıkrasının 3. cümlesinde ifade edilmiş olduğu üzere; "bir suçun temel şekli ile daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli şekilleri, aynı suç sayılır". Bu bakımdan bir gün dolandırıcılık, öteki gün hırsızlık bir başka gün ise sahtekarlık eden kimsenin fiillerine müteselsil suç hükümleri uygulanmaz." Aynı şekilde cinsel saldırı ile cinsel taciz, hırsızlık ile güveni kötüye kullanma birbirlerinden bağımsız suç oldukları için, bu fiiller açısından da müteselsil suç hükümlerinin tatbik kabiliyeti yoktur. Ancak, belirtilmelidir ki, bir suçun temel şekli ile daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hallerinin müteselsilen işlenmesi halinde, üzerinde

---

<sup>353</sup>“ Eylemleri arasında geçen süreye göre kendini savunamayacak durumda olan komşusu mağdureye karşı iki defa nitelikli cinsel saldırıda bulunan sanığın fiilleri farklı suç işleme kararıyla gerçekleştirdiğinin kesin olarak belirlenemediği, bu durumda hakkında zincirleme suç hükümlerinin uygulanması gerektiği gözetilmeden ve karar yerinde suç işleme kararının yenilediğine ilişkin gerekçeler de gösterilmeden iki ayrı mahkûmiyet kararı verilmesi” 5.CD’nin 29.06.2009 tarih ve 2009/5836-2009/8439 sayılı kararı; “Birden ziyade gerçekleştiğinde kuşku bulunmayan nitelikli cinsel istismar eylemlerinin işlendiği tarihler konusunda mağdure ve sanığın aşamalardaki çelişkili anlatımları nazara alınıp lehe kabulle zincirleme nitelikli cinsel istismar suçundan cezalandırılması gerekirken arada uzun zaman aralığı bulunduğu ve hukuki kesinti olduğundan bahisle iki ayrı suç kabul edilip yazılı şekilde hüküm kurulması” 5.CD’nin 03.03.2010 tarih ve 2009/12805-2010/1788 sayılı kararı.

<sup>354</sup>“ Sanığın, mağdureyi 22.01.2005 günü kaçırıp alıkoyduğu ve ilk kez bu tarihte cinsel ilişkide bulunduktan sonra bir suç işleme kararının icrası kapsamında değişik zamanlarda eylemlerini zincirleme surette 29.10.2005 tarihine kadar sürdürdüğü ve teselsülün son bulunduğu suç tarihi itibarıyla sanık hakkında 5237 sayılı Kanun hükümlerine göre uygulama yapılması gerektiği halde yazılı şekilde hüküm kurulması” 5.CD’nin 07.10.2009 tarih ve 2009/4637-2009/11145 sayılı kararı; “Sanığın, kızı olan mağdure ile 1999 yılında ilk kez cinsel ilişkide bulunup kızlığını bozmasından sonra bir suç işleme kararının icrası kapsamında değişik zamanlarda eylemlerini zincirleme surette Aralık 2006 yılına kadar sürdürdüğü ve teselsülün son bulunduğu suç tarihi itibarıyla sanık hakkında 5237 Sayılı Kanun hükümlerine göre uygulama yapılması gerektiği halde yazılı şekilde hüküm kurulması” 5.CD’nin 15.09.2008 tarih ve 2008/11068-2008/7752 sayılı kararı.

artırma yapılması gereken ceza, suçun nitelikli şekline göre belirlenen ceza olmalıdır.<sup>355</sup>Yargıtay'ın yerleşik içtihatları da bu yöndedir.<sup>356</sup>Ancak Yargıtay'ın bu görüşü kanaatimizce, suçun nitelikli halini ayrı bir suç gibi kabul ettiğinden kendi içinde çelişkilidir.

Yukarıda ayrıntısıyla açıkladığımız üzere, suçun basit ve nitelikli halini ayrı bir suç olarak kabul ettiğimizden, aynı suç işleme kararına dayanarak değişik aralıklarla aynı kişiye yönelik basit ve nitelikli cinsel istismar gerçekleştirildiğinde, zincirleme suç kurallarının uygulanamayacağını düşünmekteyiz.<sup>357</sup>

Bu suçlardan birinin tamamlanmış, diğerinin teşebbüs aşamasında kalmış olması halinde de müteselsil suç hükümleri uygulanabileceği gibi, ikisi veya üçü de teşebbüs aşamasında kalmış olsa bile müteselsil suç hükümleri tatbik olunabilir.<sup>358</sup>Buradaki artırımda tamamlanmış eylem üzerinden yapılacaktır.

Yargıtay uygulamalarına göre, birden fazla failin, aynı zaman ve mekanda, aynı mağdura karşı işledikleri eylemleri ayrı suç olarak kabul etmemekte, ancak eylemin birden fazla kişi tarafından zincirleme şekilde işlendiğini kabul etmektedir.<sup>359</sup>

---

<sup>355</sup> Artuk,Gökçen,Yenidünya, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 677.

<sup>356</sup> “Aralarında fikir ve eylem birliği bulunan sanıklar Abdusamet, Mustafa ve Çağrı'nın okuldan arkadaşları olan mağdureyi hile ile sanık Mustafa'nın ablasının evine götürüp burada önce Abdusamet'in organ sokmak suretiyle cinsel istismarda bulunduğu, peşinden de Çağrı'nın mağdurenin arkasına geçerek vücudunu ellemek suretiyle basit cinsel istismar suçunu işlediği, sanıkların her iki eylemin de müşterek faileri oldukları tüm dosya kapsamından anlaşıldığından, sanıkların TCK.nun 103/2-3, 43. maddeleri uyarınca cezalandırılmaları gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması” 5.CD.nin 13.04.2009 gün 2009/895-4553 sayılı kararı.

<sup>357</sup> Benz. Görüş: Tezcan, Erdem, Önok, a.g.e., s.302.

<sup>358</sup> Artuk,Gökçen,Yenidünya,**Ceza Hukuku Genel Hükümler**,s. 679.

<sup>359</sup>“Dosya içeriği ve oluşa göre, sanığın açık kimliği tespit edilemeyen şahıs ile birlikte mağdureye karşı zor kullanarak aynı zaman ve mekânda önce diğer şahıs, sonrada sanık tarafından organ sokmak suretiyle nitelikli cinsel saldırı eylemini gerçekleştirdikleri anlaşılmalı, sanığın bizzat işlediği eylemden ayrı olarak diğerinin eylemine katılmış olmasından dolayı hakkında TCK.nun 102/2 ve 102/3-d maddelerine göre belirlenen cezanın teselsül nedeniyle aynı Yasanın 43. maddesi uyarınca artırılması suretiyle hüküm kurulması gerektiği gözetilmeden iki ayrı suç kabulü ile yazılı şekilde uygulama yapılmak suretiyle karar verilmesi” 5.CD.nin 26.11.2009 gün 2009/12057-13260 sayılı

Zincirleme suç hükümleriyle birlikte TCK.nun 103. maddesinin 6. fıkrasındaki suçun ağırlaşmış halinin uygulandığı durumda cezanın belirlenmesi önem arz etmektedir. Yargıtay'ın yerleşmiş uygulamasına göre, 5237 sayılı Yasanın 61. maddedeki sıralamaya göre, 43. maddenin 103/6. maddeden sonra uygulanması gerektiği, ancak sanığın zincirleme biçimde kasten işlediği basit cinsel istismar suçlarının neticesi sonucu gerçekleşen TCK.nun 103. maddesinin 6. fıkrasındaki suçun ağırlaşmış halinin teselsül edemeyeceği, zincirleme biçimde gerçekleşen eylemlerin 103/6. maddeden öncekiler olması nedeniyle TCK.nun 43. maddesi uyarınca yapılacak artırımın 103/6 ile tayin edilen ceza üzerinden değil, bu maddenin tatbikinden önce bulunan ceza miktarı üzerinden yapılması ve bunun 103/6. maddeyle belirlenen cezaya eklenmesi ile sonuç cezanın tayini gerektiği kabul edilmektedir.<sup>360</sup>

---

kararı; “Sanıkların birlikte boş bir araziye götürdükten sonra tehdit kullanmak suretiyle direncini kırdıkları mağdura karşı, aynı zaman ve mekânda önce sanık Sezer, müteakiben sanık Ender ve tekrar sanık Sezer tarafından livata yoluyla nitelikli cinsel istismar eylemlerini gerçekleştirdikleri, bizzat işledikleri eylemden ayrı olarak diğerinin eylemine katılmış olmalarından dolayı haklarında bu suçun nitelikli hali olan TCK.nun 103/3. maddesi ile birlikte sanık Ender hakkında aynı Yasanın 43/1. maddesinin de uygulanması, sanık Sezer yönünden ise 43. madde uyarınca teşdiden artırım yapılması gerektiğinin gözetilmemesi” 5.CD.nin 26.05.2009 gün 2009/3382-6220 sayılı kararı.

<sup>360</sup> “Mağdurun ruh veya beden sağlığının bozulmasının artırım nedeni olabilmesi için, kalıcı bir hasarın varlığı gerekmektedir. Kalıcı hasarın varlığı ise, doktor raporu ile belirlenecektir. Mağdurda oluşan bu kalıcı hasar ise, ancak bir kez oluşacaktır. Örneğin mağdurun ruh sağlığının kalıcı şekilde bozulması bir kez meydana gelir, gerçekleşen her eylemde ruh sağlığının yeniden bozulması söz konusu değildir. Bu nedenle suçun temel şeklinin zincirleme şekilde gerçekleştirildiği hallerde, mağdurun ruh sağlığının bozulması halinde, bu bozulmanın bir kez gerçekleştiği nazara alınarak, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç haline zincirleme suç hükümlerinin uygulanmasına olanak bulunmamaktadır. Aksi halde sanık hakkında fazla ceza tayin edilmesi söz konusu olur. O halde ceza uygulaması yapılırken, zincirleme suç hükümlerinin uygulanacağı hallerde, TCY.nın 43. maddesi uyarınca artırım, diğer artırım nedenleri uygulanarak bulunan ceza üzerinden yapılacak ve artırım miktarı, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç nedeniyle TCY.nın 103/6. maddesi uyarınca yapılacak artırımla bulunan ceza miktarı üzerine eklenerek sonuç ceza miktarı belirlenecektir. Ceza Genel Kurulunca ulaşılan sonuç; Somut olayda sanığın, aynı suç işleme kararı ile hareket ederek, mağdurun birden fazla kez vücuduna organ sokmak suretiyle ve ruh sağlığının bozulmasına yol açacak şekilde istismar eylemi nedeniyle uygulanacak yaptırım lehe uygulama önerileri esas alınarak şu şekilde saptanacaktır: Vücuda organ sokmak suretiyle cinsel istismar eylemi nedeniyle 5237 sayılı TCY.nın 103/2. maddesi uyarınca 8 yıl hapis cezasıyla cezalandırılmasına, Eylemin cebir kullanılarak gerçekleştirilmesi nedeniyle TCY.nın 103/4. maddesi uyarınca cezası 1/2 oranında artırılarak 12 yıl hapis cezasıyla cezalandırılmasına, Mağdurun ruh sağlığının bozulmuş olması nedeniyle TCY.nın 103/6. maddesi uyarınca 15 yıldan aşağıya ceza tayin edilemeyeceğinden 15 yıl hapis cezasıyla cezalandırılmasına, İstismar eyleminin zincirleme şekilde gerçekleştirilmesi nedeniyle TCY.nın 43. maddesi uyarınca cezası 1/4 oranında artırılarak ve bu artırım 103/4. maddesiyle belirlenen ceza

Yargıtay'ın bu görüşünün temeli, teselsül eden eylemlerden birinin mağdurun ruh sağlığını bozduğu ve ruh sağlığının bir kez bozulacağı fikrine dayanmaktadır. Ruh sağlığının bir kez bozulacağı ve bunun teselsül etmeyeceği fikrine elbette bizde katılıyoruz. Ancak ruh sağlığının bozulması, eylemlerden bir tanesi tarafından olabileceği gibi, sanığın teselsül eden eylemleri sonucu ve toplamı neticesinde de olabilir, yani gerçekleşen netice teselsül eden eylemlerden oluşabilir.<sup>361</sup> Mağdurun ruh sağlığının, hangi

---

miktarı olan 12 yıl hapis üzerinden yapılmak suretiyle bulunan 3 yıl sonucunun, 103/6. madde ile belirlenen ceza miktarı üzerine eklenmesi sonucunda 18 yıl hapis cezasıyla cezalandırılmasına, Takdiren indirim nedeni uygulanmak suretiyle TCY.nun 62. maddesi uyarınca 1/6 oranında indirim yapılarak, sonuçta sanığın 15 yıl hapis cezasıyla cezalandırılmasına karar verilmelidir.” YCGK.nun 20.11.2007 gün 2007/5-142//240 sayılı kararı; “Dairemizin 26.05.2009 tarihli ve 2009/3096 esas, 2009/6324 Karar sayılı bozma ilamında ayrıntılı şekilde belirtilmesine rağmen TCK.nun 43. maddesi uyarınca yapılacak artırımın TCK.nun 103/6. maddesinin tatbikinden önce bulunan ceza miktarı üzerinden yapılması ve 103/6. maddeyle belirlenen cezaya eklenmesi gerektiğinin gözetilmemesi ile sanığın eylemini velayet hakkını kötüye kullanmak suretiyle gerçekleştirdiği halde belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılmayı düzenleyen 53. maddenin 5. fıkrasının uygulanmaması” 5.CD'nin 23.02.2010 tarih ve 2009/14299-2010/1473 sayılı kararı; “YCGK.nun dairemizce de benimsenen 20.11.2007 gün 2007/5-142 Esas, 2007/240 sayılı kararında belirtildiği üzere, 5237 sayılı Yasanın 61. maddedeki sıralamaya göre, 43. maddenin 103/6. maddeden sonra uygulanması gerektiği, ancak sanığın zincirleme biçimde kasten işlediği basit cinsel istismar suçlarının neticesi sonucu gerçekleşen ve sorumluluğu için en az taksir derecesinde bir kusurunun bulunması gereken TCK.nun 103. maddesinin 6. fıkrasındaki suçun ağırlaşmış halinin teselsül edemeyeceği, zincirleme biçimde gerçekleşen eylemlerin 103/6. maddeden öncekiler olması nedeniyle TCK.nun 43. maddesi uyarınca yapılacak artırımın 103/6 ile tayin edilen ceza üzerinden değil, bu maddenin tatbikinden önce bulunan ceza miktarı üzerinden yapılması ve bunun 103/6. maddeyle belirlenen cezaya eklenmesi ile sonuç cezanın tayini gerektiği gözetilmeyerek sanığa eksik ceza tayini” 5.CD'nin 23.02.2010 tarih ve 2009/14176-2010/1495 sayılı kararı; “TCK.nun 61/5. maddesindeki sıralamaya uygun olarak; TCK. 103/2, 103/3, 103/4, 35 ve 103/6. maddeleri uygulandıktan sonra, TCK.103/6. maddedeki suçun ağırlaşmış halinin teselsül edemeyeceği ve zincirleme biçimde gerçekleşen eylemlerin 103/6. maddeden önceki eylemler olması nazara alınıp 103/2, 103/3, 103/4 ve 35. maddeler ile belirlenen ceza üzerinden TCK.nun 43. maddesi uyarınca yarı oranında artırım yapılarak elde edilen tutarın 103/6. maddesi ile belirlenen cezaya eklenerek sonuç cezanın belirlenmesi gerektiği gözetilmeden yazılı şekilde hüküm tesisi” 5.CD'nin 02.02.2010 tarih ve 2009/12979-2010/567 sayılı kararı; “Zincirleme biçimde kasten işlediği eylemi neticesi gerçekleşen TCK.nun 103. maddesinin 6. fıkrasındaki suçun ağırlaşmış hali teselsül edemeyeceğinden 43. maddesi uyarınca yapılacak artırımın 103/2, 103/4 ve 103/6. maddeleri ile tayin edilen ceza üzerinden değil 6. fıkranın tatbikinden önceki 103/2 ve 103/4. madde ve fıkralarına göre bulunan ceza miktarı üzerinden yapılarak elde edilen artırım tutarının 103/6. madde ile tayin edilen cezaya eklenmesi ve bu sıraya uyularak sonuç cezanın belirlenmesi lüzumuna uyulmaması suretiyle fazla ceza tayini” 5.CD'nin 25.01.2010 tarih ve 2009/12807-2010/317 sayılı kararı; “Sanık Birol'un zincirleme biçimde kasten işlediği cinsel istismar suçlarının neticesi sonucu gerçekleşen ve sorumluluğu için en az taksir derecesinde bir kusurunun bulunması gereken TCK.nun 102. maddesinin 5. fıkrasındaki suçun ağırlaşmış halinin teselsül edemeyeceği zincirleme biçimde gerçekleşen eylemlerin 102/5. maddeden önceki fıkralardaki hallerin oluşumunda 43. madde uyarınca yapılacak artırımın 102/5. madde ile tayin olunan ceza üzerinden değil bu maddenin tatbikinden önce bulunan ceza miktarı üzerinden yapılması ve 102/5. maddeyle belirlenen cezaya eklenmesi gerektiği gözetilmeyerek sanığa fazla ceza tayin edilmesi” 5.CD'nin 17.07.2008 tarih ve 2008/7208-2008/7643 sayılı kararı.

<sup>361</sup> Yaşar, Gökcan, Artuç, a.g.e., s. 3353-3354.

eylemden bozulduğu tıbben tespit edilemiyor ise (beden sağlığı bozulmuş ise; bunun hangi eylemden meydana geldiğinin tespiti daha kolaydır); bu durumda kanaatimizce, sanığın lehine olarak teselsül eden eylemlerin toplamının, ruh sağlığını bozduğu kabul edilmesi gerekir. Bu takdirde de, nasıl ki daha önce izah ettiğimiz şekilde, temel suçun teşebbüs aşamasında kaldığı ancak daha ağır veya başka bir netice oluştuğunda, gerçekleşen neticeden teşebbüs nedeniyle indirim yapılamıyor ise; 43.madde de yine 103/6. maddeden önce uygulanacak, ancak bulunacak miktar 103/6 ile belirlenecek miktara ilave edilmeyecektir. Kanaatimizce sanığın lehine olan uygulama, bu şekilde olması gerekir diye düşünüyoruz.

Bazen mağdur aralarında iştirak bulunmayan failer tarafından cinsel istismara uğramış ve neticede ruh sağlığı bozulmuş olabilir. Bu takdirde de mağdurun ruh sağlığının, hangi sanığın eyleminden bozulduğunun tespiti gerekir. Şayet bu tıbben belirlenemiyorsa, şüpheden sanık yararlanır ilkesince 103/6 maddesinin uygulanmaması gerekir.<sup>362</sup>

---

<sup>362</sup> “Mağdureye yönelik ilk nitelikli cinsel istismar eyleminin zorla zincirleme şekilde sanık Samet tarafından gerçekleştirildiği ve bu olaydan bir gün sonra da diğer sanıkların cinsel istismar eylemlerini işledikleri, sanık Samet ile diğer sanıkların eylem birliği içerisinde olmadıkları, sanıkların cinsel istismar suçunun neticesi sonucu gerçekleşen TCK.nun 103/6. maddesinden sorumlu tutulabilmeleri için, mağdurenin hangi eylem sonucu yada birleşen eylemler sonucu mu ruh sağlığının bozulduğunun tespit edilmesi gerektiği anlaşıldığından, bu hususta Adli Tıp Kurumu ilgili İhtisas Kurulundan görüş sorularak sonucuna göre sanıkların hukuki durumlarının tayin ve takdiri gerektiğinin gözetilmemesi”5.C.D.nin 13.04.2009 gün 2009/895-4553 sayılı kararı; “Sanıkların fikir ve eylem birliği içinde, arkadaşının bağından şehre doğru yoldan yürüyerek gelmekte olan katılan mağdureyi zorla tutarak bağların içerisine götürdükleri, burada birlikte her iki sanığın da ayrı ayrı cebirle nitelikli cinsel saldırıya teşebbüs ettikleri, ancak mağdurenin direnmesi ve yoldan jandarmaya ait aracın birkaç defa geçip mağdureyi aramaları üzerine eylemlerini tamamlayamadıkları, sanık İbrahim Halil'in araç getirmek için olay yerinden ayrılarak şehre gittiği, sanık Mehmet Ali'nin de mağdureyi yola paralel olarak bağların arasında bir saat kadar şehir istikametine doğru götürdüğü sırada mağdureyi darp edip ve jiletle tehdit ederek vajinal yoldan organ sokmak suretiyle cinsel saldırıda bulunduğu anlaşıldığı karşısında; sanık İbrahim Halil hakkında diğer sanık ile birlikte zincirleme nitelikli cinsel saldırıya teşebbüs etmekten, sanık Mehmet Ali'nin de diğer sanık ile birlikte ve silahla zincirleme nitelikli cinsel saldırıda bulunmaktan cezalandırılmaları yerine yazılı şekilde hüküm kurulması, TCK.nun 102/5. maddesinin 20 yıla kadar hapis cezasını gerektirdiği nazara alınarak, mağdurenin dosya içinde mevcut Ankara Numune Hastanesince verilen 30.10.2007 tarihli raporunda "post travmatik stres bozukluğu" tanısı konulmuş olduğundan, bu raporla birlikte dava dosyası ve mağdure Adli Tıp Kurumuna sevk edilerek, ilgili İhtisas Kurulundan olay sonucu mağdurenin ruh sağlığının bozulup bozulmadığı sorularak, bozuldu ise sanıkların gerçekleştirdikleri hangi eylem nedeni ile bozulduğu ayrıntılı açıklattırılıp, rapor sonucuna göre sanıklar hakkında 102/5. maddesinin uygulanıp uygulanmayacağı karar yerinde tartışılmadan, verilen ceza miktarı açısından sonuca etkili görülmediği

### 3. Cinsel İstismar Suçu Açısından Aynı Neviden Fikri İçtima

Aynı neviden fikri içtima, 5237 sayılı TCK.nun zincirleme suça ilişkin düzenlemenin yer aldığı 43/2. maddesinde düzenlenmiştir. Maddede; "Aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlenmesi durumunda da, birinci fıkra hükmü uygulanır "denilmektedir". Örneğin, birden çok kimseye aynı sözle cinsel tacizde bulunulmasında aynı neviden fikri içtima söz konusudur. Aynı neviden fikri içtimanın oluşabilmesi için, tek eylemle birden fazla kişiye karşı suç işlenmesi gerekir.

Cinsel istismar suçu aynı anda birden fazla mağdura karşı işlense dahi her bir mağdura karşı işlenmesi ayrı suç oluşturacaktır.<sup>363</sup> TCK.nun 43.maddesinin 1. fıkrasına göre zaten eylem farklı kişilere karşı işlenmiştir. Yine cinsel istismar suçu vücuda fiziki temasla işlenen bir suçtur. Bundan dolayı farklı mağdurlara karşı tek bir fiille bu suçun işlenmesi mümkün değildir.<sup>364</sup> Dolayısıyla bu suçta aynı neviden fikri içtimanın uygulanması mümkün bulunmamaktadır.

### 4. Cinsel İstismar Suçu Açısından Farklı Neviden Fikri İçtima

TCK.nun 44. maddesinde "İşlediği bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet veren kişi, bunlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılır" denilmek suretiyle böyle hallerde failin nasıl cezalandırılacağına ilişkin esas gösterilmiştir. Bir fiil ile kanunda tanımlanan

---

gereğesiyle sanıklar hakkında bu maddenin uygulanmaması" 5.C.D.nin 05.04.2010 gün2009/9987-2010/2688 sayılı kararı.

<sup>363</sup> Artuk, Gökçen, Yenidünya, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.154; Tezcan, Erdem, Önok, a.g.e., s.321.

<sup>364</sup> "Irza tasaddi suçları muhtelif zamanlarda ve müteaddit çocuklara karşı ayrı ayrı icra kılınmış olmasına nazaran, 80'inci madde değil, gerçek içtimanın tatbiki gerekir" Yarg. CGK.nun 16.3.1942 gün 71/72 sayılı kararı "Sanığın öğrencisi olan birden çok mağdurenin ırzına tasaddide bulunduğu, oluşa uygun şekilde mahkemece kabul edilmesine göre, her bir mağdureye karşı eyleminin ayrı suç oluşturduğunun gözetilmemesi.." Yarg. 5. CD.nin 18.9.1979 gün 2239/2397 sayılı kararı.



birden fazla farklı suç işlenmektedir. Bu suçların her birinden ayrı ayrı cezalandırılabilme imkanı varken; Kanun koyucu faile bu suçlardan en ağırının cezasının verilmesi ilkesini benimsemiştir. Buna göre; farklı nev' iden fikri içtimadan söz edebilmek için, a) fiilin tek olması, b) bu fiil ile kanunda tanımlanan birden fazla suçun işlenmesi gerekir.<sup>365</sup>

"Farklı suç "tan maksat, farklı suç tiplerini düzenleyen hükümlerdir. Kanunumuz aynı suçun ne anlama geldiğini tarif ettiğine göre, bu tanımın kapsamına girmeyen suçlar farklı suçlardır. Bir başka deyişle, bir fiille işlenen ve bir suçun temel şekli ile daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli şekillerinin dışında kalan suçlar farklı suçlardır.<sup>366</sup> Bu suçlar aynı kanunda bulunabileceği gibi, farklı kanunlarda da bulunabilir. Tek fiille işlenen farklı suçlardan bazıları genel ceza kanunlarında, bazıları da yan ceza kanunlarında yaptırım altına alınmış olabilir, Bu durumda da fikri içtimanın varlığı kabul edilmektedir.<sup>367</sup>

TCK.nun 232. maddesinde düzenlenmiş kötü muamele suçu aynı zamanda cinsel istismar da içeriyorsa fikri içtima (YTCK m. 44) hükmü uyarınca ağır olan suçtan hüküm kurmak gerekir.<sup>368</sup>

Eziyet suçu cinsel istismar şeklinde işlenirse, artık eziyet suçundan değil, cinsel istismar suçundan ceza verilecektir.<sup>369</sup>

---

<sup>365</sup> Özgeç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümleri**, s.525.

<sup>366</sup> Bakınız 44.maddenin gerekçesi: "Kişi, işlediği bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşumuna neden olabilir; ancak non bis in idem kuralı gereğince bu fiilden dolayı ancak bir defa cezalandırılabilir. Gerçekleştirdiği fiilin birden fazla farklı suçun oluşumuna neden olması durumunda, failin bu suçlardan en ağır cezayı gerektiren suç nedeniyle cezalandırılması yoluna gidilmelidir. Böylece, bir fiilden dolayı kişinin birden fazla cezalandırılmasının önüne geçilmek amaçlanmıştır. Bir suçun temel ve nitelikli şekillerinin dışındaki suçlar, fikri içtima uygulamasında farklı suç olarak kabul edilmelidir."

<sup>367</sup> Kayhan İçel, **Suçların İçtiması**, İstanbul,1972,s.77, Koca, a.g.m., s. 214.

<sup>368</sup> Özbek ve Kanbur, a.g.e., s.622.

<sup>369</sup> "İddia ve kabule göre, sanığın ...doğumlu üvey kızı Sinem'e yönelik organ veya cisim sokmak suretiyle kızlık bozma biçimindeki eyleminin 5237 sayılı TCY'nın maddesinde öngörülen cinsel istismar suçunun nitelikli halini oluşturabileceği, eylemi nitelendirme ve kanıtları değerlendirme görevinin ağır ceza mahkemesine ait olduğu gözetilerek görevsizlik kararı verilmesi gerekirken

Çocuklara fuhuş yaptırılıyorsa içtima hükümleri nasıl uygulanacak? Öncelikle 765 s.Yasa dönemine baktığımızda: 435/1. maddede 15 yaşından küçüklerin, 435/3. maddede 15 yaşını doldurmuş 21 yaşını bitirmemiş kimselerin fuhşa teşvik edilmesi ve bunun yolunun kolaylaştırılması suç olarak düzenlenmiştir.Fuhuş gerçekleşmese dahi, bunu teşvik edenin cezalandırılması amaçlanmıştır. Bu itibarla, fuhşa iştirak biçiminde bir yol izlenmeyerek bağımsız suç tipi olarak düzenlenmiş bulunmaktadır. Bu suç soyut tehlike suçu olarak görülmektedir. Fail, küçüğün üçüncü kişi ile cinsel ilişkide bulunmasını sağlamış ise, bu suç da oluşur ve sorumlu tutulur.<sup>370</sup>

765 s. Yasanın 436. maddesinde ise; 21 yaşından küçük bir bakir veya kadının rızası olsa dahi fuhşuna aracılık etme suçu düzenlenmiştir. Suçun mağduru kadın veya kızlardır. Mağdur 15 yaşından küçük ise, eylem TCK.nun 79. maddesi nazara alınarak 414. maddede yer alan ırza geçme suçuna iştirak niteliğindedir. Mağdureyi temin eden fail ile mağdurenin ırzına geçen üçüncü şahıs birlikte 414. maddeden cezalandırılacaklardır. Mağdure 15 yaşını doldurup fakat reşit olmaması halinde ise fail için 436, cinsel ilişkide bulunan üçüncü şahıs için 416/3. maddesi uygulanacaktır.<sup>371</sup>

Görüldüğü üzere çocukların fuhşuna aracılık suçu TCK.nun 79. maddesi uyarınca fikri içtima kuralı uygulanarak hangi suçun cezası ağır ise, ondan hüküm kurularak çözülmüştür. Yani 15 yaşını doldurmuş çocuklara rızaları ile fuhuş yaptırılırsa 436/1. maddesi, 416/3 maddesine göre daha ağır olduğundan fail 436. maddeye göre cezalandırılıyordu.<sup>372</sup> Mağdur 15

---

yargılamaya devamla hüküm kurulması yasaya aykırıdır. (Hüküm eziyet suçundan kurulmuştur.) 4.CD'nin 4.4.2007 gün 2006/10952–2007/3078 sayılı kararı.

<sup>370</sup> Malkoç, Güler, a.g.e., s. 3389-3392; benzer: Bakıcı Sedat, a.g.e., s.513.

<sup>371</sup>Erdal Baytemir, **Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Suçlar**, 1.b.,Ankara: Adil Yayınevi, s.12,796; Bakıcı, a.g.e., s.519; Malkoç, Güler, a.g.e., s. 3396.

<sup>372</sup> “Olay tarihinde sanık Celil'in 18 yaşını bitirmeyen Anisaora'yı Nejat isimli kişiyle cinsel ilişkide bulunmak için iğfal ve tedarik ettiği oluşa uygun olarak kabul edilip hakkında TCK.nun 436/1. maddesiyle mahkûmiyet hükmü kurulmuş olmasına rağmen aynı Yasanın 79.maddesi hükmü alınmadan aynı eylemden dolayı ayrıca TCK.nun 416/3, 65/son maddeleri uyarınca da

yaşından küçük ise 414/1.maddenin cezası daha ağır olduğundan dolayı, fail mağdura yönelik eylemi irtikap edenin eylemine asli iştirak etmiş oluyordu.<sup>373</sup>

Fuhuş suçu 5237 sayılı TCK.nun 227.maddesinde düzenlenmiştir.<sup>374</sup>

Madenin birinci fıkrasında çocuklara, ikinci fıkrasında ise 18 yaşını doldurmuş

---

cezalandırılması” 5. CD.nin 01.02.1994 gün 1994/4719-284 sayılı kararı; “Sanığın 15 yaşını bitirip 21 yaşını tamamlamayan mağdureyi rızası ile ve para karşılığında başkalarına temin etmek suretiyle fuhuş yaptırmaktan ibaret eyleminin TCK.nun 436. maddesinde tanımlanan suç oluşturduğunun gözetilmemesi” 5. CD.nin 25.10.1995 gün 1995/2492-3364 sayılı kararı; “ 17 yaşında bulunan Ü’yü kendi rızası ile fuhuş için erkeklere tedarik eden sanığın eylemi TCK.nun 1. fıkrasına uygun olduğu halde, aynı maddenin 2. fıkrasına göre hüküm kurulması” 5.CD.nin 19.01.1998 gün 1997/4749-1998/41 sayılı kararı; “Sanık Ahmet’in mağdure ile fiili livata suretiyle iki kez cinsel ilişkide bulunduğu, mağdurenin ayamalarda anlatımları, doktor raporu ve sanığın duruşmadaki tevilli ikrarı ile sabit olduğu halde hakkında 80. maddenin uygulanmaması, Sanık K’nin 21 yaşını bitirmeyen mağdure Arzu’yu 15.000.000 TL. karşılığında fuhuş için diğer sanık Ahmet’e tedarik ve naklettiği toplanan kanıtlar ve dosya içeriği ile sabit olduğu halde TCK.nun 436/1. maddesi uyarınca cezalandırılması yerine yazılı gerekçe ile beraatına karar verilmesi ( mağdur 17 yaşında olup sanık Ahmet 416/3 maddesi uyarınca cezalandırılmış). 5.CD.nin 08.04.1999 gün 1998/5383-1999/1318 sayılı kararı.

<sup>373</sup> “Ev sahibi olan sanığın, 15 yaşından küçük mağdureyi fuhuşa teşvik ederek çeşitli erkeklere bu arada sanık M.Ç’ye sattığı, kendisine ait evde birden çok cinsel ilişkiye girmesini sağladığı anlaşılmalı eyleminin TCK.nun 79.maddesi delaletiyle aynı Yasanın 414/1.maddesi kapsamına giren suça asli iştirak niteliğinde olduğu gözetilmeden, mücerret yer temin etmek suretiyle eyleme fe’an katıldığından bahisle yazılı şekilde uygulama yapılması, Sanığın oluşa uygun şekilde kabul edilen eyleminin tümü TCK.nun 414/1 maddesine giren tek eylem niteliğinde olduğu halde ayrıca alıkoyma suçunun oluştuğundan bahisle TCK.nun 430/2 ve 80 maddeleri uyarınca mahkûmiyet hükmü tesisi”( mahkemenin uygulaması: 414/1, 65/3,80,40/2) 5. CD.nin 20.09.1999 gün 1999/2398-4085 sayılı kararı; “.....otel sahibi ve idarecisi olan iki sanığın burada mağdureyi fuhuşa teşvik ederek para mukabili çeşitli erkeklere sattıkları ve mağdurenin otele gelen erkeklerle cinsel ilişkide bulunmasını temin ettikleri ve böylece sanıkların üçüncü kişilerle anlaştıktan sonra onlarla cinsi münasebette bulunmayan mağdureyi kandırmak suretiyle manevi cebirle ırzına geçilmesi suçuna katıldıkları anlaşılmalı olmasına göre eylemlerinin TCK.nun 79. maddesi delaletiyle 414/1.maddeye uygun olacağı gözetilmeden yazılı şekilde ( 436/1. maddeden) hüküm kurulması” 5.CD.nin 08.02.1978 gün 1978/304-335 sayılı kararı.

<sup>374</sup> **MADDE 227.** - (1) Çocuğu fuhuşa teşvik eden, bunun yolunu kolaylaştıran, bu maksatla tedarik eden veya barındıran ya da çocuğun fuhuşuna aracılık eden kişi, dört yıldan on yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. Bu suçun işlenişine yönelik hazırlık hareketleri de tamamlanmış suç gibi cezalandırılır. (2) Bir kimseyi fuhuşa teşvik eden, bunun yolunu kolaylaştıran ya da fuhuş için aracılık eden veya yer temin eden kişi, iki yıldan dört yıla kadar hapis ve üçbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. Fuhuşa sürüklenen kişinin kazancından yararlanılarak kısmen veya tamamen geçiminin sağlanması, fuhuşa teşvik sayılır. (3) (06.12.2006 tarihinde 5560 s. Kanununun 45. maddesi ile yürürlükten kaldırıldı.)(4) Cebir veya tehdit kullanarak, hile ile ya da çaresizliğinden yararlanarak bir kimseyi fuhuşa sevk eden veya fuhuş yapmasını sağlayan kişi hakkında yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza yarısından iki katına kadar artırılır. (5) Yukarıdaki fıkralarda tanımlanan suçların eş, üstsoy, kayın üstsoy, kardeş, evlât edinen, vasi, eğitici, öğretici, bakıcı, koruma ve gözetim yükümlülüğü bulunan diğer kişiler tarafından ya da kamu görevi veya hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle işlenmesi hâlinde, verilecek ceza yarı oranında artırılır. (6) Bu suçların, suç işlemek amacıyla teşkil edilmiş örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenmesi hâlinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza yarı oranında artırılır. (7) Bu suçlardan dolayı, tüzel kişiler

kişilere fuhuş yaptırma suç olarak tanzim edilmiştir. 765. s Yasadan farklı olarak fuhşa teşvik ve aracılık etmek aynı maddede yaptırım altına alınmıştır. Ayrıca suçun mağduru erkekte olabilecektir.

Fail işlediği bir fiil ile hem fuhuş suçunu işlemiş hem de çocuğun cinsel istismarı suçuna veya mağdurun yaşına göre reşit olmayanla cinsel ilişki suçuna iştirak etmiş olabilir. Kanaatimizce bu durumda iki ayrı suç oluşmaz, her somut olayda failin cinsel istismar veya reşit olmayanla cinsel ilişki suçlarındaki iştirakine bakarak, TCK.nun 44. maddesi uyarınca bunlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırmak gerekir.

## II. KOVUŞTURMA VE SORUŞTURMA USULÜ İLE YAPTIRIM

### A. Kovuşturma ve Soruşturma Usulü

Cinsel istismar suçunun hem basit hem de nitelikli hali şikâyete bağlı değildir, soruşturma re'sen yapılır. 5560 sayılı Kanununun 24. maddesi ile değişik CMK.nun 253/3. maddesine göre, cinsel dokunulmazlığa karşı suçlarda uzlaşma yoluna gidilemez.

Çocuk mağdurların vekilleri yoksa, hem kovuşturma hemde soruşturma esnasında CMK.nun 234/2. maddesi uyarınca istemleri olmaksızın vekil görevlendirilmesi gerekir. Yine, çocuk olan mağdurun dinlenmesi esnasında CMK.'nın 236/3. maddesi gereğince psikoloji, psikiyatri, tıp veya eğitim alanında uzman kişilerden herhangi birinin hazır bulundurulması gerekir. Ancak Yargıtay, inceleme esnasında mağdur 18 yaşını tamamlamış ise; bu hususu telafisi mümkün görülmediğinden bozma nedeni yapmamaktadır.<sup>375</sup>

---

<sup>375</sup>5271 sayılı CMK.nun 236/3. madde hükmüne aykırı olarak, mağdur çocuğun dinlenmesi sırasında psikoloji, psikiyatri, tıp ve eğitim alanında uzman bir kişinin bulundurulması ve onsekiz yaşından küçük olduğu halde CMK.nun 234/2. maddesi uyarınca istemleri olmaksızın vekil görevlendirilmesi gerektiğinin gözetilmemesi mağdurenin 18 yaşını bitirmiş bulunması nedeniyle telafisi mümkün olmadığından, ırza geçme suçundan da TCK.nun 31. maddesinin uygulanmaması ise, karşı temyiz bulunmadığından bozma sebebi sayılmamıştır.” 5.CD'nin 21.5.2007 gün 2007/3121-3793 sayılı kararı; “Çocuk olan mağdurenin dinlenilmesi sırasında CMK.nun 236/3. maddesi gereğince psikoloji, psikiyatri, tıp veya eğitim alanında uzman kişilerden herhangi birinin duruşmada hazır bulundurulması gerektiğinin gözetilmemesi kanuna aykırı ise de, mağdurenin 18 yaşını tamamladığının anlaşılması karşısında bu hususun telafisi mümkün görülmediğinden bozma nedeni yapılmamıştır.” 5.CD'nin 04.06.2009 gün 2006/8927-2009/6772 sayılı kararı; “CMK.nun 236/3. maddesi açık hükmü nedeniyle mağdur çocukların tanık olarak dinlenmesi sırasında psikoloji, psikiyatri, tıp veya eğitim alanında uzman bir kişinin bulundurulması ve bu kişinin mağdurun beyanlarına ilişkin görüşü de alınarak sonuca varılması gerekli ise de; aynı maddenin 2. fıkrasında her dinlemede psikolojisi daha da bozulacağından zorunluluk arzeden haller hariç mağdur çocukların bu suça ilişkin soruşturma veya kovuşturmada tanık olarak bir defa dinlenebileceğinin öngörülmesi, mağdurun anlatımlarını destekleyen tanık beyanları ile “...mağdurun ifadelerine ana hatlarıyla ve diğer delillerle desteklendiği takdirde itibar edilmemesi için tıbbi bir neden bulunmadığını” belirten Adli Tıp 6. İhtisas Kurulu'nun 18.12.2008 gün ve 3684 sayılı raporu birlikte değerlendirildiğinde; mağdur çocuğun beyanının, tek başına hükme esas alınmamış olması karşısında ikinci kez dinlenmesinde zorunluluk bulunmadığından tebliğnamedeki bu yöndeki görüşe iştirak edilmemiştir.” 5.CD.nin 20.05.2008 gün 2007/11696-2008/4617 sayılı kararı.

Mağdur, 2828 sayılı Kanunun 22/1. maddesi veya ÇKK. uyarınca koruma altına alınmış ise; koruma kararı getirilmeli ve devam edip etmediği araştırılmalıdır.<sup>376</sup>

Mağdurun yaşının küçüklüğü duruşmanın gizli yapılmasını gerektirmez. Ancak, CMK.'nın 182/2-3 ve 185. maddelerine göre genel ahlakın ve kamu güvenliğinin kesin olarak gerekli kıldığı hallerde, duruşmanın bir kısmının veya tamamının kapalı yapılmasına mahkemece karar verilebilir.<sup>377</sup>

Cinsel istismar suçunda, dava zamanaşımı kural olarak suçun işlendiği tarihten başlayacaktır. Ancak, TCK.nun 66/6. maddesine göre; çocuklara karşı üstsoy veya bunlar üzerinde hüküm ve nüfuzu olan kimseler tarafından işlenen suçlarda dava zamanaşımı çocuğun onsekiz yaşını bitirdiği günden itibaren işlemeye başlayacaktır.

## **B.Yaptırım**

TCK.nun 103/1'inci maddesinde düzenlenen basit cinsel istismar suçunun müeyyidesi, üç yıldan sekiz yıla kadar hapistir. Madenin 2. fıkrasında yer alan nitelikli cinsel istismar eyleminin yaptırımı sekiz yıldan onbeş yıla kadar hapistir. Suçun 3. fıkrada belirtilen şekillerde işlenmesi halinde faile verilecek ceza yarı oranında artırılır. Artırım bir önceki fıkranın üzerinden yapılır. Yani artırımlar sırayla birbiri üzerinden yapılır. Eylem

---

<sup>376</sup> “2828 sayılı Kanun uyarınca mağdure hakkında usulüne uygun koruma kararı alınıp alınmadığı ve alınmışsa aynı Kanunun 22 ve 24. maddeleri uyarınca koruma kararının sayılan istisnalar hariç, çocuk reşit olana kadar devam edeceğinden, devam edip etmediği araştırılıp, buna göre mağdureyi temsil ve hakkını korumaya yetkili olduğu belirlenmeden, Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Genel Müdürlüğü'nün davaya katılma talebinin kabulüne karar verilmesi,” 5.CD.nin 16.02.2009 gün 2008/15013-2009/1657 sayılı kararı.

<sup>377</sup> “Dosyadaki nüfus kaydına nazaran sanığın reşit olduğu, bu durumda CMK.nun 182/2-3 ve 185. maddelerine göre sadece genel ahlakın ve kamu güvenliğinin kesin olarak gerekli kıldığı hallerde, duruşmanın bir kısmının veya tamamının kapalı yapılmasına mahkemece karar verilebileceği, mağdurların yaşının küçüklüğünün tek başına duruşmanın gizli yapılmasını gerektirmediği gözetilmeden ve başkaca yasal gerekçe gösterilmeden 02.07.2007 günlü duruşmanın gizli yapılması” 5.CD.nin 24.12.2009 gün 2009/3427-14972 sayılı kararı.

çocuğun nitelikli istismarı ise; temel cezanın doğrudan 103/2. maddesine göre belirlenmesi gerekir.

Cinsel istismar suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hali olan, cinsel istismar neticesinde mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulmasına neden olunması halinde, fail on beş yıldan az olmamak üzere hapis cezası ile cezalandırılır. Burada kanun koyucu cezanın alt sınırını belirtmiş olmasına rağmen üst sınırını düzenlememiştir. TCK.nun 49. maddesine göre, “sürelî hapis cezası, kanunda aksi belirtilmeyen hallerde bir aydan az, yirmi yıldan fazla olamaz”. Buna göre, cinsel istismar suçunun 103/6 ncı maddede belirtilen şekilde gerçekleşmesi halinde, faile verilecek ceza on beş yıldan yirmi yıla kadar hapistir. TCK.nun 103/6. madde uygulaması yapılacağı durumda temel cezanın doğrudan bu maddeden değil, alttan artırılarak hüküm kurulmalıdır. Çünkü bu şekilde hüküm kurulduğunda sonuç olarak verilecek cezanın 20 yılı aşma ihtimali vardır. Şayet biz doğrudan 103/6. maddeden hüküm kurarsak verilecek cezayı 20 yıla sınırlamış oluruz. Artımlar sonucu faile verilebilecek sonuç ceza TCK.nun 61/7. maddesine göre 30 yılı geçemeyecektir.

Cinsel istismar sonucunda mağdurun bitkisel hayata girmesi veya ölümü halinde, fail ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası ile cezalandırılacaktır. Bu durumda kanaatimizce temel cezanın doğrudan TCK.nun 103/7. maddesine göre belirlenmesinde bir sakınca yoktur.

Verilen bu cezanın TCK.nın 50. maddesi uyarınca seçenek yaptırımlara çevrilmesi ve TCK.nın 51. maddesi uyarınca ertelenmesi imkânı bulunmamaktadır. Ayrıca, sanığa verilen cezanın kanuni sonucu olarak da, fail TCK.nun 53. maddedeki haklardan yoksun bırakılacaklardır. Şayet, cinsel istismar suçu velayet veya vesayetin kötüye kullanılmasından işlenmiş ise; 53/5. madde uyarınca infazdan sonra da bu yetkilerin kullanılmasının yasaklanmasına karar verilmelidir.

### C. Görevli Mahkeme

5235 sayılı Adlî Yargı ilk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'unun 12. maddesi hükmüne göre; "Kanunların ayrıca görevli kıldığı hâller saklı kalmak üzere, ağırlaştırılmış müebbet hapis, müebbet hapis ve on yıldan fazla hapis cezalarını gerektiren suçlarla ilgili dava ve işlere bakmakla ağır ceza mahkemeleri görevlidir." Aynı Kanunun 11. maddesi ise; "Kanunların ayrıca görevli kıldığı hâller saklı kalmak üzere, sulh ceza ve ağır ceza mahkemelerinin görevleri dışında kalan dava ve işlere asliye ceza mahkemelerince bakılır." hükmü getirmiştir. Yine aynı Kanun m. 10 hükmüne göre; "Kanunların ayrıca görevli kıldığı hâller saklı kalmak üzere, iki yıla kadar (iki yıl dahil) hapis cezaları ve bunlara bağlı adlî para cezaları ile bağımsız olarak hükmedilecek adlî para cezalarına ve güvenlik tedbirlerine ilişkin hükümlerin uygulanması, sulh ceza mahkemelerinin görevi içindedir." Mahkemelerin görevlerinin belirlenmesinde ağırlaştırıcı veya hafifletici nedenler gözetilmeksizin kanunda yer alan suçun cezasının üst sınırı göz önünde bulundurulur. (m. 14)

Yukarıdaki düzenlemelere göre; çocukların cinsel istismarı suçunun basit halinde (TCK m. 103/1) görevli mahkeme Asliye Ceza Mahkemesidir. Çocuğun nitelikli istismarında (103/2) ise; görevli mahkeme Ağır Ceza Mahkemesidir. Maddenin 3. ve 4. fıkraları ağırlatıcı nedenler olduğundan görevi belirlemede etkisi yoktur. Yine maddenin 6. ve 7. fıkraları mevcut ise görevli mahkeme Ağır Ceza Mahkemesidir.

Bu suçla ilgili yetkili mahkeme, cinsel istismar suçunun işlendiği yerdir.



#### D. Evlenmenin Yaptırımın Tespitine Etkisi

765 s.TCK m. 434'te ırza geçme ve tasaddi suçunda fail ile mağdurun evlenmesi bir cezasızlık nedeni sayılmakta idi.<sup>378</sup> Buna karşılık YTCK. fail ile mağdurun evlenmesine, kamu davasının veya cezanın ortadan kaldırılmasını gerektiren bir sonuç bağlamamıştır. Cinsel saldırının temel biçiminin eşler arasında işlenmesini cezalandırmayan, nitelikli cinsel saldırıyı ise, ancak şikâyet koşuluyla cezalandıran bir anlayışın,<sup>379</sup> suçun işlenmesinden sonra fail ile mağdur arasında evliliğin gerçekleşmesine rağmen, niçin faili cezalandırma yoluna gittiğini anlamak mümkün gözükmemektedir. Diğer bir deyişle, fail ile mağdur arasında meydana gelen evliliğin ceza davasını ya da infazı ortadan kaldırması gerektiğini savunmak mümkün değilse de, YTCK'nın bu konudaki sisteminin kendi içerisinde çeliştiği göze çarpmaktadır.<sup>380</sup>

5237 s.Kanun ile getirilen yeniliklerden bir tanesi de evlenmenin, cinsel istismar veya cinsel saldırı suçlarından açılan davaları veya hüküm verilmiş ise cezanın çektirilmesini ertelememesidir. 765 s. Yasadaki düzenleme: “ Bu hüküm nedeniyle, kendisi ile evlenmesine olanak tanınmayan kızların ırzlarına geçilerek şerirler kendileriyle evlenmelerini sağladıklarından, kızının namusunu kurtarmak isteyen aile bu kişiyle evlenme yapılmasına razı olmak mecburiyetinde kaldıklarından, ırzına geçilen kızların ana babalarının baskısı sonucu bu tür şerirlerle evlendiklerinden, dolayısıyla da bu hükmün ırza geçme suçlarının sayısını arttırdığından, ayrıca, böylece en ağır suçları işleyen şerirlerin kanunun pençesinden kurtulduklarından” eleştirilmekteydi.

---

<sup>378</sup> Anayasa Mahkemesi, evlenme durumunda aile birliğinin korunması amacıyla devletin cezalandırma yetkisinin askıya alınmasında, yasa koyucunun kamu yararı gözeterek cezaya ilişkin takdir yetkisini kullandığı gerekçesiyle ETCK m. 434'ün Anayasaya aykırı olmadığı sonucuna varmıştır. Anayasa Mahkemesinin 09.10.1997 gün 1997/ 77-67 sayılı kararı.

<sup>379</sup> Bu düzenlemenin, bu suçla korunan hukuksal yararın cinsel özgürlük olduğu anlayışı ile nasıl bağdaştırılacağı ayrı bir tartışma konusudur. Benzer yönde Sevük, **Cinsel Saldırı**, s. 260.

<sup>380</sup> Tezcan, Erdem, Önok, a.g.e., s.314,315.

Bu eleştirilere:

“a) Irza geçme suçuna muhatap olan kişi kadın veya erkek, uğradığı fizik ve ruhsal, moral travma dışında, içinde yaşadığı toplum bakımından da çok kötü tepkilere uğramaktadır. Bu tepkilerden geçen bahislerde söz edilmişti. Bunların diğer insan toplumlarında söz konusu olduğu ayrıca açıklanmıştı. Türk toplumun da bu durum çok daha yoğun ve vahim olarak ortaya çıkmaktadır. Yalnız kırsal bölgelerde değil, ilçelerde ve büyük şehirlerin etrafını saran varoşlarda bu tepkiler sürdürülmekte, ırzına geçilen kadın ailesi ve toplum dışına atılmakta ve ayıplı bir kimse telakki edilmektedir. Bu kişilerden birçoğu fuhuş tacirlerinin ellerine düşmekte, hayatlarını genel evlerde geçirmektedirler. Bu tespit acıklıdır ancak toplumsal gerçek böyledir.

b) Toplumun geniş kesimleri ırzına geçilen kızın fail ile evlenmesi ve böylece başından bir nikah geçmesi halinde temizlendiğini kabul etmekte ve artık onun evlenmiş bir kadın sayılması gerektiği görüşündedir. Evlenemeyen kadın ise ailesi dışına atılmakta ve fuhuş tacirlerinin eline düşmektedir.

Böylece evlenen kadın ayrıca nafaka almak, doğuracağı çocuğa bir baba bulmak olanağına da kavuşmaktadır. Dolayısıyla hüküm, Ceza Hukuku tekniğinin kabul ettiği bir "etkin pişmanlık" niteliğindedir.

Ülkemizde hala başlık uygulamaları sonucu birbirini seven ve evlenmek isteyen erkek ve kızlar arasında suni kaçırma ve irza geçme uygulamaları cereyan etmekte, gençler böylece kendilerine göre ailelerin çıkardığı engelleri gidermeye çalışmaktadırlar. Medeni Kanuna göre 17 yaşında olan bir erkeğin 16 yaşında bir kızla evlenmesi kanunun ayrıca belirlediği koşulların yerine getirilmesi halinde mümkündür. Evlenmek maksadıyla 17 yaşında bir genç 16 yaşındaki bir kızla onun rızası ile birleştiğinde irza geçme suçunu işlemiş sayılacaktır. Bu iki insanın, kızın rızası ile evlenmesi halinde davanın ertelenmesi kabul edilmezse 17

yaşındaki erkek çocuk hapse girecek ve kız tam bir husumet ortamı içine düşerek mahvolacaktır.

Görülüyor ki, erteleme olanağının verilip verilmemesini karşılayan iki toplumsal yarar vardır: Suç işleyeni neticesi ne olursa olsun cezalandırmak yahut ırzına geçilen kadına kendisini korumak olanağını yani faille evlenme imkanını sağlamak. Elbette ki, evlenme kadının ve erkeğin rızalarına bağlıdır; "kıza baskı yapılır" görüşü, böyle bir olanağın reddine neden olmamalıdır. ırzına geçilmemiş kızlara da ana baba baskısı yapılarak onları evlendirme teşebbüsleri yok mu? Yıllardan beri sürüp giden başlık adeti neyi ifade ediyor? Evlenecek her kızı önceden hakim önüne çıkarıp, onun kararına bağlı olarak, baskı olup olmadığını saptamaya mı çalışacağız ve her evlenmeyi hakim kararına mı bağlayacağız?

Yukarıda hükmün lehine ve aleyhindeki toplumsal yararları gösterdik. 70 senedir bu yararlardan kadını korumak değeri, üstün sayılıp uygulanıp gitmiştir. Elbette ki, Büyük Meclis bu yararlardan birisini tercih edecek ya kızın yararına öncelik vererek onun rızası ile evlenme ve bunun neticesi erteleme olanağını kabul edecek veya kızın başına gelecekleri ikinci derecede değer sayarak her halükarda faili cezalandırma şikkini tercih edecektir yani suç siyasetinde bir seçim yapacaktır.<sup>381</sup> şeklinde cevaplar verilmekteydi.

Gerçekten de bu bir suç politikasıdır. Kanun koyucu Yeni Yasada her halükarda faili cezalandırmayı tercih etmiştir. 765 s.Yasadaki düzenlemeyi mağdura zorla tecavüz eden fail hakkında da erteleme imkanı verdiğiinden elbette yanlış buluyoruz, ancak, 15 yaşını tamamlamamış bir mağdurun rızalarıyla ilişkiye girip, daha sonrada resmi olarak evlenen iyi niyetli faili koruyacak bir düzenlemenin de bulunması gerektiğine inanıyoruz. Çünkü bu şekildeki düzenleme aynı zamanda, evlendikten sonra kucağında çocuğuyla

---

<sup>381</sup>Dönmezer , *Cinselliğe İlişkin Suçlarda Yeni Trentler*, s. 279-280.

beraber kocasının evine giden, kocası da cinsel istismar suçundan dolayı cezaevine giden mağduru da koruyacaktır.

## **E. Yaptırımın Tespitinde Takdiri İndirim Nedenleri ve Haksız Tahrik Hükümü**

### **1.Yaptırımın Tespitinde Takdiri İndirim Nedenleri**

TCK.nun 62. maddesinde takdiri indirim nedenleri olarak “failin geçmişi, sosyal ilişkileri, fiilden önceki ve yargılama sürecindeki davranışları ve cezanın failin geleceği üzerindeki olası etkileri” gibi hususlar gösterilmiştir. Bu hususlar mükerrer değerlendirme yasağı dolayısıyla temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınmayacaktır. Zaten TCK.nun 61. maddesinde de sayılmamışlardır.

Yukarıda sayılan bu haller sınırlı olmamak üzere ve örnekler şeklinde belirlenmiştir. Mükerrer değerlendirme yasağı nazara alınarak, temel cezanın belirlenmesi, suçun unsuru, cezanın ağırlaştırılmasını veya indirilmesini gerektiren haller dışında kalan herhangi bir halden dolayı da TCK.nun 62. Maddesine göre indirim yapılabilir.

TCK.nun 62. maddesinin uygulanıp uygulanmaması her ne kadar mahkemenin takdirinde ise de; keyfiliğe kaçılmaması açısından mutlaka kararda gerekçesinin gösterilmesi gerekir.

### **2. Haksız Tahrik Hükümü**

Öncelikle kastettiğimiz tahrik, mağdurun açık giyinmesi vs. gibi nedenlerden dolayı failin kendince tahrik olup, cinsel dokunulmazlığa karşı bir suç işlemesi değildir. Böyle bir durumda mağdurdan kaynaklanmış bir haksız hareket bulunmadığından, zaten fail hakkında haksız tahrik hükümlerinden

dolayı indirim yapılamayacağı izahtan varestedir. İzah edeceğimiz konu, haksız bir eylem sonucu işlenen cinsel suçta, haksız tahrik hükümlerinin uygulanıp, uygulanamayacağı ile ilgilidir.

Ceza kanunlarını ihlâl eden ve "fail" (autore) olarak nitelenen birey, bu davranışlarının cezaî sonuçlarına da katlanmak zorundadır. Haksız tahrikin söz konusu olduğu bir olayda ise fail, tahrikçinin haksız hareketleri sonucunda duyduğu hiddet veya şiddetli elemin psikolojisinde meydana getirdiği zaaf nedeniyle kendini denetleyemeyerek tahrikçiye karşı suç işlemektedir. Fail, tahrik karşısında sakın kalamayıp tepki suçu işlediği için kınanmakta ve sorumlu tutulmakta fakat kusurluluğunun daha az olduğu kabul edilmektedir.<sup>382</sup>

Haksız tahrik 5237 s.TCK.nun 29. Maddesinde,<sup>383</sup> 765 s. TCK.nun da 51. maddesinde düzenlenmiştir. 765 sayılı TCK m. 51'de yer alan haksız tahrik hükmü ile 5237 sayılı TCK m. 29'de haksız tahrik hükmü özü itibariyle aynı olup "gazap" yerine "hiddet", "haksız bir tahrik" ifadesi yerine de "haksız bir fiil" denilmesinin uygulamada herhangi bir değişiklik doğurması olası değildir. Zira her iki ifade de tahrik fiilinin hukuka aykırı olmasını belirtmektedir.<sup>384</sup>

765 s. Yasa döneminde ırza geçme ve tasaddi suçlarının şehvi kasıtlı ve bu duygunun tatmini için işlenmeleri gerekiyordu. Haksız tahrikin husule getirmiş olduğu öfke ve elemle, failde bulunan şehvi amaç arasında

---

<sup>382</sup>Devrim Aydın, "Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Haksız Tahrik", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl 2005, cilt 54 sayı 1,s.229; bnz. görüş: Gökhan Yaşar Duran, **Ceza Hukunda Haksız Tahrik**, 1.b., İstanbul: Legal, 2010, s. 67.

<sup>383</sup> Madde 29: Haksız bir fiilin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemin 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 hâllerde verilecek cezanın dörtte birinden dörtte üçüne kadarı indirilir.

<sup>384</sup> Aydın, a.g.m.,s. 250.

nedensellik bağı bulunmadığından bu suçlarda haksız tahrik hükümleri uygulanması imkanı yoktu.<sup>385</sup> Yargıtay kararları da bu yöneydi.<sup>386</sup>

<sup>385</sup> Benzer görüş için bakınız: Vural Savaş ve Sadık Mollamahmutoğlu, **Türk Ceza Kanunu'nun Yorumu**, 2.Baskı, Ankara: III. Cilt, Seçkin, 1998, s. 3940; Aydın, a.g.m., s.240: “Tahrikin etkisiyle işlenen tepki suçunun psikolojik nedeni göz önünde tutulmalıdır. Failin tepki suçu işlemesinin nedeni kapıldığı hiddet veya üzüntüdür, o halde tepki suçu işlemekteki amaç bu hiddet veya üzüntüyü bastırmak olmalıdır. Tahrik fiili ile tepki suçu arasında orantı bulunması gerekmez ancak duyulan öfke veya üzüntü ile işlenen tepki suçu arasında orantı olmalıdır. Failin işlediği tepki suçu, kapıldığı üzüntü veya hiddeti bastırarak boyutlarda kalmalıdır. Failin tepki suçu işleyerek kapıldığı öfke veya üzüntü dışında bir duygusunu, isteğini bastırması halinde tahrik indirimi uygulanmamalıdır. Örneğin tahrik fiilinin neden olduğu öfke ve üzüntü ile ırza geçme suçu işleyen failin işlediği tepki suçunun öfke veya üzüntü ile değil, cinsel dürtülerin bastırılması ile ilgisi vardır. Böyle bir durumda failin haksız tahrik indiriminden yararlanmasını savunmak güçtür.”

<sup>386</sup> “ Evli bir kadın olan müdahil Şefika'nın zorla ırzına geçmekten sanık İbrahim Baş hakkında yapılan yargılama sonunda: Daha önce nişanlandığı iki kızın mağdur Şefika tarafından sanık için söylenen sözlerin etkisi altında kalarak nişanı bozmuş olmaları üzerine, mağdur kadına kızan sanığın, onun ırzına geçtiği sabit görülüp, mağdurun söz konusu davranışı sanık lehine ağır bir kışkırtma sayılarak sanığa verilen ceza, Ceza Kanununun 51 inci maddesi hükmüne önemli derecede indirilmiştir. Sanık ve davaya katılanın temyizleri üzerine Burdur Ağır Ceza Mahkemesinin 19.7.1961 günlü sözü edilen hükmü 5 inci Ceza Dairesince incelenerek:13.12.1961 günlü ilamla onanmış ve (kararda yazılı sebep ırza geçme gibi umumi adap aleyhinde bir suç işlenmesinde kanuni tahrik ve hele ağır tahrik sayılamayacağından hükmün bozulmasını isteyen) tebliğnamedeki düşünce de (51 inci madde hükmünün umumi adap aleyhine işlenen suçlara uygulanmasına engel bulunmadığı) gerekçesiyle reddedilmiştir . Başsavcılıkça bu yönden, özel daire kararına itiraz edildiğinden dosya incelenmek üzere Birinci Başkanlığa gönderilmiştir. İtirazın süresinde olduğu görülerek dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

1 - Suça kışkırtma insanların yasak eylemleri işleme isteklerine iradenin karşı koyma ve kontrol gücünü zayıflatan kuvvetli hiddet heyecanı, daha başka bir deyimle insan dayanıksızlığının suç işlenmesinde yaptığı bir etkidir. Eğer bu kışkırtma haksız olur ve bunun doğurduğu öfke veya şiddetli elem,kışkırtılana o haksız kışkırtmayı yapanın zararına bir suç işletirse, bu suçun mağduru da o suçun işlenmesine sebep olmuş sayılacağından, kanunun belli ettiği oranda sanığın cezasından indirme yapılmasını gerektirir.

2 - Kışkırtma hükmünün, ancak bazı kişiler veya belli nitelikte bazı suçlarda uygulanacağı ve taammüt yoluyla işlenen cürümlerde kışkırtma kabul edilemeyeceği ve uygulanamayacağı hakkında kanunlarımızda bir sınırlandırma bulunmadığı için, her çeşit suç ve her suç işleyen kimse hakkında (eğer varsa ve şartları gerçekleşmiş ise) bu hükmün uygulanacağında şüphe edilemez. Ancak, her şeyden önce kışkırtıcı (olumlu veya olumsuz), haksız ve gerçekten yapılmış ve var olan bir eylem bulunmalı ve bu eylem (sanığa yöneltilmiş olmasa bile) sanıkta suçu işletecek bir tepki meydana getirmiş olmalı ve yine kışkırtıcı haksız eylemin tepkisi sürüp gittiği ve suçlunun, onun etkisi altında bulunduğu bir zaman içinde o suç işlenmiş olmalıdır.Ayrıca bundan daha önemli olarak da işlenen suç ile öne sürülen haksız kışkırtmanın arasında göze çarpar bir ilgi bulunmalıdır. Açıkçası, haksız kışkırtma eylemiyle, işlenen suç arasında bir bağlantı olmalı ve bunlar arasında ölçülü bir uygunluk bulunmalıdır.

Kışkırtma olarak kabul edilen bir sebep ancak kendi ile orantılı sonuçlar doğurursa o suç, o sebepten dolayı işlenmiş sayılabilir. Eğer işlenen suç, kışkırtıcı eylemden göze batar derecede ağır olur ve aralarında bir uygunluk bağlantısı bulunmazsa yapılan eylem, haksız bir kışkırtma değil, ancak suçun işlenmesinde sanığın bulduğu bir bahane olarak kalır. O da belki bir takdiri indirme sebebi sayılabilir.

Burada benimsenen görüş, ilmi içtihatlarla da uygundur. (Profesör Faruk Erem, Türk Ceza Hukuku, birinci cilt, beşinci baskı, sahife 416-424, 1959, İsmail Akgün Basımevi; Profesör Sulhi Dönmezer - Doçent Sahir Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku - Umumi Kısım, cilt II/I, sahife 359 ve bu kitaplarda anılan yabancı hukukçulara ait eserler ve yazılar).

5237 s. Yasada basit cinsel istismar ve basit cinsel saldırı suçlarında yine şehvi amaç arandığından haksız tahrik hükümlerinin uygulanmayacağına dair bir tereddüt bulunmamaktadır. Ancak nitelikli cinsel istismar ve cinsel saldırı suçlarında, şehvi amaç aranmadığından ve daha önce ayrıntılı şekilde açıkladığımız şekilde ırza geçme eylemi ile nitelikli cinsel istismar eylemi çok farklı olduğundan haksız tahrik hükümleri uygulanmaz demek pek kolay değildir.

Örneğin: Erkek olan mağdurun, evli kadına cinsel tacizde bulunması üzerine, kadının ve eşinin önceden hazırladıkları senaryo ile eve getirdikleri mağdurun kendi kendine cebir ve tehditle anal yoldan cezve sapı sokturmaları hadisesinde, yerel mahkeme karı koca olan sanıkların eylemlerini nitelikli cinsel saldırı olarak kabul etmiş, ayrıca sanıkların

---

3 - Irza geçme suçları, şehvi bir kasıt ile ve bu duygunun doyurulması için işlenen suçlardan olduğundan, penisten başka bir şeyin cinsel organa sokulmasıyla ırza geçme suçu meydana gelmez. İnceleme konumuz olayda sanık, mağdur Şefika'nın zorla ırzına geçmiştir. Mağdurun daha önce sanıkla nişanlanmış olan kızlara, onun hakkında söylediği yerici sözler sonunda kızlar tarafından nişanın bozulmuş olması, sanık lehinde ağır ve şiddetli bir kışkırtma olarak kabul edilip 51/2 nci madde ile cezadan indirme yapılmış olduğuna göre; kanunun maddesindeki yazılış ve yukarıda yapılan açıklama ışığı altında mağdur Şefika'nın, sanığın zararına işlediği haksız kışkırtma sayılan eylemiyle işlenen suç karşılaştırılırsa, bu ikisi arasında ne nitelikleri bakımından bir bağlantı, ne de ağırlık yönünden bir orantı uyarlığı bulunmadığı kolaylıkla göze çarpmaktadır. Demek ki, kışkırtma sayılan eylem, ne ağır nede hafif bir kışkırtma niteliğinde değildir. Belki bir takdiri indirme sebebi sayılabilir.

Buna göre Burdur Ağır Ceza Mahkemesinin 19.7.1961 günlü kararının kanuna uygun olmayıp bu sebeple bozulması gerekirken, Beşinci Ceza Dairesince 13.12.1961 günlü ilamla onanması ve yazılı gerekçe ile tebliğnamenin reddi kanuna uygun değildir. O halde, itirazın kabulüyle itiraz konusu sözü geçen onama kararının kaldırılması ve mahkeme hükmünün ( 59 uncu madde hükmünün uygulanması mahkemenin takdirine bağlı kalmak üzere) Ceza Kanununun 51 inci maddesinin uygulanmasının kanuna aykırılığı sebebiyle bozulması gerektir." YCGK.nun 12.02.1962 gün 1962/15-14 sayılı kararı ( Nejat Özütürk, **Türk Ceza Kanunu Şerhi ve Tatbikatı**, Ankara: 2.C., Ankara, 1966, s. 604-605); "Irza geçme suçları şehvi kasıtle ve bu duygunun tatmini için işlenen suçlardandır. Olayda, kendi bahçesinden gizlice kayısı toplarken gördüğü mağduru yakalayan sanığın, boş bir evin içinde mağdurun zorla ırzına geçtiği kabul edilmiştir. Mağdurun bahçeden kayısı çalması sanık lehine haksız tahrik olarak nitelenmiş ve (tahrik nedeniyle) cezasından indirim yapıldığı görülmüştür. Kanunun, maddedeki yazılış ve yukarıda yapılan açıklama ışığı altında mağdurenin sanığın zararına işlediği haksız tahrik sayılan eylemi ile işlenen suç karşılaştırılırsa bu ikisi arasında ne nitelikleri bakımından bir bağlantı ne de ağırlık yönünden bir orantı uyarlığı bulunmadığı kolaylıkla göze çarpmaktadır. Demek ki, tahrik sayılan eylem ne ağır nede hafif bir tahrik niteliğinde değildir. belki takdiri indirim nedeni olarak kabul edilebilir." 5.C.D.nin 24.01.1978 gün 1978/5184 sayılı kararı; "Zorla ırza geçme ve yağma suçlarından haksız tahrik hükümlerinin uygulanmasının mümkün bulunmadığı halde tahrik nedeniyle cezadan indirim yapılmak suretiyle noksan ceza tayini" 5. C.D.nin 29.03.2006 gün 2006/402-2577 sayılı kararı.

eylemlerini haksız tahrik altında gerçekleştirdiklerinden TCK.nun 29. maddesi uyarınca indirim yapmıştır. Sanıkların temyizi üzerine Yargıtay karşı temyiz bulunmadığından, yerel mahkeme kararını bozmamış, ancak suçun niteliği dikkate alınarak mümkün olmadığı halde haksız tahrik hükümlerinin uygulanmasını eleştirmiştir.<sup>387</sup> Bu karara göre Yargıtay, 765 s. Yasa dönemindeki görüşünü sürdürmektedir.

Yukarıda bahsi geçen somut olaya baktığımızda, mağdurun cinsel taciz eyleminin haksız tahrik oluşturduğu konusunda şüphe yoktur. Bu haksız tahrik sonucu sanıklar mağduru kasten yaraladılar, hatta öldürseler haksız tahrikten indirim yapılması gerektiği halde, şehvi amaç olmadan anal yoldan cisim sokulduğunda tahrik hükümlerinin uygulanmaması bir çelişki oluşturmaktadır. Belki burada mağdurun eylemi ile sanıkların eylemleri arasında orantı bulunmadığından haksız tahrik hükümlerinin uygulanmaması gerektiği söylenebilir. Buda suçun niteliğinden kaynaklanan bir özellik değil, haksız tahrik hükmü şartlarının oluşmadığındandır. Ancak 29. maddeye ve gerekçesine<sup>388</sup> baktığımızda işlenen suç ile tahrik fiili arasında bir oran bulunması aranmamış, fiilin haksız eylemin oluşturduğu hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında işlenmesi yeterli görülmüştür.<sup>389</sup>

---

<sup>387</sup> “Dosya içerisinde mevcut Antalya 2. Ağır Ceza Mahkemesinin 2002/495 esas 2003/247 karar sayılı kesinleşmiş dosyasında mağdur N. G.'na ait onaylı nüfus kaydının bulunması karşısında, mağdura ait nüfus kaydının getirilmemesi sonuca etkili görülmemiş, sanıkların işledikleri suçların niteliği dikkate alınarak mümkün olmadığı halde, haksız tahrik hükümlerinden yararlandırılmaları ile TCK.nun 102/5.maddesinin, tayin olunan cezanın 10 yılı aştığından bahisle ayrıca uygulanmaması karşı temyiz olmadığından bozma nedeni yapılmamıştır.” 5.C.D.nin 12.06.2007 gün 2007/4022 Esas sayılı kararı.

<sup>388</sup> 29.Maddenin gerekçesi:Haksız tahrikin ana koşulu, yapılan haksız hareketin fail üzerinde bir hiddet veya şiddetli elem meydana getirmesi ve suçun işlendiği anda failin bu durumda bu etki altında bulunması olduğundan, madde söz konusu psikolojik hâlleri belirtecek biçimde kaleme alınmıştır. Gazap, aslında hiddetlenmeyi ifade eder; şedit bir elem deyimi psikolojik bakımdan aslında hareketsizliğe, pasifliğe yöneltici bir ruh hâli ise de, burada söz konusu olan hiddete yönelten bir elemdir. Bu itibarla sadece hiddet sözcüğünün kullanılması bu hâli de kapsar idi. Ancak uygulamada duraksamalara neden olmamak için metinde her iki sözcüğün kullanılması uygun sayılmıştır. Hiddet veya şiddetli elemin haksız bir fiil sonucu ortaya çıkması gerekir. Maddeye bu ibarenin eklenmesinin amacı, ülkemizde özellikle “töre veya namus cinayeti” olarak adlandırılan akraba içi öldürme suçlarında haksız tahrik indiriminin yanlış biçimde uygulanmasının önüne geçmektir.

<sup>389</sup> Özgenç, **Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler**, s. 400; Faruk Erem, Ahmet Danışman ve Mehmet Emin Artuk, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 14.b., Ankara: Seçkin Yayınevi, 1997, s. 601;



Bundan dolayı da cinsel saldırı, istismar ve cinsel taciz suçlarının işlenmesinde TCK 29. maddenin uygulanamayacağına dair görüşler bulunmakla birlikte,<sup>390</sup>kanaatimizce, her somut olay ayrı değerlendirilerek, intikam, hakaret, yaralama, mağduru küçük düşürme gibi şehvi amaç taşımayan ve somut örnekte olduğu şekilde erkeğin cinsel organının kullanılmadığı nitelikli cinsel istismar ve saldırı suçlarında diğer şartlarda varsa haksız tahrik hükümlerinin uygulanması gerekir.

---

Ayhan Önder, **Ceza Hukuku Genel Hükümleri**, İstanbul: 1992, s. 382, 383; Aydın, a.g.m., s. 239,240.

<sup>390</sup> Malkoç, **Cinsel Suçlar**, s.54 ;Benzer görüş: Meran, a.g.e., s.178.

## SONUÇ

Çocuğun cinsel istismarı suçu, kavram olarak hukukumuzda 5237 s. TCK.nu ile giren bir kavramdır. 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren bu Kanun kişilerin cinsel dokunulmazlığı ihlal eden fiilleri, mülga olan 765 s. TCK'nın aksine "genel ahlâkı ve aile nizamını" ilgilendiren ihlaller olarak değil, kişisel değerlere yönelik tecavüzler olarak değerlendirmiştir. Cinselliğin bir genel ahlâk değil özgürlük sorunu olduğunun kabul edilmesiyle, doğrudan kişilerin cinsel tamliklerine yönelik fiiller, cinsel özgürlüğe karşı suçlar şeklinde ayrı bir suç kategorisi olarak düzenlenmiştir. Bu çerçevede, cinsel dokunulmazlığı ihlal eden fiiller YTC.nun özel hükümlere ilişkin "ikinci kitabının" "kişilere karşı suçları" cezalandıran "ikinci kısmının" "altıncı bölümünde", dört ana suç tipi halinde, "102. maddede cinsel saldırı", "103. maddede çocuğun cinsel istismarı", "104. maddede reşit olmayanla cinsel ilişki" ve " 105. maddede cinsel taciz" başlıkları ile düzenlenmiştir. Erişkinler açısından cinsel saldırı ifadesi kullanılmasına karşın çocuklar bakımından, uluslararası sözleşmelere uygun olarak cinsel istismar ifadesi kullanılmıştır.

Cinsel saldırı suçu ile çocuğun cinsel istismarı suçu temel olarak benzer suç tipidir. Cinsel saldırı suçunda suçun mağduru ancak onsekiz yaşından büyükler olabilir. Zira onsekiz yaşından küçüklere yönelik cinsel davranışlar cinsel istismar olarak TCK.nun 103. maddesi kapsamında cezalandırılmıştır.

Bu suçta korunan hukuksal değer karma nitelik arz eder. Bu suç ile korunan hukuksal değerlerden biri çocuğun yararidir. Çocukları bu tür davranışlara karşı korumak, onları erken cinsel deneyimden uzak tutmak ve böylelikle çocukların cinsel yönden sağlıklı bir gelişim göstermelerini sağlamaktır. Korunan hukuksal değerlerden diğeri de, çocukların cinsel dokunulmazlıklarıdır.

Bu suçun faili kadın-erkek herhangi bir kimse olabilir. Fail ve mağdur farklı cinsen olabileceği gibi aynı cinsten de olabilirler. Suçun mağduru

çocuklardır. Çocuk, TCK.nun 6/b. maddesine göre suç tarihinde 18 yaşını doldurmamış kişidir. 5395 S. ÇKK.nun 3/1-a maddesine göre de “daha erken yaşta ergin olsa bile” 18 yaşını doldurmamış kişi çocuk kabul edilmiştir.

Öğretide bazı yazarlar, Çocuk Haklarına Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin 1. maddesinde ki çocuğun tanımıyla, TCK.nun 6. maddesindeki çocuğun tanımının çeliştiğini bundan dolayı da Anayasanın 90. maddesinin 6. fıkrasına göre milletlerarası anlaşma hükümleri esas alınarak bir değerlendirme yapılması gerektiğini belirtmişler ise de; Sözleşmenin 41. maddesinde, Sözleşmede yer alan hiçbir hususun, çocuk haklarının gerçekleştirilmesine daha çok yardımcı olan bir taraf Devletin yasasında yer alan hükümleri etkilemeyeceği belirtildiğinden, iç hukukumuzdaki düzenleme ile, Sözleşme arasında bir çelişki yoktur. Dolayısıyla, kişi evlenmeyle veya mahkeme kararı ile ergin kılınmış olsa bile çocuk sayılacaktır

18 yaşından küçük ve evli çocukların, eşleri tarafından gerçekleştirilen cinsel istismarda TCK.nun 103. maddesinin mi, yoksa 102. maddesinin mi uygulanacağı tartışmalıdır. Bizimde katıldığımız doktrindeki ağırlıklı görüş, 103. maddenin uygulanması gerektiği yönündedir. Kanaatimizce kanun koyucu düzenlemeyi eylemi şikayete tabi tutmayarak, çocuklarla yapılan evliliklerde, çocuklar lehine daha koruyucu olup, daha hassas davranılmasını istemiştir. Ancak, Yargıtay'ın görüşü, TCK.nun 102. maddesinin uygulanması şeklinde olmuştur.

Cinsel istismar suçunun oluşması bakımından mağdurun yaşı önemli olduğundan, mağdurun yaşı mutlaka onaylı nüfus kayıt örneği getirtilerek belirlenmeli, gelen nüfus kaydının gerçeği yansıtmadığı, mağdurenin daha büyük yaşta olduğu ileri sürülmüşse veya mağdure ifadelerinde daha büyük olduğunu söylenmişse, ya da nüfus kaydı ile mağdurenin vücut yapısının birbirini tutmadığı mahkemece saptanmışsa, bu durum üzerinde durulmalı ve gerçek araştırılmalıdır.

Cinsel davranışın ne olduğu Kanunda açıklanmamış ve çocuğun

vücut dokunulmazlığını ihlal etmeyen cinsel davranışların da madde kapsamına girip girmediği doktrinde tartışmalı olup, kanaatimizce, kişinin vücudu üzerinde gerçekleştirilen, cinsel arzuları tatmin amacına yönelik ve fakat cinsel ilişkiye varmayan cinsel davranışlardır. Cinsel saldırı suçunda olduğu gibi, vücuda fiziki temas şarttır, ancak eylemin belli bir ağırlıkta olmasına veya devamlılık göstermesine gerek yoktur. Tek bir dokunma ile de bu suç oluşmaktadır. Yargıtay'ın da görüşü bu yöndedir.

TCK.nun 103.maddesinde üç tip çocuktan bahsedilmektedir.

1. Onbeş yaşını tamamlamamış çocuk,
- 2.Onbeş yaşını tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş çocuk,
- 3.Onbeş yaşını tamamlamış algılama yeteneği gelişmiş çocuk (15 yaşını tamamlamış, 18 yaşını tamamlamamış) ayrımı mevcuttur.

Çocuk 15 yaşını tamamlamamış ya da tamamlamış olmakla birlikte işlenen fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamayacak durumda ise, ona karşı gerçekleştirilen her türlü cinsel davranış cinsel istismar sayılmış ve yaptırıma bağlanmıştır. Kanun koyucu, suçun oluşumu açısından bu çocukların rızalarını geçerli saymamıştır. Ayrıca bu kapsamdaki çocuklara karşı cebir ve tehditle yapılacak eylemler 103. maddenin 4. fıkrasına göre artırılacaktır. Onbeş yaşını tamamlamış algılama yeteneği gelişmiş çocuklara karşı eylemin suç teşkil edebilmesi için ise, eylemin cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilmesi gerekir. Kanun koyucu burada çocukların rızalarını geçerli saymıştır. 103/1-b maddesindeki çocuklar dediğimiz 15 yaşını tamamlamış ve işlenen fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını kavrama yeteneği gelişmiş çocukların rızaları ile cinsel davranış gerçekleştirilir ise; şayet eylem basit cinsel istismar boyutunda kalmış ise; eylem suç teşkil etmeyecektir. Şayet eylem vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilir ise; bu durumda da; eylem mağdura anal veya vajinal yoldan cinsel organ sokulması suretiyle gerçekleştirilmiş ise; TCK.nun 104. maddesinde düzenlenmiş reşit olmayanla cinsel ilişki suçu oluşacaktır. Şayet anal,vajinal veya oral olarak bir cisim

sokulmuş ise,veya cinsel organ dışında başka bir organ sokulmuş ise; bunlar cinsel ilişki olmadığından 104. maddede ki suçta oluşmayacaktır.

15 yaşını tamamlamamış ya da tamamlamış olmakla birlikte işlenen fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamayacak çocuklar ile, onbeş yaşını tamamlamış algılama yeteneği gelişmiş çocuklara karşı cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak, çocukların vücudu üzerinde cinsel arzuları tatmin amacına yönelik, cinsel ilişkiye varmayan cinsel davranışlar, çocuğun basit cinsel istismarı suçunu oluşturmaktadır.

Cinsel istismarın, vücuda vajinal, anal veya oral yoldan, organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle işlenmesi halinde ise; 103. maddenin 2. fıkrasında düzenlenmiş çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçu oluşacaktır. Nitelikli halin oluşabilmesi için, suçun temel şeklinin aksine gerçekleştirilen davranışın cinsel arzuların tatmini amacına yönelik olması şart değildir. Kanunda “cinsel organ” değil “organ” tabiri kullanıldığından, sadece cinsel organlar değil, girme özelliği olan tüm vücut parçaları da (parmak, el, kol) bu kavrama dâhil kabul edilmelidir.

Doktrinde ve Yargıtay uygulamalarında vücuda vajinal veya anal yoldan organ veya sair bir cismin sokulması ile cinsel organın ağza sokulması durumunda nitelikli cinsel istismar/cinsel saldırı suçunun olduğu yönünde hiç bir tereddüt bulunmamaktadır. Bu organlar zaten cinselliği içerdiğinden, gerçekleştirilen davranışlarda cinsel arzuların tatmin amacının bulunup bulunmamasının bir önemi yoktur. Bunlar cinsel motifli eylemlerdir. Önemli olan cinsel organların saldırı hedefi olarak alınması veya kullanılmasıdır.

Tartışmalı olan nokta ağza cinsel organ dışında, örneğin parmak, dil, şişe, sopa sokma, veya kulağa parmak sokma durumunda nitelikli halinin oluşup oluşmayacağıdır. Bu konuda farklı görüşler bulunmaktadır. Kanaatimizce, failin fiili ile mağdurun maruz kaldığı durum arasında cinsel bir bağ, ilişki ve anlam kurulması gerekir. Objektif olarak organ veya cisim ile

bunların sokulduğu vücut bölgesi cinsel arzuların tatmini amacına uygun ve elverişli nitelikte olmalıdır. Bundan dolayı cinsel arzuların tatmini amacına yönelik ve bunu gerçekleştirmeye uygun ve elverişli olmayan parmak, cop veya sopanın ağza sokulması suçun nitelikli halini oluşturmaz. Cinsel amaç varsa suçun basit halini oluşturabilir. Fakat yapay penis sokulur ise, cinsel arzuların tatmini amacına yönelik ve bunu gerçekleştirmeye uygun ve elverişli olduğundan nitelikli cinsel saldırı/cinsel istismar suçu oluşacaktır.

Kanununun 102 ve 103. maddelerinde aktif eylem için “sokan” kavramı değil, “sokulması” kavramı kullanılmıştır. Bu kavramın “sokturma” kavramını da içine alıp almadığı tartışmalıdır. Örneğin kadının, erkeğin organını kendi vajinasına sokturması durumunda suçun nitelikli hali gerçekleşebilir mi? Kanaatimizce suçun nitelikli halinin oluşumu için, mağdur durumundaki kadın veya erkeğin vücuduna organ veya sair bir cisim sokulmasını gerekir, bir kadın veya erkek kendi vücuduna organ veya sair bir cisim sokturursa, diğer şartları da varsa suçun basit hali oluşur. Zira bu hareket zorlanan kişi bakımından cinsel davranışlarla vücut dokunulmazlığının ihlâli anlamına gelmektedir. Yani “sokturma “ eylemi nitelikli cinsel saldırı/istismar suçlarının hareket unsuru değildir.

Cinsel istismarın, mağdurun fiile mukavemetini azaltacağı ve bu niteliklere sahip kimseler tarafından yapılması toplumda daha fazla infial uyandıracığından çocukla aralarında belli akrabalık ilişkisi bulunan üstsoy, ikinci veya üçüncü derecede kan hısmı, üvey baba, evlat edinenler ile 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 103/3. maddesinde ağırlaştırıcı hal olarak düzenlenmiştir. Bunlar failin sıfatından kaynaklanan artırım nedenleridir.

Yine eylemin birden fazla kişi ile beraber işlenmesi ağırlatıcı neden olarak düzenlenmiştir. Bunun için suçun icra hareketlerinin en az iki kişi tarafından müşterek fail olarak sorumluluğu gerektirecek şekilde

gerçekleştirilmiş olması gerekir. Cinsel istismarın bir başkasını azmettirerek veya yardım eden sıfatıyla iştirak ederek işlenmesi halinde, söz konusu ağırlatıcı neden dolayısıyla cezada artırım yapılmayacaktır.

Diğer bir ağırlatıcı nedende 103. maddenin 4. fıkrasında düzenlenmiştir. Bu fıkra göre; maddenin birinci ve ikinci fıkralarında yazılı cinsel istismar suçları, on beş 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 halinde faile verilecek ceza arttırılacaktır. Ancak Birinci fıkranın (b) bendindeki 15 yaşını tamamlamış, fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmiş çocuklara karşı, eylem gerçekleştirilirken kullanılan cebir ve tehdit suçun unsuru olduğundan 103/4. maddeye göre artırım yapılmayacaktır.

TCK.nun 86. maddesi kapsamında kalan yaralamalar suçun unsurudur, ancak 103/5. maddesi uyarınca cinsel istismar için başvuru olan cebir kasten yaralama suçunun ağır neticelerine neden olması, yani 87. madde kapsamında bir yaralama olması hâlinde, ayrıca kasten yaralama suçundan da ceza verilmesi gerekir. Yine cebirin suçun işlenmesi esnasında kullanılması gerekir, suç işlendikten sonra, fiilin ortaya çıkmasını engelleme düşüncesiyle mağdur üzerinde cebir uygulanması durumunda, ayrı bir suç oluşturacaktır. Ancak, ayrıca kasten yaralama suçundan hüküm kurula bilmesi için, 102/4. maddesinde 86/1. madde kapsamında yaralama yeterli görülürken, daha korumasız durumdaki çocuklar için yaralamanın netice sebebi ile ağırlaşmış halinin aranması bir çelişkidir. 103/1-a maddesindeki çocuklara karşı eylemin basit bir cebir veya tehditle işlenmesinde ayrıca 103/4. maddesi de uygulanacağından ceza adaleti açısından bir eksiklik yoktur. Fakat 103/1-b maddesindeki çocuklar açısından, reşit olanlara göre adaletsiz bir durum oluşturulmuştur.

Cinsel istismar suçunun silahla işlenmesi, cinsel saldırı suçunda olduğu gibi ağırlatıcı neden olarak düzenlenmemiştir. Bu bir eksiklik olmakta

ise de, silah kullanılması veya gösterilmesini tehdit olarak kabul etmemiz gerekir. Ancak, yine 103/1-b maddesindeki çocuklar açısından, reşit olanlara göre adaletsiz bir durum oluşturulmuştur.

Çocukların cinsel istismar suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hali olarak; Mağdurun beden ve ruhsal sağlığının bozulması hali (m.103/6) ile mağdurun bitkisel hayata girmesi veya ölümü hali (m.103/7) olarak düzenlenmiştir. Bu hallerin varlığı temel cezaya göre daha ağır ceza ile cezalandırmayı gerektirmektedir. Suçlar genel olarak, ya kasten ya da taksirle işlenirler. Ancak ceza kanunu kast ve taksir kombinasyonundan oluşan “karma suçlara da” yer vermiş ve bunlara “Netice sebebiyle ağırlaşmış suç” olarak isimlenmiştir. “Netice sebebiyle ağırlaşmış suç” kavramı, 5237 s. TCK’nun 23. maddesinde “Bir fiilin, kastedilenden daha ağır veya başka bir neticenin oluşumuna sebebiyet vermesi halinde, kişinin bundan dolayı sorumlu tutulabilmesi için bu netice bakımından en azından taksirle hareket etmesi gerekir.” şeklinde tanımlanmıştır.

Öğretide, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçun, gerçek neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç ve görünüşte ya da gerçek olmayan neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç olarak iki farklı şeklinin bulunduğu kabul edilmektedir. Gerçek neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda, failin hareketi sonucunda kastettiğinden daha ağır bir netice ortaya çıkmakta olup, gerçekleşen aşırı netice dolayısıyla bağımsız bir suç tipi ortaya çıkmaktadır. Örneğin, yaralama suçunda mağdurun ölmesi, gerçek neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç halidir. Görünüşte neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda ise, failin hareketi sonucunda suçun oluşması için aranan neticeden başka, niteliği de farklı olan daha ağır bir netice ortaya çıkmakta olup, gerçekleşen aşırı netice dolayısıyla temel suç niteliği aynı kalmakla beraber yalnızca ceza ağırlaştırılmaktadır. Örneğin, cinsel istismar suçunda mağdurun ruh veya beden sağlığının bozulması, görünüşte neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç halidir.



Beden veya ruh sağlığının bozulması kavramının hukuksal değil, tıbbi bir terim olduğundan, mağdurların yaşı, bedensel gelişim derecesi, ruhsal, sosyal ve kültürel yapılarına göre göreceli bir nitelik taşıdığından, söz konusu durumun her somut olayda alınacak doktor raporuyla ortaya konması gerekmektedir. Duraksama halinde Adli Tıp Kurumu'nun ilgili ihtisas kurulundan rapor alınmasında fayda vardır.

Her cinsel istismar eyleminin mağdurun ruh sağlığı üzerinde psikolojik bir travma yaratabileceği, öngörülebilmesine rağmen, ruh sağlığının bozulmasını ağırlaşımış hal olarak ayrıca düzenlemesinde Yasa koyucunun amacının, beden veya ruh sağlığında meydana gelebilecek ağır ya da kalıcı bozukluklar olduğunun anlaşılması gerekir.

TCK.nun benimsediği sisteme göre; cebrin unsur olarak kabul edildiği suçlarda, suçun işlenişı sırasında kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşımış halleri gerçekteştiğinde, hem ilgili suçtan hem de kasten yaralama suçunun netice sebebiyle ağırlaşımış (87.madde) halinden dolayı da cezaya hükmolunacaktır.

Her ne kadar Kanunda 103/2, 1. fıkranın nitelikli hali olarak düşünölmüş ise de; suçun maddi unsurunu oluşturan hareketler ile failin kastı ve bunlara verilen cezaların farklı oluşu gibi nedenlerle, bu suçun nitelikli haline de teşebbüs mümkündür. Yargıtay'a göre de; suçun hem basit hem de, nitelikli haline teşebbüs mümkündür.

Eksik teşebbüs ve tam teşebbüs ayrımı ortadan kalktığı için olayı değerlendiren hâkim alt ve üst sınırlar arasında yapacağı indirimi, yapılan hareketin ulaşığı gerçekteşme aşaması ile birlikte "meydana gelen zarar ve tehlikenin ağırlığına göre" belirleyecektir. Failin o ana kadar yapmış olduğu hareketlerin cinsel özgürlük bakımından yarattığı tehlike göz önünde bulundurulacaktır. Bunu yaparken de Eski Yasa döneminde Yargıtay Ceza Genel Kurulunun ırza geçme suçuna tam teşebbüsün mümkün olmadığı yönündeki görüşü de nazara alınmalıdır.

Fail cinsel uzvunu kullanarak, eylemin nitelikli halini anal veya vajinal yoldan gerçekleştirmek istiyorsa ve iktidarsızlığı nedeniyle cinsel uzvu ereksiyon haline gelmiyorsa burada eylemin nitelikli hali için elverişsiz bir vasıta vardır, nitelikli cinsel istismar veya nitelikli cinsel saldırıya teşebbüs suçu olmaz, o zamana kadar yaptığı eylemler, suçun basit halini oluşturuyorsa, ancak ondan ceza verilmelidir. Eski yasa döneminde ırza geçme suçunun tanımı gereği iktidarsız failin eylemi gerçekleştirmesi mümkün değildir. Yeni yasa döneminde ise suçun unsurları değiştiğinden elbette cinsel organını kullanmadan yada ereksiyon haline gelmese de oral yoldan suçun nitelikli halini gerçekleştirebilir. Ancak, sanığın erken inzal, heyecanlanma, korku gibi nispi nedenlerle eylemini tamamlayamaması durumunda teşebbüs hükümleri uygulanacaktır. Yine engel neden araştırılırken mağdurun cinsel organlarının yeterince gelişip gelişmediğine de dikkat etmek gerekir.

Neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçlarda, netice gerçekleştikten sonra, şayet failin meydana gelen ağır neticede en az taksir derecesinde bir sorumluluğu var ise; temel suçtan teşebbüs nedeniyle indirim yapılması mümkün değildir. Netice artık gerçekleşmiştir ve neticeyi teşebbüs aşamasında kalan eylem gerçekleştirmiştir.

Cinsel istismar suçu açısından özel bir iştirak şekli düzenlenmemiştir. Bu suça iştirak hususunda genel hükümler geçerli olup bu nedenle bu suça azmettirme ve yardım etme biçiminde iştirakin her türlü mümkündür.

Vücuda organ veya cisim sokulması fail tarafından yapılabileceği gibi, fail tarafından zorla, rızası bulunmayan mağdura da yaptırılabilir. Yani mağdur, failin isteği ve zorlaması altında kendi vücuduna bir organı ya da cismi soktuğunda suç işlenmiş olur. Bu durumda fail, mağdurun kendisini araç olarak kullandığından, dolaylı faillik yolu ile sorumludur. Fail bu işlemi bir başka kişi vasıtasıyla da mağdur üzerinde gerçekleştirebilir. Bu durumda

baskı altında başkasına karşı suç işleyen kişi TCK.28.madde gereğince cezaen sorumlu olmaz. Burada faili, dolaylı faillik yoluyla organın sokulduğu mağdurun yaşına göre nitelikli cinsel saldırı veya istismardan sorumlu tutabiliriz. Ayrıca burada fail, araç olarak kullandığı organı sokana karşı da, bu kişinin yaşına göre basit cinsel saldırı veya istismar suçunu işlemiş olacaktır.

Kadının erkeğin organını kendi vajinasına sokma konusunda zorlaması durumunda fail reşit, mağdur 15 yaşından küçük ve her ikisinin de rızası bulunduğu, basit cinsel istismar suçu oluşacaktır. Şayet mağdurun rızası yoksa ayrıca 103/4.maddeni de tatbiki gerekecektir.

Fail 15 yaşından küçük olup, zorla kendine organ soktursaydı, nitelikli istismar suçu oluşmaz, ancak failin mağdura karşı doğrudan işlemiş olduğu basit cinsel istismar veya saldırı suçu oluşur. Şayet, 15 yaşından küçük fail, 15 yaşından küçüğü, (failin vücuduna) organ sokmaya azmettirmiş olsa idi, bu durumda soka, çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçunun irtikap edeni, failde, azmettirilene tabi olduğundan, nitelikli cinsel istismar suçuna azmettiren olarak iştirak etmiş olur. Ancak TCK.nun 44. maddesi gereğince, azmettireni sadece nitelikli cinsel istismar suçundan cezalandırabiliriz.

Yine karşılaşacağımız diğer bir olasılıkta, azmettirme olmadan, her iki tarafta rızaları ile bu eylemi gerçekleştirmiş olmalarıdır. Bu durumda da soka fail doğrudan cinsel istismar suçunu, sokulanda basit cinsel istismar suçunu işlemiş olacaktır.

TCK.nun 43. maddesinin ilk yürürlüğe girdiği halinde cinsel saldırı ve çocukların cinsel istismar suçları zincirleme suç hükümleri uygulanmasında istisna olarak tutulmuştu. Yani bu suçlarda teselsül mümkün değildi, her eylemden dolayı ayrı hüküm kurmak gerekiyordu. Ancak, 29.06.2005 tarihli 5377 s. Kanununun 6.maddesi ile cinsel saldırı ve çocukların cinsel istismarı ibaresi ispat sorunu ve ölçüsüz ceza miktarları ortaya çıkacağından madde

metninden çıkartılmıştır. Böylece bu suçlarda zincirleme suç hükümleri uygulanabilir hale gelmiştir.

Fail işlediği bir fiil ile hem fuhuş suçunu işlemiş hem de çocuğun cinsel istismarı suçuna veya mağdurun yaşına göre reşit olmayanla cinsel ilişki suçuna iştirak etmiş olabilir. Kanaatimizce bu durumda iki ayrı suç oluşmaz, her somut olayda failin cinsel istismar veya reşit olmayanla cinsel ilişki suçlarındaki iştirakine bakarak,TCK.nun 44. maddesi uyarınca bunlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırmak gerekir.

Cinsel istismar suçunun hem basit halinin hem de nitelikli hali şikâyete bağlı değildir, soruşturulması re'sen yapılacaktır.

Çocukların cinsel istismarı suçunun basit halinde (TCK m. 103/1) görevli mahkeme Asliye Ceza Mahkemesidir. Çocuğun nitelikli istismarında (103/2) ise; görevli mahkeme Ağır Ceza Mahkemesidir. Maddenin 3. ve 4. fıkraları ağırlatıcı nedenler olduğundan görevi belirlemede etkisi yoktur. Yine maddenin 6. ve 7. fıkraları mevcut ise görevli mahkeme Ağır Ceza Mahkemesidir.

765 s.TCK m. 434'te ırza geçme ve tasaddi suçunda fail ile mağdurun evlenmesi bir cezasızlık nedeni sayılmakta idi. Buna karşılık YTCK, fail ile mağdurun evlenmesine, kamu davasının veya cezanın ortadan kaldırılmasını gerektiren bir sonuç bağlamamıştır. Bu bir suç politikasıdır. Kanun koyucu Yeni Yasada her halükarda faili cezalandırmayı tercih etmiştir. 765 s.Yasadaki düzenlemeyi mağdura zorla tecavüz eden fail hakkında da erteleme imkanı verdiğinden elbette yanlış buluyoruz, ancak, 15 yaşını tamamlamamış bir mağdurun rızasıyla ilişkiye girip, daha sonrada resmi olarak evlenen iyi niyetli faili koruyacak bir düzenlemenin de bulunması gerektiğine inanıyoruz. Çünkü bu şekildeki düzenleme aynı zamanda, evlendikten sonra kucağında çocuğuyla beraber kocasının evine giden, kocası da cinsel istismar suçundan dolayı cezaevine giden mağduru da koruyacaktır.

Diğer taraftan cinsel suçlardaki cezaların az olduğuna dair bazı eleştiriler mevcut ise de; kanaatimizce bu eleştiriler yersiz olup, diğer suçlardaki yaptırımlara göre, çok ağır cezalar içermektedir. Örneğin; fail cinsel amaçla sadece mağdurun elini tutsa, TCK.nun 103/1. maddesine göre, diğer artırım maddeleri bulunmasa dahi alacağı ceza en az 3 yıl haptir. Aynı fail bu kişiyi hayatı tehlike oluşturmayacak, basit tıbbi tedavi ile de giderilemeyecek şekilde dövseydi, alacağı ceza TCK.nun 86/1. maddesine göre yine 1 yıl hapis olacaktı. Bundan dolayı cezaların az olduğunu değil, hatta cezaların alt sınırının çok yüksek olduğunu söylemek mümkündür.

5237 sayılı Yasada basit cinsel istismar ve basit cinsel saldırı suçlarında yine şehvi amaç arandığından haksız tahrik hükümlerinin uygulanmayacağına dair bir tereddüt bulunmamaktadır. Ancak, nitelikli cinsel istismar ve cinsel saldırı suçlarında, şehvi amaç aranmadığından ve daha önce ayrıntılı şekilde açıkladığımız şekilde ırza geçme eylemi ile nitelikli cinsel istismar eylemi çok farklı olduğundan haksız tahrik hükümleri uygulanmaz demek pek kolay değildir. Öğretide bu yönde görüşler bulunmakla birlikte, kanaatimizce, her somut olay ayrı değerlendirilerek, intikam, hakaret, yaralama, mağduru küçük düşürme gibi şehvi amaç taşımayan ve erkeğin cinsel organının kullanılmadığı nitelikli cinsel istismar ve saldırı suçlarında diğer şartlarda varsa haksız tahrik hükümlerinin uygulanması gerekir.

Kanun yürürlüğe girdikten sonra 10 tane ağır ceza mahkemesi TCK.nun 102/5 ve 103/6 maddelerinin;

“1) Suç ve ceza arasında bulunması gereken oranlılık ilkesini ihlal ettiği,

2) Mağdurun ruhsal bütünlüğünün bozulması nedeniyle faile ceza verilmesinin bir eylem nedeniyle iki kez cezalandırılması anlamına geleceği,

3) İtiraz konusu kuralda mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulmasına neden olan eylemin Türk Ceza Kanunu'nun 103. maddesinin (1) veya (2) numaralı fıkralarının kapsamına girip girmediği konusunda bir ayırım

yapılmaksızın her iki eylem sonucunda faile aynı cezanın verilecek olmasının eşitlik ve hakkaniyet ilkelerine aykırı olduğu,

4) Ruh sağlığı farklı süreler (örneğin bir ay, altı ay vb.) için bozulan kişiler için faillerin aynı ceza skalası içinde cezalandırılmaları ile eylem sonucunda ruh sağlığı bozulan ancak tedavi edilen veya tedavi edilmeyen mağdurlar nedeniyle sanıklara farklı cezalar verilecek olmasının da eşitlik ilkesine aykırı olduğu,

5) Kanunda, beden veya ruh sağlığının bozulması kavramının tanımlanmadığı, ayrıca mağdurun ruh sağlığının hangi aşamada ve ne şekilde bozulduğunun saptanmasının tıbben mümkün olmadığı (örneğin mağdurun ruh sağlığının yapılan eylem sonucunda mı yoksa başka bir nedenle mi bozulduğunun saptanmasının mümkün olmadığı), ruh sağlığının bozulmasına ilişkin olaydan hemen sonra veya bir müddet geçtikten sonra alınacak raporlar arasında çelişkili durumların ortaya çıkabileceği” gerekçeleri ile Anayasa'nın 2., 5., 10., 13., 36. ve 38. maddelerine aykırı olduğu ileri sürerek itiraz etmişlerdir.

Anayasa Mahkemesi 26.02.2009 gün 2007/96-2009/34 ve 2006/154-2009/35 (R.G.Tarihi: 05.06.2009, S:27249) sayılı kararlarında “cinsel istismar suçu sonucunda mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması durumu, asıl suçtan bağımsız bir suç türü olmayıp, suçun netice sebebiyle ağırlaşmış hali olduğundan, faile gerçekleşen neticeden dolayı ikinci bir ceza verilmediği, fakat bundan dolayı failin cezası artırıldığı; Kanunda mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması kavramının tanımına yer verilmemiş ise de; Yasa koyucu burada, mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması halini cinsel istismar suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hali olarak öngörüp ve bu kavramın her somut olayda gerçekleşip gerçekleşmediğinin saptanmasını uygulamaya bıraktığından, beden veya ruh sağlığının bozulup bozulmadığı konusu, mağdurların yaşı, bedensel gelişim derecesi, ruhsal, sosyal ve kültürel yapılarına göre göreceli bir nitelik taşıdığından, söz konusu durumun her somut olayda ilgili uzmanların raporlarıyla ortaya konması gerektiğinden, yasa koyucunun beden veya ruh sağlığının bozulmasının

tanımını yapmamasının suçta yasallık ilkesine aykırı bir yönü bulunmadığından, oybirliği ile itirazları reddetmiştir.

Adli Tıp Kurumu 6. İhtisas Kurulunun 28.05.2008 Tarihli raporunda belirtildiği gibi; Dünya Sağlık örgütü (ICD-10) 'nün Ruhsal ve Davranışsal Bozukluklar Sınıflandırmasında da açıklandığı üzere Travma sonrası-Stres Bozukluğu: “travmadan birkaç haftadan birkaç aya kadar sonra ortaya çıkabilecek bir hastalık olup, ortaya çıkma süresinin nadiren 6 ayı geçtiği, hastalık ortaya çıktıktan sonra dalgalı bir seyir gösterdiği, zaman zaman bulguların ortadan kaybolabileceği, ancak bir süre sonra ortaya çıkabileceği, ancak bu bulguların ne zaman tekrarlanacağına tıbben bilinemeyeceği, olguların büyük bir çoğunluğunda iyileşme beklenebileceği ancak bir kısmında süregen hale gelebileceği” şeklindeki tespitleri karşısında, “ruh sağlığının bozulması” kavramının çok soyut bir kavram olup, bundan dolayı travmanın ruhsal sonuçlarının adli tıp açısından yorumlanması sadece ülkemizde değil, birçok batı ülkesinde de sıkıntılı bir konudur. Diğer taraftan netice sebebiyle ağırlaşmış suçların yapısı ile ilgili doktrinde bir görüş birliği yokken, birde 5. fıkra ile ikinci bir neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç eklenmesi, zaten karışık olan içtima hükümlerini iyice içinden çıkılmaz hale getirmiştir. Tüm bunlardan dolayı da 102/5 ve 103/6 maddeleri hem doktrinde hem de uygulamada haklı olarak çok eleştirilmektedir. Bundan dolayı da TCK.nun 102 ve 103. maddelerinin yeniden ele alınması gerekmektedir. Kanaatimizce, “ruh sağlığının bozulması” kavramı yerine, tespiti daha somut verilere dayanan “akıl sağlığının bozulması” gibi bir kavram getirilebilir. Ayrıca, her ikisi de netice sebebiyle ağırlaşmış suç olarak düzenlenmiş, 87/2. maddenin “a” bendinde ve 103/7. maddede bulunan “bitkisel hayata girme”, kavramına farklı yaptırım öngörüldüğünden, bu açık eşitsizliğin ve çelişkinin giderilmesi için, “bitkisel hayata girme” kavramının, ya 103/7. Maddeden çıkartılması, ya da 87/2. Maddenin “a” bendinde bulunan “bitkisel hayata girme” kavramının, 87. Maddenin 4. Fikrasına alınması gerekir.

## YARARLANILAN KAYNAKLAR

Akçin İhsan, "Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar", Yargıtay Dergisi, C. 32, Ocak-Nisan 2006/1-2.

Aldemir Hüsnü, Yeni TCK ve Kabahatler Kanunu, Kartal Yayınevi, 2005.

Artuç Mustafa, Kişilere Karşı Suçlar, 2.Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, 2008.

Artuk Mehmet Emin, "Cinsel Taciz Suçu (TCK m.105)", Hukuki Perspektifler Dergisi, S.7, 2006.

Artuk Mehmet Emin, Gökçen Ahmet ve Yenidünya A.Caner, Ceza Hukuku Genel Hükümleri, 4.Baskı, Ankara: Turhan Kitapevi, 2009.

Artuk Mehmet Emin, Gökçen Ahmet ve Yenidünya Caner, TCK Şerhi, Ankara: Turhan Kitapevi, 2009.

Apaydın Necati, "Türk Ceza Kanunu Tasarısındaki Bazı Suç Düzenlemeleri Üzerine Düşünceler", Türk Ceza Kanunu Reformu, Makaleler, Görüşler Raporlar, İkinci Kitap, Türkiye Barolar Birliği, Editör: Teoman Ergül, Ankara 2004.

Aydın Devrim, "Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Haksız Tahrik", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl 2005, cilt 54 sayı 1.

Aydın, Öykü Didem, "Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar", HPD, S:2, Sonbahar 2004.

Bakıcı Sedat, Açıklamalı-İçtihatlı Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler, 1. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, 1994.



Baytemir Erdal, Açıklamalı-İçtihatlı Genel Ahlak ve Aile Düzenine Karşı Suçlar, 1.Baskı, Ankara: Adil Yayınevi, 2002.

Baytemir Erdal, Açıklamalı-İçtihatlı Cinsel Dokunulmazlığa Kişi Hürriyetine ve Genel Ahlaka Karşı Suçlar, 2.Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, 2009.

Birgen Nur, "5271 s. CMK ve 5237 s. TCK.nun Adli Tıp Uygulamalarına Yansıması", Hukuki Perspektifler Dergisi, sayı 8, Eylül 2006.

Can Cahit, Toplumsal İnsanın Evrensel Doğası ve Cinsel Suçlar, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2002.

Centel Nur, "Cinsel Suç Mağduru Kadının Korunması", Prof. Kenan Tunç Omağ'a Armağan, İstanbul 1997.

Centel Nur, Zafer Hamide ve Çakmut Özlem, Türk Ceza Hukukuna Giriş, İstanbul: Beta Yayınları, 2006.

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

Demirbaş Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 5. B. Ankara: Seçkin Yayınevi.

Demirel Bahri , Cinsel Saldırı Suçlarında Beden ve Ruh Sağlığının Bozulması Kavramı", Adli Tıp Kurumları Yayınları, No: 19, İstanbul, 2007.

Dönmezer Sulhi, Ceza Hukuku Özel Kısım: Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler, 5. Baskı, İstanbul 1983.

Dönmezer Sulhi, "Son Çalışmaları-Cinsel ve Cinselliğe İlişkin Suçlarda Yeni Trentler", Türk Ceza Hukuku Derneği Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer Armağanı, C.1, Ankara, Şubat 2008.

Dönmezer Sulhi ve Erman Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, 12. Baskı, İstanbul: C.2, 1999.

Duran Gökhan Yaşar, Ceza Hukukunda Haksız Tahrik,1.b., İstanbul: Legal, 2010.

Dülger İbrahim, “Çocukların Cinsel İstismarı”, Fasikül Aylık Hukuk Dergisi, Yıl 2, Sayı 6, Seçkin Yayınevi, 2010.

Elmas Fevzi, “Çocukların Cinsel İstismarı”, Fasikül Aylık Hukuk Dergisi, Y.2, S.6, Seçkin Yayınevi,2010.

Erdem Mustafa Ruhan, “Netice Yüzünden Ağırlaşan Suçlar”, 3. Yılında Yeni Ceza Adaleti Sistemi, Editör Prof. Dr. Bahri Öztürk, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2009.

Erem Faruk, Danışman Ahmet ve Artuk Mehmet Emin, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14.Baskı., Ankara: Seçkin Yayınevi, 1997.

Erem Faruk, Türk Ceza Kanunu Şerhi, Özel Hükümler, Cilt II, Ankara: Seçkin Yayınevi, 1993.

Ergezer Yalçın, Cinsel Saldırı Suçlarında Beden ve Ruh Sağlığının Bozulması Kavramı, Adli Tıp Kurumları Yayınları, No: 19, İstanbul, 2007.

Güler Mahmut ve Malkoç İsmail, Uygulamada Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler, 3. Cilt, 1. Baskı, Ankara: Adil Yayınevi.

Güney Niyazi, Özdemir Kenan ve Balo Yusuf Solmaz, Gerekçe ve Tutanaklarla Karşılaştırmalı Yeni Türk Ceza Kanunu, 1.b, Ankara: Adil Yayınevi, Kasım 2004.

Gürkan Şeref, 765 ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunlarının Cinsel Suçlar Yönünden Karşılaştırılması ve Silifke Ceza Mahkemelerine 2000-2005 Yılları Arasında Yansıyan Cinsel Suçların İncelenmesi, İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü Sosyal Bilimler Anabilim Dalı, İstanbul, 2006, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi).

Hakeri Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümleri, 7.Baskı, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2008.

İçel Kayıhan ve Evik A. Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 4. Bası, 2. Kitap, İstanbul: Beta Yayınevi, 2007.

İpekçioğlu Pervin Aksoy, Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2009.

Kılıç Abbas, "Cinsel Hakimiyet ve Yeni Türk Ceza Kanununda Cinsel Saldırı Suçu", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 78, 2008.

Kiziroğlu Serap Keskin, "Yeni Türk ceza Kanununda Kadına İlişkin Düzenlemeler ve Cinsel Suçlar", Türk Ceza Hukuku Derneği Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer Armağanı, C.2, Ankara, Şubat 2008.

Koca Mahmut , "Fikri içtima", Ceza Hukuku Dergisi, Yıl 2, Sayı 4, Ankara, 2007.

Koca Mahmut ve Üzülmaz İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2009.

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

Ünver Yener, Cinsel Dokunulmazlığa ve Genel Ahlaka Karşı Suçlar, Türk Ceza Kanunu'nun 2 Yılı, Teori ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar, İstanbul: Türk Ceza Hukuku Derneği Yayınları, Nisan 2008.

Üzülmez İlhan, “Yeni Türk Ceza Kanununda Cinsel Saldırı Suçu”, 3.Yılında Yeni Ceza Adaleti Sistemi, Editör: Bahri Öztürk, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2009.

Üzülmez İlhan, “Çocukların Cinsel İstismarı Suçu”, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Ayrı Basım, Cilt: 5, S.2, Kayseri, Aralık 2009.

Malkoç İsmail, Yeni Türk Ceza Kanununda Cinsel Saldırı Suçları,1. Baskı, Ankara: Malkoç Kitabevi, 2005.

Malkoç İsmail, Cinsel Suçlar, 1.Baskı, Ankara: Malkoç Kitabevi, 2009.

Malkoç İsmail, Yeni Türk Ceza Kanunu, 1. Cilt, 3. Baskı, Ankara: Malkoç Kitabevi, 2008.

Meran Necati, Kişilere Karşı Suçlar, 2. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2008.

Noyan Erdal, Ceza Davası, Ankara: Adalet Yayınevi, 2007.

Oral Gökhan, Cinsel Saldırı Suçlarında Beden ve Ruh Sağlığının Bozulması Kavramı, Adli Tıp Kurumları Yayınları, No: 19, İstanbul, 2007.

Otacı Cengiz, Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı İşlenen Suçlar, 1.Baskı, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2000.

Ovayolu Nimet, Uçan Özlem ve Serindağ Selver, “Çocuklarda Cinsel İstismar ve Etkileri”, Fırat Sağlık Hizmetleri Dergisi, cilt.2, sayı 4 , 2007.

Önder Ayhan, Ceza Hukuku Genel Hükümleri, İstanbul: 1992.

Önder Ayhan, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 4. Baskı, İstanbul: Filiz Kitabevi, 1994.

Özbek Veli Özer, Ceza Hukukunda Nedensellik Bağlantısı ve Neticenin Objektif Yüklenebilirliği Teorisi, Ceza Hukuku Dergisi, Yıl 2, Sayı 5, Aralık 2007.

Özbek Veli Özer, “Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar”, Ceza Hukuku Dergisi, Y.2, S.4, Ağustos 2007.

Özbek Veli Özer, Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı - İzmir Şerhi, Ankara; Seçkin Yayınevi, C.I, 2008.

Özbek Veli Özer ve Kanbur Nihat, İzmir Şerhi, Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Anlamı, Açıklamalı-Gerekçeli-İçtihatlı, C.2, Özel Hükümler, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2008.

Özbek Veli Özer, Kanbur M. Nihat, Bacaksız Pınar, Doğan Koray ve Tepe İlker, Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2010.

Özgenç İzzet, Gazi Şerhi, TCK Genel Hükümler, Ankara: Adalet Bakanlığı Yayınları, 2006.

Özgenç İzzet , Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3.b., Ankara: Seçkin Yayınevi, 2008.

Özkara Erdem, Altınyurt Sabahattin, Ünüvar Tolga ve Arısoy Yücel, “15 Yaş Altı Adölesan Dönemdeki Gebeliklerin Beden Sağlığına Etkileri ve TCK.nun 103. maddesi Kapsamında Tartışılması”, Adli Bilimler Dergisi, Sayı 7, Yıl 2008.

Öztürk Bahri, “Türk Ceza Kanunu Reformu, Birinci Kitap, Toplumsal Değişim Sürecinde Türk Ceza Kanunu Reformu”, Panel, Ankara, 21-22 Mayıs 2004.

Öztürk Bahri ve Erdem Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2006.

Parlar Ali ve Hatipoğlu Muzaffer, Teşebbüs, İştirak, İltima ve Diğer Yaptırımlar, Kazancı 2005.

Parlar Ali ve Hatipoğlu Muzaffer, Türk Ceza Kanunu Yorumu, 1. Baskı, Ankara, 2007.

Parlar Ali ve Hatipoğlu Muzaffer, Türk Ceza Kanunu Yorumu, 2. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2008.

Polat Oğuz, Tüm Boyutlarıyla Çocuk İstismarı,1.Baskı, Ankara: Seçkin Yayınları, Ocak 2007.

Polat Oğuz, Klinik Adli Tıp, Adli Tıp Uygulamaları, Ankara: Seçkin Kitabevi, 2006.

Savaş Vural ve Mollamahmutoğlu Sadık, Türk Ceza Kanunu'nun Yorumu, 2.Baskı, III. Cilt, Ankara: Seçkin, 1998.

Sevük Handan Yokuş, "5237 s.Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Saldırı ve Cinsel Taciz Suçları", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, sayı 57, 2005.

Sevük Handan Yokuş, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Çocukların Cinsel İstismarı ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçları", Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi Av. Haldun Karacabey'e Armağan, Y:2, S:5, Nisan 2005,

Soyaslan Doğan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 6. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınevi, 2006.

Şafak Ali, Ansiklopedik Hukuk Sözlüğü, 4. Baskı, Ankara; Selim Kitapevi 2002.

Şen Ersan, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, 1. Baskı, Cilt I, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2006.

Şener Esat, Açıklamalı Madde Atıflı Hukuk Sözlüğü, Ankara: Seçkin Yayınları, 2001.

Tezcan Durmuş, Erdem Mustafa Ruhan ve Önok Rifat Murat, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'na Göre Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 6.Baskı, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2008.

Tezcan Durmuş ve Erdem Mustafa Ruhan, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 2. Baskı, İzmir 2002.

Tutanaklarla Türk Ceza Kanunu, Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Daire Başkanlığı, Ankara, Şubat 2005

Yaşar Osman, Gökcan Hasan Tahsin ve Artuç Mustafa, Yorumlu – Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, 1.b., Ankara: Adalet Yayınevi, 2010.

Yenidünya A.Caner, “5237 sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar”, Legal Hukuk Dergisi, C. 3, S. 33, Eylül 2005.

Yılmaz Ejder, Hukuk Sözlüğü, 4. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 1992.

## ÖZGEÇMİŞ

01.01.1971 tarihinde Bolu'nun Göynük ilçesinde doğdum. İlk ve orta öğrenimimi Göynük'de, lise öğrenimimi Gölcük de tamamladım. 1989 yılında kazandığım Orta Doğu Teknik Üniversitesi Eğitim Bilimleri Fakültesi Rehberlik ve Psikolojik Danışmanlık Bölümünde iki yıl okuduktan sonra tekrar üniversite sınavına girerek, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesine kaydoldum. Yükseköğrenimimi 1996 yılında tamamladım. Aynı yıl İstanbul Barosunda avukatlık stajına başladım. 1997 yılında Adalet Bakanlığı'nın açtığı Adli Yargı Hâkim ve Cumhuriyet Savcılığı sınavında başarılı olarak, Temmuz ayında Ankara adli yargı hâkim ve cumhuriyet savcı adayı olarak göreve başladım. Sırasıyla Akşehir, Serinhisar ve Muradiye'de Cumhuriyet Savcısı olarak görev yaptım. 2005 yılında Yargıtay Tetkik Hâkimliği'ne atandım. Halen bu görevi yürütmekteyim.