

**ÇANKAYA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI
YÜKSEK LİSANS TEZİ**

**5237 SAYILI TÜRK CEZA KANUNU'NDA
CİNSEL DOKUNULMAZLIĞA KARŞI SUÇLAR**

**TEZ DANIŞMANI
PROF. DR. DOĞAN SOYASLAN**

**HAZIRLAYAN
KÜRŞAD GÜL**

ANKARA

2010

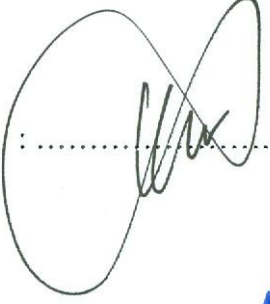
Kürşad GÜL tarafından hazırlanan **5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar** adlı bu tez, tarafımdan incelenmiş ve Yüksek Lisans Tezi olarak uygun bulunmuştur.

Prof. Dr. Doğan SOYASLAN
Tez Danışmanı

: 

Bu tezin yüksek lisans derecesini elde etmek için gerekli koşulları sağladığımı onaylarım.

Prof. Dr. Hamdi MOLLAMAHMUTOĞLU
Kamu Hukuku Anabilim Dalı Başkanı

: 

Sosyal Bilimler Enstitüsü onayı.


Prof. Dr. Taner ALTUNOK

Tez Sınav Tarihi : 20 Aralık 2010

Tez Jüri Üyeleri :

Prof. Dr. Doğan SOYASLAN

(Çankaya Üniversitesi) 

Doç. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ

(Gazi Üniversitesi) 

Yrd. Doç. Dr. Uğur ERİŞ

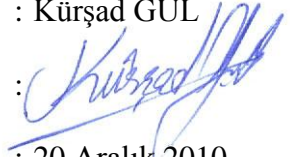
(Çankaya Üniversitesi) 

ÇANKAYA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜ'NE

Bu belge ile bu tezdeki bütün bilgilerin akademik kurallara ve etik davranış ilkelerine uygun olarak toplanıp sunulduğunu beyan ederim. Bu kural ve ilkelerin gereği olarak, çalışmada bana ait olmayan tüm veri, düşünce ve sonuçları andığımı ve kaynağını gösterdiğimi ayrıca beyan ederim.

Adı, Soyadı : Kürşad GÜL

İmzası :



Tarih

: 20 Aralık 2010

ÖZET

5237 SAYILI TÜRK CEZA KANUNU'NDA CİNSEL DOKUNULMAZLIĞA KARŞI SUÇLAR

GÜL, Kürşad

Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı
Tez Danışmanı: Prof. Dr. Doğan SOYASLAN

Aralık 2010, 158 sayfa

Cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar, insanlık tarihi kadar eski, insanların ahlâki değerlerine, onuruna, özgürlüğüne, vücut bütünlüğüne karşı ağır bir saldırı meydana getiren aynı zamanda toplumsal değerlere zarar veren, cinsel bir suçta maruz kalan kişi üzerinde genelde bedensel acıya neden olan ve çoğunlukla ruhsal yıkım yaratan bir suç çeşididir.

Cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar, tüm dünyada olduğu gibi günümüz Türkiye'sinde de oldukça sık rastlanan bir suç olarak karşımıza çıkmaktadır. Toplumun gelişmesine paralel olarak, insanların özgürlük ve ahlâk anlayışı da değişim göstermiş ve bunun sonucunda, ülkemizde özellikle Ceza Hukuku açısından cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar konusunda yeniden bir düzenleme yapılması ihtiyacı doğmuştur.

Toplumdaki bu değişim ve gelişim göz önünde bulundurularak, kadın örgütlerinin de bu konu hakkındaki yoğun çalışmalarının sonucunda 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ile cinsel dokunulmazlığa karşı suçların tanımı ve kapsamı büyük ölçüde değiştirilerek yeniden düzenlenmiştir.

Çalışmamızın amacı 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun ikinci kitabının "Kişilere Karşı Suçlar" kısmının altıncı bölümünde "Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar" genel başlığı altında 102. maddede cinsel saldırı, 103. maddede çocukların cinsel istismarı, 104. maddede reşit olmayanla cinsel ilişki ve 105. maddede cinsel taciz madde başlıklarıyla düzenlenen kavramların ne olduğunu açıklamak, cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar açısından Yeni Türk Ceza Kanunu'nun eksikliklerini ve getirdiği yenilikleri Ceza ve kısmen Ceza Muhakemesi Hukuku bilgileri kapsamında incelemektir.

Anahtar Kelime: Türk Ceza Kanunu, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, Cinsel Taciz, Kişilere Karşı Suçlar.

ABSTRACT

THE CRIMES OF SEXUALITY IMMUNITY IN THE 5237 NUMBERED TURKISH PENAL CODE

GÜL, Kürşad

Graduate School of Social Sciences Department of Public Law
Supervisor : Prof. Dr. Doğan SOYASLAN

December 2010, 158 pages

The crimes of sexuality immunity date back to history of huminity and is a kind of crime causing a serious offence against one's morality, independence, honour and bodily integrity as well as damaging social values and generally causing both physical pain and psychological ruin on the person exposed to sexual harrassment.

The crimes against sexuality immunity appear as a common offence in today's Turkey as it is in the whole world. People's sense of freedom and morality has changed in parallel with the development of society and as a result of this, in Turkey, the need has arisen for legal arrangement in penalty code on the subject of offences against sexuality immunity.

As a result of the intense studies of woman organizations on this issue and considering the changes and development in the society, the description and scope of offences against sexuality immunity have been rearranged by being changed to a large extent with the 5237 Numbered Turkish Penal Code.

The purpose of our study is to explain the concepts which are regulated under the headings of sexuality harassment in the 105 numbered article, sexual intercourse with an infant in the 104 numbered code, sexual harassment in the 102 numbered article in the sixth chapter of ‘Offences Against Individuals’ in the second book of 5237 numbered Turkish Penal Code’, under the general heading of ‘Offences Against Sexuality Immunity’ and to analyse the lacks and changes of the new Turkish Penal Code within the context of criminal procedure regarding the issue of offences against sexuality immunity.

Keywords: Turkish Criminal Law, The Crimes of Sexuality Immunity, Sexuality Harassment, Offences Against Individuals.

GİRİŞ

İnsan sosyal bir biyolojik varlıktır. İnsanın biyolojik varlık olmasından kaynaklanan bir takım fizyolojik ve psikolojik ihtiyaçları bulunmaktadır. “Psikoseksüel” kuramının kurucusu ve “Psikoterapinin” yaratıcısı olan Avusturyalı ünlü doktor ve psikolog Sigmund Freud’a göre, sosyal bir biyolojik varlık olan insanın kişiliği id, ego ve süper ego olmak üzere üç temel bölümden meydana gelmektedir.¹

Freud, insan kişiliğinin id yapısının, insanın doğuştan gelen ilkel benliği olduğunu, bu benliğin yemek, içmek, artıkları atmak, acıdan kaçmak, cinsellik ve saldırganlık olmak üzere bir takım temel dürtülerden oluştuğunu savunmaktadır.² Aynı zamanda insanın sosyal varlık olmasından kaynaklanan bir takım ihtiyaçları da bulunmaktadır. Bu ihtiyaçların en önemlisi toplumsallaşma isteğidir. Toplumsallaşma isteği sebebiyle, insan yaşamak için bir topluluğa ihtiyaç duymaktadır. İnsan, topluma uyum sağlamak için bireysel kişiliğinin yanı sıra toplumsal bir kişilik kazanmak zorundadır. İşte bu sebepten dolayı insan, toplumda yaşamasını sağlayacak bireysel kişiliğinden farklı olan bir kişilik geliştirir. İnsanın, okulda aldığı eğitim, çevresinden, arkadaşlarından kazandığı deneyimler, ailesinden gördüğü ahlâki ve dini eğitim sonucunda öğrendiği topluluk normları, insan kişiliğinin toplumsallaşmasıyla ilgili olan süper ego bölümünü oluşturmaktadır. İnsanın, büyüyüp, dış dünyayın gerçeklerini öğrenmesi sebebiyle, alt benliği (id) özel bir evrimleşme göstererek yeni bir bölüm oluşturur. Meydana gelen bu bölüm ise egodur. Ego, id bölümü ile süper ego bölümünü kontrol altında tutan, iki bölüm arasında düzenleyici bir yapıya

¹ <http://tr.wikipedia.org/wiki/Ego.>, <http://tr.wikipedia.org/wiki/Freud>.

² <http://www.uslanmam.com/1535015-post1.html>.

sahip olmakla birlikte insanın günlük yaşamında en çok kullandığı kişilik bölümüdür.³

Freud'un da açıkça ifade ettiği gibi, insanın doğuştan gelen ilkel benliği bir takım temel dürtülerden oluşmaktadır. Cinsellik ve saldırganlık bu temel dürtülerin başında gelmektedir. Cinselliği, saldırganlık yolu ile elde etme arzusu da insanın ilkel benliğinden gelen bir istektir.

İnsan, toplumda yaşayabilmek ve topluluğun devamını sağlayabilmek amacıyla son derece önemli bir takım topluluk normları olan, ahlâk kurallarını, örf adet kurallarını ve hukuk kurallarını geliştirmiştir. İnsanın hem kendisiyle hem de toplumla olan ilişkilerini düzenleyen bu normlar, bir takım önemli yaptırımlarla donatılmışlar ve devlet otoritesiyle desteklenmişlerdir.

Konumuz, insanın doğuştan gelen bir dürtüsü olan cinselliğin suç oluşturan hareketlerinin yaptırımlarıdır. İnsan, dünya üzerinde var olduğundan bu yana, suç kavramı da insanla beraber vardır. İnsanın toplumsallaşmasıyla birlikte geliştirdiği yeni suç tiplerinin yanı sıra, tarihte var olduğundan beri işlediği ve ileride de işleyeceği bir takım temel suç tipleri vardır. İnsanın cinsel dokunulmazlığına karşı olan suçlar, bu temel suç çeşitlerinin en tipik örneklerinden birisi olmakla beraber her ülkede ve her insan topluluğunda mutlaka karşılaşılan bir suç çeşididir. İnsanlar tarih boyunca sürekli olarak bu suçun mağduru ve faili olmuşlardır.

İnsanlığın gelişmesi ile bu suç tipi de gelişmiş, değişmiş ve bu sebeple ülkemizde söz konusu suç tipi ile ilgili olarak yeni bir düzenlemeye ihtiyaç duyulmuştur. Bu konu ile ilgili olarak, önemli bir paya sahip olan kadın örgütlerinin etkili çalışmalarının da neticesinde, ülkemizin cinsellik konusundaki kökleşmiş geleneksel alışkanlıkları bir kenara bırakılarak, daha çağdaş, kadın özgürlüğünün daha fazla ön plana çıktığı, kadının bir toplumsal ahlâk aracı olmaktan ziyade, kendine ait bir cinsel kimliği bulunduğu, cinsel suçların topluma

³ <http://www.psykonet.com/konu.asp?kid=125>.

karşı işlenen bir suç olmaktan daha çok, kişilere karşı işlenen bir suç olduğunun kabul edildiği yeni bir düzenlemeye gidilmiştir.

5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 102., 103., 104. ve 105. maddelerinde cinsel dokunulmazlığı karşı suçlar tanımlanmıştır. 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 102. maddesinde "Cinsel Saldırı", 103. maddesinde "Çocukların Cinsel İstismarı", 104. maddesinde "Reşit Olmayanla Cinsel İlişki" ve 105. maddesinde düzenlenmiş olan "Cinsel Taciz" suçlarını dört bölümde incelemeye çalıştık.

Birinci bölümünde cins, cinsiyet, cinsellik, cinsel dokunulmazlık kavramları, cinsel dokunulmazlığa karşı suçların tarihi gelişim sürecinde geçirdiği aşamalar ile, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 102. maddesinde düzenlenen erginlere karşı işlenen cinsel saldırı suçunu, ikinci bölümde, 103. maddesinde düzenlenen çocukların cinsel istismarı suçunu, üçüncü bölümde 104. maddesinde düzenlenen reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu, dördüncü ve son bölümde ise, 105. maddesinde düzenlenen cinsel taciz suçunu, detaylarıyla inceledik. Bu suçlarla korunan hukuki yararı, söz konusu suçların failini, mağdurunu, suçların maddi ve manevi unsurlarını, suçların özel görünüş şekillerini, nitelikli hallerini, yaptırımlarını, yargılama usullerini ve ceza sürelerini, ceza hukuku bilgilerimiz çerçevesinde ifade etmeye çalıştık.

İÇİNDEKİLER

İNTİHAL BULUNMADIĞINA İLİŞKİN SAYFA	iii
ÖZET	iv
ABSTRACT	vi
GİRİŞ.....	viii
İÇİNDEKİLER.....	xi
KISALTMALAR	xvii

BİRİNCİ BÖLÜM

1. KAVRAMLAR, TARİHÇE	1
1.1. Cins, Cinsiyet, Cinsellik, Cinsel Dokunulmazlık Kavramları	1
1.1.1. Cins Kavramı.....	1
1.1.2. Cinsiyet Kavramı.....	1
1.1.3. Cinsellik Kavramı.....	2
1.1.4. Cinsel Dokunulmazlık Kavramı	4
1.2. Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçların Tarihçesi	6

İKİNCİ BÖLÜM

2. CİNSEL SALDIRI SUÇU (T.C.K. m. 102).....	9
2.1. Genel Olarak	9
2.2. Korunan Hukuki Yarar.....	15
2.3. Suçun Maddi Unsurları	17
2.3.1. Suçun Faili	17
2.3.2. Suçun Mağduru.....	22
2.3.3. Suçun Konusu	24
2.4. Suçun Manevi Unsuru.....	24
2.5. Hukuka Aykırılık Unsuru.....	25

2.6. Basit Cinsel Saldırı Suçu (YTCK m. 102/1).....	25
2.6.1. Fiil	25
2.6.2. Suçta Kullanılan Araçlar	31
2.6.2.1. Cebir.....	31
2.6.2.2. Tehdit	33
2.6.2.3. Hile.....	36
2.6.3. Suçun Özel Görünüş Biçimleri.....	37
2.6.3.1. Teşebbüs	37
2.6.3.2. İçtima Hükümleri	40
2.6.3.3. İştirak	41
2.6.4. Suçun Takibi.....	41
2.6.5. Suçun Cezası	42
2.7. Nitelikli Cinsel Saldırı Suçu (YTCK m. 102/2).....	42
2.7.1. Genel Olarak.....	43
2.7.2. Eşe Karşı İşlenen Nitelikli Cinsel Saldırı.....	47
2.7.3. Suçun Özel Görünüş Biçimleri.....	51
2.7.3.1. Teşebbüs	51
2.7.3.2. İçtima Hükümleri	52
2.7.3.3. İştirak	54
2.7.4. Suçun Cezası	54
2.8. YTCK m. 102/3'te Öngörülen Nitelikli Haller	54
2.8.1. Cinsel Saldırı Suçunun Beden veya Ruh Bakımından Kendisini Savunamayacak Durumda Bulunan Kişiye Karşı İşlemiş Olması.....	55
2.8.2. Cinsel Saldırı Suçunun Kamu Görevinin veya Hizmet İlişkisinin Sağladığı Nüfuzu Kötüye Kullanmak Suretiyle İşlenmesi	59
2.8.2.1. Cinsel Saldırı Suçunun Kamu Görevinin Sağladığı Nüfuzu Kötüye Kullanmak Suretiyle İşlenmesi	59
2.8.2.2. Cinsel Saldırı Suçunun Hizmet İlişkisinin Sağladığı Nüfuzu Kötüye Kullanmak Suretiyle İşlenmesi	60

2.8.2.3. Cinsel Saldırı Suçunun Üçüncü Derece Dâhil Kan veya Kayın Hısımlığı İlişkisi İçinde Bulunan Bir Kişiye Karşı İşlenmesi	61
2.8.2.4. Cinsel Saldırı Suçunun Silahla veya Birden Fazla Kişi Tarafından Birlikte İşlenmesi	66
2.8.2.4.1. Cinsel Saldırı Suçunun Silahla İşlenmesi	66
2.8.2.4.2. Cinsel Saldırı Suçunun Birden Fazla Kişi Tarafından Birlikte İşlenmesi.....	68
2.9. Cinsel Saldırı Suçunun İşlenmesi Sırasında Mağdurun Direncinin Kırılmasını Sağlayacak Ölçünün Ötesinde Cebir Kullanılması.....	70
2.10. Cinsel Saldırı Suçunun Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Halleri	72
2.10.1. Cinsel Saldırı Suçunun Sonucunda Mağdurun Beden veya Ruh Sağlığının Bozulması (YTCK m. 102/5).....	72
2.10.2. Cinsel Saldırı Suçunun Sonucunda Mağdurun Bitkisel Hayata Girmesi veya Ölmesi (YTCK m. 102/6).....	75
2.11. Teşebbüs.....	78
2.12. Evlenmenin Cinsel Saldırıya Etkisi	78
2.13. Soruşturma ve Kovuşturma.....	79

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

3. CİNSEL İSTİSMAR SUÇU (T.C.K. m. 103)	80
3.1. Genel Olarak	80
3.2. Korunan Hukuki Yarar.....	81
3.3. Suçun Maddi Unsurları	81
3.3.1. Suçun Faili.....	82
3.3.2. Suçun Mağduru	82
3.3.2.1. Onbeş Yaşını Tamamlamamış veya Tamamlamış Olmakla Birlikte Fiilin Hukuki Anlam ve Sonuçlarını Algılama Yeteneği Gelişmemiş Olan Çocuklar	82
3.3.2.2. Onbeş Yaşını Tamamlamış Onsekiz Yaşını Tamamlamamış Olmakla Birlikte Fiilin Hukuki Anlam ve Sonuçlarını Algılama Yeteneği Gelişmiş Olan Çocuklar.....	85

3.3.2.3. Suçun Konusu	89
3.4. Suçun Manevi Unsuru	89
3.5. Hukuka Aykırılık Unsuru	90
3.6. Basit Cinsel İstismar Suçu (YTCK 103/1-a, 103/1-b)	90
3.6.1. Fiil	91
3.6.2. Suçta Kullanılan Araçlar	92
3.6.3. Suçun Özel Görünüş Biçimleri.....	93
3.6.3.1. Teşebbüs	93
3.6.3.2. İçtima Hükümleri	94
3.6.3.3. İştirak	95
3.6.4. Suçun Takibi.....	96
3.6.5. Suçun Cezası	96
3.7. Nitelikli Cinsel İstismar Suçu (YTCK m.103/2).....	96
3.7.1. Suçun Özel Görünüş Biçimleri.....	98
3.7.1.1. Teşebbüs	98
3.7.1.2. İçtima Hükümleri	99
3.7.1.3. İştirak	100
3.7.2. Suçun Cezası	101
3.8. YTCK m. 103/3'te Öngörülen Nitelikli Haller	101
3.8.1. Suçun Üstsoy, İkinci veya Üçüncü Derecede Kan Hısımları, Üvey Baba, Evlat Edinen, Vasi, Eğitici, Öğretici, Bakıcı, Sağlık Hizmeti Veren veya Koruma ve Gözetim Yükümlülüğü Bulunan Diğer Kişiler Tarafından İşlenmesi	101
3.8.2. Suçun Hizmet İlişkisinin Sağladığı Nüfuz Kötüye Kullanılmak Suretiyle İşlenmesi	106
3.8.3. Suçun Birden Fazla Kişi Tarafından Birlikte İşlenmesi.....	107
3.9. Suçun Cebir veya Tehdit Kullanılmak Suretiyle İşlenmesi	108
3.10. Cinsel İstismar Suçunun İşlenmesi Sırasında Kullanılan Cebirin ve Şiddetin Kasten Yaralama Suçunun Ağır Neticelerine Neden Olması .	109
3.11. Cinsel İstismar Suçunun Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Halleri	110
3.11.1. Cinsel İstismar Suçunun Sonucunda Mağdurun Beden veya Ruh Sağlığını Bozulması (YTCK m. 103/6).....	110

3.11.2. Cinsel İstismar Suçunun Sonucunda Mağdurun Bitkisel Hayata Girmesi veya Ölmesi (YTCK m. 103/7).....	113
3.12. Teşebbüs.....	114
3.13. İştirak.....	114
3.14. Soruşturma ve Kovuşturma.....	115

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

4. REŞİT OLMAYANLA CİNSEL İLİŞKİ SUÇU (T.C.K. m. 104)	116
4.1. Genel Olarak	116
4.2. Suçun Maddi Unsurları	120
4.2.1. Fail.....	120
4.2.2. Mağdur	122
4.2.3. Fiil	123
4.3. Suçun Manevi Unsuru	125
4.4. Suçun Özel Görünüş Biçimleri	125
4.4.1. Teşebbüs	125
4.4.2. İçtima Hükümleri	125
4.4.3. İştirak.....	126
4.5. Suçun Takibi	126
4.6. Suçun Cezası	126

BEŞİNCİ BÖLÜM

5. CİNSEL TACİZ SUÇU (T.C.K. m. 105).....	127
5.1. Genel Olarak	127
5.2. Korunan Hukuki Değer	128
5.3. Suçun Maddi Unsurları	129
5.3.1. Suçun Faili.....	129
5.3.2. Suçun Mağduru	129
5.3.3. Suçun Konusu.....	130
5.4. Suçun Manevi Unsuru	130
5.5. Hukuku Aykırılık Unsuru	131
5.6. Basit Cinsel Taciz Suçu (YTCK m. 105).....	131

5.7. Suçun Özel Görünüş Biçimleri	134
5.7.1. Teşebbüs	134
5.7.2. İştirak	135
5.7.3. İçtima Hükümleri	135
5.8. Suçun Cezası	137
5.9. Nitelikli Cinsel Taciz (YTCK m. 105/2).....	137
5.9.1. Hiyerarşiden Kaynaklanan Nüfuzun Kötüye Kullanılması.....	138
5.9.2. Hizmet İlişkisinden Kaynaklanan Nüfuzun Kötüye Kullanılması	139
5.9.3. Aynı İş Yerinde Çalışmanın Sağladığı Kolaylıktan Yararlanma	139
5.9.4. Eğitim Öğretim İlişkinin Sağladığı Nüfuzdan Yararlanma	140
5.9.5. Aile İçi İlişki Nüfuzundan Yararlanma	140
5.10. Netice Yüzünden Cezanın Ağırlaşması	141
5.11. Kovuşturma ve Yaptırım	142
SONUÇ	144
KAYNAKÇA	150
EK	
ÖZGEÇMİŞ.....	158

KISALTMALAR

a.g.e.	: Adı geçen eser
a.g.m.	: Adı geçen makale
Bkz.	: Bakınız
c.	: Cilt
CD	: Ceza Dairesi
CK	: Ceza Kanunu
ETCK	: Eski Türk Ceza Kanunu
HPD	: Hukuki Perspektifler Dergisi
İHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
İt. Yrg.	: İtalyan Yargıtayı
m.	: Madde
s.	: Sayfa
T.	: Tarih
T.B.B.D	: Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TMK	: Türk Medeni Kanunu
vb.	: Ve benzeri
vd.	: Ve devamı
Yarg.	: Yargıtay
YKD	: Yargıtay Kararları Dergisi
YTCK	: Yeni Türk Ceza Kanunu

BİRİNCİ BÖLÜM

1. KAVRAMLAR, TARİHÇE

1.1. Cins, Cinsiyet, Cinsellik, Cinsel Dokunulmazlık Kavramları

1.1.1. Cins Kavramı

Cins, bazı dillerde eril, dişil ya da yansız olma özelliği belirten dilbilgisi kategorisidir.⁴ Yine birbirine benzeyen ve ortak birçok karakteri olan türler topluğuna cins⁵ denilmekle birlikte, beşeri olarak da cins kavramı tür ve çeşitliliği ifade etmektedir.⁶

1.1.2. Cinsiyet Kavramı

Eşey olarak da bilinen cinsiyet, bütün canlılarda, bir türün üyelerini, üreme yönünden birbirini tamamlayan erkek ve dişi bireylerden olarak ayırt etme olanağı veren bedensel özelliklerin tümü olarak bilinmektedir.⁷ Cinsiyet bireye, üreme işinde ayrı bir yol veren ve erkekle dişiye ayırt ettiren özel bir yaratılıştır.⁸ Cinsiyet, erkek ve kadının arasındaki cinsellik temelli biyolojik farklılığı ve

⁴ **AnaBritannica Genel Kültür Ansiklopedisi** (1987), Ana Yayıncılık, c. 6, Cil-Dau, s. 12, İstanbul.

⁵ <http://tr.wikipedia.org/wiki/Cins> (Cins).

⁶ **Türkçe Sözlük** (1988), Türk Dil Kurumu, s. 261, Ankara.

⁷ **AnaBritannica Genel Kültür Ansiklopedisi** (1988), Ana Yayıncılık, c. 8, Ede-Fle, s. 325, İstanbul.

⁸ **Türkçe Sözlük** (1988), Türk Dil Kurumu, s. 261, Ankara.

feminist teoride kadın ve erkek davranışı arasındaki sosyal olarak inşa edilmiş farklılıkları gösteren ve bu yönüyle farklı bağlamlarda farklı kullanımlara sahip bir kavramdır. Tıp bilimine göre kadın ve erkek olmak üzere iki tip cinsiyet bulunmaktadır.⁹

1.1.3. Cinsellik Kavramı

Cinsellik terimi oldukça geç bir dönemde 19. yüzyıl başlarında ortaya çıkmıştır.¹⁰ Eski Yunanda ve Latinlerde, cinsellik kavramını karşılayacak genişlikte bir kavram bulunmamaktadır. Yunanlılar bizim cinsel diye adlandırdığımız davranış veya edimleri belirtmek için bir dizi sözcük kullanırlar. Bizim cinsel ilişki, birleşme veya temas olarak adlandırdığımız durumlar için, sunousia, homilia, plesiasmos, mixis, ocheia gibi kelimeleri kullanmışlardır. Tüm bu pratikler için kullanılan isimleştirilmiş sıfat ise, ta aphrodisa'dır.¹¹

Cinsellik, eşeyli üremeye ilgili bedensel, ruhsal ve toplumsal deneyim, yaşantı ve ilişkiler bütünüdür. Mitolojiden doğa bilimlerine kadar çok geniş bir alanda değişik anlamlarda kullanılan cinsellik teriminin kapsamı, eşey hücrelerinden düşlemlere ve mistik deneyimlere uzanacak kadar yaygındır.¹² Aynı zamanda cinsellik kavramı cinsel özelliklerin bütünü¹³ ifade etmektedir.

Cinsellik sözcüğünden farklı anlamlar çıkarılmaktadır. Cinsellik sadece üreme anlamında veya cinsel yoldan uyarılmış bireyde gözlenen davranışlar olarak tanımlandığı gibi; bireyin kendi cinsel kimliğini kabul etmesi, cinsinin

⁹ <http://tr.wikipedia.org/wiki/Cinsiyet> (Cinsiyet).

¹⁰ **FOUCAULT, M.** (2003), *Cinselliğin Tarihi*, Ayrıntı Yayınları, s. 122, İstanbul. (Çev. Hülya Uğur TANRIÖVER); nakleden **VURALDOĞAN, K.**, *Cinsel Özgürlük Üzerine*, s. 1.

¹¹ **FOUCAULT**, s. 144-145.; nakleden **VURALDOĞAN, K.**, a.g.m., s. 1.

¹² **AnaBritannica Genel Kültür Ansiklopedisi** (1987), Ana Yayıncılık, c. 6, Cil-Dau, s. 15, İstanbul.

¹³ **Türkçe Sözlük** (1988), Türk Dil Kurumu, s. 261, Ankara.

gereği olarak karşı cinsle ilgilenmesi, araması, birlikte olmaktan ve cinsel ilişkiden bedensel olduğu kadar ruhsal bir haz ve doyunluk elde etmesi olarak da tanımlanmaktadır.¹⁴ Cinselliği daha geniş tanımına göre cinsellik, farklı cinsten olan bireylerin nasıl davrandığı, neler hissettiği ve toplumdaki farklı rolleri ile ilgilidir.

Bir davranışın cinsellik taşıyıp taşımadığı amacına bağlı olarak değişir. Cinsel çağrı anlamı da taşıyan soyunma, tıbbi amaçla yapıldığında ya da çıplaklar kampında aynı çağrışımı yaratmaz. Öpme, cinsel bir davranış olabileceği gibi, cinsellik dışında bir yakınlık duygusu (annenin çocuğunu öpmesi), bir saygı ya da törensel bir eylem anlamı da taşıyabilir.¹⁵

Cinsellik insanların varoluşunun kaynağıdır. Biyolojik düzeyde cinselliğin temel işlevi üremenin sağlanması yoluyla insanların çocuk sahibi olmalarının, dolayısıyla nesillerinin devamının sağlanmasıdır.¹⁶ Biyolojik yapı, cinsel ilişkinin genlerden cinsel olgulara kadar olan değişik işlev ve davranışlarının işleyiş ve mekaniğini sağlamaktadır.¹⁷ Cinsellik aynı anda hem bedenin yaşamına, hem de insan türünün yaşamına giriş yolu oluşturur. Psikolojik düzeyde cinsellik ise, cinsel ilişkiden haz alma, sevme, sevilme gibi bireyin temel ihtiyaçlarının doyurulmasını amaçlamaktadır. Toplumsal düzeyde cinsellik, toplumun değer yargıları, yasal kuralları, insanların yaşam biçimi, farklı cinse verilen roller, cinselliğe bakışı, eş seçimi ve evlenme tercihleri ile ilgilidir.¹⁸

¹⁴ ÖZGÜVEN, İ. E. (1997), *Cinsellik ve Cinsel Yaşam*, Pdrem Yayınları, s. 2, Ankara.; nakleden VURALDOĞAN, K., a.g.m., s. 1.

¹⁵ <http://turkcebilgi.com/cinsellik> (en son yararlanma: 12.2.2006).; nakleden VURALDOĞAN, K., a.g.m., s. 1.

¹⁶ ÖZGÜVEN, İ. E., s. 1.; nakleden VURALDOĞAN, K., a.g.m., s. 1.

¹⁷ FOUCAULT, s. 107.; nakleden VURALDOĞAN, K., a.g.m., s. 1.

¹⁸ ÖZGÜVEN, İ. E., s. 1-2.; nakleden VURALDOĞAN, K., a.g.m., s. 1.

Kişinin cinsiyeti doğrudan ve dolaylı yollardan insanın yaşamını etkiler. Kişinin cinsiyeti, yani kadın veya erkek olması, toplumun kadın ve erkeklerden beklediği sosyal rollerin farklı olması nedeniyle kişinin hayatını etkilemektedir.¹⁹

1.1.4. Cinsel Dokunulmazlık Kavramı

Türk Medeni Kanunu, 23. ve 24. maddelerinde, kişinin, kişi varlığına bağlı olan haklarını düzenlemiştir.

Öğretide temel haklar kavramı, büyük ölçüde anayasa tarafından güvence altına alınan hakları tanımlamakla beraber²⁰, temel haklar kavramını farklı tanımlayan yazarlar da mevcuttur.²¹ Ancak temel hakları, anayasal güvence altına alınmış haklar olarak tanımlayan yazarlar, insan haklarını, temel hakları da kapsayan daha geniş bir kavram olarak ele almaktadırlar. Bu görüşe göre, insan hakları daha çok ulaşılmak istenen ideal haklardır ve açık uçlu bir kavramdır; temel haklar ise, belli bir dönemde, bir anayasa tarafından düzenlenen ve kapsamı belirli olan haklardır.²²

Kişinin bu hakları arasında, genel ahlâka aykırı olmamak kaydıyla, cinsel tercihte bulunmak, cinselliğini yaşamak temel hakkı da bulunmaktadır.²³ Cinsellik, sahip olduğu özellikler nedeniyle Türk Hukuku'nda da önemli bir yeri işgal etmiş bir kavramdır. Gerçekten cinsellik, kişinin yaşayışını, iç

¹⁹ ÖZGÜVEN, İ. E., s. 2.; nakleden VURALDOĞAN, K., a.g.m., s. 2.

²⁰ TANÖR, B., YÜZBAŞIOĞLU, N. (2002), *1982 Anayasası'na Göre Türk Anayasa Hukuku*, 3. Baskı, YKY, s. 131, İstanbul.; SOYSAL, M. (1986), *100 Soruda Anayasa'nın Anlamı*, Baştanbaşa Yeniden Yazılmış 6. Baskı, Gerçek Yayınevi, s. 189, İstanbul.; SAĞLAM, F. (1982), *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*, SBF İnsan hakları Merkezi Yayını, s. 3, Ankara.; UYGUN, O. (1992), *1982 Anayasası'nda Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi*, Kazancı Yayınları, s. 5, İstanbul.; nakleden VURALDOĞAN, K., a.g.m., s. 3.

²¹ KAPANİ (1993), *Münci Kamu Hürriyetleri*, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, s. 14, Ankara.; nakleden VURALDOĞAN, K., a.g.m., s. 3.

²² VURALDOĞAN, K., a.g.m., s. 3.

²³ HAFIZOĞULLARI, Z., *Beşeri Cinsellik ve Yeni Türk Ceza Kanunu*, s. 2.; <http://savicibey55.wordpress.com/2006/12/17/ceza-hukuku-cinsel-suclar-ders-notlari/>.

dünyasını, tutum ve davranışlarını, bilinçüstü ve bilinçaltı hayatını kuvvetle etkilediği gibi, toplum hayatını da etkileyen ve hatta biçimlendiren bir kavramdır.

İnsanın ergenlikten önceki ve ergenlikten sonraki hayatı, davranışları, karakteri cinsellikle biçimlendiği gibi toplumdaki yaşayış, insanlar arası ilişkiler, toplumdaki anlayış, gelenek, görenek, ahlâk ve inanışlar da cinselliğin yorumlanmasına, değerlendirilmesine göre değişebilmektedir.

Hukuk da bu belirlemeye tâbidir. Toplumdaki kişilerin davranışlarına, ilişkilerine inanışlarına, tarihsel değerlere göre biçim alan hukuk, bir üst yapı kurumu olarak cinsellik olayından da kuvvetle etkilenebilmektedir.²⁴

Ergin ve ayırt etme gücü olan her birey kendi cinselliği üzerinde özgürce tasarruf hakkına sahiptir. Bireyin cinselliğini dilediği gibi kullanması sadece kendi isteği ve arzusu dâhilindedir. Bu durum bireylerin cinsel dokunulmazlıklarını ifade etmektedir. Bireyin kendi isteği haricinde cinselliğinin sınırlarının ihlâl edilmesi hukuk ve kamu düzeni bakımından bir suç olarak görülmüş ve cinsel dokunulmazlığın ihlâli ceza yaptırımını ile koruma altına alınmıştır. Kısacası cinsel dokunulmazlık, her bireyin insan olması sebebiyle sahip olduğu, kendi bedeni üzerindeki, kendi isteği ve arzusu doğrultusunda yaşayabileceği cinsel tasarrufunun sınırını ifade etmektedir. Cinsel dokunulmazlık, bir başkası üzerinde gayri meşru bedensel ya da psikolojik hâkimiyet kurarak cinsi saik taşıyan ya da cinsel yöntem içeren davranışların gerçekleştirilmesi suretiyle ihlâl edilir.²⁵

²⁴ **HAEBERLE, E. J.**, <http://www.pdcrciyiz.biz/cinsellik-turk-hukuku-t7424.html>.

²⁵ **AYDIN**, s. 155.; nakleden **KILIÇ, A.** (2008), *Cinsel Hakimiyet ve Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Saldırı Suçu (TCK. m. 102)*, TBBD, Sayı: 78, s. 175.

1.2. Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçların Tarihçesi²⁶

Bireyin cinsel özgürlüğünü ve dokunulmazlığını ihlâl eden, ailenin toplumdaki itibarını zedeleyen fiiller eskiden beri cezalandırılmıştır. Roma hukukunda VIII. yüzyıla kadar cinsel özgürlüğe yönelik suçlardan dolayı cezalandırma aile babasının cezai yetkisine veya Censoslara bırakılmıştı. Daha sonraları ise ahlâka karşı eylemleri cezalandıran “*Lex Julia de Adulteris*” yürürlüğe girmiş ve bu Kanun’la zina ve çok evlilik, ensest eylemleri suç olarak kabul edilip cezalandırılmıştır.²⁷

İmparatorluk hukukunda ise, kadınlara karşı yapılan iffetsiz hareketler cezalandırılmış, ırza geçme ise niteliği itibariyle özgürlüğe karşı bir suç olarak kabul edilmiştir. Roma hukukunun son zamanlarında ise, kendi vesayeti altına bırakılan kimselerin ırzına geçenlerin cezalandırıldığı görülmektedir.²⁸ Tarih boyunca ırza geçme suçunda cinsel içgüdü değil, cebirin kullanılması cezalandırılmıştır.²⁹

Ortaçağda da ferdi ahlâkileşmeyi sağlamak ve genel ahlâkı korumak amacıyla cinsel özgürlüğe yönelik eylemler suç sayılmıştır. Bu dönemde ceza kanunlarının cinsel suçlarla ilgili bölümlerinde dinsel bir düzenleme kendini hissettirmiştir. Suç ile günah arasında kesin bir sınır çizilmemekte ve bu iki kavram iç içe düşünülmekteydi. Bu nedenle ahlâksızlığı bir günah olarak kabul eden Kanonik hukuktaki, cinsel suçların içeriği ile bugünkü cinsel suçların içeriği farklıdır.³⁰

²⁶ SEVÜK, H. Y. (2005), *5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Taciz ve Cinsel Saldırı Suçları*, TBBD, Sayı: 57, s. 244-245.

²⁷ SEVÜK, H. Y. (2005), *5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Taciz ve Cinsel Saldırı Suçları*, TBBD, Sayı: 57, s. 244

²⁸ YARSUVAT, D. (1964), “*Mukayeseli Hukukta Cinsi Suçlar ve Müeyyideleri*”, İHFM, c. XXX, S. 1-2, s. 115-116.

²⁹ KILIÇ, A. (2008), *Cinsel Hâkimiyet ve Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Saldırı Suçu* (T.C.K. M.102), TBBD, Sayı: 78, s. 174.

³⁰ YARSUVAT, D., a.g.e., s. 116-117.

İslam hukukunda, cinsel suçlar had suçlarından olup, evlilik dışı gerçekleştirilen tüm cinsel ilişkiler zina suçu olarak kabul edilmiş, evli olmayan bireylerin yaşadıkları cinsel ilişki (basit zina) celd (değnek ile dövmek), evli bireylerin nikâhlı eşleri dışındaki bireylerle yaşadıkları cinsel ilişki (nitelikli zina) recm(suçlunun beline kadar toprağa gömüldükten sonra taşlanarak öldürülmesi), ensest ilişki ise idam cezası ile cezalandırılmıştır. Zina eylemi zorla gerçekleştirildiğinde, üzerinde cebir uygulanan kadının zina suçundan dolayı cezalandırılmayacağı kabul edilmiştir. Küçük çocuklar ve akıl hastaları rızalarıyla cinsel ilişkide bulunsalar dahi, bundan dolayı sorumlu tutulmazlar, ancak onların rızaları geçerli sayılmadığı için faile had cezası verilir.³¹

Osmanlı hukukunda Kanuni Kanunnamesi'nde söz atma, sarkıntılık ve tasaddi suçları cezalandırılmıştır.³² Her ne kadar zina suçu Osmanlı hukukunda düzenlenmiş olsa da, ırza geçme suçu ilk defa Türk hukukunda 1274 tarihli Ceza Kanunname-i Hümayunu'nda düzenlenmiştir. 765 sayılı TCK' da düzenlenen ırza geçme, ırza tasaddi, söz atma, sarkıntılık suçları gibi cinsel suçlar, mehzaz 1889 İtalyan Ceza Kanunu'ndan değiştirilerek alınmıştır.³³

1936 yılından sonra 765 sayılı eski TCK' da yine dönem dönem birtakım değişiklikler yapılmış olsa da çağın gerekleri ile toplumun ihtiyaçları gözetilerek yeni bir ceza kanunu hazırlanması zorunluluğu doğmuştur.³⁴ 1984'te başlayan çalışmalar sonucunda ilk metin 1987'de oluşturulmuş ve nihayet 14.04.2003 tarihinde Bakanlar Kurulu tarafından kabul edilerek 12.05.2003 tarihinde Hükümet Tasarısı olarak TBMM Başkanlığı'na gönderilmiştir. Dönmezer Tasarısı

³¹ **AVCI, M.**, *Osmanlı Hukukunda Suçlar ve Cezalar*, s. 160 ve 168.

³² **AVCI, M.**, a.g.e., s. 203-204.

³³ **DÖNMEZER, S.** (1983), *Ceza Hukuku Özel Kısım, Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler*, 5. Bası, s. 41 ve 49, İstanbul.

³⁴ **MAHMUTOĞLU, F. S.** (2005), *5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Hukuka Uygunluk Nedenleri*, Hukuk ve Adalet Dergisi, Sayı: 5, s. 42.; karşı görüşte olan Kocasakal, 765 sayılı TCK'nın eskimiş olduğunu kabul etmekle "...bir benzetme yaparsak, güzel bir yüz vardı zaten ve bir makyaj ile daha güzel hale getirilebilirdi." eleştirisini sunmaktadır, bkz. **KOCASAKA**, s. 44.; nakleden **KILIÇ, A.**, a.g.m., s. 168.

olarak bilinen bu metin TBMM Adalet Komisyonu'nda yapılan çalışmalar ile büyük değişikliğe uğratılarak 03.08.2004 tarihinde TBMM Başkanlığı'na sunulmuştur. Böylece 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu (TCK), 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe girmek üzere 26.09.2004 tarihinde TBMM tarafından kabul edilmiştir. Ancak kanun daha yürürlüğe girmeden büyük tartişmalar meydana gelmiş ve daha sonra da devam etmiş ve eleştirilerin haklılık payı ortaya çıkmıştır. şöyle ki, 5328 (31.03.2005), 5377 (29.06.2007) ve 5560 (06.12.2006) sayılı kanunlarla TCK'nın birçok maddesinde değişiklik yapılmıştır.³⁵

³⁵ KILIÇ, A., a.g.m., s. 167-168.

İKİNCİ BÖLÜM

2. CİNSEL SALDIRI SUÇU (T.C.K. m. 102)

2.1. Genel Olarak

Tıp biliminde biyolojik ve fizyolojik yapı olarak insan kadın ve erkek olarak iki cinstir. İnsanlar biyolojik yapılarına göre hormonlara sahiptirler. İnsanların fizyolojik yapısına şekil veren hormonlar aynı zamanda onun psikolojik gelişiminin de bir parçasını oluşturur. İnsanın görünen cinsiyetine ait hormon galip geldiği için kişide cinsiyet ihtilâfi veya ikililiği yoktur. Kişinin bir tek cinsiyeti vardır. Cinsiyet güdüsü insanda çocukluktan beri mevcuttur.³⁶

İnsan gelişimine bağlı olarak salgılanan hormonlar buluş çağından itibaren kişiliğin ve cinsiyetin gelişmesini yönlendirmektedir. Buluş çağında cinsiyetini keşfetmeye başlayan kişi buna bağlı olarak cinsel yönden karşı cinsle ilgilenmeye başlar. Daha sonra bu ilgilenmeye bağlı olarak birey, cinsel ve duygusal yönden kendisini karşı cins ile tamamlamak ister.³⁷

Kişi reşit olmakla birlikte artık özgürdür. Ergin olmakla (18 yaşını doldurmuş olmakla) birey, kendi cinsel hayatını özgürce düzenleyebilir. Birey cinsel ve duygusal hayatını evlenerek düzenleyebileceği gibi, evlenmeden de düzenleyebilir. Reşit olmak ve hür iradesine dayanmak kaydıyla birey, cinsel ve duygusal hayatını düzenlemede tamamen özgür ve dokunulmazdır.³⁸ Ancak bu dokunulmazlığın bir sınırı vardır. Birey kendi cinsel hayatını düzenlerken karşı

³⁶ SOYASLAN, D. (2006), *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 6. Baskı, s. 169, Ankara.

³⁷ SOYASLAN, D., a.g.e., s. 169.

³⁸ SOYASLAN, D., a.g.e., s. 169.

cinsel baskı yapamaz. Bireyin cinsel hayatındaki bu özgürlüğün sınırı, tarafların hür iradeleri çerçevesindedir. Eğer söz konusu cinsel hayatta taraflardan birisinin hür iradesi söz konusu değilse bu durumda konusu suç teşkil eden bir fiilden söz edilir.

Cinsel hayatını özgürce düzenleme hakkına sahip olan kişi, başkalarının cinsiyet, güdü ve düşüncelerine, seksüel ilişkinin yozlaşmamasına ve seks özgürlüğüne saygı göstermek zorundadır. Kanunlar, ferdin seksüel özgürlüğü ile toplum bireylerinin ar ve hayâ duyguları arasında bir denge kurmuşlar, bazı cinsel fiiller kişiye karşı suçlar kapsamına alınırken, bazıları da genel ahlâka karşı suçlar kapsamına alınmışlardır.³⁹

Cinsel suçlar, bir taraftan bireylerin cinsel tercihini, cinsel hayatını düzenleyen, diğer taraftan bireylerin ar, hayâ ve iffet duygularını, aile hayatına ilişkin değerleri ile cinsel ilişkinin saygınlık ve itibarını koruyan hukuki düzenlemelerdir. Bu sebeple cinsel suçlar birden fazla hukuki değeri ihlâl eden fiiller olarak da nitelendirilebilir.⁴⁰

Kanun koyucu, cinsel suçlardan bazıları kişiyeye karşı işlenen suçlar arasında (cinsel saldırı, cinsel istismar gibi), bazıları ise toplumun genel ahlâkına karşı işlenen suçlar arasında (hayâsızca hareketler gibi) düzenlemiştir. Örneğin, failin cinsel saldırıyı herkesin görebileceği bir yerde alenen gerçekleştirmesi durumunda, hem kişilere karşı suçlardan olan cinsel saldırı suçu, hem de TCK' nın 225. maddesinde düzenlenen, genel ahlâka karşı olan hayâsızca hareketler suçu oluşacaktır. Bu durumda fail, TCK' nın 44. maddesi uyarınca fikri içtima hükümlerine göre cezalandırılacaktır. Cinsel suçlarda koruma altına alınan hukuki değerlerin bazıları toplumun gözünde daha önemlidir.⁴¹

³⁹ SOYASLAN, D., a.g.e., s. 169.

⁴⁰ SOYASLAN, D., a.g.e., s. 169-170.

⁴¹ SOYASLAN, D., a.g.e., s. 170.

Ancak hiç şüphesiz ki cinsel saldırıya uğrayan kişinin menfaati, cinsel özgürlüğüne ilişkin değerleri, uğradığı maddi ve manevi mağduriyeti, toplum bireylerinin ar ve hayâ duygularının incinmesinden daha önemlidir. Bu nedenlerle kanun koyucu cinsel saldırı suçunu kişiye karşı suçlar kapsamında düzenlemiştir.⁴²

Cinsel taciz suçunun düzenlenmesinde, bir taraftan kişinin cinsel dokunulmazlığı ve özgürlüğü korunurken, diğer taraftan da toplumun genel ahlâkı, ar ve hayâ duyguları korunma altına alınmıştır. Ancak kanun koyucu ETCK'dan farklı olarak YTCK'da kişinin cinsel özgürlük ve dokunulmazlığına ilişkin değerleri, toplumun genel ahlâk değerlerinden daha üstün sayarak cinsel taciz suçunu, kişilere karşı suçlar kısmının, cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar başlığı altında düzenlemeyi tercih etmiştir.⁴³

Kanun koyucu, kişiye karşı suçlar kısmının, altıncı bölümünde kişinin cinsel özgürlük ve dokunulmazlığını korumak için cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar başlığı altında dört ayrı suç tipini düzenlemiştir. Bunlar, cinsel saldırı, çocukların cinsel istismarı, reşit olmayanlarla cinsel ilişki ve cinsel taciz suçlarıdır.⁴⁴

Cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar, temel olarak iki büyük gruba ayrılarak incelenebilir. Bunlardan birincisi, cinsel dokunulmazlığı ihlâlâle yönelik fiil veya fiillerin ergin (reşit) olanlara karşı yapılması, ikincisi ise ergin (reşit) olmayan, çocuklara (18 yaşını tamamlamamış olanlara) karşı yapılmasıdır.⁴⁵

YTCK ile ETCK arasında cinsel suçların düzenlenmeleri arasında büyük farklılıklar bulunmaktadır. Öncelikle düzenlendikleri yer ve korudukları hukuki

⁴² SOYASLAN, D., a.g.e., s. 170.

⁴³ SOYASLAN, D., a.g.e., s. 170.

⁴⁴ SOYASLAN, D., a.g.e., s. 170.

⁴⁵ SOYASLAN, D., a.g.e., s. 170.

yarar farklıdır. ETCK 416. - 424. maddeleri arasında düzenlenen cinsel suçların bölüm başlığı “Adabı Umumiye ve Nizamı Aile Aleyhine Cürümler” iken, YTCK’ da bu husus 102. – 105. maddelerinde ve Kişilere Karşı İşlenen Suçların içinde “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar” başlığı altında düzenlenmiştir. Bu husus basit bir yer değişikliği değildir. Bu düzenleme ile cinsel suçlar aileyi ve genel ahlâkı ilgilendiren bir konu olmaktan çıkarılarak, cinselliği kişisel bir özgürlük değeri olarak gören ve toplumu ve aileyi değil, doğrudan kişinin kendisini merkeze alan ve onun özgürlüğünü ön plâna çıkaran bir anlayışa geçişi göstermektedir.⁴⁶

Karşılaştırmalı hukuk incelendiğinde de öncelikle kanunların cinsel dokunulmazlığa karşı suçlara ilişkin olarak bölüm başlıklarında cinsel özgürlüğün ön plana çıkarıldığı görülmektedir. Örneğin; İsviçre Ceza Kanunu’nda başlık cinsel bütünlüğe karşı suçlar iken, Alman Ceza Kanunu’nda başlık cinsel özgürlüğe karşı suçlardır.⁴⁷ Fransız Ceza Kanunu’nda cinsel saldırılar, vücut bütünlüğüne ve psikolojik bütünlüğe karşı işlenen suçlar başlığı altında düzenlenmiştir.⁴⁸ Polonya Ceza Kanunu ise cinsel dokunulmazlığa karşı suçları cinsel ilişkinin bireyin kişisel özgür tercihi ve gereksinimi olduğu anlayışına dayalı olarak düzenlemiştir.⁴⁹

YTCK, cinsel dokunulmazlığa karşı suçları düzenlerken cinsel saldırı, cinsel istismar, cinsel taciz gibi yeni kavramlar getirmiş, ETCK’ da geçen ırza tasaddi, ırza geçme, söz atma ve sarkıntılık kavramlarına yer vermemiştir. Öğretide, kanunun ırza geçme, ırza tasaddi kavramı yerine, cinsel saldırı

⁴⁶ **AYDIN, Ö. D.** (2004), *Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar*, Hukuki Perspektif Dergisi, Sayı: 2, Sonbahar, s. 152.; **SEVÜK, H. Y.**, a.g.m., s. 243.; **ARTUÇ, M.**, *Kişilere Karşı Suçlar*, s. 567.; nakleden **GÜNDÜZ, R., GÜLTAŞ, V.** (2008), *5237 sayılı Türk Ceza Kanununda Cinsel Suçlar*, Bilge Yayınevi, Ekim, s. 9, Ankara.

⁴⁷ **NUHOĞLU, A.** (2004), “*Türk Ceza Kanunu’nda ve 2002 Tasarısı’nda Cinsel Suçlar*”, Çetin Özek Armağanı, s. 609, İstanbul.; nakleden **SEVÜK, H. Y.**, a.g.m., s. 243.

⁴⁸ **TEZCAN, D. E., RUHAN, M.** (2002), *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 2. Bası, s. 333, İzmir.; nakleden **SEVÜK, H. Y.**, a.g.m., s. 243.

⁴⁹ **ÜNVER, Yener**, *Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer*, Ankara 2003, s. 1034; nakleden **SEVÜK, H. Y.**, a.g.m., s. 243.

kavramını tercih etmesi eleştirildiği gibi,⁵⁰ cinsel davranış gibi bir kavramın kullanılmasının modern ceza hukuku felsefesine daha uygun olup “ırza geçme ve tasaddi” gibi terimlerden kaçınılmasının isabetli olduğu düşünülmektedir.⁵¹

YTCK’ da hukuki değer olarak kişinin cinsel dokunulmazlığı esas alınmıştır. Kişinin cinsel dokunulmazlığına karşı olan davranışlar aynı zamanda kişinin vücut dokunulmazlığına karşı da saldırı anlamına gelmektedir.⁵²

ETCK’ da ifade edilen ırz kavramı temelde ataerkil bir yaklaşımı ifade etmekle birlikte, kadının ırzı ve namusunun “toplumsal bir mal, erkeğin bir malı olarak” görülmenin ifadesi olarak ele alınırdı. YTCK, cinsel saldırı suçunda gerek fail ve gerekse de mağdur açısından kadın-erkek ayrımını kaldırmış, cinsel saldırıyı cins ayrımı yapmadan kişiye karşı bir suç olarak ele almıştır.⁵³ Cinsel saldırıyı düzenleyen YTCK’nın 102. maddesi, ETCK’ da yer verilen ırza geçme, ırza tasaddi ve sarkıntılık suçlarını içeren bir özellik göstermektedir.⁵⁴ Suçun

⁵⁰ **TEZCAN, D. E., RUHAN, M.** (2004), “*Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nin TCK Tasarısı Hakkındaki Raporu*”, *Türk Ceza Kanunu Reformu*, İkinci Kitap Makaleler, Görüşler, Raporlar, Türkiye Barolar Birliği, Ankara.; Aynı doğrultuda görüşü için bkz., **ARTUK, M. E.** (2004), *Toplumsal Değişim Sürecinde Türk Ceza Kanunu Reformu*, Türkiye Barolar Birliği, Türk Ceza Kanunu Reformu, Birinci Kitap, Panel 21-22 Mayıs, s. 150-152, Ankara.; nakleden **SEVÜK, H. Y.**, a.g.m., s. 243.

⁵¹ **MAHMUTOĞLU, F. S.** (2004), “*TBMM Adalet Komisyonu’nda Kabul Edilen Türk Ceza Kanunu Tasarısı Hakkında Görüş*”, *Türk Ceza Kanunu Reformu*, İkinci Kitap Makaleler, Görüşler, Raporlar, Türkiye Barolar Birliği, s. 358, Ankara.; nakleden **SEVÜK, H. Y.**, a.g.m., s. 243.

⁵² **GÜNDÜZ, R., GÜLTAŞ, V.**, a.g.e., s. 10.

⁵³ **MALKOÇ, İ.** (2009), *Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar*, Malkoç Kitapevi, s. 2, Ankara.

⁵⁴ Sarkıntılığın da cinsel saldırı kapsamına alınması, cinsel suçların çok ağır içimde cezalandırılması sonucuna yol açacağı gerekçesiyle eleştirilmiştir. (Bkz. **YARSUVAT, D., BAYRAKTAR, K., YÜZBAŞIOĞLU, N.** (2004), *Türk Ceza Kanunu Tasarısı Hakkında Galatasaray Üniversitesi’nin görüşü*, *Türk Ceza Kanunu Reformu*, İkinci Kitap, Makaleler, Görüşler, Raporlar, TBB Yayını, s. 308, Ankara.; aksi yönde **YOKUŞ, H. S.** (2005), *TBB*, s. 249.; yazar sarkıntılığa mağdurun vücudu ile temasın söz konusu olabileceğini ve bunun da cinsel davranışlarla vücut dokunulmazlığının ihlâlini oluşturacağını belirtmekte; ayrıca bu düzenlemenin ETCK m. 421 bakımından somut olayda hangi suçun olduğu konusunda ortaya çıkabilecek sorunları gidereceğini işaret etmektedir. AYDIN’da, ırza geçme terimi yerine ırza tasaddiyi de içerecek biçimde cinsel saldırı kavramının kabul edilmesinin yerinde olduğunu, bunun uygulama kolaylığı getireceğini; öte yandan “ırz”ın kadına ait bir değer olmadığını ve cinsel saldırı nedeniyle ihlâl edilen özgürlük değerini anlatmaktan uzak

temel biçiminde cinsel davranışlarla kişinin vücut dokunulmazlığının ihlâl edilmesi; nitelikli biçiminde ise vücuda organ ve cisim sokulması cezalandırılmaktadır. Irza geçme ve irza tasaddi ayrımını terk eden İtalyan Ceza Kanunu her iki kavramı “cinsel şiddet” başlığı altında toplamış ve vücuda organ ya da cisim sokulması gibi bir nitelikli hal öngörmemiştir. Bunun nedeni, böyle bir ayırım yapılması durumunda, eylemin ne şekilde gerçekleştiğini tespit etmeye yönelik sürdürülen araştırmaların mağdurun zaten çektiği cezadan da büyük acılar katlanmasını gerektirmesi, bunun da mağdurun onurunu daha da rencide etmesidir.⁵⁵

Yine YTCK’ da “ırza geçme” ve “ırz ve namusa tasaddi” kavramları yerine, “mağdur/mağdure”nin yaşını esas almak suretiyle, ergin kişiler için “cinsel saldırı”, çocuklar için ise “cinsel istismar” tanımlarını getirmiştir. 102. maddeyle cinsel saldırı suçu, 103. maddeyle de çocukların cinsel istismarı yaptırımı bağlanmıştır.⁵⁶ Ayrıca yeni YTCK, cinsel dokunulmazlığa karşı suçlarda, mağduru sadece kadın olmaktan çıkarmış, erkeğin de bu suçun mağduru olabileceğini kabul etmiştir.

ETCK’ da ve yerleşik olan anlayışta; “erkek, cinsel arzularını tatmin için” irza geçer, evlenmek için kaçırırdı. Evlenirse ve 5 yıl süreyle mağdurla evli kalırsa veya böyle bir evlenmeden sonra, boşanma sebebi mağdurun kusurundan kaynaklanırsa sorun kalmazdı. Küçük kızı kaçırmak, sadece onun hürriyetine yönelik bir saldırı değil aynı zamanda ana-babasının ve diğer aile bireylerinin de aile değerlerine bir saldırı olarak kabul edilirdi. Bugün YTCK’ nın kabulüyle tüm bu anlayışlar terk edilmiştir.⁵⁷

olduğunu düşünmektedir (AYDIN, ?. (2004), HPD, s. 157.); nakleden **TEZCAN, D., ERDEM, M. R., ÖNOK, M.** (2008), *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, Seçkin Yayınları, s. 285, Ankara.

⁵⁵ Codice Penale Spiegato Articolo per Articolo, s. 711; Delpino Luigi, *Diritto Penale Parte Speciale*, XIV. Edizione, Ed. Giuridiche Simone, Napoli, Novembre 2004, s. 580; nakleden **TEZCAN, D., ERDEM, M. R., ÖNOK, M.**, a.g.e., s. 285.

⁵⁶ **GÜNDÜZ, R., GÜLTAŞ, V.**, a.g.e., s. 11.

⁵⁷ **MALKOÇ, İ.**, a.g.e., s. 2.

YTCK' da ETCK'dan farklı olarak kadın-kız ayrımı ortadan kaldırılmıştır. Buna yol açan, mayubiyetin, kızlık zararının yırtılmasından ibaret olduğu görüşü ve uygulaması da terk edilmiş bulunmaktadır. Bunlara bağlı olarak, YTCK'da daha fazla cezalandırma kabul edilmekle beraber, fail-mağdur evliliğinin fail lehine dava veya cezanın teciline yol açması kabul edilmemiştir.⁵⁸ Evliliğin dava veya ceza teciline yol açmaması, uygulamada büyük sorunlara yol açan bir eksikliklerdir. İlerleyen bölümlerde bu husus irdelenecektir.

2.2. Korunan Hukuki Yarar

TCK 102. maddede düzenlenen suçta korunan hukuki yararı ve unsurlarını anlayabilmemiz için madde başlığını, maddenin içeriğini ve kanun koyucunun gerekçesini bir arada ele almak gerekir.

Bu bölümde yer alan suçlarda korunan hukuki değer kişilerin cinsel dokunulmazlıkları ve kişilerin özgürlükleridir.

ETCK'da cinsel suçların “genel ahlâk ve aile düzenine karşı suçlar” başlığı altında düzenlenmiş olması, bu suçlarla korunan hukuksal yararın da genel ahlâk ve aile düzeni olduğu biçiminde yorumlanmıştır.⁵⁹

YTCK'da, ceza hukukunun asli ödevinin ahlâkı değerleri oluşturan bir fonksiyon olduğu anlayışı terk edilmiş, bunun yerine, ceza hukukunun ödevinin hiçbir zaman ahlâk, adap, etik normlara aykırılıkları suç haline getirmek olmadığı anlayışı benimsenmiştir. Ahlâki kurallara aykırılıklar, onlar bir hukuksal değer haline gelmedikleri sürece devletin ceza uygulama yetkisi bakımından bir gerekçe oluşturamazlar. Bugün ceza hukukunun hukuksal değerlerin korunmasına ilişkin

⁵⁸ **MALKOÇ, İ.**, a.g.e., s. 2.

⁵⁹ **CENTEL, N.** (1997), *Cinsel Suç Mağduru Kadının Korunması*, Prof. Dr. Kenan Tunçomağ'a Armağan, s. 61, İstanbul.; nakleden **TEZCAN, D., ERDEM, M. R., ÖNOK, M.**, a.g.e., s. 285.

bir araç olduğu belirtilmektedir.⁶⁰ Artık ceza hukuku cezalandırma hukuku olmaktan çıkarak bireysel hakları koruma hukuku olmuş, bunun sonucunda suçla korunan hukuksal değer de doğrudan ve dolaylı olarak bireysel subjektif haklar olarak ortaya çıkmıştır.⁶¹ Bu bakış açısı cinsel dokunulmazlığı karşı suçlarda da kendisini göstermiştir.

Günümüz çağdaş toplumunun değişmiş yapısı, cinsel suçların hukuksal değer görüşünü oldukça değiştirmiş olup bu değer artık genel adap, genel ahlâk, geleneksel değer yargıları olmayıp, kişinin bireysel cinsel tercih hak ve özgürlüğüdür.⁶² YTCK'da bireylerin cinsel tercihi ve cinsel dokunulmazlığı ilk derece önem taşıyan değerler olarak kabul edilmesine karşılık, genel ahlâk ve genel adap değerleri (ırz, namus gibi) olan diğer değerler, ETCK'dan farklı biçimde ikinci derecede önemli değerler olarak kabul edilmiştir. Kaldı ki, çağdaş toplumun gelişmiş yapısına bağlı olarak, cinsel suçların koruduğu hukuksal değer, bireyin özgürce cinsel tercihini belirlemesi olarak kabul edilmelidir. Bu cinsel tercihin özgürce belirlenmesi hukuksal değeri çeşitli şekillerde ihlâl edebilir ve bunun ihlâl şekilleri çeşitli cinsel suçların oluşumuna kaynaklık eder. Irza geçmedeki ihlâl şekli ile aralarında nüfuz-tedip-koruma ilişkisi olan kişilerden birinin diğeri hakkında işlediği cinsel suç veya kadın veya çocukların kötüye kullanımı ile pornografik yayınlara ilişkin suçlar arasındaki temel fark budur. Yoksa devlet herhangi bir cinsel ahlâkı hukuk, ceza hukuku hükümleri aracılığıyla bireylere benimsetemez ve buna girişemez.⁶³

Yukarıda da ifade edildiği gibi günümüzde cinsel suçlarda korunan hukuksal yararın artık kişinin cinsel tercihini özgürce ve serbestçe belirlemesi

⁶⁰ **YENER.**, *Hukuksal Değer*, s. 1025.; nakleden **SEVÜK, H. Y.**, a.g.m., s. 246.

⁶¹ **ÖZEK, Ç.** (1999), “1997 Türk Ceza Yasası Tasarısı'na İlişkin Düşünceler”, Prof. Dr. Sahir Erman'a Armağan, s. 663, İstanbul.; nakleden **SEVÜK, H. Y.**, a.g.m., s. 246.

⁶² **ÜNVER, Y.** (2001), “Özellikle Cinsel Suçlar Alanında Olmak Üzere, Kadınlarla İlgili Ceza Hukuku Normlarındaki Değişim ve Türkiye'deki Durum”, Adalet Yüksekokulu 20. Yıl Armağanı, s. 295, İstanbul.; nakleden **SEVÜK, H. Y.**, a.g.m., s. 246.

⁶³ **ÜNVER**, *Hukuksal Değer*, s. 1033-1034.; nakleden **SEVÜK, H. Y.**, a.g.m., s. 246.

olduğu anlayışı yaygındır.⁶⁴ Kanun koyucu da YTCK’ da bu anlayışı benimsemiştir. Bu sebeple cinsel saldırı suçları, esasen kişiye karşı işlenmiş olan suçlar olması itibariyle, ikinci kitabın “ kişiye karşı suçlar” başlıklı ikinci kısım altında düzenlemişlerdir.⁶⁵

İtalyan öğretisinde de korunan hukuksal yararın, mağdurun kendi şahsının cinsel boyutu üzerinde serbestçe tasarruf edebilme hakkı anlamında, cinsel özgürlüğü olduğu savunulmaktadır.⁶⁶ Bu bakımdan, mağdurun “cinsel şerefi” ya da “manevi bütünlüğü” değil de, cinsel nitelikli bir davranışa girişme konusundaki idari özerkliği, bu bağlamda da kişi özgürlüğü korunmaktadır.⁶⁷

2.3. Suçun Maddi Unsurları

2.3.1 Suçun Faili

ETCK bakımından ırza tasaddi suçunun failinin kadın veya erkek⁶⁸; buna karşılık ırza geçme suçunun failinin ise yalnızca bir erkek olabileceği kabul edilmekteydi.⁶⁹ Fakat YTCK m. 102 uyarınca gerek suçun temel biçimi ve gerekse nitelikli hali bakımından suçun faili erkek olabileceği gibi kadın da olabilir. Kısacası fail yaşayan bir insan olmalıdır. Yani söz konusu suç

⁶⁴ TEZCAN, D., ERDEM, M. R., ÖNOK, M., a.g.e., s. 285.

⁶⁵ Madde gerekçesi. MERAN, N. (2008), *Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Kişilere Karşı Suçlar*, Seçkin Yayınevi, 2. Baskı, s. 315, Ankara.

⁶⁶ Codice Penale Spiegato Articolo per Articolo, s. 711.; nakleden: TEZCAN, D., ERDEM, M. R., ÖNOK, M., a.g.e., s. 286.

⁶⁷ Lattanzi Giorgio, Codice Penale Annotato con la Giurisprudenza, Dott. A. Giuffrè Ed., Milano, Otobre 2005, s. 1445.; nakleden TEZCAN, D., ERDEM, M. R., ÖNOK, M., a.g.e., s. 286.

⁶⁸ ARTUK, GÖKCEN, YENİDÜNYA, 2. Bası, s. 761.; ÖNDER, s. 489.; DÖNMEZER, *Genel Adap*, no. 74.; nakleden TEZCAN, D., ERDEM, M. R., ÖNOK, M., a.g.e., s. 286.

⁶⁹ ARTUK, YENİDÜNYA, 75. Yıl Armağanı, s. 57.; ÖNDER, s. 444 vd.; DÖNMEZER, *Genel Adap*, no. 33.; karşılaştırmız EREM, II s. 1846.; SOYASLAN, D., a.g.e., s. 300.; EREM, TOROSLU, s. 395.; DÜLGERİ, s. 221.; Ancak kadın bu suçta irtikâp eden durumunda olamazsa da, bunun dışında suçta iştirak edebilirdi. (ARTUK, YENİDÜNYA, 75. Yıl Armağanı, s. 57.); nakleden TEZCAN, D., ERDEM, M. R., ÖNOK, M., a.g.e., s. 286.

işleyebilecek olgunlukta gerçek bir kişi olmalıdır. İnsanın cinsiyeti YTCK' da hem basit cinsel saldırı açısından hem de nitelikli cinsel saldırı açısından önem taşımamaktadır. Fail, mağdurla farklı cinsiyetlerden olabileceği gibi aynı cinsiyetten de olabilir. Kadın mağdurun faili bir erkek⁷⁰, erkek mağdurun faili de bir kadın olabilir. Erkek mağdurun faili erkek, kadın mağdurun faili bir kadın olabilir.

ETCK'da, failin memur olması ve görev esnasında suçun işlenmesi halinde Memurun Muhakematı Hakkında Kanunu Muvakkat hükümlerine göre soruşturma ve Lüzum-u Muhakeme kararı verilmesi gerekli iken bu husus 02.12.1999 tarihinde kabul edilerek yürürlüğe giren 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun'un ikinci maddesi gereğince, memurlar ve diğer kamu görevlilerinin sadece görevleri sebebiyle işledikleri suçlardan dolayı yargılanmaları için izin almak mecburiyeti getirilmiştir. Söz konusu suçun ise memurların görevleri ile ilgili suç olmadığından artık bu suçlardan dolayı genel hükümlere göre soruşturma ve dava açılacaktır. Örneğin bir bayan hükümlünün nakli sırasında, nakilde görevli memurların cinsel tacizine veya tecavüzüne uğraması durumunda ya da bir hastanın doktor tarafından muayenesi sırasında hastanın cinsel tacize maruz kalması durumunda genel hükümlere göre soruşturma ve dava açılacaktır.

Failin asker olması halinde 353 sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluş ve Yargılama Usulü Kanunu'nun 9. maddesi gereğince; Askeri Mahkemeler, "Asker kişilerin askeri olan suçları ile bunların asker kişiler aleyhine veya askeri mahallerde veya askerlik hizmet ve görevleriyle ilgili olarak işledikleri suçlara" bakmakla görevlidir.

Askeri suç ise:

- 1- Sadece Askeri Ceza Kanunu'nda yer alan ve başkaca bir yasa ile cezalandırılmayan suçlar,
- 2- Unsurları Askeri Ceza Kanunu ile diğer ceza kanunlarında birlikte düzenlenen suçlar,

⁷⁰ SOYASLAN, D., a.g.e., s. 171.

3- Türk Ceza Kanunu'na yollama yapılmak suretiyle askeri suç haline getirilen fiillerdir.

1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu'nun 152. maddesinde "İrz ve iffete tecavüz eden askeri şahıslar hakkında Türk Ceza Kanununun sekizinci babında yazılı cezalar tatbik olunur" hükmü yer almakta ve bu nedenle bu suçlar askeri suç haline gelmiş ve yargılamaları da Askeri Mahkemeler'de yapılmaktaydı, 1632 Sayılı Askeri Ceza Kanunu'nun 152. Maddesi 22.03.2000 tarihinde kabul edilen 4551 sayılı Askeri Ceza Kanunu'nda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 38. maddesi ile yürürlükten kaldırılmış olması nedeniyle artık bu suçlarla ilgili olarak da yargılama görevi genel hükümlere göre yetkili ve görevli adli mahkemelere ait olacaktır.⁷¹

ETCK'nın yürürlükte olduğu dönemlerde Yargıtay, erkek eşin ırza geçme suçunun faili olamayacağını, kadının, eşi tarafından maruz kaldığı cinsel saldırı sonrasında ağır hastalık geçirmesi veya eşin, kadın ile anormal şekilde cinsel ilişkide bulunulması hallerinde, erkek eş açısından, aile bireylerine karşı kötü muamele suçunun (ETCK m.478) oluşacağını kabul etmekteydi.⁷² Bu görüşten hareket edildiğinde, cebir kullanmak suretiyle de olsa, normal yolla gerçekleştirilen cinsel ilişkinin suç oluşturmayacağı sonucu çıkmaktaydı.⁷³ Öğretide evlilik içi zora dayalı cinsel ilişkinin ırza geçme suçunu oluşturup oluşturmayacağı tartışmalıydı.⁷⁴

⁷¹ **BAYTEMİR, E.** (2007), *Cinsel Dokunulmazlığa, Kişi Hürriyetine ve Genel Ahlaka Karşı Suçlar*, Adalet Yayınevi, Kasım, s. 9-10.

⁷² Yarg. 4. CD 19.12.1990 5557/7044, YKD Şubat 1991, s. 290 vd.; Yarg. 4 CD 7.7.1994 2788/6217, YKD Kasım 1994, s. 1847 vd.; nakleden **TEZCAN, D., ERDEM, M. R., ÖNOK, M.**, a.g.e., s. 286.

⁷³ **ARTUK, HA** 1995, s. 42., nakleden **TEZCAN, D., ERDEM, M. R., ÖNOK, M.**, a.g.e., s. 286.

⁷⁴ Bir görüşe göre (**EREM, II** s. 1851.; **EREM, TOROSLU**, s. 318.; **SOYASLAN**, s. 298.; **DÖNMEZER**, *Genel Adap*, no. 35; **ÖNDER**, s. 455, bununla birlikte son üç yazar cinsel ilişkinin anormal yolla olması durumunda suçun oluştuğu düşüncesindeydi), evlilik ilişkisi, kocaya karısının vücudu üzerinde cinsel tasarrufta bulunma hakkı verdiği için "normal" yolla gerçekleşen cinsel ilişki bu suçu oluşturmazdı; kadını ilişkiye zorlamak için başvuru araçları bir başka suç, örneğin etkili eylem suçunu oluşturuyorsa ancak bu suçtan dolayı fail

YTCK'nın 102. maddesinde erginlere karşı cinsel saldırı fiili düzenlenmiştir. Maddenin 2. fıkrası cinsel saldırı suçunun nitelikli halini düzenlemekle birlikte, fıkranın devamında, nitelikli cinsel saldırı fiilinin eşler arasında da işlenebileceği kabul edilmiştir. Maddenin gerekçesinde bu konuyla ilgili olarak, “evlilik birliği, eşlere sadakat yükümlülüğünün yanı sıra, karşılıklı olarak birbirinden cinsel arzularını tatmin yükümlüğünü de yüklemektedir. Buna karşılık, evlilik birliği içinde bile, cinsel arzularının tatminine yönelik talepler açısından tıbbi ve hukuki sınırların olduğu muhakkaktır. Bu sınırların ihlâli suretiyle eş üzerinde gerçekleştirilen ve cinsel saldırı suçunun nitelikli halini oluşturan davranışlar, ceza yaptırımını gerekli kılmaktadır. Ancak, bu durumda soruşturmanın ve kovuşturmanın yapılması, mağdur eşin şikâyetine bağlı tutulmuştur.” denilmektedir. Evlilik birliği bir başkası ile cinsel ilişkiye girme yasağı getirir.⁷⁵ Bu sebeple evlilik birliği, eşlerin karşılıklı olarak birbirlerinin cinsel arzularını ve isteklerini tatmin konusunda eşlere yükümlülük getirir. Fakat bu yükümlülüğün bir sınırı olduğu da gerçektir. Ancak maddenin gerekçesi oldukça muğlaktır. Tıbbi ve hukuki sınırların neler olduğunun belirlenmesi güçtür. Tıbbi ve hukuki sınırların belirlenmesinde nelerin göz önünde bulundurulacağı ve bu incelemenin kimler tarafından yapılacağı belirsizdir. Kaldı ki tıbbi ve hukuki sınır kavramları kişiye göre değişebilen kavram niteliğinde

cezalandırılabilir. Buna karşılık cinsel ilişki “anormal yolla” gerçekleşmiş ise, aile bireylerine fena muamelede bulunma suçunu oluştururdu. Ancak biz ETCK, cinsel ilişkinin “evlilik dışı” olması biçimindeki bir zorunluluk öngörmediği için koca tarafından zora dayalı olarak diğer eşle normal veya anormal yolla cinsel ilişkide bulunmasının ırza geçme suçunu oluşturacağını belirtmiş (Aynı yönde **ARTUK**, HA 1995, s. 42; **DÜLGER**, s. 228 vd.; **CENTEL**, s. 63; **NUHOĞLU**, s. 616) ve karşılaştırmalı hukukta olduğu gibi (Karşılaştırmalı hukuktaki durum için bkz. **ARTUK**, **YENİDÜNYA**, 75. Yıl Armağanı, s. 58 vd.; **DÜLGER**, s. 228 vd.) Evlilik içinde cinsel saldırının düzenlenmesi gereğine işaret etmiştik; nakleden **TEZCAN, D., ERDEM, M. R., ÖNOK, M.**, a.g.e., s. 286, Ben, yazarların bu görüşe katılmıyorum. Benim kanaatim burada ETCK'nın mantığında evlilik ilişkisi, kocaya karısının vücudu üzerinde cinsel tasarrufla bulunma hakkı verdiği için “normal” yolla gerçekleşen cinsel ilişki bu suçu oluşturmayacağıdır. Kaldı ki ETCK 423. maddesinde evlenme durumunda dava ve cezanın tecil olunacağı hüküm altına almıştır. Bu madde göz önünde bulundurulduğunda ETCK' da aile birliği içerisinde ırza geçme eyleminin olmayacağı açıktır. Evlenme ile dava ve cezası tecil olunan failin evlilik birliği içerisinde ırza geçme fiil ve suçundan ceza alması düşünülemez. Bu sebeple, cinsel ilişkinin “evlilik dışı” olması biçimindeki bir zorunluluk öngörmemesi sebebiyle koca tarafından zora dayalı olarak diğer eşle normal veya anormal yolla cinsel ilişkide bulunulduğunda ırza geçme suçunun oluşacağı görüşüne katılmak mümkün değildir.

⁷⁵ **MALKOÇ, İsmail**, a.g.e., s.3

olmakla birlikte bir uzmana göre tıbbi ve hukuki sınırlar içerisinde kalmayan bir durum bir başka uzmana göre tıbbi ve hukuki sınırlar içerisinde sayılabilir. Bu durumda, konusu kişilere göre değişebilen bir suçtan bahsetmek mümkündür. Belirtilen sebeplerle madde gerekçesine katılmak mümkün değildir. Ancak gerekçenin, maddenin uygulanmasında bir bağlayıcılığı olmadığı açıktır. Dolayısıyla madde gerekçesi, maddenin uygulanması sırasında göz önünde bulundurulmayacaktır.

Cinsel saldırı suçunun düzenlenmesinde korunan hukuksal yararın cinsel özgürlük olduğu kabul edilince, suçun mağdurunun failin eşi olmasının da suçun oluşması bakımından bir etkisinin bulunmaması gerekir.⁷⁶ Zira evlilik ilişkisi bir eşin diğerinin egemenliği altındaki bir nesne konumuna düşürmez⁷⁷; karşı taraftan cinsel bir davranış talep etme ya da onun, buna katlanmasını bekleme hakkı bahsetmez (İt. Yrg. 3 CD., 26.03.2004 t. ve 14789 sayılı kararı)⁷⁸; cebir, tehdit kavramının da yabancılarla eşler arasındaki ilişki bakımından farklı biçimde anlaşılması düşünülemez. (İt. Yrg. 3. CD., 21.6.1993 t. ve 6202 sayılı kararı).⁷⁹

⁷⁶ **HAFIZOĞULLARI**, kadın olan eşin diğer eşin vücuduna organ sokması mümkün olmadığına göre, eşin cinsel ilişkide bulunmaya hakkı olmayan kişilerle eş tutularak cezalandırılması eşitlik ilkesine aykırı bulunmaktadır. (**HAFIZOĞULLARI**, *Beşeri Cinsellik*, s. 363); nakleden **TEZCAN, D., ERDEM, M. R., ÖNOK, M.**, a.g.e., s. 287. YTCK' da fiilin nitelikli halinin vücuda organ sokulmasının yanı sıra, herhangi bir sair cisim sokmak suretiyle de işlenebileceği kabul edilmiştir. Kadın olan eşin bu suçu, sair cisim sokmak suretiyle işleyebileceği mümkün olmakla birlikte yine kadın olan eş tarafından anal yoldan parmak ithal edilmesi suretiyle de bu suçu işleyebilir. Suçun işlenebilmesi için organın penis olması gerekliliği yoktur. Ancak söz konusu suçun eşitlik ilkesine uymadığını söylemek mümkündür.

⁷⁷ Codice Penale Spiegato Articolo per Articolo, s. 712; nakleden **TEZCAN, D., ERDEM, M. R., ÖNOK, M.**, a.g.e., s. 286.

⁷⁸ Lattanzi, s. 1449; nakleden **TEZCAN, D., ERDEM, M. R., ÖNOK, M.**, a.g.e., s. 287.

⁷⁹ **TEZCAN, Durmuş - ERDEM, Mustafa Ruhan - ÖNOK, Murat**, a.g.e., s. 287.

2.3.2. Suçun Mağduru

Suçun mağduru 18 yaşını doldurmuş insandır. Mağdur bir kadın olabileceği gibi bir erkek de olabilir. Ancak her halde suç yaşayan bir kişiye karşı işlenebilir.⁸⁰

Kadının dul, kız, evli veya bekâr olması önemli değildir. Kişiler arasında, renk, cinsiyet, ırk, sosyal statü farkı yoktur. Suçun mağduru seks işçisi bir kadın da olabilir. Bir kadının veya erkeğin seks işçisi olması onun cinsel özgürlüğe sahip olmasına engel değildir. Seks işçisi olan bir insan da vücudunu cinsel amaçları için kullanabilir. İtalyan Yargıtayı'nın vermiş olduğu bir karar da, failin, seks işçisi mağdureyi, korunmalı cinsel ilişki bedeli karşılığında, korunmaksızın cinsel ilişkide bulunma teklifine zorlaması olayında olduğu gibi,⁸¹ seks işçisi insanların da cinsel özgürlüğü bulunduğu kabul edilmektedir. İtalyan Yargıtay'ı 14 Ekim 1958 tarihli kararında buna işaret etmiştir.⁸²

Ölümlere yönelik cinsel saldırılar, cinsel saldırı suçunu değil YTCK 130/2. madde de ifade edilen kişinin hatırasına hakaret suçunu oluşturur. Hayvanlara yönelik cinsel saldırılar ise Hayvanları Koruma Kanunu'na aykırılığı gündeme getirir.⁸³

YTCK 102. maddesinde düzenlenen cinsel saldırı suçunda mağdurun yaşı önemlidir. Gerçekten eğer mağdur 18 yaşından küçükse artık cinsel saldırı suçu değil, YTCK 103. maddesinde düzenlenen çocukların cinsel istismarı suçu oluşur.⁸⁴

⁸⁰ TEZCAN, D., ERDEM, M. R., ÖNOK, M., a.g.e. s. 287.

⁸¹ İt. Yrg. 3. CD., 17.12.2004 t. ve 48521 sayılı kararı; nakleden TEZCAN, D., ERDEM, M. R., ÖNOK, M., a.g.e., s. 300.

⁸² Anrolisei, a.g.e. I. S. 425.; nakleden SOYASLAN, D., a.g.e., s. 171.

⁸³ BAYTEMİR, E., a.g.e., s. 24.

⁸⁴ TEZCAN, D., ERDEM, M. R., ÖNOK, M., a.g.e., s. 288.

Mağdurun yaşı, gerek unsur olarak gerekse de uygulanacak kanun maddesine etkili olduğundan, adli makamlarca mağdurun Nüfus Müdürlüğü'nden onaylı nüfus kaydının getirtilmesi gerekmektedir. Nüfus kaydı ile mağdurun fiziki durumu göz önüne alınarak ve ayrıca bu konudaki sanık itirazları ile mağdur beyanlarına göre mağdurun nüfus kaydının gerçeği yansıtmadığı konusunda şüphe bulunması halinde, adli makamlarca mağdura ait aile nüfus kayıt tablosu ve doğum tutanakları getirtilmek suretiyle resmi bir kurumda doğmadığının anlaşılması durumunda, tam teşekküllü resmi bir sağlık kurumundan kemik film ve grafilere de çektilerilerek röntgen uzmanının da bulunduğu sağlık kurulu raporu alınmalı ve yine şüphe bulunması halinde dosya Adli Tıp Kurumu ilgili ihtisas dairesine gönderilmeli ve mağdurun gerçek yaşının tespiti sağlanmalıdır. Bu gerçek yaş şayet nüfus kaydındaki yaşını doğrulamıyor ve bu husus suç vasfına etkili oluyor ise o takdirde CMK'nın 218/2. maddesi gereğince yaş düzeltilmesi yapılmalıdır.⁸⁵

CMK'nın 218. maddesinin 2. fıkrasında “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.” denilmektedir. Bu madde hükmüne göre, Nüfus Kanunu hükümlerindeki usul uyarınca, ceza mahkemesinde mağdur ve sanıkların yaşları düzeltilecektir. Ceza davası açıldıktan sonra hukuk mahkemesinin yaş düzeltme ile ilgili yetki ve görevi sona ermektedir. Ceza mahkemesinde failin yargılanmasına başlanmış ise ve bu sırada hukuk mahkemesinde mağdurun yaşının düzeltilmesiyle ilgili bir özel hukuk davası açılmış ise bu durumda açılmış bulunan yaş düzeltme davasının hukuk mahkemesince reddi gerekir. Bu hususa riayet edilmeden davaya devam edilerek karar verilir ise bu takdirde görev kamu düzeni ile ilgili olduğundan bu husus mutlak bozma sebebini teşkil eder.⁸⁶ Aynı zamanda eşler de bu suçun mağduru olabilirler.

⁸⁵ BAYTEMİR, E., a.g.e., s. 25-26.

⁸⁶ BAYTEMİR, E., a.g.e., s. 26.

2.3.3. Suçun Konusu

Suçun konusunu mağdurun vücudu ve cinsel bütünlüğü oluşturur. Failin, mağdurun vücudu üzerinde, cinsel amaçlı olarak gerçekleştirdiği, temas içeren tüm eylemler bu suçun konusunu oluşturmaktadır.

2.4. Suçun Manevi Unsuru

Erginlere karşı cinsel saldırı suçu kasten işlenebilen bir suçtur. Kimi yazarlar bu suçun olası kasıtlı da işlenebileceğini savunmuşlarsa da⁸⁷ bu görüşe katılmak mümkün değildir. Suç ancak doğrudan kastla işlenebilir. Maddenin içeriğinden de anlaşılacağı üzere, failin bu suçu işleyebilmesi için cinsel arzularını tatmin amacı gütmesi ve bu suretle mağdurun vücut dokunulmazlığını ihlâl etmesi gerekir. Failin bu suçu kastın olasılık halini düşünerek işlemesi mümkün değildir. Yazarlar olası kast olayına örnek olarak failin kalabalık bir yerde cinsel duygularını tatmin amacıyla birine sürtünmeye çalışırken bir başkasının da vücuduna dokunabileceğini öngörerek fiili işlemesi halinde suçun olası kastla işlenebileceğini savunmaktadırlar.⁸⁸ Ancak burada unutulmaması gereken suçun oluşabilmesi için cinsel arzularını tatmin amacıyla işlenmiş olması gerektiğidir. Failin, cinsel arzularını tatmin amacıyla mağdura sürtünürken aynı zamanda başka bir kişiye sürtünmesi durumunda, failin üçüncü kişiye karşı cinsel arzularını tatmin amacıyla sürtündüğünden söz edilemez. Faile olası kasıttan ceza verilmesi maddenin içeriğine aykırıdır. Olayda failin kastı, bir mağdura yöneliktir. Eğer diğer mağdura da yine cinsel arzularını tatmin etmek amacıyla sürtünmüşse bu durumda da doğrudan kastın olduğu göz önünde bulundurulmalıdır.

⁸⁷ MALKOÇ, İ., a.g.e. s. 21.; TEZCAN, D., ERDEM, M. R., ÖNOK, M., a.g.e., s. 298.; aynı yöndeki görüş için ayrıca bkz. SEVÜK, H. Y., a.g.e., s. 253.

⁸⁸ SEVÜK, H. Y., a.g.e., s. 253.

2.5. Hukuka Aykırılık Unsuru

Cinsel saldırı suçunun oluşabilmesi için fiilin mağdurun bilgisi ve iradesi dışında diğer bir anlatımla rızası hilâfına gerçekleştirilmesi gerekir. Bu itibarla, mağdurun cinsel davranışa gösterdiği rıza, bu suçta hukuka aykırılığı ortadan kaldırır ve eylem hukuka uygun hale gelir.⁸⁹ Bununla birlikte rıza, yalnızca cinsel davranışı değil, aynı zamanda cinsel davranışın gerçekleştirilme biçimini de kapsamalıdır.

Bu suçta genel hukuka uygunluk nedenleri olan meşru savunma ve zorunluluk hali hukuka aykırılığı ortadan kaldırıcı etki doğurmaz.⁹⁰

2.6. Basit Cinsel Saldırı Suçu (YTCK m. 102/1)

YTCK' da ETCK' dan farklı olarak ırza tasaddi ve ırza geçme terimlerine yer verilmemiştir. Buna karşılık YTCK' da erginlere yönelik olarak, cinsel saldırı suçu tek bir suç tipi olarak kabul edilmiş ve bu suçun basit hali ile nitelikli halleri aynı madde içerisinde düzenlenmiştir.

YTCK' nın 102. maddesinin 1. fıkrası cinsel saldırı suçunun temel şekli olan erginlere karşı basit cinsel saldırı suçunu düzenlemektedir.

2.6.1. Fiil

Bu suçun işlenebilmesi için failin cinsel davranışlarla mağdurun vücut bütünlüğünü, dokunulmazlığını ihlâl etmesi gerekmektedir. Yukarıda ayrıntılı olarak belirtildiği gibi fiil kadına veya erkeğe karşı işlenebilir.

⁸⁹ GÜNDÜZ, R., GÜLTAŞ, V., a.g.e., s. 22.

⁹⁰ TEZCAN, D., ERDEM, M. R., ÖNOK, M., a.g.e., s. 299.

a) Cinsel davranış kavramı ile ilişki düzeyine varmayan, ancak mağdurun vücuduna temas etmek suretiyle gerçekleştirilen cinsel arzuların tatminine yönelik hareketler kast edilmiştir.⁹¹ Mağdurun vücuduna temas elle dokunulması suretiyle gerçekleştirilebileceği gibi, mağdura sürtünme ile de gerçekleştirilebilir. Fiilin mutlaka mağdurun vücuduna temas etmek suretiyle gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Temasın kesik kesik olması ya da devam eden bir nitelik taşımasının önemi olmadığı gibi, mağdurun cinsel organlarına dokunulması suretiyle gerçekleştirilmesi zorunluluğu da yoktur. Ancak fiil cinsel güdülerini tatmin amacıyla işlenmelidir. Mağdurun çıplak veya giyinik olması şart değildir.⁹²

b) Mağdurun, kendisine karşı işlenen fiile rıza göstermemesi gerekir. Mağdur kendine karşı işlenen cinsel saldırı suçuna karşı ciddi anlamda bir isteksizlik sergilemelidir. Mağdurun basit bir isteksizliği durumunda işlenen fiile rıza göstermediğinden söz edilemez.⁹³ Mağdurun işlenen fiile rıza göstermesi durumunda suç oluşmaz. Mağdurun rızasının bulunmaması, bir cezalandırılabilme koşulu değildir. Suçun ögesidir.⁹⁴ Ancak, mağdurun fiil işlendikten sonra fiile göstermiş olduğu rıza geçerli bir rıza değildir. Rızanın varlığı, suç oluşmadan önce veya suçun işlenmesi sırasında aranır. Cinsel davranış rızaya dayalı olmakla birlikte, sonraki aşamada rızanın geri alınması durumunda da bu suç oluşur.⁹⁵ Mağdurun failin hareketlerine tepki vermemiş olması suça rıza gösterdiği anlamını taşımaz. Bu durumda somut olayı iyi değerlendirmek gerekir. Suçun ani gelişmesi karşısında mağdur faile tepki veremeyebilir. Mağdurun korkmuş olması, olayın şoku ile tepki verememiş olması, rıza gösterdiğini ifade etmez. Eylemden sonra mağdurun rıza göstermesi suçu ortadan kaldırmaz. Ancak, şikâyet bir

⁹¹ **ARTUK, M. E., GÖKCEN, A., YENİDÜNYA, A. C.** (2006), *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Turhan Kitapevi, 7. Bası, s. 14, Ankara.; nakleden **GÜNDÜZ, R. GÜLTAŞ, V.**, a.g.e., s. 14.

⁹² **SOYASLAN, D.**, a.g.e., s. 172.

⁹³ **MALKOÇ, İ.** a.g.e., s. 19.

⁹⁴ **MERAN, N.**, a.g.e., s. 318.

⁹⁵ **TEZCAN, D., ERDEM, M. R., ÖNOK, M.**, a.g.e., s. 290.

kovuşturma koşulu olarak maddede öngörmüş olduğundan, mağdurun sonradan basit cinsel saldırı eylemine rıza göstermesi ve Şikâyetçi olmaması suçun kovuşturulmasını önleyecektir.⁹⁶

c) Failin davranışları objektif olarak değerlendirilmelidir. Maddede de açıkça ifade edildiği üzere, failin hareketleri, cinsellik içerir nitelikte olmalı ve fail hareketleriyle arzularını tatmin amacı gütmelidir. Suç genel kasta tâbidir; söz konusu sübjektif unsur failin saikini ifade etmeyip, daha ziyade eylemin cinsel niteliğini teyit etmek bakımından aranan bir ölçüttür.⁹⁷ Fiil sonucunda failin arzularını tatmin etmemiş veya edememiş olmasının suçun oluşması açısından bir önemi bulunmamaktadır. Bir başka deyişle suçun oluşması için failin cinsel tatmin özel kastı ile hareket etmesi gerekmez. Fail, cinsel davranışı, cinsel tatmin amacıyla gerekleştirmese de cinsel saldırı suçu oluşur.⁹⁸

Bu davranışlara örneğ olarak, bir kadının ya da erkeğin, şehveti kışkırtıcı yerlerini tutmak, tutturmak, mağdurun kucağına oturmak ya da mağduru kucağa oturtmak, mağdurun üreme organına sürtmek, dokunmak, okşamak, göğsüne ya da poposuna dokunmak, okşamak, sürtünmek gibi davranışlar gösterilebilir.⁹⁹

Cinsel saldırı, cinsel davranışlarla “bir kimsenin vücut dokunulmazlığını ihlâl” olarak ifade edildiğine göre cinselliğin objektif olarak, vücutta dokunulan bölgeye göre belirlenmesi ya da nitelenmesi de olanaklıdır. Bir kadının koluna dokunmak ya da tutmak cinselliğin ifade biçimi veya şehvani bir davranışla vücut dokunulmazlığının ihlâli olarak değerlendirilmeyebilir. Ancak kadının kalçası ya da göğüs bölgesini veya belini tutmak cinsel davranışla vücut dokunulmazlığını

⁹⁶ **MERAN, N.**, a.g.e., s. 318.

⁹⁷ **LATTANZİ**, s. 1451.; Benzer anlamda **MALKOÇ**, s. 14.; yazara göre, fiziki temasın cinsel amaçla yapılması gerekmektedir. Davranışın cinsel amaçlı olduğu hem hareketin kendisinden hem de suç kastını gösteren oluş, söz ve failin diğer davranışlarından (dokunulan yer ve dokunma şekli) anlaşılacaktır.; nakleden **TEZCAN, D., ERDEM, M. R., ÖNOK, M.**, a.g.e., s. 294.

⁹⁸ **MERAN, N.**, a.g.e., s. 317.

⁹⁹ **MERAN, N.**, a.g.e., s. 316-317.

ihlâl olarak nitelendirilmelidir. Aynı şekilde bir kadını öpmek, yanağını sıkmak vb. eylemler de bu türden sayılabilir. Erkekler için bu davranışlar farklı görünüşlerde olabilir. Bir erkeğin, omzuna el atmak, kalçasından yakalamak, yanağından öpmek, poposuna çimdik atmak, cinsel organını tutmak vb. eylemler erkeğe karşı cinsel orijinli davranışlardır. Ancak somut olayda, eylemin, gerçekleşme şekline göre saldırı ya da bir nezaket gösterisi mi olduğu, yoksa günlük hayatta herkesin yaptığı olağan bir davranış olarak mı karşılandığı ayrı ayrı değerlendirilmelidir.¹⁰⁰

d) Cinsel saldırıdan söz edebilmek için, hareketin mutlak surette mağdurun bedeni üzerinde gerçekleşmiş olması gerekir. Failin, cinsel tatmin niteliği taşıyan bir hareketi, kendi vücudu üzerinde ancak mağdurun karşısında gerçekleştirmesi bu fıkradaki suçu oluşturmaz. Çünkü failin, mağdurun vücudu üzerinde ve mağdura temas yoluyla gerçekleştirdiği bir davranış yoktur. Kişinin kendi vücudu üzerinde yaptığı cinsel davranışlar 102/1. madde uyarınca cezalandırılmaz.¹⁰¹ Bu tip davranışlar YTCK 105. maddesinde düzenlenen cinsel taciz suçunu oluşturur. Örneğin failin mağdurun karşısına geçip mastürbasyon yapması ve bunu mağdura izletmesi olayında cinsel saldırı suçu değil cinsel taciz suçu vardır.

Dış görünüş olarak birden fazla anlam içeren bir davranış (söz gelimi jinekolojik muayene ya da voleybolcu bayanların sayı aldıktan sonra birbirlerinin poposuna tebrik amaçlı vurmaları), ancak failin kendisini veya bir başkasını cinsel açıdan tatmin amacı varsa, cinsel davranış sayılabilir.¹⁰² Örneğin İtalyan Yargıtayı, bir hastasına kendi muayenehanesinde enjeksiyon (iğne) yapması gereken doktorun bu durumdan istifadeyle mağduru soyunmaya sevk ettirdikten sonra aniden mağdurun göğüslerini elleyerek cinsel organını ona yaklaştırmasını, cinsel saldırı çerçevesinde değerlendirmiştir.(İt. Yrg. 3. CD., 19.2.2004 t. ve 6945

¹⁰⁰ **MERAN, N.**, a.g.e., s. 318

¹⁰¹ **MERAN, N.**, a.g.e., s. 318

¹⁰² **LACKNER, KÜHL,** & 184 C, No. 2.; **MALKOÇ,** a.g.e., s. 26.; **TEZCAN, D., ERDEM, M. R., ÖNOK, M.**, a.g.e., s. 295.

sayılı kararı)¹⁰³ Fail mağdura karşı yaptığı hareketleriyle cinsel arzularını tatmin amacı gütmelidir.

e) Fiil, icrai bir davranışla işlenebilir. Ancak kimi yazarlar ihmâli davranışla da işlenebileceğini öne sürmüşlerse de¹⁰⁴ ihmâli davranışla suçun işlenebilmesi olanaksızdır.

Bir davranışın YTCK m. 102 kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği konusunda, failin, mağduru kendisi ile mi, yoksa bir üçüncü kişi ile mi cinsel davranışa zorladığı önem taşımaz. Bunun gibi basit cinsel saldırı fiili, bizzat mağduru bir şey yapmaya zorlama biçiminde olabileceği gibi (örneğin, failin mağdura cinsel organını okşatması), mağduru kendisine yönelik bir davranışta bulunmaya katlanmak zorunda bırakma (örneğin, mağdurun, fail tarafından cinsel organlarının ellenmesine boyun eğmeye zorlanması) biçiminde olabilir.¹⁰⁵ Yine failin, mağduru cinsel organlarını faile göstermesi için zorlaması durumunda da basit cinsel saldırı suçundan söz edilebilir. Fail bu davranışlarıyla her ne kadar mağdura dokunmasa da mağdurun vücut dokunulmazlığını cinsel davranışlarıyla ihlâl etmiş bulunmaktadır. Doktrinde kimi yazarlar bu fikre katılmamaktadır. Örneğin, Durmuş, Erdem, Önok, “cinsel saldırı, YTCK’ya göre ancak vücut dokunulmazlığının ihlâli suretiyle işlenebileceğinden, mağduru doğrudan kendi kendisine yönelik bir cinsel davranışta bulunmaya (örneğin, failin, kendi önünde mağduru kendi kendisine mastürbasyon yapmaya zorlaması) veya bir cinsel ilişkiyi veya cinsel davranışı seyretmeye zorlamanın bu suçu oluşturmayacağı” fikrini savunmaktadır.¹⁰⁶ Kanaatimce benzer şekilde, fail, mağdura mağdurun kendi cinsel organını açtırıp karşısında mastürbasyon yapması durumunda bu suç oluşacaktır. Öte yandan,

¹⁰³ TEZCAN, D., ERDEM, M. R., ÖNOK, M., a.g.e., s. 295.

¹⁰⁴ MALKOÇ, İ. a.g.e. s. 12

¹⁰⁵ Aynı yönde YENİDÜNYA, Legal, Eylül 2005, s. 3290 vd.; MALKOÇ, s. 14-15.; nakleden TEZCAN, D., ERDEM, M. R., ÖNOK, M., a.g.e., s. 295.

¹⁰⁶ TEZCAN, D., ERDEM, M. R., ÖNOK, M., a.g.e., s. 298., ayrıca bkz. benzer görüş için TOROSLU, N., *Ceza Hukuku*, s. 58.

failin başka iki kişiyi kendi aralarında cinsel davranışta bulunmaya zorlaması durumunda da suçun oluşup oluşmayacağı YTCK m. 102 açısından tartışmalıdır. Böyle bir durumda dolaylı faillik yoluyla cinsel saldırı suçundan faili cezalandırmanın mümkün olduğu söylenebilir. Oysa İtalyan Yargıtayı, İtalyan CK. M. 609bis'te bir kimseyi "cinsel davranışlarda bulunmaya ya da bunlara katlanmaya zorlamak"tan açıkça söz edildiği için, böyle bir durumda da söz konusu suçun oluşacağı (İt. Yrg. 3. CD., 22.4.2003 t. ve 18847 sayılı kararı)¹⁰⁷ görüşünü savunmaktadır.

Bu görüşün tümüne katılmak mümkün değildir. Fail kendi üzerinde cinsel davranışlarda bulunup, mağduru bu davranışları izlemeye zorlaması durumunda YTCK 105. maddesinde düzenlenen cinsel taciz suçunun oluşacağı açıktır. Mesela fail mastürbasyon yaparken mağduru bunu izlemeye zorlaması durumunda cinsel taciz suçu söz konusudur. Ancak fail mağdurun kendisine dokunmaya zorlaması fiilinde ve mağduru mastürbasyon yapmaya zorlaması durumunda basit cinsel saldırı suçu oluşacaktır. Fail, bu olaylar sırasında her ne kadar mağdura dokunmasa da mağdurun vücut dokunulmazlığını cinsel davranışları ile ihlâl etmektedir. Seksüel hayranlık ile karşı cinse bakış cinsel saldırıyı oluşturmaz.¹⁰⁸

f) Basit cinsel saldırı suçu eşe karşı işlenebilen bir suç değildir. Yasa da cinsel saldırı suçunun, yalnızca nitelikli halinin eşe karşı işlenebileceği düzenlenmiştir. Kanun koyucunun, eşe karşı basit cinsel saldırıyı, suç olarak düzenleme olanağının bulunmasına rağmen, bu yönde bir kural koymamış olması, toplumun temelini oluşturan aile kurumunun menfaatinin korunmak istemesinden kaynaklanmaktadır. Aile kurumunun menfaatinin korunması, kamu yararı açısından oldukça önem taşır. Basit cinsel saldırının eşe karşı işlenmesinin suç olarak kabul edilmesi, adli makamların sürekli olarak aile içi ilişkilere müdahalesini gerektirir ki, böyle bir uygulamanın kamu yararından çok kamunun zararına olacağı şüphesizdir. Bu sebeple eşe karşı, cinsel ilişki düzeyine varmayan

¹⁰⁷ LATTANZİ, s. 1449.; nakleden TEZCAN, D., ERDEM, M. R., ÖNOK, M., a.g.e., s. 298.; aynı görüş için bkz. TOROSLU, N., a.g.e., s. 58.; MALKOÇ, İ., a.g.e., s. 12.

¹⁰⁸ SOYASLAN, D., a.g.e., s. 172.

cinsel nitelikteki eylemler suç olarak kabul edilmemiştir. Ancak kimi yazarlar eşe karşı basit cinsel saldırı suçu oluşmasa da YTCK 232. maddesinde düzenlenen kötü muamele suçunun oluşacağını ifade etmektedirler.¹⁰⁹ Bunun yerinde bir görüş olduğunu söylemek mümkün değildir. Çünkü YTCK 232. madde de düzenlenen suçta cinsellik içermeyen davranışlardan bahsedilmektedir. Bu davranışlar genelde yaralama düzeyinde olmayan fiziki ve psişik cebir içeren davranışlardır.

2.6.2. Suçta Kullanılan Araçlar

2.6.2.1.Cebir

Suç cebir kullanılmadan gerçekleştirilebileceği gibi cebir kullanarak da gerçekleştirilebilir. Her ne kadar YTCK' nın 102. maddesinde ETCK' dan farklı olarak açıkça suçta kullanılan araç olarak cebir, tehdit, hile veya mağdurun faile direnemeyeceği durumdan söz edilmemiş ise de, 102. maddenin gerekçesinde de “mağdura karşı cebir veya tehdit ya da hile kullanılabilmesi gibi, örneğin bilincin yitirilmesine neden olmak veya uyku hali dolayısıyla bilincin kapalı olmasından yararlanmak suretiyle de bu suçlar işlenebilir” denilerek, bu suçun işlenmesinin mümkün olduğuna işaret edilmiştir. Kanun koyucu fail tarafından kullanılan aracın ya da istifade edilen durumun iradeyi ortadan kaldırmış olmasını aramış olup, 102/4. maddede “suçun işlenmesi sırasında mağdurun direncinin kırılmasını sağlayacak ölçünün ötesinde cebir kullanılması durumunda kişi ayrıca kasten yaralama suçundan dolayı cezalandırılır” denilmiş olması karşısında, “mağdurun direncinin kırılmasını sağlayacak ölçüde cebir kullanılması”nın suçun unsurunu oluşturduğu sonucu ortaya çıkmaktadır.¹¹⁰

Bir anlayışa göre mağdur üzerinde uygulanan ve onun mukavemetini kıran fiziki güç cebirdir. Diğer bir anlayışa göre, mağdur üzerinde kullanılan fiziki

¹⁰⁹ GÜNDÜZ, R., GÜLTAŞ, V., a.g.e., s. 19.; aynı görüş için bkz. MALKOÇ, İ., a.g.e., s. 13.

¹¹⁰ BAYTEMİR, E., a.g.e., s. 32-33.

gücün, onun mukavemet edebilme bakımından iradesini kırmış olması halini de kapsar; yani fiziki güç sebebiyle mağdurda meydana gelen ve failin isteklerine uygun hareket iradesinin varlığı da cebirdir. Cebire, mağdurun direncini kırmak için araç olarak başvurulmuş olmalıdır. Bu açıdan, cebirin eylemin devamı süresince uygulanması gerekmeyip, mağdurun başlangıçtaki direncini kırmaya elverişli olarak kullanılmış olması yeterlidir. Suç işlendikten sonra, failin ortaya çıkmasını engelleme düşüncesiyle mağdur üzerinde cebir uygulanması, bağımsız suç teşkil eder.¹¹¹

Mağdurun kendisini teslim etmesinden sonra yapılan sadistçe hareketler cinsel saldırıyı oluşturmaz, derecesine göre hafif veya ağır yaralama failini oluşturur. Bu durumda fail iki suçtan sorumlu olur.¹¹²

Cebirin neticesinde cinsel saldırı suçu gerçekleşmelidir. Cebir ile cinsel saldırı arasında illiyet bağı bulunması gerekir. Mağdur, cebirle failin cinsel arzularını tatmine mecbur edilmelidir. Cebir icra edilmeden önce mağdur, failin arzularını tatmin etmek istememelidir. Mağdurun cebirden önce düşüncesi farklı olmalıdır.¹¹³

Eğer mağdur cinsel ilişki derecesine varmayacak orandaki hareketlerin dışında kalan hareketlere razı olmuş, ancak fail daha sonra mağdura cebir kullanarak veya mağduru tehdit ederek mağdurla cinsel ilişkiye girmiş ise, fail cinsel saldırının nitelikli halini oluşturur. Çünkü mağdur özgür iradesiyle sevişmeyi istemiş, cinsel ilişkiye girmeyi istememiştir. Mağdurun, cinsel ilişki için rızası yoktur. İtalyan Yargıtayı 7 Kasım 1940 tarihli kararında bu durumu tecavüz saymıştır.¹¹⁴

¹¹¹ BAYTEMİR, E., a.g.e., s. 33.; aynı yöndeki görüş için bkz., ARTUK, M. E., GÖKCEN, A., YENİDÜNYA, A. C., 7. bası., s. 139; YENİDÜNYA, A. C., Legal Eylül 2005, s. 3289, nakleden TEZCAN, D., ERDEM, M. R., ÖNOK, M., a.g.e., s. 286.

¹¹² SOYASLAN, D., a.g.e., s. 172.

¹¹³ SOYASLAN, D., a.g.e., s. 173.

¹¹⁴ ANTOLISEI, a.g.e., I s. 426.; nakleden SOYASLAN, D., a.g.e., s. 173.

Cebirin, doğrudan doğruya mağdura yönelik olması gerekir. Ancak eşya üzerinde yapılan şiddet girişimleri doğrudan doğruya mağdur üzerinde etkili ise bu durumda cebirin varlığını kabul etmek gerekir. Mağduru korumak için faile karşı gelen üçüncü bir kişiye yönelik olarak cebir kullanılması durumunda da cinsel saldırı suçu oluşur,¹¹⁵ bu halde yeter ki, bizzat mağdurun cinsel davranışa rızası bulunmamış olsun. Yakınlarına karşı herhangi bir saldırıyı önlemek maksadıyla mağdurun kendisine karşı cinsel saldırıda bulunmasına razı olması halinde cebirden değil tehditten bahsedilir. Ayrıca kişinin yakınları üzerinde gerçekleştirilen ve bu suretle onun fiile rızasını sağlamayı amaçlayan cebir, mağdura karşı tehdit suçunu, cebire maruz kaldığı kişiye karşı da yaralama suçunu oluşturur.¹¹⁶

Hâkim her olayda cebirin gerçekten olup olmadığını ve cebir var ise de bunun cinsel saldırı suçu ile arasındaki illiyet bağına araştıracaktır. Cebirin objektif niteliği yanında mağdurun sübjektif durumu ve cebir karşısındaki telâkisi esas alınmalı ve mağdurun ve sanığın fiziki durumları da karşılaştırılmalıdır. Cebirin varlığını kabul için, mağdurun sergilemeyi arzu edeceği tüm direnci gösterememe durumunda bırakılmış olması yeterli görülmelidir. Bu bakımdan, mağdurun yardım istememiş olması, elbiselerinde yırtılma veya sökülme olmaması, direnmeyi ispatlayacak şekilde vücutta yaralanmaların meydana gelmemesi, cebirin mevcut olmadığını göstermez.¹¹⁷

2.6.2.2. Tehdit

Tehdit psişik bir cebiridir. Mağdura manevi baskı yapmak suretiyle gerçekleştirilir. Şantaj da bir tehdit biçimidir. Tehdit muhataba herhangi bir vasıta

¹¹⁵ Bu görüşe katılmak mümkün değildir. Çünkü üçüncü kişiye karşı, fail tarafından yönelmiş cinsel istek ve arzuları tatmin amaçlı eylem yoktur. Fail sadece mağdura karşı eylemini gerçekleştirmek istemektedir. Dolayısıyla fail, sadece mağdur üzerinde cinsel arzularını tatmin amacı gütmektedir. Failin üçüncü kişiye karşı kullanmış olduğu cebir, YTCK 108. madde kapsamında değerlendirilmelidir. Aynı zamanda yaralamanın, üçüncü kişinin üzerindeki etkisine göre YTCK 86 veya 87. madde uygulanacaktır.

¹¹⁶ BAYTEMİR, E., a.g.e., s. 34.

¹¹⁷ BAYTEMİR, E., a.g.e., s. 34-37

ile (yazı, söz, doğrudan doğruya kapsamı açıklanarak veya kapalı bir şekilde) bildirilen belirli muhtevası olan bir kötülüktür. Tehdit; mağdurun kendisine veya yakınlarına karşı cinsel saldırıda bulunmaktan (nitelikli cinsel saldırı da dâhil) daha ağır bir zarara uğratılacağı hususunda meydana getirilen korku olarak tanımlanabilir.¹¹⁸

Tehditte bulunan kişinin tehdidi teşkil eden veya tehdit ile meydana getirilecek olan zararı veya kötülüğü bizzat gerçekleştirilmesi gerekmez. Tehditte bulunanın iradesine tâbi veya onun emirlerini yerine getirmeye hazır olan üçüncü bir şahıs tarafından ve hatta hayvanları tarafından da yapılabilir. Tehdidin doğrudan doğruya tehdit edilenin üzerinde de gerçekleşmesi şart değildir. Mağdur üzerinde etkili olabilecek şekilde yakınlarına kötülük yapılacağıın bildirilmesi de tehdit olur.¹¹⁹

Tehdidin gerçekten yapılıp yapılmaması önemli değildir. Önemli olan mağdurun bunun gerçekleşeceği hususundaki kanaatidir. Tehdit şartlı da olabilir. Bu takdirde şartın gerçekleşme olanağı olmalıdır.¹²⁰

Mağdurun tehditte karşı koyma veya tehdidi herhangi bir şekilde ortadan kaldırma imkânı olmamalıdır. Tehdit de mağdur iki zarar karşısındadır. Birincisi tehdit ile uğrayacağı zarar diğeri de cinsel saldırı ile uğrayacağı zarardır. Tehdit ile gerçekleştirilebileceği bildirilen bu zararın, cinsel saldırı sonucunda oluşacak zarardan daha ağır olması aranır. Zira ancak bu nitelikte bir tehdit, iradeyi ortadan kaldırabilir. Hâkim tehdidin bu nitelikte olup olmadığını araştırmalıdır. Bu itibarla tehdidin ağır olmaması, yapılan tehdidin ciddi bir nitelik taşıması ve muhakkak olmaması tehdidin varlığını ortadan kaldıracaktır.¹²¹

¹¹⁸ BAYTEMİR, E., a.g.e., s. 37.

¹¹⁹ BAYTEMİR, E., a.g.e., s. 40.

¹²⁰ BAYTEMİR, E., a.g.e., s. 40.

¹²¹ BAYTEMİR, E., a.g.e., s. 40.

Öte yandan tehdidin suç işlendiği sırada cinsel davranışı gerçekleştirmek amacıyla kullanılmış olması gerekir.¹²² Mağdur, tehdit sonucunda korkmalı ve failin cinsel isteklerine cevap vermelidir. İtalyan öğretisi tehdidi, mağduru istenilen şekilde davranmaya mecbur edici nitelikte olması, yani mağdurun iradesini baskı altına almaya elverişli olması şeklinde tanımlamaktadır.¹²³ Yargıtayımız, kadını cinsel ilişki sırasında gören ve kendisi ile cinsel ilişkide bulunmaması halinde, ailesine durumu intikal ettireceğini söyleyen kişinin fiilini tehdit saymamıştır.¹²⁴

Yargıtayın bu olay hususundaki suç tasnifi doğrudur. Olayda tehdit yoktur. Ancak şantaj vardır. Şantaj, içeriğinde kısmen tehdit unsurlarının bulunduğu bir suçtur. Nitekim YTCK 107/2. maddesinde şantaj “kendisine veya başkasına yarar sağlamak maksadıyla bir kişinin şeref veya saygınlığına zarar verecek nitelikteki hususların açıklanacağı veya isnat edileceği tehdidinde bulunulması halinde” şeklinde tanımlanmıştır. Bu sebeple karşılaşılan olaylarda, şantaj suçunun içerisinde tehdit unsurlarının var olup olmadığının değerlendirilmesi gerekmektedir. Mağdur tehditte olduğu gibi şantajla karşı karşıya kalmasında da cinsel dokunulmazlığını rızası dışında faile teslim etmek zorunda kalmış olabilir. Örneğin, mağdurun ailesi, mağdurun bir kişi ile cinsel ilişkide bulunduğunu öğrendiği takdirde mağdurun hayatına kast edecek nitelikte bir yapıya sahipse, bu durumda mağdurda ölüm korkusunun, mağdurun cinsel dokunulmazlığının rızası dışında faile teslim etmesinden daha ağır olacağı açıktır.

Tehdit veya şantaj fiilini fail, cinsel saldırı suçunu işlemek için kullanmış ise bu durumda faile ayrıca tehdit veya şantaj suçundan ceza verilmez. Söz konusu suçlar, failin asıl suçu işlemesinin temel ögesini oluşturmaktadır. Cebirden farklı olarak tehdit veya şantajda sınırın aşılması söz konusu değildir. YTCK 102/4. maddesinde, suçun işlenmesinde kullanılan cebirin mağdurun direncini

¹²² **BAYTEMİR, E.**, a.g.e., s. 40.

¹²³ **DELPINO**, s. 580.; nakleden **TEZCAN, D., ERDEM, M. R., ÖNOK, M.**, a.g.e., s. 291.

¹²⁴ Yarg. 5. CD 16.2.1983, 153/488, YKD Mayıs 1983, s. 772; nakleden **TEZCAN, D., ERDEM, M. R., ÖNOK, M.**, a.g.e., s. 291.

kırmasını sağlayacak ölçünün ötesinde olması durumunda, ikinci bir suçun oluşması sebebiyle ayrıca kasten yaralamadan hüküm kurulması gerektiği ifade edilmiştir. Bu madde tehdit veya şantaj için geçerli değildir. Cinsel saldırı suçunun işlenmesi sırasında tehdit veya şantaj unsurlarının kullanılması durumunda, faile sadece işlemiş olduğu cinsel saldırıdan dolayı ceza verilecektir. YTCK 42. maddesi uyarınca ayrıca tehdit veya şantajdan suçlarından dolayı failin cezalandırılması yoluna gidilmeyecektir.

Fail, mağdura yönelik cinsel saldırı suçunu işledikten sonra, olayı başkasına söylememesi yönünde mağduru tehdit etmişse, fiil ayrıca tehdit suçunu oluşturur.¹²⁵ Bu durumda cinsel saldırıdan bağımsız bir suç meydana gelmiştir. Fail tehdit unsurunu, cinsel saldırı suçunu işlemek maksadıyla kullanmamaktadır. Tehdit ile işlenen cinsel saldırı suçu arasında illiyet bağı bulunmamaktadır.

2.6.2.3. Hile

Öte yandan mağdur, cebir veya tehdit dışında failin kullandığı hileli vasıtalarla ya da failin fiilinden başka bir sebep yüzünden de cinsel saldırıya karşı koyamayacak bir durumda bulunabilir. Şayet mağdur cinsel davranış karşısında kendisini savunmak için yeterli irade oluşturamıyor, açıklayamıyor veya gerçekleştiremiyorsa fiile karşı koyamayacak bir durumdan söz edilir.¹²⁶

Bu durum, söz gelimi mağdurun akıl veya beden hastalığından, failin hileye başvurmuş olmasından veya mağdurun çaresizliğinden kaynaklanabilir. Fiilin işlendiği sırada mevcut bulunmak koşuluyla bu durumun “sürekli” veya “geçici” olması da önemsizdir. Söz konusu bu hallerin birçoğunda, mağdurun eyleme direnç gösterme imkânı bulunmadığından, mağdur eyleme rıza göstermiş olsa bile bu rızanın geçerli bir rıza olmayacağı ifade edilmelidir. Mağdurun beden

¹²⁵ SOYASLAN, D., a.g.e., s. 173.

¹²⁶ LACKNER/PERRON, in: S/S, & 179 no.3.; nakleden TEZCAN, D., ERDEM, M. R., ÖNOK, M., a.g.e., s. 292.; aynı zamanda bkz. BAYTEMİR, E., a.g.e., s. 41.

veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda olmasından istifade edilerek cinsel saldırının işlenmesi m. 102/3' te suçun ağırlaştırıcı nedeni olarak düzenlenmiştir.¹²⁷

Hileli vasıtaların neler olacağı hakkında kanunda açıklık yoktur. Mağdurun fiile karşı mukavemetini kırabilecek her türlü aldatıcı hareketler hile olabilir. Mağdur, burada hataya düşürülmekte, kandırılmakta ve bu suretle fiile mukavemet edemeyecek bir hale getirilmektedir. Bu duruma örnek olarak failin, kendisini doktor olarak tanıtip mağduru muayene ediyor gibi göstermesi, mağdurun içkisine ilaç katması, uyuşturucu madde ile bayılması, hipnotizma etmesi, mağdur uyurken veya alkollü iken, işlenen fiile mukavemet göstermeyecek durumdayken mağdura karşı bu suçu gerçekleştirmesi gösterilebilir.¹²⁸

Hile, cinsel saldırıyı gerçekleştirmeye yönelik olmalıdır. Bu nedenle mağdurun aldatılması ile cinsel saldırı arasında da uygun illiyet bağı olmalıdır. Failin kendisine karşı cinsel saldırıda bulunacağını mağdurun bilmesi ve bilmesine rağmen bu vasıtanın kullanılmasına izin vermesi halinde hileden söz edilemez. Bu nedenle evlenme vaadi ile cinsel ilişkide bulunma hâli hile kavramı içinde düşünülemez. Kanunda ayrıca suç olarak da tanımlanmadığından bu hâlde faile artık ceza verilmesi söz konusu değildir.¹²⁹

2.6.3. Suçun Özel Görünüş Biçimleri

2.6.3.1. Teşebbüs

Basit cinsel saldırı suçu, mağdurun vücut dokunulmazlığının ihlâl edilmesi suretiyle tamamlanır. Bir kadının veya kızın veyahut bir erkeğin, şehveti tahrik

¹²⁷ BAYTEMİR, E., a.g.e., s. 43.

¹²⁸ BAYTEMİR, E., a.g.e., s. 43-44.

¹²⁹ BAYTEMİR, E., a.g.e., s. 44.; aynı yöndeki görüş için bkz., MALKOÇ, İ., a.g.e., s. 15.; ayrıca karşıt görüş için bkz., TEZCAN, D., ERDEM, M. R., ÖNOK, M., a.g.e., s. 292.

edici bir yerini tutmak, tutturmak, kucağa oturtmak, organ sokma niyeti olmaksızın cinsel organı mağdura dokundurmak, sürtmek, memelerini sıkamak, ellemek, yanaklarını ve dudaklarını öpüp emmek ve şehvet veren diğer yerlerini sıkıştırmak, organ sokmak derecesine varmayacak düzeyde cinsel bölgelerini yalamak veya yalattmak, basit cinsel saldırı suçuna örnek olarak gösterilebilir.¹³⁰ Örnek verilen türde ya da benzeri şekildeki eylemlerin failin cinsel isteklerini tatmin amacıyla gerçekleştirilmesi durumunda suç meydana gelmiş olur. Failin bu suçu işlerken veya işledikten sonra tatmin olmuş olması şart değildir.

Suçun gerçekleşmesi için bir tek hareket kâfidir. Ancak hiç şüphesiz hareketin birden çok olması suçun birden fazla işlendiğinin kanıtı değildir. Aynı anda cinsel arzuları tatmine yönelik olmak kaydıyla aynı amaca yönelmiş hareketlerin birden çok olması suçun birden fazla işlendiği anlamına gelmez. Ancak mağdurun da aynı olması şartıyla, hareketlerin arasında önemli bir zaman aralığı varsa ve failin kastının yenilendiğini gösteren bir durum mevcutsa iki ayrı suç söz konusu olacaktır.¹³¹ Bu durumda fail hakkındaki ceza YTCK 43. maddesi uygulanarak artırılarak hükmolunacaktır.

Fail cinsel saldırı suçunu, bizzat mağdurun bedeni üzerinde temas kurarak gerçekleştirmemiş olabilir. Fail, mağduru tehdit etmiş veya herhangi bir şekilde cinsel arzularını tatmin etmek yönünde zorlamış ve bunları gerçekleştirmek için mağdurun kendi üzerinde temasını sağlamışsa suç yine oluşacaktır. Örneğin failin mağdura yönelik cebir kullanarak kendi cinsel organına dokunmasını sağlaması durumunda basit cinsel saldırı suçu oluşacaktır. Müdahalenin şiddet derecesinin bir önemi yoktur. Örneğin fail mağduru öpmüş olsa da, mağdurun cinsel bölgelerine dokunmuş olsa da suç her halükarda oluşacaktır. Önemli olan işlenen fiilin objektif olarak mağdurun cinsel özerkliğini zedelemeye elverişli bir nitelik taşımasıdır (İt. Yrg. 3. CD. 28.4.2004 t. ve 19562 s. kararı).¹³²

¹³⁰ **BAYTEMİR, E.**, a.g.e., s. 44.; **MALKOÇ, İ.**, a.g.e., s. 17.

¹³¹ **SOYASLAN, D.**, a.g.e., s. 174.

¹³² **TEZCAN, D., ERDEM, M. R., ÖNOK, M.**, a.g.e., s. 296.

Basit cinsel saldırı suçu, mağdurun vücut dokunulmazlığının ihlâl edilmesi durumunda tamamlanır. Ancak cinsel saldırı suçunun hem basit hâli hem de nitelikli hâli teşebbüse elverişlidir.¹³³ Fakat bazı yazarlar bu suçun aniden gelişen bir suç olması itibari ile teşebbüse elverişli bulunmadığını savunmaktadırlar. Bu suça teşebbüs, icra hareketleri, kısımlara bölünebileceğinden mümkündür. TCK m. 35/1'e göre; kişi, işlemeyi kastettiği bir suçu, elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaz ise teşebbüsten dolayı sorumlu tutulur. “*Doğrudan doğruya icraya başlama*” ölçütü kabul edildiğinden işlenmek istenen cinsel saldırı suçuyla belirli bir yakınlık ve bağlantı içindeki hareketlerin yapılması durumunda suçun icrasına başlanılmış sayılacaktır. Ayrıca yapılan hareketlerin de, bu suçu işlemek için uygun hareketler olması gerekmektedir.¹³⁴

Cinsel saldırı suçunu elverişli hareketlerle doğrudan icraya başlayıp da elinde olmayan nedenler yüzünden suçun tamamlanmaması durumunda fail teşebbüs nedeniyle sorumlu tutulur. Vücut dokunulmazlığının ihlâlini oluşturan cinsel davranışlarla belirli bir yakınlık ve bağlantı içinde bulunan hareketlerin gerçekleştirilmesiyle birlikte fail teşebbüs alanına girmiş olur. İtalyan Yargıtayı'na göre, fiziksel bir temas henüz gerçekleştirilmiş olmasa bile, o ana kadar ki eylemlerden failin cinsel güdülerini giderme niyeti taşıdığı ve davranışların mağdurun cinsel özerkliğini ihlâl etmeye elverişli olduğu anlaşılabiliriyorsa, teşebbüs söz konusudur.¹³⁵ Örneğin, mağdureye arkadan yaklaşan failin, mağdurun poposuna dokunmaya çalıştığı sırada üçüncü bir şahıs tarafından görülüp suçun oluşması engellendiği takdirde basit cinsel saldırı suçuna teşebbüs oluşacaktır.

¹³³ Aynı yöndeki görüş için ayrıca bkz, **SOYASLAN, D.**, a.g.e., s.174-175.; **MALKOÇ, İ.**, a.g.e., s. 22.; **BAYTEMİR, E.**, a.g.e., s. 58.; **TEZCAN, D., ERDEM, M. R., ÖNOK, M.**, a.g.e., s. 300., karşıt görüş için bkz., **MERAN, N.**, a.g.e., s. 318.

¹³⁴ **SEVÜK, H. Y.**, a.g.e., s. 253.

¹³⁵ **DELPINO**, s. 582.; **LATTANZI**, s. 1453-1454.; nakleden **TEZCAN, D., ERDEM, M. R., ÖNOK, M.**, a.g.e., s. 300.

2.6.3.2. İçtima Hükümleri

Basit cinsel saldırı suçunu işlemek için araç olarak kullanılan cebir, tehdit veya şantaj suçlarından faile ayrıca ceza verilmez. Bu durumda YTCK 42. maddesinde düzenlenen bileşik suç söz konusudur. Ancak burada cebirin şiddet derecesi önem taşımaktadır. Cebir eğer mağdurun direncini kırmanın ötesinde kullanılmış ise bu durumda ayrıca YTCK'nın 102/4. maddesi göz önünde bulundurularak faile hem basit cinsel saldırıdan hem de cebirin derecesine göre yaralama suçundan hüküm verilecektir.

Basit cinsel saldırı suçu işlenirken aynı zamanda mağdur, özgürlüğünden yoksun bırakılmış olabilir. Kişi özgürlüğünden yoksun bırakma suçu cinsel amaçla işlendiği için, bu durumda fail hakkında hüküm verilirken YTCK 109/5. maddesi uyarınca ceza arttırılarak uygulanacaktır.¹³⁶

Cinsel saldırı suçu işlenirken mağdurun konut dokunulmazlığı ihlâl edilmişse, fail ayrıca YTCK 116. maddesinden sorumlu tutulacaktır.¹³⁷

Cinsel saldırı oluşturan davranışın ardı ardına birkaç kez tekrarlanmış olması suçun birden fazla olduğu anlamına gelmez; ancak bu davranışlar arasında kastın yenilendiğini gösteren bir zaman aralığı girmiş ise, her bir cinsel saldırı suçundan dolayı failin ayrı ayrı cezalandırılması yoluna gidilir. Bu durumda suç işleme kararında birlik bulunup bulunmamasına göre zincirleme suç (YTCK m. 43) veya gerçek içtima kuralları uygulanmalıdır.¹³⁸

¹³⁶ BAYTEMİR, E., a.g.e., s. 59.

¹³⁷ BAYTEMİR, E., a.g.e., s. 59.

¹³⁸ TEZCAN, D., ERDEM, M. R., ÖNOK, M., a.g.e., s. 302.

2.6.3.3. İştirak

Suç tipinde öngörülen cinsel davranışlarla, vücut dokunulmazlığını ihlâl eden kişi bu suçun faili olarak sorumlu olur. Cinsel davranışı gerçekleştiren birden fazla kişi söz konusu ise, bunların her biri birlikte fail sayılırlar. Burada “bizzat işlenebilen bir suç” (eigenhaendiges Delikt) söz konusu olmadığı için¹³⁹, şayet birden fazla kişiden bazıları cebir hareketlerini gerçekleştirmiş, bazıları ise cinsel saldırıyı gerçekleştirmiş ise, bunların tümünün birlikte fail olarak cezalandırılması ve cezanın da YTCK m. 102/2d uyarınca artırılması gerekir.¹⁴⁰

2.6.4. Suçun Takibi

Cinsel saldırı suçunun temel şekli olan basit cinsel saldırı suçunun takibi şikâyete bağlıdır. Bu sebeple kolluk kuvvetleri veya Cumhuriyet Savcısı kendilerine şikâyette bulunulmadığı takdirde suçun soruşturma ve kovuşturmasını yapmayacaklardır. Eğer soruşturma açılmış ise mağdurun şikâyetten vazgeçmesi durumunda soruşturmaya devam edilmeyecektir. Kovuşturma başlamış ise mağdurun şikâyetten vazgeçmesinden sonra dava CMK 223/2-d maddesi uyarınca beraat kararı ile sonuçlandırılacaktır.

Basit cinsel saldırı suçunun takibinin şikâyete bağlı tutulmasının amacı mağduru daha fazla korumak içindir. Mağdur uğradığı cinsel saldırı sonucunda toplumun bu olayı duymasından çekinebilir. Basit cinsel saldırıya uğrayan mağdur yaşadığı olayı etraftan gizlemek için şikâyetçi olmayabilir. Bu sebeple basit cinsel saldırının takibi mağdurun şikâyetine bağlı kılınmıştır.¹⁴¹

¹³⁹ LACKNER, KÜHL, & 177 No. 2.; aksi görüşte DELPINO, s. 578.; nakleden TEZCAN, D., ERDEM, M. R., ÖNOK, M., a.g.e., s. 303.

¹⁴⁰ Aynı yönde görüş SEVÜK, H. Y., a.g.m., s. 255.; aksi yönde DELPINO, s. 578.; TEZCAN, D., ERDEM, M. R., ÖNOK, M., a.g.e., s. 303.

¹⁴¹ SOYASLAN, D., a.g.e., s. 175.

2.6.5. Suçun Cezası

Basit cinsel saldırı suçunu işleyen fail YTCK 102/1. madde uyarınca iki yıldan yedi yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Faile verilecek olan ceza, cinsel saldırı suçunu işlerken yaptığı fiillere göre belirlenecektir.

2.7. Nitelikli Cinsel Saldırı Suçu (YTCK m. 102/2)

ETCK'da ırza geçme suçu olarak tanımlanan fiil YTCK'da nitelikli cinsel saldırı suçu olarak ifade edilmiş ve YTCK 102/2. maddesinde düzenlenmiştir. YTCK 102/2. maddesinde tanımlanan nitelikli cinsel saldırının 102. maddenin 1. fıkrasında belirtilen cinsel davranışlarla mağdurun vücut dokunulmazlığının, vücuda organ veya sair bir cisim sokmak suretiyle ihlâl edilmesi durumunda oluşacağı ifade edilmiştir. Burada vücut sözcüğünden cinsellik açısından organ veya sair bir cismin girmesine müsait olan vajinal, anal ve oral vücut boşlukları olarak anlamak gerekir.

Mağdurun vücuduna organ sokulması ile herhangi bir cisim sokulması arasında fark yoktur.¹⁴² Vücut boşluklarına girmeye müsait olacak organ penis olabileceği gibi, parmak da bu vasıfta bir organ sayılmaktadır. ETCK'dan farklı olarak YTCK'da erkeklerin de nitelikli cinsel saldırı suçunun mağduru olabileceği kabul edilmiştir. Yine ETCK'da kabul edilen bir anlayış olan, ırza geçmenin ancak vajinal yoldan olabileceği anlayışı terk edilmiş ve nitelikli cinsel saldırı fiillerinin aynı zamanda anal veya oral yoldan işlenmesi durumunda da ırza geçme suçunun gerçekleşeceği kabul edilmiştir.

Yine, ETCK'dan farklı olarak YTCK ile kabul edilen diğer bir yeni düzenleme ise, nitelikli cinsel saldırı suçunun eşe karşı da işlenebileceğinin kabul edilmiş olmasıdır. Bu kapsamla, YTCK 102/2. madde temel olarak iki bölümden oluşmaktadır. Fıkranın birinci bölümünde genel olarak nitelikli cinsel saldırı suçu tanımlanmıştır. Fıkranın devamı olan ikinci bölümde açıkça ifade edildiği üzere,

¹⁴² SOYASLAN, D., a.g.e., s. 176.

suçun mağduru ve failinin birbirleri ile evli olması, nitelikli cinsel saldırı suçunun oluşması açısından ayrı bir önem taşımaktadır.

2.7.1. Genel Olarak

Suçun mağduru onsekiz yaşını doldurmuş kadın veya erkektir. ETCK'dan farklı olarak YTCK'da suçun mağdurunun onsekiz yaşını doldurmuş olması gerekmektedir.

a) Her ne kadar nitelikli cinsel saldırı, 1. fıkradaki suçun cinsel davranışlarla bir kimsenin vücut dokunulmazlığının organ veya sair bir cisim sokmak suretiyle ihlâl edilmesi şeklinde tanımlanmışsa da cinsel arzuları tatmin harici saiklerle işlenen fiillerin de nitelikli cinsel saldırı suçunu oluşturacağı açıktır. Fiilin cinsel güdülerini tatmin amacının haricinde, eziyet, nefret, intikam almak veya kin gütmek saikiyle işlenmesi durumunda da failin nitelikli cinsel saldırı suçundan cezalandırılması gerekmektedir.

Suçun nitelikli hâlinin gerçekleşmesi bakımından, fail tarafından organ veya başkaca bir cismin, mağdurun vücuduna sokulması gerektiği madde de açıkça ifade edilmiştir. Ancak bu nitelikteki fiil veya fiillerin, vücudun hangi bölgelerine yönelik olarak gerçekleştirildiğinde suç sayılacağına dair kanunda herhangi bir düzenleme yapılmamıştır. Fakat madde gerekçesinde bu deyim, vajinal, anal ve oral yoldan vücuda organ veya başkaca bir cisim sokulması olarak tarif edilmiş ve tarif sayılanlar ile sınırlandırılmıştır.¹⁴³ Maddelerin uygulanması gerekçe ile bağlı değildir. Ancak gerekçede açıklandığı üzere, vücuttaki bu bölgeleri nitelikli cinsel saldırıya elverişli bölgeler olarak düşünmek gerekmektedir. Aksine bir düşünce olarak kulak gibi organların da nitelikli cinsel saldırıya elverişli boşluk olduğunun düşünülmesi, suçun kapsamını oldukça genişletecektir. Basit cinsel saldırıda olduğu gibi, nitelikli cinsel saldırının aniden

¹⁴³ TEZCAN, D., ERDEM, M. R., ÖNOK, M., a.g.e., s. 304-305.; Farklı bir görüş için ayrıca bkz., MALKOÇ, İ., a.g.e., s. 55-56.; yazar, vücutta herhangi bir şekilde oluşan boşluğun, kulak da dâhil olmak üzere, cinsel açıdan nitelikli saldırıya elverişli olduğunu belirtmiştir.

gerçekleşmesi mümkün değildir. Nitelikli cinsel saldırı suçunun işlenebilmesi için, basit cinsel saldırıdan farklı olarak belirli bir hazırlık safhası gerekmektedir. Örneğin nitelikli cinsel saldırının, aniden gerçekleşebilen bir suç olduğu kabul edildiğinde, yolda yürüyen bir kişinin kulağına cinsel amaçlı olarak aniden parmağını sokan failin nitelikli cinsel saldırı suçunu işlemiş olduğunu varsaymak gerekir. Bu düşünce tamamen nitelikli cinsel saldırı suçunun muhtevasına aykırıdır. Eğer nitelikli cinsel saldırı açısından böyle bir düşünce üzerinde hareket edilirse, uygulamada içinden çıkılmaz hal alacağı şüphesiz bir gerçektir. Nitelikli cinsel saldırıda kanun koyucunun yasakladığı fiil vücuda organ veya sair bir cisim sokulmasıdır.¹⁴⁴

Vücudun nitelikli cinsel saldırıya uğramaya elverişli bölgeleri vajinal, oral ve anal bölgelerdir. Bu bölgelere organ veya sair bir cismin sokulması durumunda nitelikli cinsel saldırı suçu oluşacaktır. Söz konusu organ, penis olabileceği gibi, yukarıda ifade edilen bölgelere duhule elverişli diğer organlar da suçun oluşumunda etkili olabilir. Örneğin vajinaya veya anüse parmak sokulması durumunda nitelikli cinsel saldırı suçu oluşacaktır. Ancak oral yoldan ağza parmak sokulması durumunda bu suç oluşmaz. Ağza parmak sokulması cinsel davranışlarla işlenmiş ise ancak TCK 102/1. maddede ifade edilen basit cinsel saldırıdan söz edilebilir. Aksi bir düşünce hayatın olağan akışına ve objektif olarak cinselliğin içeriğine aykırıdır.

Sair bir cisimden anlaşılması gereken, vücudun vajinal veya anal boşluklarına girebilmesine müsait cisimler olmasıdır. Cop, sopa, kalem gibi cisimler bunlara örnek olarak gösterilebilir.

b) Basit cinsel saldırıda olduğu gibi nitelikli cinsel saldırı da kasten işlenebilen bir suçtur. Suç vajinal, anal veya oral vücut boşluklarına organ veya sair bir cismin kısmen veya tamamen girmesiyle oluşur. Suçun oluşması açısından

¹⁴⁴ **BAYTEMİR, E.**, a.g.e., s. 105.; aynı görüş için ayrıca bkz., **GÜNDÜZ, R., GÜLTAŞ, V.**, a.g.e., s. 23.

basit cinsel saldırı suçunda olduğu gibi failin cinsel olarak tatmin olması gerekmemektedir.

Yine, nitelikli cinsel saldırı suçu, basit cinsel saldırı suçunda olduğu gibi mağdurun vücut dokunulmazlığının ihlâl edilmesi suretiyle işlenebilen bir suç çeşididir. Rızanın varlığı nitelikli cinsel saldırıda oldukça önem taşımaktadır. Rızanın varlığı saldırı olmadan önce aranmalıdır. Suç takibi şikâyete bağlı olmayan ve kamu yararı açısından re'sen takip edilen bir suçtur. Bu sebeple mağdurun, failin işlemiş olduğu nitelikli cinsel saldırı suçuna karşı, suçun işlenmesinden sonra göstermiş olduğu rıza, geçerli bir rıza olarak kabul edilmemektedir. Rızanın cinsel saldırıdan sonra gösterilmiş olması nitelikli cinsel saldırı suçunu ortadan kaldırmaz. Mağdurun şikâyetten vazgeçmesi durumunda da suç kamu yararına takip edilecek ve faile gerekli ceza verilecektir. Kısacası, mağdurun şikâyetten vazgeçmesi suçun takibine engel teşkil etmemektedir. Mağdurun rızasının hangi yönde olduğunun tespiti de bu açıdan oldukça önem taşımaktadır. Mağdur, fail ile sevişmeye rıza göstermiş ama birleşme derecesindeki cinsel ilişkiye rıza göstermemiş olabilir.¹⁴⁵ Failin, mağdurun rıza derecesini önemsememesi ve fiiline devam etmesi durumunda cinsel birleşme olmuşsa, failin nitelikli cinsel saldırı suçunu işlediği açıktır. Çünkü mağdur cinsel birleşme için rıza göstermemiştir.

c) Nitelikli cinsel saldırı suçunun faili ve mağduru kadın veya erkek olabilir. Ancak kimi yazarlar suçun maddi unsurlarını oluşturan hareketlerin kadınlar tarafından işlenemeyeceğini savunmaktadırlar.¹⁴⁶ Tezcan, Erdem, Önok, suçun maddi unsurunu oluşturan hareketlerden “organ sokma”nın bir kadın tarafından erkeğe karşı gerçekleştirilmesinin mümkün olmadığını, fail kadının, mağdur erkeği organ “sokturmaya” zorlanması (örneğin, kadının, erkeği vajinasına penis sokmak zorunda bırakması) durumunda ya da failin, mağduru kendi vücuduna cisim sokmaya zorlaması (örneğin, mağdurun kendi anüsüne

¹⁴⁵ Aynı yöndeki görüş için ayrıca bkz., TEZCAN, D., ERDEM, M. R., ÖNOK, M., a.g.e., s. 290.

¹⁴⁶ TEZCAN, D., ERDEM, M. R., ÖNOK, M., a.g.e., s. 304.

cisim sokmaya zorlaması) durumunda, dolaylı faillik yoluyla m. 102/2 deki suçun oluşacağını savunmaktadırlar.

Bu görüşe tümüyle katılmak mümkün değildir. ETCK'dan farklı olarak artık penis harici organların ve sair cisimlerin de bu suçun maddi unsurunun oluşumunda etkili olduğu kabul edilmektedir. Elbette ki bir kadının, erkeğe penis ithâl etmesi mümkün değildir ancak bir kadının erkeğe anal yoldan parmak ithâl etmesi mümkündür. Bu sebeple kadının erkeğe karşı organ sokmak yoluyla bu suçu gerçekleştiremeyeceğini düşünmek yerinde değildir. Kaldı ki nitelikli cinsel saldırı suçu, organ dışında sair bir cisim sokmak suretiyle de işlenebilir. Bir kadın, erkeğin anüsüne sopa veya cop sokmak suretiyle de nitelikli cinsel saldırıyı gerçekleştirebilir. Bu örnekler hayatın olağan akışında rastlamak zor olsa da, madde içeriğinden, nitelikli cinsel saldırının, bu örneklerde açıklandığı şekilde gerçekleşebilme ihtimâli de bulunmaktadır.

Ancak, fail olan bir kadının mağdur erkeği tehdit ederek veya cebir kullanarak erkeği vajinal veya anal yoldan, penisini kendisine sokmak zorunda bırakması durumunda nitelikli cinsel saldırının oluşacağını düşünmek yerinde değildir. Madde içeriği vücuda organ veya sair cismin ithâl edilmesini düzenlemektedir. Maddede, dolaylı fail olarak failin kendi vücuduna organ veya cisim sokturması düzenlenmemiştir. Yasaklanan hareket vücuda organ veya cisim sokulmasıdır.¹⁴⁷ Vücuda organ veya sair cismin ithâl edilmesinin nitelikli cinsel saldırının maddi unsuru olarak değerlendirilmesinin sebebi, bu hareketlerin insanın onurunu zedeleyen, psikolojisini bozan ve vücuda acı veren, eziyet derecesinde fiiller olmasından kaynaklanmaktadır. Kaldı ki böyle bir düşüncüyü farklı boyuttan ele alırsak, nitelikli cinsel saldırıda, bu şekilde bir eylemde bulunma sebebiyle fail olan kadın, bir erkeği, vajinasına penis yerine cop, sopa veya parmak sokmaya zorlamasında da bu suçun oluşacağını düşünmek gerekir ki bu, hayatın olağan akışına aykırı olmakla birlikte, objektif açıdan cinselliğin doğasına da aykırıdır ve kesinlikle yanlış bir değerlendirmedir. Bir erkeğin, kadın

¹⁴⁷ Aynı yöndeki görüş için ayrıca bkz., GÜNDÜZ, R., GÜLTAŞ, V., a.g.e., s. 25.

tarafından vajinasına penis sokmaya zorlanması durumunda erkeğin ereksiyon olması neredeyse imkânsız olduğundan, böyle bir suçun işlenmesi de olanaksızdır. Eğer erkek böyle bir olayda ereksiyon olmuşsa, bu durumda erkeğin, fail olan kadının zorladığı fiile, rızasının olduğundan bahsetmek gerekir ki bu da fiili suç olmaktan çıkarır. Fail olan bir kadın veya homoseksüel bir erkek tarafından, mağdur erkek, vajinal yoldan veya anal yoldan failin kendisine penis ya da herhangi bir şey sokturmaya zorlanmışsa, bu durumda ancak basit cinsel saldırıdan söz edilebilir.

Ancak yazarların, failin, mağduru kendi vücuduna organ veya sair bir cisim sokmaya zorlaması durumunda da nitelikli cinsel saldırı suçunun oluşacağı yönündeki görüşleri yerindedir. Maddede tanımlandığı gibi suçun maddi unsuru vücuda organ veya sair bir cisim sokulmasıdır. Bu fiili fail bizzat işleyebileceği gibi, cebir veya tehdit kullanarak da fiilleri mağdura yaptırtabilir. Fail mağdura zorla yaptırdığı bu fiiller ile de mağdurun vücut dokunulmazlığını nitelikli bir şekilde ihlâl etmektedir.

d) Nitelikli cinsel saldırı suçu, basit cinsel saldırı suçunda olduğu gibi cebir, tehdit, hile ile işlenebileceği gibi suçta kullanılan bu araçlara başvurmadan da işlenebilir. Örneğin akıl hastası olan bir kişiye karşı cebir kullanmadan bu suç gerçekleştirilebilir. Yine nitelikli cinsel saldırı suçunun, basit cinsel saldırı suçunda olduğu gibi hukuka aykırılık unsuru, işlenen fiile karşı rızanın bulunmamasıdır.

2.7.2. Eşe Karşı İşlenen Nitelikli Cinsel Saldırı

İnsanlığın ve toplumların gelişmesine bağlı olarak cinselliğin kişiye bağlı bir hak ve özgürlük olduğu, bu hak ve özgürlüğün evlenmeyle de olsa diğer eşe terk edilemeyeceği görüşü benimsenmeye başlanmış ve bu düşüncenin, eşe karşı nitelikli cinsel saldırı suçunun, YTCK'da düzenlenmesinde etkisi olmuştur. Gerçekten cinsellik kişiye bağlı bir hak ve özgürlüktür. Hiç kimse bu özgürlüğünden evlilik birliği içerisinde de olsa vazgeçemez.

Suçun faili ve mağduru evli eşlerdir. Eş deyimi, Medeni Kanun'a göre geçerli biçimde kurulmuş olan evlilik birliği içinde bulunan kişileri ifade etmektedir.¹⁴⁸ İmam nikâhlı kişiler ve nişanlılar eş kavramına dâhil değildir. Evlilik birliği suç işlenmeden önce kurulmuş olmalıdır. Resmi nikâhlı olarak evli olmayan kişiler arasında meydana gelen nitelikli cinsel saldırı fiili, eşe karşı işlenmiş olan nitelikli cinsel saldırı olarak değerlendirilmeyecek ve suçun takibi şikâyet üzerine değil, re'sen yapılacaktır.

Eşe karşı işlenen nitelikli cinsel saldırı suçu, düzenlendiği madde itibariyle yerinde bir düzenleme değildir. Madde de öngörülen ceza yedi yıl ile oniki yıl arasında değişmektedir. Bu fiilin evlilik birliği içerisinde eşe karşı işlenmesi durumunda da fail aynı cezaya mahkûm edilmektedir. Eşine karşı nitelikli cinsel saldırı suçu işleyen bir fail ile hiç tanımadığı bir kişiye karşı nitelikli cinsel saldırı suçu işleyen failin, aynı cezayı alması eşitlik ilkesine aykırıdır. Nitekim faillerin eylemleri düşünüldüğünde mağdurlar üzerinde yapacağı yıkım da aynı değildir. Eşi tarafından nitelikli cinsel saldırıya maruz kalan bir kadın ile hiç tanımadığı bir erkek tarafından nitelikli cinsel saldırıya uğramış bir kadının yaşadığı duygusal çöküntü aynı olamaz. Ayrıca eşi ile cinsel ilişkiye girmek isteyen fail ile hiç tanımadığı bir mağdur ile cinsel ilişkiye girmek isteyen failin kastı aynı değildir. Eşi ile cinsel ilişkiye girmek isteyen fail, evlilik birliği içerisinde olduğunu bilerek ve cinsel saldırıyı eşine karşı zorla da olsa, gerçekleştirmenin kendisinde hak olduğunu düşünerek bu fiili işlemektedir. Evli olan failin kastı ile hiç tanımadığı bir mağdura karşı bu fiili işleyen kişinin kastının bir tutulması yerinde bir düzenleme değildir.

Medeni Kanun'un 124. maddesine göre evlilik yaşı onyediyedi olarak belirlenmiştir. Ancak fevkalade hallerde hâkim, erkek ve kadının onaltı yaşını doldurmak şartıyla evlenmelerine izin verebilir. YTCK'nın 102. maddesi onsekiz yaşını doldurmuş erginlere karşı işlenen suçları düzenlemektedir. Medeni Kanun'un 124. maddesi göz önünde bulundurulduğunda, onaltı yaşını doldurduktan hemen sonra evlenmiş erkeğin, yine onaltı yaşında olan eşine karşı,

¹⁴⁸ TEZCAN, D., ERDEM, M. R., ÖNOK, M., a.g.e., s. 306

nitelikli cinsel saldırı suçunu işlemesi durumunda YTCK 102/2. maddesinin mi yoksa çocukların nitelikli cinsel istismarının düzenlendiği YTCK 103/2. maddesinin mi uygulanacağı tartışılabilir. Failin, onsekiz yaşından küçük eşine karşı nitelikli cinsel saldırı suçunu işlenmesi hâlinde, YTCK'nın 103/2. maddesinin uygulanması gerektiği düşünülürse, kamu otoritelerinin evlilik birliğine re'sen müdahalede bulunma zorunluluğunun olacağı açıktır. Suç, takibi şikâyete bağlı bir suç olmadığından, mağdurun şikâyetinden vazgeçmiş olmasının suçun takibine bir etkisi olmayacak, soruşturma ve kovuşturma re'sen takip edilip failin cezalandırılmasına yoluna gidilecektir. Bu durum YTCK 103/2. maddesinin uygulanmasının evlilik kurumunun korunması açısından son derece sakıncalı olacağı açıktır. Kanunda eşe karşı işlenen nitelikli cinsel saldırı ayrıca düzenlenmiştir. Bu yüzden, failin evlilik birliği içerisinde işlenmiş olması sebebiyle ve eşe karşı nitelikli cinsel saldırı suçunun YTCK 102/2. maddede tanımlanmış ve düzenlenmiş olması da göz önünde bulundurularak, bu kapsamda değerlendirilecek ve fail YTCK 102/2. madde uyarınca cezalandırılacaktır. Böyle bir durumda YTCK'nın 103/2. maddesinin uygulanmasının evlilik birliğinin korunması açısından sakıncalar doğuracağı şüphesizdir.

Medeni Kanun'un 11. maddesi uyarınca evlilik kişiyi reşit kılar. Bu durumda, onaltı yaşında olan ve eşine karşı nitelikli cinsel saldırı suçunu işleyen failin cezasından YTCK 31/3 maddesi uyarınca yaş küçüklüğüne bağlı olarak indirim yapıp yapılmayacağı tartışılabilir. Ancak YTCK 31/3. maddesi ergin kılınmadan değil yaştan bahsetmiştir. Kaldı ki 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu'nun tanımlar başlıklı 3. maddesinin a bendinde, daha erken yaşta ergin olsa bile, onsekiz yaşını doldurmamış kişinin çocuk sayılacağı ifade edilmiştir. Bu sebeple eşine karşı nitelikli cinsel saldırı fiilini işlediği sırada onaltı yaşında olan fail hakkında YTCK 31/3. maddesi uygulanacaktır.

Kanun koyucu eşleri ve aile bireylerini cinsel şiddete karşı korumak için eşler arasında zora dayalı cinsel ilişkiyi suç olarak kabul etmiş ve aynı zamanda

yine eşleri ve aile bireylerini mağdur etmemek amacıyla bu suçun takibini şikâyet koşuluna bağlamıştır.¹⁴⁹

Eşe karşı işlenen nitelikli cinsel saldırı suçu takibi şikâyete bağlı bir suç çeşididir. Kimi yazarlar YTCK 102/3. maddesinde tanımlanan nitelikli hallerin eşe karşı işlenmesi durumunda takibin şikâyete bağlı olmayacağını, bu durumda re'sen takibat yapılabileceğini savunmaktadırlar.¹⁵⁰ Bu görüşün tümüne katılmak mümkün değildir. Örnek olarak bu düşünceye göre, akıl hastası eşi ile cinsel ilişkiye giren eşin hakkında cinsel saldırı suçu olduğundan dolayı re'sen takibat yapılması gerekir ki bu da olur olmaz durumlarda evlilik birliğine kamu otorilerince müdahaleyi gerektirir. Aynı şekilde, uyku halinde olması sebebiyle beden bakımından kendisini savunamayacak durumda olan mağdur eşe karşı nitelikli cinsel saldırı suçunun gerçekleştirilmesi durumunda, yine bu madde hükümlerine göre, re'sen takibat yapılması gerekir. Böyle bir takip, aile birliğini temelden sarsacak ve mağdurun şikâyetini geri alması takibi durdurmadığı gibi fail eşin YTCK'nın 102/3. maddesinde tanımlanan nitelikli cinsel saldırıdan dolayı daha ağır bir ceza almasına neden olacaktır.

Ancak fail eşin, mağdur eşe karşı YTCK 102/3-d maddesinde tanımlanan silahla veya birden fazla kişi tarafından birlikte nitelikli cinsel saldırı suçunu gerçekleştirmesi durumunda elbette ki takip, re'sen yürütülmelidir. Fail eşin, mağdur eşe karşı nitelikli cinsel saldırı suçunu silahla işlenmesi sırasında, gerçekleştirdiği eylem veya eylemlerin, mağdur eş üzerinde yaratacağı etki, silahsız olarak nitelikli cinsel saldırı suçunu işleme sırasında gerçekleştirdiği eylem veya eylemlere oranla daha fazla olacağı açıktır. Kaldı ki eşine karşı silah kullanarak nitelikli cinsel saldırı suçunu gerçekleştiren fail eşin, suç işleme kastının yoğunluğu ve suç işlemeye yönelik eğiliminin, silahsız olarak gerçekleştirdiği nitelikli cinsel saldırı suçuna oranla daha fazla olduğu açıktır. Yine eşine karşı birden fazla kişi ile birlikte nitelikli cinsel saldırı suçunu

¹⁴⁹ SOYASLAN, D., a.g.e., s. 176.

¹⁵⁰ TEZCAN, D., ERDEM, M. R., ÖNOK, M., a.g.e., s. 315.

gerçekleştiren eşin, mağdur eşe karşı suç işleme kastı ve yoğunluğu suç işlemeye yönelik eğilimi göz önünde bulundurulduğunda fail eş hakkında takibin re'sen yapılması gerekmektedir.

Tüm bu açıklanan nedenlerden ötürü eşe karşı nitelikli cinsel saldırı suçunun ayrı bir madde halinde düzenlenmesi ve bu düzenlemede, hangi durumlarda takibin şikâyete bağlı olacağı, hangi durumlarda takibin re'sen yapılacağı açık ve net olarak ifade edilmesi ile birlikte eşe karşı işlenen nitelikli cinsel saldırı suçunun cezasının daha az olmasının isabetli olacağı düşüncesindeyim.

2.7.3. Suçun Özel Görünüş Biçimleri

2.7.3.1. Teşebbüs

Nitelikli cinsel saldırı suçu, mağdurun vücuduna vajinal, anal veya oral yoldan organ veya sair bir cismin, fail tarafından kısmen veya tamamen ithâl edilmesi durumunda tamamlanır.

Fiil, basit cinsel saldırı suçundan farklı olarak, cinsel amaçlar dışında işlense de (örneğin hakaret, intikam gibi) nitelikli cinsel saldırı suçu oluşmuş olur. Nitelikli cinsel saldırı işkence amacıyla da işlenmiş olabilir. Nitelikli cinsel saldırının işkence amacıyla işlenmesi durumunda da YTCK 102. madde uygulanır. YTCK 94. madde işkence suçunu ve bu suçun nitelikli hâllerini tanımlamıştır. YTCK 94. maddeye göre işkencenin ancak cinsel yönden taciz şeklinde işlenmesi durumu, işkence suçunun nitelikli hâli sayılacak ve buna göre hüküm kurulacaktır. Dolayısıyla işkence suçunun cinsel saldırı niteliğinde işlenmesi, YTCK 94. maddede tanımlanmamıştır. Bu sebeple işkencenin cinsel saldırı şeklinde işlenmesi durumunda, faile hem yapmış olduğu cinsel saldırı fiili sebebiyle hem de işkence fiili nedeniyle ceza verilecektir.

Yine basit cinsel saldırı suçunda olduğu gibi nitelikli cinsel saldırı suçunda da fail tehdit veya cebir kullanarak, mağduru vajinal veya anal yoldan kendisine organ veya sair bir cisim sokmaya zorlaması durumunda da nitelikli cinsel saldırı suçu oluşacaktır.

Basit cinsel saldırı suçunda olduğu gibi nitelikli cinsel saldırı suçu da teşebbüse elverişlidir. Nitelikli cinsel saldırı suçunda da TCK m. 35/1'e göre; kişi, işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaz ise teşebbüsten dolayı sorumlu tutulur. Örneğin mağdura karşı, nitelikli cinsel saldırıda bulunmak isteyen fail, pek çok icrai hareketlerini gerçekleştirmiş ancak suçun vücuda organ veya sair bir cisim sokma ile tamamlanma aşamasında kendisine üçüncü bir kişi tarafından engel olunmuş ise, bu durumda fail nitelikli cinsel saldırıya teşebbüsten sorumlu tutulur.

Eğer fail nitelikli cinsel saldırıda bulunmak için pek çok hareketi gerçekleştirmiş ancak vücuda organ veya sair bir cisim sokmaya yönelik eyleminden gönüllü olarak vazgeçmiş ise bu takdirde fail hakkında teşebbüs hükümleri yerine, YTCK'nın 36. maddesi olan gönüllü vazgeçme hükümleri uygulanır. Fakat failin gönüllü vazgeçtiği zamana kadar ki yaptığı fiilleri, eğer suç teşkil ediyorsa bu durumda fail, tamamlanan suçlardan dolayı sorumlu tutulur ve cezalandırılır. Failin gönüllü vazgeçmesi durumunda nitelikli cinsel saldırı gerçekleşmediği için tamamlanan kısım ancak basit cinsel saldırı suçunu oluşturabilir. Eğer failin gerçekleştirdiği fiiller, basit cinsel saldırı suçunu oluşturuyorsa, fail basit cinsel saldırı suçundan sorumlu tutulur.¹⁵¹

2.7.3.2. İctima Hükümleri

Yine basit cinsel saldırı suçunda olduğu gibi, nitelikli cinsel saldırı suçunu işlemek için araç olarak kullanılan cebir, tehdit veya şantaj suçlarından faile ayrıca ceza verilmez. Bu durumda YTCK 43. maddesinde düzenlenen bileşik suç

¹⁵¹ Aynı yöndeki görüş için ayrıca bkz., **MALKOÇ, İ.**, a.g.e., s. 64.

söz konusudur. Ancak burada cebirin şiddet derecesi önem taşımaktadır. Cebir eğer mağdurun direncini kırmanın ötesinde kullanılmış ise ayrıca YTCK'nın 102/4. maddesi göz önünde bulundurularak faile hem nitelikli cinsel saldırıdan hem de cebirin derecesine göre yaralama suçundan hüküm verilecektir. Ancak tehdit veya şantaj suçu, nitelikli cinsel saldırı suçundan sonra işlenmişse, bu durumda suçun vasfına göre, fail aynı zamanda tehdit veya şantaj suçlarından dolayı cezalandırılır.

Nitelikli cinsel saldırı suçu işlenirken aynı zamanda mağdurun, özgürlüğünden yoksun bırakılmış olması halinde, kişi özgürlüğünden yoksun bırakma suçu cinsel amaçla işlendiği için, fail hakkında hüküm verilirken YTCK 109/5. maddesi uygulanacaktır. Bu durumda gerçek içtima hükümleri uygulanacaktır. Faile hem nitelikli cinsel saldırı suçundan dolayı hem de cinsel amaçlı kişi özgürlüğünden yoksun bırakma suçundan dolayı ceza verilecektir.

Cinsel saldırı oluşturan davranışın ardı ardına birkaç kez tekrarlanmış olması suçun da birden fazla olduğu anlamına gelmez; ancak bu davranışlar arasına kastın yenilendiğini gösteren bir zaman aralığı girmiş ise, her bir cinsel saldırı suçundan dolayı, failin ayrı ayrı cezalandırılması yoluna gidilir. Söz konusu durumda, failin suç işleme kararında birlik bulunup bulunmaması, suçun mağdurunun aynı olup olmamasına göre zincirleme suç (YTCK m. 43) veya gerçek içtima kuralları uygulanmalıdır. Ancak failin, farklı mağdurlara karşı cinsel saldırı suçunu işlemesi durumunda, fail hakkında YTCK'nın 43. maddesi uygulanmayıp, failin cinsel saldırı eylemini gerçekleştirdiği her bir mağdur sayısı kadar cezalandırılması yoluna gidilecektir.

Fail nitelikli cinsel saldırı suçunu işlerken aynı zamanda basit cinsel saldırı suçunu da işlemiş olabilir. Örneğin, fail önce cinsel saldırı suçunu gerçekleştirmeyi düşünmüş ve bu yönde hareketlerini icra etmeye başlamış fakat ardından kastını değiştirerek eylemlerini nitelikli cinsel saldırı suçunu işleyerek tamamlamış olabilir. Burada failin gittikçe yoğunlaşan ve yavaş yavaş nitelik değiştiren bir kastı mevcuttur. Ancak bu kasıt kesintiye uğramadan devam

etmiştir. YTCK'nın 43/1 maddesinin son cümlesine göre bir suçun temel şekli ile daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli şekilleri aynı suç sayılır. Bu durumda failin eylemlerine ara vermeden ihlâl ettiği suçlar arasında kastın yenilendiğini gösteren bir zaman aralığı da bulunmadığı için, fail yalnızca YTCK'nın 102/2. maddesi uyarınca nitelikli cinsel saldırı suçundan dolayı cezalandırılacak ve hakkında YTCK 43/1. maddesi uygulanmayacaktır.

2.7.3.3. İştirak

Nitelikli cinsel saldırı suçunu gerçekleştiren birden fazla kişi söz konusu ise, bunların her biri birlikte fail sayılırlar. Faillerden birisinin, mağduru tutarak, mağdurun hareket etmesini, saldırıya karşı direnmesini engellemesi durumunda, bundan istifade eden diğer fail, nitelikli cinsel saldırıyı gerçekleştirmişse, her iki fail de YTCK 37. madde göz önünde bulundurularak, fiili birlikte işledikleri için YTCK 102/2. madde uyarınca cezalandırılacaktır.

2.7.4. Suçun Cezası

Nitelikli cinsel saldırı suçunu işleyen fail YTCK 102/2. madde uyarınca yedi yıldan oniki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Faile verilecek olan ceza, cinsel saldırı suçunu işlerken yaptığı fiillere göre belirlenecektir.

2.8. YTCK m. 102/3'te Öngörülen Nitelikli Haller¹⁵²

Bu fıkroda öngörülen nitelikli hâller seçimlik olduğu için, bunlardan bir kaçını bir arada bulunsa bile, artırma bir kere yapılacaktır. Fakat bu durum, m. 61 gereği temel ceza tayininde göz önünde bulundurulur.¹⁵³ Öte yandan, Yargıtay'ın da vurguladığı gibi TCK'nın 102/1. maddesinde düzenlenen suçun soruşturulması

¹⁵² TEZCAN, D., ERDEM, M. R., ÖNOK, M., a.g.e., s. 306.

¹⁵³ MALKOÇ, İ., a.g.e. s. 68.; nakleden TEZCAN, D., ERDEM, M. R., ÖNOK, M., a.g.e., s. 306.

ve kovuşturulması şikâyete tabi olsa da, aynı maddenin 3. fıkrasında düzenlenen ve bu suçun nitelikli hâllerini oluşturan eylemlerin takibi re'sen yapılacaktır.

2.8.1. Cinsel Saldırı Suçunun Beden veya Ruh Bakımından Kendisini Savunamayacak Durumda Bulunan Kişiye Karşı İşlemiş Olması

Bu bentte, mağdurun belirli özelliklere sahip olması, cezanın arttırılmasını gerektiren nitelikli hâl olarak sayılmıştır.¹⁵⁴ Yine bu madde de açıklanan eylemlerin hem basit cinsel saldırı hem de nitelikli cinsel saldırı şeklinde işlenmesi mümkündür. Her iki durumda da işlenen fiillerin takibinde şikâyet koşulu aranmayacak, soruşturma veya kovuşturma re'sen yapılacaktır. Mağdurun kendisini savunamayacak durumda bulunması, bedensel veya ruhsal bir hastalıktan ileri gelmiş olabileceği gibi, doğuştan engelli olmasından da ileri gelebilir. İster geçici, ister kalıcı olsun, gerçek anlamda bir hastalık oluşturmakla birlikte mağdurun eyleme geçerli bir rıza göstermesi ya da karşı koyması olanağını ortadan kaldıran tüm durumlar bu kapsamdadır.¹⁵⁵ Beden bakımından kendisini savunamayacak durumda olma, mağdurun ahlâk dışılığını bildiği cinsel saldırıya karşı, fiziksel olarak direnme olanağına sahip olmamasıdır.¹⁵⁶ Mağdurun ihtiyar olması, görme engelli olması, mağdurun felçli olması veya konuşma engelli olması, beden bakımından kendisini savunmayacak durumda olma olarak örnek gösterilebilir. Ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda olma ise, mağdurun kendisine karşı gerçekleştirilen eylemin ahlâki kötülüğü anlamını kavrayamamasıdır.¹⁵⁷ Mağdurun akıl hastası veya düşük zekâlı olması ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda olarak örnek gösterilebilir.

¹⁵⁴ GÜNDÜZ, R., GÜLTAŞ, V., a.g.e., s. 30.

¹⁵⁵ *Codice Penale Spiegato Articolo per Articolo*, s. 711.; nakleden TEZCAN, D., ERDEM, M. R., ÖNOK, M., a.g.e., s. 306-307.

¹⁵⁶ ARTUK, GÖKCEN, YENİDÜNYA, 7. Bası, s. 155.; YENİDÜNYA, Legal Eylül 2005, s. 3295.; nakleden TEZCAN, D., ERDEM, M. R., ÖNOK, M., a.g.e., s. 307.

¹⁵⁷ ARTUK, GÖKCEN, YENİDÜNYA, 7. Bası, s. 155.; YENİDÜNYA, Legal Eylül 2005, s. 3295.; nakleden TEZCAN, D., ERDEM, M. R., ÖNOK, M., a.g.e., s. 307.

Maddenin bu fıkrasında, failin mağdurun savunmasız durumundan yararlanarak suçu işlenmesi ağırlaştırıcı neden olarak kabul edilmiştir. Mağdurun beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunması fail açısından suçun işlenmesini kolaylaştırmaktadır. İtalyan Yargıtayı da, bu yönde verdiği bir karar da, salt savunmasız bir kimseyle cinsel ilişkiye girmenin değil, bir “güç farkı”nın kötüye kullanılmasıyla zayıf durumdaki mağdurun cinsel davranışa sevk edilmesinin cezalandırıldığı bildirilmektedir (İtalyan Yargıtayı’nın 5.2.1998, 1346 sayılı kararı).¹⁵⁸

Bu bendin uygulanabilmesi için failin eylemini ruh ve beden bakımından kendisini savunamayacak durumda olduğunu düşündüğü kimseye karşı gerçekleştirmesi yeterlidir. Mağdurun aslında kendisini savunabilecek güce sahip olmasının önemi bulunmamaktadır. Bu durum suç kastı içinde değerlendirilmelidir.¹⁵⁹

Failin dışarıdan anlaşılmayan, kuşkulanmayı gerektiren bir özellik ve belirtinin de bulunmadığı beden ve ruh durumundaki zayıflıktan sorumlu tutulması, failin kastı açısından olanaklı değildir. Failin bu bentte öngörülen ağırlaştırıcı hâlden sorumlu tutulabilmesi için, mağdurun beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda olduğunu bilmesi gereklidir. Failin, bunu bilmemekle birlikte, kuşkulanmasını gerektiren bir durumun varlığına rağmen eylemi gerçekleştirmesi halinde olası kastla hareket ettiğinin kabulü gerekir.¹⁶⁰

Mağdurun kendini savunamayacak durumda olması, bedensel veya ruhsal bir hastalıktan (akıl hastalığı, felç gibi) ileri gelmiş olabileceği gibi, engelli olmasından da ileri gelmiş olabilir. Söz konusu halin, devamlı ya da geçici olması

¹⁵⁸ TEZCAN, D., ERDEM, M. R., ÖNOK, M., a.g.e., s. 307.

¹⁵⁹ MERAN, N., a.g.e., s. 322.

¹⁶⁰ MERAN, N., a.g.e., s. 322.; aynı yöndeki görüş için ayrıca bkz, ARTUK, GÖKCEN, YENİDÜNYA, a.g.e., 155.; nakleden GÜNDÜZ, R., GÜLTAŞ, V., a.g.e., s. 30.; MALKOÇ, İ., a.g.e., s. 68.

önemli değildir. Önemli olan mağdurun beden veya ruh sağlığının kendisine karşı gerçekleştirilen fiile mukavemet serbestisini ortadan kaldırmış olmasıdır.¹⁶¹

Mağdurun, failin saldırı eylemine karşı direncinin bulunamaması bazen geçici durumlar için söz konusu olabilir. İlâç, alkol veya uyuşturucu nedeniyle mağdurun direnemez durumda oluşu halinde durum böyledir. Bunlar gibi, geçici heyecan ve şok halleri, uyku hâli de bu niteliktedir. Eyleme direnilmeyen durumlarda da saldırı vardır ve haksızlık nedeniyle suç oluşacaktır. Demek ki, mağdurun failin fiiline direnememe nedeni suç işleme anında var olması yeterli olup, devamlı olmasına gerek yoktur.¹⁶²

Direnememe durumuna sokan etken (alkol, uyuşturucu, uyku, hipnoz), ister mağdur tarafından meydana getirilmiş olsun ister fail tarafından gerçekleştirilsin suçun oluşumunu engellemeyecektir.¹⁶³

Mağdurun beden veya ruh bakımından kendisini savunmayacak durumda olup olmadığının tespiti bilirkişilerce yapılmalıdır. Bu durumu tespit edecek bilirkişiler, konusunun uzmanı olan doktorlar olmalıdır. Örneğin akıl hastalığının tespiti bir psikiyatrist tarafından yapılmalıdır. Fiilin anlam ve önemini idrak edemeyecek derecede akıl hastası olan bir kişinin kendisine karşı yapılan cinsel davranışlara gösterdiği rıza geçerli bir rıza değildir. Failin cinsel saldırı kastının, mağdurun savunmasız durumda bulunduğu zamana yönelik olması, bu maddenin uygulanabilmesi açısından önem taşır. İtalyan Yargıtayı'nın vurguladığı üzere, burada bir yandan psişik ya da fiziksel özürlü olan kimselerin de bir cinsel hayata sahip olmasına müsaade etme ihtiyacıyla, bu zayıf kimselerin durumundan faydalanılarak başkalarının zevk aracı olarak kullanılmalarını önleme gereği ile bağdaştırılmalıdır. Buna göre, zayıf kişi cinsel davranışta bulunmaya ya da buna katlanılmaya sevk edilmelidir fakat bu sonuca mağdurun noksanı, özürlü kötüye

¹⁶¹ GÜNDÜZ, R., GÜLTAŞ, V., a.g.e., s. 30.

¹⁶² MALKOÇ, İ. a.g.e., s. 69.

¹⁶³ MALKOÇ, İ. a.g.e., s. 69.

kullanılarak varılmalıdır. Bu bakımdan, fiziksel ya da zihinsel özrü olan kimselerin göstermiş olduğu rızanın mutlak surette geçersiz olduğunun düşünülmesinin yanında, rızanın geçersizliği sebebi, bu maddenin uygulanması için tek başına geçerli bir neden olmamalıdır. Aynı zamanda mağdurun, cinsel konudaki algılama ve irade yeteneğinin olup olmadığı ve failin mağdurun durumunu kötüye kullanarak onu cinsel davranışa teşvik edip etmediği araştırılmalıdır (İt. Yrg., 2.10.1999).¹⁶⁴

Bu maddede bahsedildiği şekilde, eşe karşı gerçekleştirilen fiillerin takibinin şikâyete bağlı olmayacağını, takibin re'sen yapılacağını savunmak yerinde bir düşünce değildir. Örneğin ileri derecede akıl hastası olan veya bedensel engelli olan eş ile yaşanan bir cinsel ilişki sonucunda re'sen takibat yapılması durumunda aile birliğinin sarsılacağı açıktır. Veya alkol almış ve savunmasız durumda bulunan ya da uykuda olan eşe karşı gerçekleştirilen nitelikli veya basit cinsel saldırı fiili sonucunda takibin re'sen yapılması durumunda da aynı şekilde aile birliğinin sarsılacağına hiç şüphe yoktur. Çünkü takip, re'sen yapıldığı için mağdur eşin şikâyetten vazgeçmesi durumunda, vazgeçmenin soruşturma ve koşturmaya etkisi olmayacağı ve fail eşin, mağdur eşin şikâyetten vazgeçmesine rağmen mutlaka cezalandırılacağı açıktır.

Ruhsal yönden cinselliği anlayabilecek düzeyde, ancak beden bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan ergin kişinin rızasıyla fiilin gerçekleştirilmesi halinde, cinsel saldırı suçunun oluşmayacağına kuşku yoktur.¹⁶⁵ Ancak mağdurun saflığı ve deneyimsizliği fıkra kapsamı dışındadır.¹⁶⁶

¹⁶⁴ LATTANZI, s. 1449.; nakleden TEZCAN, D., ERDEM, M. R., ÖNOK, M., a.g.e., s. 307-308.

¹⁶⁵ AKŞİN, a.g.m., Yargıtay Dergisi.; nakleden GÜNDÜZ, R., GÜLTAŞ, V., a.g.e., s. 32.

¹⁶⁶ BAYTEMİR, E., a.g.e., s. 239.

2.8.2. Cinsel Saldırı Suçunun Kamu Görevinin veya Hizmet İlişkinin Sağladığı Nüfuzu Kötüye Kullanmak Suretiyle İşlenmesi

Kamu görevlisi veya mağdurla aralarındaki hizmet ilişkisi dolayısıyla hüküm ve nüfuz sahibi olan kimselerin, bu konumlarını (özellikle de mağdur üzerindeki otoritelerini) kötüye kullanarak mağdurun mukavemetini daha kolay kırmaları ve cinsel saldırı suçunu işlemeleri mümkündür. Hüküm; egemenlik altına alma, nüfuz ise mağdur üzerinde etkili olabilmelidir.¹⁶⁷ Bu fıkrada iki nitelikli hâle aynı bent içinde yer verilmiştir. Her iki durum da mağdura karşı suçun işlenmesini kolaylaştırdığı için cezanın ağırlaştırılması gerekçesini oluşturmaktadır.¹⁶⁸

2.8.2.1. Cinsel Saldırı Suçunun Kamu Görevinin Sağladığı Nüfuzu Kötüye Kullanmak Suretiyle İşlenmesi

Bu nitelikli hâlin uygulanması için failin kamu görevlisi olması tek başına yeterli olmayıp, aynı zamanda bunun sağladığı “nüfuz”un da kötüye kullanılması arandığından, failin yerine getirdiği kamu görevinin suçun işlenmesinde özel bir kolaylık sağlaması ve kamu görevi nedeniyle mağdur üzerinde egemenlik kurulabilecek durumda olması zorunludur.¹⁶⁹ Maddede hangi davranışların nüfuzun (etkinliğin) kötüye kullanılması olarak kabul edilmesi gerektiği açıklanmış olmamakla birlikte, görev sınırını aşan ya da görevle ilgili bulunmayan her türlü davranış, suçun, “nüfuzu kötüye kullanmak suretiyle işlenmesi” olarak nitelendirilmelidir.¹⁷⁰ Örneğin, yatılı okul müdürünün, öğrencilerini kendisi ile cinsel ilişkiye girmeye zorlaması veya basit cinsel saldırıda bulunması¹⁷¹ ya da polisin ifadesini almak için çağırdığı şüpheliye cinsel saldırıda bulunması gibi.

¹⁶⁷ BAYTEMİR, E., a.g.e., s. 251.

¹⁶⁸ YENİDÜNYA, Legal Eylül 2005, s. 3296.; nakleden TEZCAN, D., ERDEM, M. R., ÖNOK, M., a.g.e., s. 308.

¹⁶⁹ TEZCAN, D., ERDEM, M. R., ÖNOK, M., a.g.e., s. 308.

¹⁷⁰ MERAN, N., a.g.e., s. 323.

¹⁷¹ TEZCAN, D., ERDEM, M. R., ÖNOK, M., a.g.e., s. 308.

Hiyerarşik üstünlük ve mağdurla ilgili kararlar alabilme yetkisi itibariyle, mağduru baskı altında tutma olanağının yasaya aykırı kullanılması da bu bent kapsamına göre değerlendirilmelidir. Failin, hiyerarşik üstünlüğünü kullanarak mağdura cinsel saldırıda bulunması durumunda, failin bu madde hükümlerine göre cezalandırılması gerekmektedir.

2.8.2.2. Cinsel Saldırı Suçunun Hizmet İlişkisinin Sağladığı Nüfuzu Kötüye Kullanmak Suretiyle İşlenmesi

Hizmet ilişkisi gereği mağdur üzerinde egemenlik kurabilecek durumda olan kişilerin işlediği cinsel saldırı bu nitelikli hâl kapsamına girer. Hizmet ilişkisinin kamusal veya özel bir kuruma bağlı olarak yerine getirilmesinin önemi olmadığı gibi, ücretli veya ücretsiz, geçici veya sürekli olması da önemli değildir. Önemli olan, fail ile mağdur arasında hizmet ilişkisinden kaynaklanan bir bağımlılık ilişkisinin bulunması ve failin de bu ilişkinin sağladığı kolaylıktan yararlanarak suçu işlemesidir.¹⁷² Hizmet ilişkisi kişiler arasında bağlılık yaratır. Hizmeti yapan, hizmet ettiği şahsa bağlıdır. Hizmet edilen şahıs hizmet eden üzerinde bir üstünlüğe sahiptir. Çünkü kendisine iş ve para vermektedir. Bu üstünlüğün cinsel saldırı için kullanılması ağırlatıcı sebep sayılmıştır.¹⁷³

YTCK 102/3-b bendinin uygulanabilmesi için, kamu görevinin ya da hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuzun kötüye kullanılması gerekmez. Fakat yapılan görevin veya hizmetin sağladığı etkin durum veya nüfuz nedeniyle suçun işlenmesi gerekir. Bir kamu görevlisinin daha önce işini yaptığı ya da yanında çalıştırdığı kişiye cinsel saldırı eylemini gerçekleştirmiş olması durumunda bu bent hükmü uygulanmaz.¹⁷⁴

¹⁷² MALKOÇ, İ., a.g.e., s. 64.; nakleden TEZCAN, D., ERDEM, M. R., ÖNOK, M., a.g.e., s. 308.

¹⁷³ SOYASLAN, D., a.g.e., s. 179.

¹⁷⁴ MERAN, N., a.g.e., s. 323.

Fail gerçekte YTCK 102/3-b bendinde sayılan niteliklere sahip olmadığı hâlde, bu özelliklerin kendisinde var olduğuna dair mağduru kandırarak cinsel saldırı suçunu işlemesi durumunda bu fıkranın uygulanıp uygulanmayacağına dair doktrinde farklı görüşler vardır.¹⁷⁵ Failin gerçekte bu özelliklere sahip olmaması durumunda, söz konusu cinsel saldırı suçunun işlenmesi halinde, bu bentteki ağırlaştırıcı nedenin uygulanmaması gerektiği kanaatindeyim. Fail burada hile ile mağduru kandırmakta ve cinsel saldırı suçunu işlemektedir. Daha önce belirtildiği üzere, hile, cinsel saldırı suçunun işlenmesinde araç olarak kullanılan yollardan birisidir. Ancak, hile kullanılarak mağdura karşı cinsel saldırı suçunun işlenmesi durumunda, fail hakkında verilecek cezada, suçun işlenmesi sırasında hile kullanıldığından bahisle herhangi bir artırım uygulanmamaktadır. Bu sebeple failin hileli davranışlarla kendisini kamu görevlisi olarak tanıtip mağdura karşı cinsel saldırı suçunu işlemesi durumunda, bu bent hükmü uygulanmayacak ve fail hakkında basit cinsel saldırı olan 102/1 madde uyarınca ya da nitelikli cinsel saldırının temel hali olan 102/2. madde uyarınca ceza yaptırımını uygulanacaktır.

Bu nitelikli hâlin eşe karşı işlenmesi durumunda da yine takibin şikâyete bağlı olması gerektiği düşüncesindeyim. Fail eşin mağdur eşe karşı nitelikli cinsel saldırı suçunu işlerken bu bentte belirtilen şekilde kamu görevinden veya hizmet ilişkisinden dolayı bir güç alıp, bunun kolaylığından yararlanarak fiili işleminin, fail eşin eylemini kolaylaştırıcı bir katkısının olması düşünülemez.

2.8.2.3. Cinsel Saldırı Suçunun Üçüncü Derece Dâhil Kan veya Kayın Hısımlığı İlişkisi İçinde Bulunan Bir Kişiyeye Karşı İşlenmesi

Mağdurla fail arasında YTCK' nın 102/3-c maddesinde belirtilen derecede akrabalık ilişkisinin bulunması, cezayı arttırıcı bir nitelikli unsur sayılmıştır. Akrabalık ilişkisinin ağırlaştırıcı neden sayılmasının altında yatan düşünce, suçun işlenmesinde sağladığı kolaylıktır.¹⁷⁶ Fail, mağdurun kendisine duyduğu

¹⁷⁵ Karşıt görüş için bkz., **MALKOÇ, İ.**, a.g.e., s. 72.; yazar bu durumda failin 102/3-b bendi uyarınca cezalandırılmasının yerinde olduğu görüşünü savunmaktadır.

¹⁷⁶ **BAYTEMİR, E.**, a.g.e., s. 259.

güvenden istifade ederek bu suçu işlemektedir. Bu gibi hallerde hem fiilin işlenmesi kolaylaşmakta, hem de mağdurun mukavemeti daha kolay kırılabilmektedir.¹⁷⁷

ETCK' nın 417. maddesinde yakın akraba olarak üstsoy ile veli ve vasiden söz edilmiş iken, YTCK' nın 102. maddesinin 3-c bendinde, “üçüncü derece dâhil kan veya kayın hısımlığı ilişkisi içinde bulunan bir kişi”den söz edilerek suçun ağırlaştırıcı nedeni için öngörülen akrabalık derecesi, sadece mağdurun üstsoyu veya velisi ya da vasisi olmaktan çıkarılıp, üçüncü derecede dâhil kan hısımlığı yanında aynı derecede kayın hısımlığı da bu artırıcı nedenden sayılmış ve akrabalık kapsamı genişletilmiştir. Ancak eski düzenlemede var olan vasilik ilişkisi bu artırıcı neden içerisine alınmamıştır. Şayet vasi bir hizmet ilişkisi içerisinde bu görevi yerine getiriyor ise o takdirde bir önceki bent gereğince ceza ağırlaştırıcı neden olarak kabul edilebilir.¹⁷⁸

ETCK dönemine karşılık olarak YTCK ile getirilen diğer bir değişiklik ise mağdurla üçüncü derecede akrabalık ilişkisi içinde bulunan failin, mağdur üzerinde hüküm veya nüfuzunun olup olmaması şartının aranmayacak olmasıdır. Olayda bu derecede bir akrabalık ilişkisinin olması ağırlaştırıcı nedenin uygulanması için yeterlidir.¹⁷⁹ Örneğin mağdur ile fail yıllardır görüşmeyen amca ve yeğen olabilir. Bu durumda, amcanın yeğeni üzerinde herhangi bir nüfuzu bulunmasa da, aralarındaki kan bağı derecesi bu maddenin uygulanması açısından yeterlidir.

Kişiler arasındaki kan hısımlığının derecesi aradaki doğumların sayısına göre belirlenir (MK. madde 17). Söz konusu doğumların sayısı, kişileri birbirine bağlayan çizgilerin sayılmasıyla bulunur. Bir örnekle durumu açıklamak gerekirse, çocuk ile anne ve babası arasında birinci, büyük anne ve büyük babaları

¹⁷⁷ BAYTEMİR, E., a.g.e., s. 259.

¹⁷⁸ BAYTEMİR, E., a.g.e., s. 259.

¹⁷⁹ BAYTEMİR, E., a.g.e., s. 259-261.

ile kardeşleri arasında ikinci dereceden, amca, dayı, hala ve teyzesiyle üçüncü dereceden hısımlık ilişkisi vardır.¹⁸⁰

Fail ile mağdur arasında üçüncü derece dâhil kayın hısımlığı ilişkisinin bulunması, kan hısımlığının derecesi gibi hesaplanır.

Eşlerden birinin kendi kan hısımlığıyla olan hısımlık derecesi, diğer eşin de o kimse ile olan kayın hısımlığının derecesini gösterir. Örneğin, karının, babası ile olan kan hısımlığı birinci dereceden, kardeşi ile olan kan hısımlığı ikinci dereceden olduğuna göre, kocanın da karısının babası ile olan kayın hısımlığı birinci dereceden, karısının kardeşi ile olan hısımlığı ikinci dereceden, karısının amcası, halası ile olan hısımlığı üçüncü derecedendir.¹⁸¹ Kimi yazarlar kayın hısımlarından, amca, hala teyze çocuklarının da belirtilen akrabalık derecesinin içinde olduğunu savunmaktadırlar.¹⁸² Bu görüşe katılmak mümkün değildir. Ancak yeğenlere karşı işlenen cinsel saldırı suçu bu bent kapsamında değerlendirilmelidir. Kardeş çocukları arasında dördüncü derece hısımlık söz konusu olduğundan bu çocukların birbirlerine karşı işledikleri cinsel saldırı suçu bu nitelikli halin kapsamına girmez.¹⁸³ Belirtilen derecelerdeki evlatlık ilişkisi de bu bent kapsamına dâhildir.¹⁸⁴

¹⁸⁰ **DURAL, M.** (1984), *Türk Medeni Hukukunda Gerçek Kişiler*, 2. Bası, s. 193, İstanbul.; nakleden **SOYASLAN, D.**, a.g.e., s. 179-180.

¹⁸¹ **SOYASLAN, D.**, a.g.e., s. 180.

¹⁸² **TEZCAN, D., ERDEM, M. R., ÖNOK, M.**, a.g.e., s. 309.

¹⁸³ **GÜNDÜZ, R., GÜLTAŞ, V.**, a.g.e., s. 33.

¹⁸⁴ Karşıt görüş için ayrıca bkz., **GÜNDÜZ, R., GÜLTAŞ, V.**, a.g.e., s. 33-34.; yazarlar evlatlık ilişkisinin bu bent kapsamında olmadığını savunmaktadırlar. Yazarlara göre evlatlık ilişkisi 102/3-c bendinde, 103/3 maddesinde belirtildiği gibi açıkça belirtilmediği için evlatlığa karşı işlenen cinsel saldırı suçlarının bu bent kapsamında değerlendirilemeyeceğini savunmaktadırlar. Kanımca bu görüş yerinde değildir. Evlat edinme kararı mahkemece verildikten sonra, TMK 305. ve devamı maddeleri uyarınca evlat edilen ile evlatlık arasında kanundan ötürü birinci dereceden bağ kurulmaktadır. Bu sebeple evlatlığa karşı işlenen cinsel saldırı suçları bu bent kapsamında değerlendirilmelidir.

Kan ve kayın hısımlığının varlığı nüfus kayıtları esas alınarak belirlenmelidir.¹⁸⁵ Doktrinde kimi yazarlar, söz konusu nitelikli halin her durumda uygulanması açısından nüfus kayıtlarının esas alınması gerektiğini ileri sürmenin yerinde bir uygulama olmadığını, ceza hukukunun gerçeği araştırmak ve somut gerçeğe göre uygulama yapmak amacıyla çeliştiğini bu nedenle nüfus kayıtlarına göre kan bağı saptanamamış olsa bile, somut olarak taraflar arasında maddede öngörülen yakınlıkların bilimsel verilerle ortaya konulmuş olması durumunda, öncelikle kayıtların düzeltilmesinin mümkün olup olmadığını araştırılarak düzeltmenin sağlanmasını, bu durumun mümkün olmasa bile bilimsel bir gerçeklik olarak ortaya konulan akrabalık bağının da uygulamada göz önüne alınması gerektiğini savunmaktadırlar.¹⁸⁶ Bu görüşe katılmak mümkün değildir. Failin bu bende göre cezalandırılmasının sebebi, bilerek ve isteyerek yakınlarına karşı cinsel saldırı suçunu gerçekleştirmesidir. Failin bu suçu işledikten sonra, söz konusu maddede geçen, mağdurla arasındaki hısımlık derecesini öğrenmesi durumunda, kayıtların düzeltilerek failin cezalandırılması YTCK 21. maddesine aykırılık teşkil eder. Suçun oluşması kastın varlığına bağlı bulunduğu failin kasten nüfus kayıtlarında sabit olan üçüncü derece hısımlarına karşı cinsel saldırı suçunu işlemesi gerekmektedir. Ancak fail cinsel saldırı suçunu işlemeyen önce nüfus kayıtlarında düzeltme olmuşsa ve kanuni olarak mağdurla fail arasında hısımlık ilişkisi kurulmuşsa bu durumda fail hakkında 102/3-c maddesinin uygulanmasının yerinde olacağı kanaatindeyim.

TMK'nın 18. maddesi “eşlerden biri ile diğer eşin kan hısımları, aynı tür ve derecede kayın hısımları olur. Kayın hısımlığı, kendisini meydana getiren evliliğin sona ermesiyle ortadan kalkmaz” hükmünü içermektedir. Kimi yazarlar bu maddenin göz önünde bulundurulduğunda, boşandıktan sonra kayın hısımlığının devam etmesi sebebiyle, failin kayın hısımlarına karşı işlediği cinsel

¹⁸⁵ GÜNDÜZ, R., GÜLTAŞ, V., a.g.e., s. 33.; aynı yöndeki görüş için ayrıca bkz. MERAN, N., a.g.e., s. 324.; MALKOÇ, İ., a.g.e., s. 73.

¹⁸⁶ GÜNDÜZ, R., GÜLTAŞ, V., a.g.e., s. 32-33.; benzer görüş için ayrıca bkz. MALKOÇ, İ., a.g.e., s. 73.

saldırı suçundan dolayı 102/3-c maddesi uyarınca cezalandırılması gerektiği görüşünü savunmaktadırlar.¹⁸⁷

İsmail Malkoç'a göre; TMK'nın 18. maddesi göz önünde bulundurulduğunda, evlilik sona erse bile diğer eşin madde kapsamındaki yakınlarına karşı gerçekleştirilen cinsel saldırı niteliğindeki eylemler, YTCK'nın 102/3-c maddesindeki belirtilen cinsel saldırı suçunun nitelikli halini oluşturacaktır. Boşanma durumunda diğer eşe karşı suçun işlenmesi durumunda nitelikli bir hal söz konusu olmayacak iken onun yakınlarına karşı nitelikli halin oluşması bir çelişkidir. Zira eş, hısımlık veya akraba değil sadece eştir ve boşanma ile eşler arasında hiçbir ilişki kalmaz. İctihatla da aşılması zor olan bu durum herhalde bir yasa değişikliği gerektirecektir ve Anayasa'ya aykırılık sorunu yapılacaktır.¹⁸⁸

Necati Meran bu durumda 102/3-c maddesinin uygulanmaması gerektiği görüşündedir. Meran'a göre; her ne kadar TMK'nın 18. maddesi göz önünde bulundurulsa da, Yargıtay öldürme suçuna ilişkin eski tarihli bir kararında bunu kabul etmemekte ve “yerleşmiş içtihatlarla göre evliliğin sona ermesi ile sıhrî hısımlığın ortadan kalkmayacağına ilişkin Medeni Kanun'un 18. maddesindeki ilke, sadece aile arasındaki hukuksal bağların sürdürülmesi amacına dayalı olup, ceza hukuku açısından bu husus cezada artırım nedeni (şiddet nedeni ya da şiddet unsuru) olamayacağından maktule ile sanık Ö. arasındaki daha önce oğlunun ölümü ile mevcut kayınbaba-gelin ilişkisi sona erdiğinden sanık hakkında ETCK 448. (YTCK 81) maddesiyle hüküm kurmak gerekirken ETCK 449/1 (YTCK 82) maddesiyle hüküm tesisi, yasaya aykırıdır” görüşünü taşımaktadır¹⁸⁹. Meran'ın belirttiği üzere Yargıtay'ın bu görüşü yerindedir. Gerçekten fail ile mağdur

¹⁸⁷ GÜNDÜZ, R., GÜLTAŞ, V., a.g.e., s. 34.; aynı görüş için ayrıca bkz., MALKOÇ, İ., a.g.e., s. 73-74.

¹⁸⁸ MALKOÇ, İ., a.g.e., s. 74.

¹⁸⁹ (1. CD. 14.03.1995, 5045/637), (MERAN Türk Ceza Kanunu, s. 378.); nakleden MERAN, N., a.g.e., s. 324-325.

arasında kayın hısımlığı ilişkisi bittikten sonra failin bu hısımlık kastıyla suçu işlediği düşünülemez. Kanımca Necati Meran'ın bu konudaki görüşü yerindedir.

2.8.2.4. Cinsel Saldırı Suçunun Silahla veya Birden Fazla Kişi Tarafından Birlikte İşlenmesi

Burada da iki farklı nitelikli hale aynı bentte yer verilmiştir.

2.8.2.4.1. Cinsel Saldırı Suçunun Silahla İşlenmesi

Faile cesaret vererek suçun icrasını kolaylaştırdığı ve mağdur üzerinde ciddi korku meydana getirdiği, mağdurun mukavemetini kırdığı için, cinsel saldırı suçunun silahla işlenmesi cezanın arttırılmasını gerektiren, fiilin işleniş tarzıyla ilgili bir nitelikli unsurudur.¹⁹⁰

YTCK'nın tanımlar başlığını taşıyan 6. maddesinin f bendinde silahın tanımı yapılmıştır. Buna göre, silah deyiminden;

- 1- Ateşli silahlar,
- 2- Patlayıcı maddeler,
- 3- Saldırı ve savunmada kullanılmak üzere yapılmış her türlü kesici, delici veya bereleyici alet,
- 4- Saldırı ve savunma amacıyla yapılmış olmasa bile fiilen saldırıda kullanılmaya elverişli diğer şeyler,
- 5- Yakıcı, aşındırıcı, yaralayıcı, boğucu, zehirleyici, sürekli hastalığa yol açıcı nükleer, radyoaktif, kimyasal, biyolojik maddeler, anlaşılır.

Silah, mağdurun rızasını elde etmek için cebirin kullanılmasında bir araç durumundadır.¹⁹¹ Fail silahı, cinsel saldırı suçunun icrası sırasında vasıta olarak kullanılmalıdır. Suçun icrasında vasıta olarak kullanılmaktan anlaşılması gereken,

¹⁹⁰ BAYTEMİR, E., a.g.e., s. 261.

¹⁹¹ SOYASLAN, D., a.g.e., s. 177.

mağdurun, fail tarafından cinsel saldırı suçunun işlenmesi için silah kullanılmak suretiyle etkisiz hale getirilmesi ya da eyleme direnme gücünün silah tehdidiyle ortadan kaldırılmasıdır.¹⁹² Söz konusu nitelikli halin uygulanabilmesi için silahın fiilen kullanılmış olmasına gerek yoktur. Mağdurun iradesini etkileyecek şekilde, örneğin tabancanın kılıf içinde mağdura gösterilmesi¹⁹³ ya da tabancanın doğrudan mağdura gösterilerek teşhir edilmesi bu bendin uygulanması için yeterlidir. Yalnız bu görünüşün silahın varlığını ve gerekirse kullanılabileceğini ifade eder biçimde olması gerekmektedir. Aksi takdirde silahın ilgisiz bir şekilde görünmesi bu bendin uygulanması için yeterli değildir.¹⁹⁴ Örneğin failin cinsel saldırı suçunu işlerken, kasıtlı olarak belindeki tabancayı, mağdura göstermemesine rağmen, mağdurun silahı fark etmiş olması bu fıkranın uygulanması için yeterli değildir. Çünkü fail, suçun işlenmesini kolaylaştırmak için silaha araç olarak başvurmamıştır.

Silah, suçun unsurlarından olan tehdit veya cebiri oluşturacak ve mağdurun, kendisine yapılacak olan cinsel saldırıya karşı direncini ortadan kaldıracak şekilde kullanılmalıdır. Sadece silahtan söz edilerek “keserim, öldürürüm, kurşunlarım” demek, YTCK 102/3-d maddesinde düzenlenen cinsel saldırının silahla işlenmesi nitelikli halinin uygulanması için yeterli değildir.¹⁹⁵ Suç tamamlandıktan sonra tehdit veya başka herhangi bir suçun işlenmesi sırasında kullanılan silah, YTCK’ nın 102-3-d maddesinde ifade edilen cinsel saldırının ağırlaştırıcı halinin uygulanma nedeni olarak kabul edilemez.¹⁹⁶ Cinsel saldırı suçunun işlenmesinden sonra, işlenen silahla tehdit suçunda, ancak YTCK 106/2-a maddesinde ifade edilen tehdit suçunun nitelikli halinin varlığı kabul edilmelidir. Kuru sıkı silahla işlenen cinsel saldırı suçunun da, bu kapsamda

¹⁹² **MERAN, N.**, a.g.e., s. 325.

¹⁹³ **ARTUK, M. E., GÖKCEN, A., YENİDÜNYA, A. C.**, a.g.e., s. 157.; nakleden **MALKOÇ, İ.**, a.g.e., s. 74.

¹⁹⁴ **MALKOÇ, İ.**, a.g.e., s. 74.

¹⁹⁵ **MALKOÇ, İ.**, a.g.e., s. 74.

¹⁹⁶ **MERAN, N.**, a.g.e., s. 325.

değerlendirilmesi gerekmektedir. Gerçekten mağdur failin elindeki silahın gerçek olup olmadığını anlayamaz. Bu sebeple mağdurun isteklerine karşı koyamayabilir.¹⁹⁷

2.8.2.4.2. Cinsel Saldırı Suçunun Birden Fazla Kişi Tarafından Birlikte İşlenmesi

Cinsel saldırı suçunun, birden fazla kişi ile işlenmesinin cinsel saldırı suçunun ağırlaştırıcı nedeni olarak kabul edilmesinin sebebi, mağdurun direncinin kırılmasında sağladığı kolaylıktır. Kanun maddesinde suçun ağırlaştırıcı nedenini “birden fazla kişi ile birlikte işlenmesi” şeklinde ifade edilmiştir. Kanun maddesi göz önünde bulundurulduğunda, bu hükmün uygulanabilmesi için, faillerin en az iki kişi olması ve aynı amaç doğrultusunda müşterek (YTCK 37/1) hareket etmeleri gerekmektedir.

Bu nitelikli halin uygulanabilmesi için en az iki kişinin suça birlikte fail olarak (YTCK m. 37/1) katılmış olmaları gerekli ise de, bu faillerin hepsinin cinsel saldırıda bulunmaları gerekli değildir. Bu yüzden faillerden birisi, suçun cebir unsurunu, diğeri ise cinsel davranış unsurunu gerçekleştirdiğinde de bu nitelikli hal uygulanır.¹⁹⁸ Ancak azmettiren veya suça bizzat katılmadan yardım edenler bu sayıya dâhil değildir. Azmettiren ve faile yardım eden kişinin, failin işlediği fiile katılması beklenemez. Fıkroda açıkça söz konusu fiilin birlikte işlenmesinden bahsedilmektedir. Bu sebeple azmettiren ve yardım eden hakkında YTCK 102/3-d maddesi uygulanmaz. Örneğin mağdurun kaçırılmasında kullanılan arabayı temin eden kişi YTCK 102/3-d maddesine göre cezalandırılmaz. Suçun işlenmesinde kullanılan arabayı temin eden fail hakkında, yardım etme başlığı adı altında düzenlenmiş olan YTCK'nın 39/2-b maddesi tatbik edilecektir.¹⁹⁹ Yine olaya bizzat katılmayıp gözcülük yapan kişi

¹⁹⁷ Aynı yöndeki görüş için ayrıca bkz., **BAYTEMİR, E.**, a.g.e., s. 262.

¹⁹⁸ **ARTUK, GÖKCEN, YENİDÜNYA**, 2. Bası, s. 771.; **ÖNDER**, s. 470.; **DÖNMEZER**, *Genel Adap*, no. 91.; nakleden **TEZCAN, D., ERDEM, M. R., ÖNOK, M.**, a.g.e., s. 310.

¹⁹⁹ Benzer görüş için ayrıca bkz, **BAYTEMİR, E.**, a.g.e., s. 267.; **TOROSLU**, *Ceza Hukuku*, s.

hakkında da suça yardım eden sıfatından dolayı YTCK'nın 39/2-b maddesi uygulanacaktır.²⁰⁰ Gözcülük yapan kişi bizzat suça katılmamaktadır. Azmettiren hakkında da YTCK 38. maddesi uygulanacaktır. YTCK 102/3-d bendinin uygulanabilmesi için eylemin tamamlanması gerekmez. Bu suça iştirakten dolayı sorumlu tutulabilmek için cinsel saldırı suçunun en azından teşebbüs aşamasına varmış olması gerekir.

Müşterek faillikte, birlikte suç işleme kararının yanı sıra, fiil üzerinde ortak hâkimiyet kurulduğu için, her bir suç ortağı fail statüsündedir. Ortak hâkimiyetin kurulup kurulmadığının saptanmasında suç ortaklarının suçun icrasındaki rolleri ve katkılarının taşıdığı önem göz önünde bulundurulur. Bu durumda fiilin icrası veya sonuçsuz kalması ortak faillerden her birinin elinde bulunmaktadır. Örneğin suç ortaklarından birinin cebir veya tehdit kullanarak mağduru etkisiz hale getirmesi, diğerinin ise mağdur üzerinde cinsel saldırı eylemini gerçekleştirilmesi durumunda her iki suç ortağının suçun işlenişine yaptıkları katkı, suçun icrası açısından birbirini tamamlayıcı niteliktedir. Dolayısıyla, her iki suç ortağı, suçun işlenişini üzerinde ortak bir hâkimiyet kurmaktadır.²⁰¹

Müşterek faillik bakımından zorunlu diğer bir koşul, failler arasında birlikte suç işleme kararının varlığıdır. Belli bir hareketin icrasına ve neticenin meydana gelmesine ilişkin olan birlikte suç işleme kararı, kast kapsamında düşünülmelidir. Suç ortaklarının suçun işlenişine ilişkin kastlarının doğrudan veya olası kast gibi farklılık göstermesinin, müşterek fail olarak sorumlulukları üzerinde bir etkisi yoktur.²⁰²

62.; **YENİDÜNYA**, Legal Eylül 2005, s. 3297; nakleden **TEZCAN, D., ERDEM, M. R., ÖNOK, M.**, a.g.e., s. 286.

²⁰⁰ Benzer görüş için ayrıca bkz., **SOYASLAN, D.**, a.g.e., s. 178.; farklı yönde görüş için bkz., **AKÇİN, İ.**, a.g.m., s. 120.; nakleden **MALKOÇ, İ.**, a.g.e., s. 75.

²⁰¹ **MERAN, N.**, a.g.e., s. 327.

²⁰² **MERAN, N.**, a.g.e., s. 327.

Eğer faillerden her biri 102/3-d maddesi uyarınca nitelikli cinsel saldırıda bulunmuşsa, bu durumda cinsel saldırı sayısınca suç vardır. Söz konusu halde failler hakkında maddi içtima hükümleri uygulanacaktır.²⁰³

Eylemin silahlı birden fazla kişi tarafından gerçekleştirilmiş olması halinde, temel cezanın belirlenmesinde YTCK' nın 61. maddesi değerlendirilerek, failler hakkında daha fazla cezaya hükmedilecektir.²⁰⁴

2.9. Cinsel Saldırı Suçunun İşlenmesi Sırasında Mağdurun Direncinin Kırılmasını Sağlayacak Ölçünün Ötesinde Cebir Kullanılması

Her ne kadar YTCK' nın 102. maddesinde ETCK' dan farklı olarak açıkça suçta kullanılan araç olarak cebir, tehdit, hile veya mağdurun faile direnemeyeceği durumdan söz edilmemiş ise de, 102. maddenin gerekçesinde bu durumlardan bahsedilmiş ve cebirin aşırı kullanılması durumu 102. maddenin 4. fıkrasında düzenlenmiştir.

Cebir, cinsel saldırı suçunun işlenmesi sırasında başvuru yollardan birisidir. Kendisine cinsel saldırıda bulunulan mağdurun, faile karşı direnmeden teslim olması düşünülemez. Cinsel saldırı suçu mağdurun rızası dışında gerçekleştirilmektedir. Bu sebeple fail, cinsel saldırı suçunu işlemek için mağdurun direncini kırabilmek amacıyla cebir, tehdit veya hileye başvurmaktadır.

Fail tarafından cebire maruz kalan kişi, bu fiziki gücün meydana getirdiği acının etkisiyle belli bir davranışta bulunmaya zorlanmaktadır. Suçun işlenmesi sırasında kullanılan, mağdurun direncinin kırılmasına yarayacak ölçüdeki cebir, suç oluşturmayacaktır. Buraya kadar kullanılan cebir cinsel saldırıyı gerçekleştirmeye yöneliktir. Ancak bu cebirin, direnci kırmaya yarayacak ölçünün dışında olması yaralama suçunu oluşturacaktır. Çünkü failin cinsel saldırıyı gerçekleştirmeye yetecek ölçüde cebir kullanması cinsel saldırı suçunun

²⁰³ SOYASLAN, D., a.g.e., s. 178.

²⁰⁴ MALKOÇ, İ., a.g.e., s. 77.

unsurlarındandır. Fakat failin bu ölçünün ötesinde cebir kullanması mağdurun bedensel olarak ızdırap çekmesine neden olduğu açıktır.²⁰⁵ Bu sebeple failin, mağdurun direncinin kırılmasını sağlayacak ölçünün ötesinde cebir kullanması bu fıkra uyarınca ağırlaştırıcı neden olarak kabul edilmiştir.

Ancak, cinsel saldırı suçunun işlenmesi sırasında kullanılan cebirin, hangi durumlarda mağdurun direncinin kırılmasını sağlayacak ölçünün ötesinde kullanıldığı, fıkranın içeriğinden ve maddenin gerekçesinden anlaşılamamaktadır. Bu hususun yoruma açık olması sebebiyle doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. Kimi yazarlar cinsel saldırı suçunun işlenmesi sırasında kullanılan cebirin YTCK 87 maddesinde ifade edilen netice sebebiyle ağırlaştırılmış yaralama vasfında olması gerektiği görüşünü savunmaktadırlar.²⁰⁶ Kanımca mağdurun direncinin kırılması için kullanılan cebirin ölçüsünü her olay için ayrı değerlendirilmek gerekir.²⁰⁷ Cebirin, mağdurun direncinin kırılmasını sağlayacak ölçünün ötesinde kullanılıp kullanılmadığı, mağdur ve failin fiziki durumu göz önüne alınarak değerlendirilmelidir. Elbette ki fiziki yaratılış olarak erkek kadına nazaran daha kuvvetlidir. Ancak bu fıkra uygulanırken fiziki kuvvet farkı, yaş, gibi benzeri durumlar göz önüne bulundurulmalıdır. Örneğin çok yaşlı veya hastalıktan ötürü güçsüz olan mağdurun direnci çok basit bir güçle engellenebilecekken, aşırı bir güç kullanılması durumunda failin kullanmış olduğu cebir YTCK 102/4 maddesi kapsamında değerlendirilmeli, failin mağdur üzerinde yarattığı etki göz önünde bulundurulmalı ve YTCK 86 veya 87. maddeye göre faile ceza verilmelidir. Bu fıkranın uygulanmasında kesin ve değişmez ölçüler koyulmasına olanak yoktur. Bu fıkroda mağdura, olay yerine, zamanına, kişilerin konumuna göre değişebilecek göreceli bir değerlendirme sorunu vardır. Bu niteliğin tespit ve değerlendirmesinde uzman bilirkişilerin görüşlerinin alınması gerekebilir.²⁰⁸ Ancak yine de, cinsel saldırı eylemine karşı mağdurun direncinin kırılması için gereken ölçünün ne olduğunu hâkim saptayacaktır.²⁰⁹

²⁰⁵ **MERAN, N.**, a.g.e., s. 330.

²⁰⁶ **SOYASLAN, D.**, a.g.e., s. 173 - 174

²⁰⁷ Benzer görüş için bkz., **MALKOÇ, İ.**, a.g.e., s. 78.

2.10. Cinsel Saldırı Suçunun Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Halleri

YTCK'nın 102. maddesinin 5. ve 6. fıkralarında, basit veya nitelikli cinsel saldırı suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış halleri düzenlenmiştir.

2.10.1. Cinsel Saldırı Suçunun Sonucunda Mağdurun Beden veya Ruh Sağlığının Bozulması (YTCK m. 102/5)

Bu fıkroda, basit veya nitelikli cinsel saldırı suçunun sonucunda, mağdurun beden veya ruhsal sağlığının bozulması, suçun ağırlaştırıcı nedeni olarak kabul edilmiştir. Ancak hangi hallerin beden veya ruh sağlığının bozulması kapsamında değerlendirileceği fıkroda belirlenmemiştir.

Mağdurun beden veya ruh sağlığının geçici ya da kalıcı olarak bozulmasının bir önemi yoktur. Bir hastalığın tedavisinin uzun bir süreci gerektirmesi durumunda bu fıkradaki halin varlığından söz edilebilir.²¹⁰ Eylem öncesi ruh sağlığı esasen bozuk olanların (akıl hastalarının) ruh sağlığının bozulup bozulmadığını aramaya gerek yoktur. Bunların cinsel saldırı nedeniyle ancak beden sağlıklarının bozulması söz konusu olabilir.²¹¹

Mağdurun sağlığını bozan eylemler cinsel saldırı suçunun icra hareketlerinden kaynaklanacağı gibi kullanılan cebirden veya uygulanan tehditten de meydana gelebilir. Sonuç aynıdır.²¹²

Mağdurun hastalığı failden almış olması gerekmez.²¹³ Failin mağdura karşı

²⁰⁸ MALKOÇ, İ., a.g.e., s. 79.

²⁰⁹ MERAN, N., a.g.e., s. 331.

²¹⁰ MERAN, N., a.g.e., s. 331-332.

²¹¹ MALKOÇ, İ., a.g.e., s. 80.

²¹² MALKOÇ, İ., a.g.e., s. 80.

gerçekleştirdiği fiil sırasında, mağdurun bulunduğu ortamdan bulaşıcı ve tedavisi uzun sürecek olan bir hastalık kapmış olması durumunda da bu fıkra hükümleri uygulanacaktır. Bu fıkra hükümlerinin uygulanabilmesi için mağdurun ruh veya beden sağlığının bozulması ile cinsel saldırı suçu arasında illiyet bağı olmalıdır.

Her cinsel saldırının doğal olarak mağdurda psikolojik sarsıntıya yol açtığı göz önünde bulundurulursa,²¹⁴ mağdurun ruh sağlığının “bozulması” konusundaki ölçünün ne olduğu sorulabilir.²¹⁵ Adli Tıp uygulamasında, “sürekli” bir bozukluğa yol açılması durumunda bu nitelikli halin uygulanacağı yönünde bir eğilim mevcuttur. Olay tarihinin hemen sonrasında üç aylık bir döneme kadar mağdurda akut stres reaksiyonu görülebilir. Bu bozukluğun tüm tedavilere rağmen altı ay veya daha sonraki bir döneme kadar uzanması, kalıcı olduğunun göstergesidir ve sarsıntı sonrası stres bozukluklarıdır. Mağdura, cinsel saldırı sonrasında beden muayenesi ile birlikte mutlaka ruhsal muayene de yaptırılmalıdır ve mağdur, ruhsal bozukluk açısından tedavi edildiği yere kontrol muayenelerine gönderilmelidir. Beden sağlığının bozulmasında da süreklilik şartı aranmalıdır. Kalıcı bir beden sakatlığı ya da AIDS, Hepatit B, Hepatit C, Frengi, Sifilis, Genital siğiller gibi hastalıkların bulaştırılması da bu kapsamda ele alınmalıdır. Kızlık zararının bozulması, beden hastalığı kapsamında değerlendirilemez.²¹⁶ Ancak mağdurun, kızlık zararının bozulması sebebiyle ruh sağlığı bozulmuşsa, suç bu fıkra kapsamında değerlendirilmelidir. Kanımca, hamilelik beden sağlığının bozulması şeklinde değerlendirilmemelidir.²¹⁷ Hamilelik biyolojik bir olgudur ve cinsel saldırı sonrasında kızlık zararının kaybı kadar hamile kalınabilme ihtimali de yüksektir.

²¹³ **MERAN, N.**, a.g.e. s. 332.

²¹⁴ **YILDIZ, TCK**, s. 219 vd.; nakleden **TEZCAN, D., ERDEM, M. R., ÖNOK, M.**, a.g.e., s. 312.

²¹⁵ Alman CK & 177/3 b. 3'te ise, fiilin mağdurda sağlık açısından ağır zarar tehlikesi meydana getirmiş olmasından bir nitelikli hal olarak söz edilmektedir. (**LACKNER, KÜHL, & 177** no. 12); nakleden **TEZCAN, D., ERDEM, M. R., ÖNOK, M.**, a.g.e., s. 312.

²¹⁶ **BİRGEN, N.** (2006), *Hukuki Perspektifler Dergisi*, Sayı 8, Eylül.; nakleden **GÜNDÜZ, R., GÜLTAŞ, V.**, a.g.e., s. 38.

²¹⁷ Karşıt görüş için bkz., **MALKOÇ, İ.**, a.g.e., s. 85.

Sağlığın bozulması deyimi kasten yaralama suçunun maddi unsurunu oluşturan seçimlik hareketlerden sağlığı bozma deyimi ile aynı anlamda kullanılmıştır. Böyle olunca da, süresi ne olursa olsun cinsel saldırı mağdurda patolojik durum ortaya çıkarmış veya böyle bir patolojik durum önceden varsa bunu artırmış ise, nitelikli halin uygulanması gerekir.²¹⁸ Öte yandan sağlığın bozulması aynı zamanda kasten yaralama suçunun da seçimlik hareketinden birisi olduğuna göre, mağdurun direncinin ortadan kaldırılmasını sağlayacak ölçünün ötesinde cebir kullanılması durumunda failin hem YTCK m.102/4 uyarınca kasten yaralama suçundan dolayı cezalandırılmasının ve hem de YTCK m. 102/5 uyarınca cinsel saldırı suçunun cezasının ağırlaştırılmasının, “failin ağırlığıyla orantılı cezaya hükmolunacağı” yönündeki ilke ile (YTCK m. 3/1) bağdaştırılması güç gözükmemektedir.²¹⁹

Mağdurun bir organının tedavi edilemez derecede zarara uğraması ile daha hafif bir bedensel ya da ruhsal bozukluğun oluşmuş bulunması arasında fark yoktur. Kanun koyucu cinsel saldırı eylemi sonucunda oluşan bedensel ya da ruhsal bozukluğun derecesi ve niteliğine bakmadan cezanın alt sınırını belirlemiş üst sınırın ne kadar olacağı yönünde bir hüküm düzenlememiştir. Ancak YTCK'nın 49/1. maddesi uyarınca süreli hapis cezası, kanunda aksi belirtilmeyen hallerde yirmi yıldan fazla olamayacağından hâkim bedensel ya da ruhsal bozukluğun ağırlık derecesine göre on yıldan az olmamak üzere yirmi yıla kadar ceza belirlemede bulunabilecektir.²²⁰

²¹⁸ Aksi görüşe (MALKOÇ, s. 80.) göre, basit tıbbi müdahaleyi gerektiren bir yaralama neticesi, m. 102 kapsamında kalıp ayrıca cezalandırılması gerektirmez.; nakleden TEZCAN, D., ERDEM, M. R., ÖNOK, M., a.g.e., s. 312.

²¹⁹ TEZCAN, D., ERDEM, M. R., ÖNOK, M., a.g.e., s. 312.

²²⁰ MERAN, N., a.g.e., s. 332.

2.10.2. Cinsel Saldırı Suçunun Sonucunda Mağdurun Bitkisel Hayata Girmesi veya Ölmesi (YTCK m. 102/6)

Bu fıkrada cinsel saldırı suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış bir suç söz konusudur. Fıkranın uygulanması açısından failin kastı oldukça önem taşır. Fail işlemeye kast ettiği cinsel saldırı suçunun neticesi olarak mağdurun ölümünü veya bitkisel hayata girmesini istememiş olmalıdır. Fakat bu netice bakımından YTCK 23. madde de ifade edildiği üzere failin taksir derecesinde bir kusurunun bulunması gerekir.²²¹ Failin, cinsel saldırı suçunu işlerken mağdurun bağırmasını engellemek ve direncini kırmak amacıyla mağdurun yüzünü yastıkla kapatarak cinsel saldırı suçunu gerçekleştirmesi ve bu eylemi neticesinde mağdurun havasızlıktan ölmesine sebebiyet vermesi, YTCK 23. maddede ifade edilen taksir derecesindeki kusura örnek olarak gösterilebilir. Suçun nitelendirilmesi açısından failin kastı önem taşıdığından, failin işlemek istediği suç, cinsel saldırı suç olmalıdır. Örnekte ifade edildiği üzere fail, yalnızca cinsel saldırı suçunu işlemek istemiş ancak yapmış olduğu eylemler neticesinde mağdurun ölümüne sebebiyet vermiştir. Fail, mağdurun yüzünü yastıkla kapatma eyleminin, mağdurun ölümüne sebep olacağını öngörmüş ancak mağdurun ölümüne ihtimal vermeyerek eylemine devam etmiştir.

Cinsel saldırı ile sonuç arasında nedensellik bağının bulunması gerekir. Ancak, doğrudan nedensellik aranmalıdır. Dolayısıyla neden olma durumunda, bu fıkra hükmünün uygulanmaması gerekir.²²²

Bitkisel hayat, kişinin solunumu devam etmesine rağmen dış dünya ile nörolojik ve fizyolojik olarak bağlantısının kesilmiş olduğu hali ifade eder. Bu hastalar aylarca ya da yıllarca yaşamaya devam etmekte ve bazı durumlarda iyileşerek normale dönebilmektedirler.²²³ Bitkisel hayata giren mağdur, yargılama

²²¹ TEZCAN, D., ERDEM, M. R., ÖNOK, M., a.g.e., s. 313.

²²² ARTUK, GÖKCEN, YENİDÜNYA, a.g.e., s. 160.; nakleden GÜNDÜZ, R., GÜLTAŞ, V., a.g.e., s. 39.

sırasında bitkisel hayattan çıkıp normale dönse bile bu madde hükmü uygulanacaktır. Bitkisel hayatın ne kadar süre boyunca yaşandığı önemli değildir. Önemli olan mağdurun bitkisel hayata girmiş olmasıdır.

Ölüm ya da bitkisel hayata girmiş olmak netice sebebiyle ağırlaşmış bir hali ifade eder. Kastın aşılması sonucu mağdurun ölmesi ya da bitkisel hayata girmesi, taksirle işlenen bir suç değildir. Çünkü ölüme neden olan cinsel saldırı eylemi bilerek ve istenerek işlenmiştir. İrade edilen eylem öldürme değil, cinsel saldırdır. Kastı aşan sonuç ise iradenin dışında kalmıştır. Bunun yanında ölüm sonucunun yaralama eyleminden hemen sonra meydana gelmesi gerekmez. Ölüm sonucu bir süre sonra da meydana gelmiş olsa da arasında nedensellik ilişkisi kurulabilmesi maddenin uygulanabilmesi için yeterlidir.²²⁴

Ölüm olayı, sürekli nitelikli cinsel saldırıda bulunulmasının etkisiyle veya mağdurun eyleme karşı koymasını engellemek üzere failin kullandığı şiddetten dolayı ya da cisim veya organın aşırı kullanılmasından meydana gelmiş olabilir. Failin, mağduru öldürmek gibi doğrudan kastı yok ise, bu arttırıcı sebep, olaya uygulanacaktır. Olası kastın varlığı halinde de aynı sonuca varmak gerekir. Örneğin fail, mağdurun mukavemetini kırmak, bağırmasını önlemek, suçun işlenmesine elverişli ortamı sağlamak için gerçekleştirdiği cebir sonunda özellikle mağdurun boyun ve boğaz bölgesine yaptığı baskılar sonucunda mağdurun ölümüne neden olabilir. Bu durumda fail hakkında YTCK 102/6. maddesi uygulanacaktır.²²⁵ Ancak doktrinde bazı yazarlar, cinsel saldırı suçu sırasında kullanılan cebir neticesinde mağdurun ölümü veya bitkisel hayata girmesi durumunda, mağdurun ölümünün bizzat cinsel saldırı suçunun neticesi sebebiyle gerçekleşmediğinden dolayı bu madde hükmünün uygulanamayacağını savunmaktadırlar. Ancak bu görüşe katılmak mümkün değildir. Çünkü cinsel saldırı suçu sırasında mağdurun direncini kırmak için

²²³ *Organ ve Doku Nakli Hizmetleri*, http://www.bsm.gov.tr/hiz_hast03.html; nakleden **MERAN, N.**, a.g.e., s. 333.

²²⁴ **EREM**, *Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel*, s. 2052.; nakleden **MERAN, N.**, a.g.e., s. 333.

²²⁵ **MALKOÇ, İ.**, a.g.e., s. 88.; benzer görüş için bkz **TEZCAN, D.**, **ERDEM, M. R.**, **ÖNOK, M.**, a.g.e., s. 314.; karşıt görüş için bkz., **SOYASLAN, D.**, a.g.e., s. 181.

kullanılan cebir, cinsel saldırı suçunun unsurlarındandır. Suçun işlenmesinde kullanılan cebir fiili ile cinsel saldırı fiili birbirinden ayrı iki suç olarak nitelendirilemez. Bu sebeple fail, cinsel saldırı suçunu işlemek için kullandığı cebir neticesinde mağdurun ölümüne ya da bitkisel hayata girmesine neden olmuşsa, failin işlemiş olduğu fiil YTCK 102/6 maddesi kapsamında değerlendirilecektir.

Cinsel saldırı suçu sonucunda mağdur hamile kalmış ve doğum sırasında ölmüş ise, bu takdirde gerçekleşen ölüm neticesinden dolayı faili YTCK 102/6. maddesi uyarınca sorumlu tutmak mümkün değildir. Failin eylemi ile mağdurun ölümü arasında doğrudan bir nedensellik bağı bulunmamaktadır. Bu sebeple mağdurun hamilelik sebebiyle ölmesi durumunda fail YTCK 102/6. maddesinden sorumlu tutulamaz. İntihar, mağdurun kendisinin verdiği bir karara dayandığı ve bu yüzden neticenin objektif olarak faile isnat edilebilmesi söz konusu olmayacağı için, fail ölüm neticesinden sorumlu olamaz.²²⁶ Failler birden fazla olup da, cebir hareketini yalnızca birisi gerçekleştirmiş ve diğerleri yalnızca mağdurla cinsel ilişkiye girmiş ise, neticede mağdur, cebir fiili suretiyle ölmüşse bu durumda cebir suçunu işleyen fail 102/6. madde uyarınca cezalandırılır²²⁷. Cinsel saldırı suçunu işleyen tüm faillerin, cinsel saldırı sırasında cebir suçunu işleyen fail veya faillerin işlediği cebir fiilinin neticesini öngörmesi düşünülemez. Bu durumda mahkemece, hangi failin hareketinin mağdurun ölümüne neden olduğu araştırılmalıdır. Ancak birden fazla failin cinsel saldırı suçunu gerçekleştirip, hangi failin eyleminin, mağdurun ölümüne veya bitkisel hayata girmesine neden olduğunun tespit edilemediği durumda, bu fıkranın hangi fail ya da failer hakkında uygulanacağına dair maddede ve madde gerekçesinde açık bir hüküm bulunmamaktadır. Bu, uygulama açısından büyük bir eksikliktir. ETCK'nın 463. maddesinde "...maddelerinde beyan olunan fiilleri iki veya daha çok kimse birlikte yapmış olup da failin kim olduğu belli olmazsa bunlardan her birisi hakkında, fiil için

²²⁶ **LENCKNER, PERRON**, in: S/S & 178 no. 2.; **DÖNMEZER**, *Genel Adap*, No. 99.; **YENİDÜNYA**, *Legal Eylül* 2005, s. 3299.; nakleden **TEZCAN, D., ERDEM, M. R., ÖNOK, M.**, a.g.e., s. 314.

²²⁷ Karşıt görüş için bkz., **TEZCAN, D., ERDEM, M. R., ÖNOK, M.**, a.g.e., s. 314.

tâyin edilmiş olan ceza üçte birinden yarıya kadar indirilerek hükmolunur....” ifadesi yer almaktadır. Yine aynı şekilde böyle bir ifadenin YTCK 102/6. maddesine eklenerek bu eksikliğin giderileceği kanaatindeyim. Ancak maddenin şu anki hali, hangi failin eyleminin mağdurun ölümüne veya bitkisel hayata girmesine neden olduğunun tespit edilememesi durumunda tüm faillerin 102/6. madde uyarınca cezalandırılmasını zorunlu kılmaktadır.

2.11. Teşebbüs

Netice sebebiyle ağırlaşmış hal olarak düzenlenen YTCK 102/5 ve 102/6 maddelerdeki suçlara teşebbüs mümkün değildir. Netice sebebiyle ağırlaşmış suç, bir fiilin, kastedilenden daha ağır veya başka bir neticenin oluşumuna sebebiyet vermesi halidir. Kastedilen fiil, organ sokarak cinsel saldırıda bulunmaktır. Meydana gelen ağır sonuç mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması veya bitkisel hayata girmesi ya da ölmesidir. Fail organ veya cisim sokarak cinsel saldırıya teşebbüs etmiş ancak fiile engel herhangi bir sebeple suçu gerçekleştirememiştir. Fail, öncelikle 102/2. maddesinde öngörülen suçta teşebbüsten cezalandırılmalıdır. Fakat mağdurun beden ya da ruh sağlığının bozulması durumunda ceza, 102/5 uyarınca 10 yıldan az olmamak koşuluyla alt sınırdan belirlenmelidir. Mağdurun bitkisel hayata girmesi ya da ölmesi durumunda 102/6 uyarınca fail hakkında ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükmolunmalıdır.²²⁸

2.12. Evlenmenin Cinsel Saldırıya Etkisi

ETCK m. 434’te, ırza geçme ve tasaddi suçundan fail ile mağdurun evlenmesi durumunda fail hakkında verilen ceza, ırza geçme suçunun işlenmesi durumunda tecil edilmekte, tasaddi suçunun işlenmesi durumunda ise dava ve cezanın düşmesine karar verilmekteydi. Buna karşılık YTCK, fail ile mağdurun evlenmesini, kamu davasının ve cezanının düşmesi ya da cezanın tecili gibi herhangi bir sonuca bağlamamıştır. Cinsel saldırının temel biçiminin eşler

²²⁸ MERAN, N., a.g.e., s. 361.

arasında işlenmesini cezalandırmayan, nitelikli cinsel saldırıyı ise ancak şikâyet koşuluyla cezalandıran bir anlayışın,²²⁹ 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.²³⁰

2.13. Soruşturma ve Kovuşturma

Cinsel saldırı suçunun temel biçimi olan basit cinsel saldırının kovuşturulması mağdurun şikâyetine bağlı tutulmuştur. Ancak basit cinsel saldırının YTCK'nın 102/3, 102/4, 102/5 ve 102/6 maddeleri kapsamında işlenmesi durumunda kovuşturma re'sen yapılacaktır. Basit cinsel saldırı ve basit cinsel saldırının YTCK 102/3, 102/4 kapsamında işlenmesi durumunda, suçların kovuşturulmasında görevli mahkeme asliye ceza mahkemesidir. Basit cinsel saldırının 102/5 ve 102/6. madde kapsamında işlenmesi durumunda ise görevli mahkeme ağır ceza mahkemesidir.

Cinsel saldırı suçunun nitelikli halinde ise soruşturma re'sen yürütülecektir. Eşe karşı işlenen nitelikli cinsel saldırının soruşturulması ve kovuşturulması eşin şikâyetine bağlı tutulmuştur. Eşe karşı işlenen nitelikli cinsel saldırının 102/3, 102/4, 102/5 ve 102/6. maddeler kapsamında işlenmesi durumunda ise soruşturma ve kovuşturma re'sen yapılacaktır. Nitelikli cinsel saldırının kovuşturulmasında görevli mahkeme ağır ceza mahkemesidir.

²²⁹ Bu düzenlemenin, bu suçla korunan hukuksal yararın cinsel özgürlük olduğu anlayışı ile nasıl bağdaştırılacağı ayrı bir tartışma konusudur. Benzer yönde **SEVÜK, H. Y.**, a.g.m., s. 260.;

nakleden **TEZCAN, D., ERDEM, M. R., ÖNOK, M.**, a.g.e., s. 315

²³⁰ **TEZCAN, D., ERDEM, M. R., ÖNOK, M.**, a.g.e., s. 314-315.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

3. CİNSEL İSTİSMAR SUÇU (T.C.K. m. 103)

3.1. Genel Olarak

Kanun koyucu, çocuklara karşı yapılan cinsel saldırıların, ergin kişilere karşı yapılan cinsel saldırıdan farklı olduğunu düşünmüş ve çocuklara karşı yapılan cinsel saldırıları, çocuklara karşı cinsel istismar başlığı altında ayrı bir madde de düzenlemiştir. İstismar, sömürme, yararlanma, kötüye kullanma anlamına gelmektedir.²³¹

YTCK çocuk kavramını 6-b maddesinde tanımlamıştır. Bu tanıma göre çocuk, henüz onsekiz yaşını tamamlamamış kişidir. Kanun, çocuk kavramını tanımlarken yaştan bahsetmiş ve çocuğun reşit olması ya da mümeyyiz olmasını kavram tanımında kullanmamıştır. Bu bakımdan, YTCK açısından bireyin onsekiz yaşını tamamlamadan reşit olması, örneğin evlenerek Medeni Kanun'a göre reşit kılınması durumunda da yine birey onsekiz yaşını tamamlamadığından Ceza Kanunu açısından çocuk olarak değerlendirilecektir.

Kanun koyucu, cinsel istismar suçunda, mağdur çocuğu hem dışarıya karşı hem de kendisine karşı korumuş ve cinsel davranışlara muhatap olmaması için rızasına itibar etmemiştir.²³² Çocuklar, rızaları ile cinsel ilişkiyi istemiş de olsalar, çocuklarla ilişkiye giren kimse fail sayılabilecek ve cezalandırılacaktır. Çocuklar

²³¹ ŞAFAK, A., *Ansiklopedik Hukuk Sözlüğü*, 4. Bası, s.230, Ankara.; ŞENER, E. (2001), *Hukuk Sözlüğü*, s. 378, Ankara.; nakleden BAYTEMİR, E., a.g.e., s. 323.

²³² Ayrıca bkz. SEVÜK, H. Y. (2005), *5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Çocukların Cinsel İstismarı ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçları*, Hukuk ve Adalet, Yıl:2, Sayı:5, (Av. Haldun Karacabey'e Armağan), Nisan, s. 282.; nakleden BAYTEMİR, E., a.g.e., s. 323.

üzerinde yapılan veya çocuklara yönelmiş bulunan her türlü cinsel davranış cezalandırılacaktır. Kanun koyucu cinsel davranış terimini bilinçli olarak kullanmış olup, buna her türlü cinsel hareketi kapsar şekilde anlam vermek istemiştir.²³³

3.2. Korunan Hukuki Yarar

Bu bölümde yer alan suçlarda korunan hukuki yarar çocukların fiziki ve psikolojik bütünlüğüdür.

Bu suçla cinsel özgürlük yanında,²³⁴ özellikle çocuğun erken cinsel deneyimden uzak tutulması ve bu yolla çocuğun engelsiz biçimde cinsel gelişiminin korunması amacı güdülmüştür.²³⁵ Kanun koyucunun, 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.²³⁶

3.3. Suçun Maddi Unsurları

YTCK 103/1-a-b maddesinde ifade edildiği üzere, 15 yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan çocuklara karşı gerçekleştirilen her türlü cinsel içerikli davranış ve 15 – 18 yaş arası, algılama yeteneği gelişmiş olan çocuklara karşı, cebir ve tehdit kullanmak suretiyle gerçekleştirilen her türü cinsel

²³³ SOYASLAN, D., a.g.e., s. 181.

²³⁴ TRÖNDLE, FİSCHER, & 176 no. 2.; nakleden TEZCAN, D., ERDEM, M. R., ÖNOK, M., a.g.e., s. 316.

²³⁵ LACKNER, KÜHL, & 176 No. 1.; ARTUK, GÖKCEN, YENİDÜNYA, bu suçta mağdur çocuğun yararının, ikinci derecede de cinsel dokunulmazlığın korunduğu görüşündedir (ARTUK, GÖKCEN, YENİDÜNYA, 7. Bası, s. 164.; aynı görüş YENİDÜNYA, Legal Eylül 2005, s. 3302.), nakleden TEZCAN, D., ERDEM, M. R., ÖNOK, M. a.g.e., s. 316.

²³⁶ BAYTEMİR, E., a.g.e., s. 324.

içerikli davranış, cinsel istismar suçu olarak kabul edilmiştir. Maddede her ne kadar, her türlü cinsel davranış ibaresi kullanılmış olsa da, ifade edilmek istenen, çocukların vücut dokunulmazlığına yönelik olarak gerçekleştirilen, beden teması içeren her türlü cinsel davranıştır.

3.3.1. Suçun Faili

Yukarıda YTCK 102. madde için tanımlanan hususlar 103. madde için de geçerlidir. Suçun faili, kadın veya erkek olabilir. Fail ile mağdurun aynı cinsten olmalarının bir önemi bulunmamaktadır.

3.3.2. Suçun Mağduru

Yukarıda YTCK 102. madde için tanımlanan hususlar YTCK 103. madde için de kısmen geçerlidir. Ancak YTCK 103. madde de çocuk olan mağdurlar iki farklı yaş grubuna ayrılmıştır.

Suçun mağduru açısından cinsiyet önemli değildir. Erkek veya kız çocukları suçun mağduru olabilir. Ancak 103. madde de tanımlanan suçun mağduru yalnızca yaşayan bir çocuk olabilir. Suçun mağduru olan çocuklar YTCK 103/1. maddesinde iki farklı yaş grubuna ayrılmıştır. Buna göre;

3.3.2.1. Onbeş Yaşını Tamamlamamış veya Tamamlamış Olmakla Birlikte Fiilin Hukuki Anlam ve Sonuçlarını Algılama Yeteneği Gelişmemiş Olan Çocuklar

Çocuk kavramı YTCK 6-b maddesinde tanımlanmıştır. Buna göre onsekiz yaşını doldurmamış her birey çocuk sayılır. Ancak YTCK, cinsel istismar suçunun mağduru olan çocukları iki farklı yaş grubuna ayırmıştır. YTCK 103/1-a maddesinde, onbeş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte onsekiz yaşını doldurmamış ancak kendisine karşı gerçekleştirilen fiilin anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmeyen çocuklara karşı gerçekleştirilen her türlü

cinsel davranış suç sayılmıştır. Bu yaş grubuna giren çocukların rızaları kanun koyucu tarafından geçerli bir rıza olarak kabul edilmemiştir.

103/1-a maddesinde ifade edilen çocukların, kendilerine karşı gerçekleştirilen cinsel davranışlar açısından, rıza açıklamasında bulunmaları fiili suç olmaktan çıkarmayacak ve failin ceza sorumluluğunu ortadan kaldırmayacaktır.²³⁷ Başka bir ifade ile, fail kendi vücudu üzerinde, 103/1-a maddesinde tanımlanan bir çocuk tarafından cinsel davranışlarda bulunulmasına rıza göstermiş, direnmemiş olsa bile çocuğa karşı cinsel istismar suçu gerçekleşecektir.²³⁸

Belirtilen yaş grubundaki çocuklara karşı cinsel istismar suçunun işlenmesi için ayrıca fail tarafından cebir, tehdit veya hileye başvurulmasına gerek yoktur. Bu yaş grubundaki çocuklara karşı cinsel saldırı suçunu işlemek amacıyla kullanılan cebir, tehdit veya hile 4. fıkra uyarınca suçun nitelikli hali sayılmış ve faile daha fazla ceza verilmesi ön görülmüştür.

Bilinç; anlaması, anlayışı, hissetmesi ve duyması sonucunda bir kimsenin kendisinin ve çevresinin durumunu doğru ve normal olarak değerlendirebilme gücüdür. İrade ise, hareket serbestisidir. Kişinin düşünce ve davranışları arasında seçim yapabilme yeteneğidir. İrade, bilincin bilgileri sentez ve değerlendirmesi sonucunda bir hedefe yönelmesi ile ortaya çıkar. İradenin fiziki görüntüsü davranışlardır. Bazı durumlarda kişi, kendi iradesi ile davranışların seçimini yapamaz. Algı yanılgılarının baskısı altındadır. Serbest iradesi ile davranışlarına yön verememekte, düşünceleri ile davranışları arasında seçim yapamamakta, varsaydığı olguların, hezeyanların baskısı altında ya da başka birinin telkinleri ile hareket edebilmektedir.²³⁹ Bu durumda kişinin algılama yeteneğinin gelişmediğinden bahsedilir.

²³⁷ **MERAN, N.**, a.g.e., s. 346.

²³⁸ **MALKOÇ, İ.**, a.g.e., s. 165.

²³⁹ **HANCI, Adli Tıp ve Adli Bilimler**, s. 510.; nakleden **MERAN, N.**, a.g.e., s. 347.

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 kıstasa yer verildiği açık olsa da, doğrusu, mağdurun fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını değil, yalnızca “fiilin anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği”nin aranması olurdu.²⁴⁰ Kısacası bu fıkrada, mağdurun algılamasının gelişmemiş olması ile anlatılmak istenen, mağdurun kendisine karşı gerçekleştirilen fiilin hukuksal anlam ve sonuçları ile suçun hukuki niteliğini anlayamaması değil, mağdurun vücudu üzerindeki hareketlerin cinsel bakımdan ne anlama ve etkiye sahip olduğunu bilmemesi, anlayamamasıdır.²⁴¹

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 yaşına 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 olabileceğini düşünmek mümkündür. Şu halde 15 yaşına 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. Ancak mağdurun 15 – 18 yaş grubu içerisinde yer alması durumunda algılama yeteneğinin gelişmiş olup

²⁴⁰ Benzer yönde ŞEN, s. 398.; nakleden TEZCAN, D., ERDEM, M. R., ÖNOK, M., a.g.e., s. 317.

²⁴¹ MALKOÇ, İ., a.g.e., s. 166.

olmadığını araştırılabilecektir.²⁴² Kısacası 15 yaşından küçük çocuklar mutlak olarak cinsel özgürlüğe sahip değillerdir.²⁴³

3.3.2.2. Onbeş Yaşını Tamamlamış Onsekiz Yaşını Tamamlamamış Olmakla Birlikte Fiilin Hukuki Anlam ve Sonuçlarını Algılama Yeteneği Gelişmiş Olan Çocuklar

YTCK 103/1-b maddesine göre, bu yaş grubuna giren çocuklar nispi olarak cinsel özgürlüğe sahiptirler.²⁴⁴

Belirtilen niteliklere sahip çocuklara karşı gerçekleştirilen cinsel davranışların, cinsel istismar olarak nitelendirilebilmesi için, bu davranışların, cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilmesi gerekmektedir.²⁴⁵ İradeyi etkileyen neden olarak yasanın amaçladığı nedenler, hukuken korunmayan davranışlardır. Hukuka aykırı olan nedenlerdir. Normal ve iradenin özgürlüğünü etkilemeyen, onu baskı altına alarak karar verdirme niteliği taşımayan söz ve davranışlar bu nitelikte sayılmaz.²⁴⁶

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. Dikkat edilmelidir ki, bu araçların çocuğun direncini tümüyle kaldıracak ölçüde olması aranmamış; bunların iradeyi etkilemiş olması yeterli sayılmıştır.²⁴⁷ Gereğede de bu husus vurgulanmıştır.

²⁴² TEZCAN, D., ERDEM, M. R., ÖNOK, M., a.g.e., s. 317.

²⁴³ SOYASLAN, D., a.g.e., s. 182.

²⁴⁴ SOYASLAN, D., a.g.e., s. 182.

²⁴⁵ MERAN, N., a.g.e., s. 347.

²⁴⁶ MALKOÇ, İ., a.g.e., s. 166.

²⁴⁷ ARTUK, GÖKCEN, YENİDÜNYA, 7. Bası, s. 166.; nakleden TEZCAN, D., ERDEM, M.

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 nitelendirilebilir mi sorusu akla gelebilir. Öğretide vurgulandığı üzere, ikna da, bu anlamda iradeyi etkileyen bir sebep olarak değerlendirilmeye müsaittir.²⁴⁸ Ancak bu görüşe katılmak mümkün değildir. Çünkü kanun koyucu bu yaş grubuna giren çocukların cinsel yönden fiilin anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğinin var olduğunu kabul etmiştir. Dolayısıyla bu yaş grubuna giren bir çocuk, ikna suretiyle cinsel davranışlarda bulunmuşsa bu durumda rızanın varlığından söz etmek gerekir. Bu yaş grubuna giren çocukların rıza ile cinsel davranışlarda bulunması durumunda hukuka aykırılık bulunmamaktadır.²⁴⁹ Kaldı ki bu yorumun kabulü ile birlikte suç tipinin uygulama alanının tehlikeli şekilde genişleyeceğine ve belirsiz hale geleceğine hiç şüphe yoktur.²⁵⁰

Yukarıda 102. madde için anlatılan cebir, tehdit ve hile ile ilgili hususlar 103. madde için de aynen geçerlidir. Ancak 102. maddeden farklı olarak 103/1-b. maddesinde iradeyi etkileyen herhangi bir nedenden bahsedilmiştir. İradeyi etkileyen herhangi bir nedene örnek olarak mağdura uyuşturucu madde verilmesi, mağdurun sarhoş edilmesi, mağdurun felçli durumda olup faile karşı koyamaması veya failin mağdura karşı aniden gelişen bir cinsel istismarda bulunması örnek olarak gösterilebilir. Doktrinde kimi yazarlar, ısrar, telkin, teşvik ve sözlü zorlamaların iradeyi etkileyen başka nedenler kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini savunmaktadırlar.²⁵¹ Ancak bu görüşe katılmak mümkün değildir.

R., ÖNOK, M., a.g.e., s. 318.

²⁴⁸ **MALKOÇ**, s. 136.; **ŞEN**, s. 397.; nakleden **TEZCAN, D., ERDEM, M. R., ÖNOK, M.**, a.g.e., s. 318.

²⁴⁹ Benzer yöndeki görüş için bkz., **TEZCAN, D., ERDEM, M. R., ÖNOK, M.**, a.g.e., s. 318.

²⁵⁰ **TEZCAN, D., ERDEM, M. R., ÖNOK, M.**, a.g.e., s. 318.

103/1-b maddesi kapsamındaki çocukların, nispi olarak cinsel özgürlüğe sahip oldukları açıktır. Bu çocukların rıza göstermeleri durumunda cinsel davranışlarda bulunabilecekleri düşünüldüğünde, ısrar, telkin veya teşvik ile gerçekleştirilen cinsel davranışlarda, mağdurun rızası olduğu ve bu rızanın kabul edilebilir düzeyde olduğu bir gerçektir.

TMK 124. maddesinde 17 yaşını bitirmiş kişilerin, hatta olağan üstü durumlarda 16 yaşını bitirmiş kişilerin evlenebileceği düzenlenmiştir. Medeni Kanun'un bu hükmü göz önünde bulundurulduğunda 16 – 18 yaş grubunda olan çocukların evlenmesi mümkündür. TMK 11/2. madde uyarınca evlenme kişiyi reşit kılar ancak Medeni Kanun hükümlerine dayanılarak evlenmeyle kılınan reşitlik ceza hukuku açısından bağlayıcı değildir. Çünkü YTCK 6-b maddesi, çocuğun tanımını yaparken, 18 yaşını doldurmamış kişilerin çocuk olarak değerlendirileceği hükmünü içermektedir. Bu sebeple ceza kanunu açısından reşit sayılmak ancak 18 yaşın ikmâl edilmesiyle gerçekleşebilir. Aynı zamanda 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu'nun tanımlar başlıklı 3. maddesinin 1. fıkrasının a bendinde çocuğun tanımı yapılmıştır. Buna göre daha erken yaşta ergin olsalar bile, onsekiz yaşını doldurmamış kişiler Çocuk Koruma Kanunu kapsamında çocuk olarak kabul edilirler.

Bu yaş grubuna giren çocuk eşlerin birbirlerine karşı cinsel istismar suçunu işlemeleri durumunda hangi maddelerin uygulanacağı konusunda YTCK'da herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Doktrinde bazı yazarlar, çocuk eşlerin birbirlerine karşı işlemiş oldukları cinsel istismar suçu dolayısıyla YTCK 103. maddenin uygulanması gerektiğini savunmaktadırlar.²⁵² Ancak bu görüşe katılmak mümkün değildir.

YTCK 103. maddesinde ifade edilen cinsel istismar suçunun hem basit halinin hem de nitelikli halinin takibi şikâyete bağlı değildir. Bu kapsamda bir suç

²⁵¹ MALKOÇ, İ., a.g.e., s. 173.

²⁵² TEZCAN, D., ERDEM, M. R., ÖNOK, M., a.g.e., s. 318-319.

olduğunda, soruşturma ve kovuşturma re'sen yürütülmektedir. Mağdurun, fail hakkındaki şikâyetini geri almış olması suçun sonucuna etki etmemekte ve failin cezalandırılmasını engellememektedir. Bu sebeple çocuk eşler arasında işlenen cinsel istismar suçunun takibinin şikâyete bağlı olmadığı göz önünde bulundurulduğunda, mağdur eşin şikâyetini geri alması halinde, şikâyetin geri alınması suçun sonucuna etki etmeyeceğinden, basit cinsel istismar suçundan dolayı bile fail eş ceza alabilecektir. Örneğin fail eşin zorla, mağdur olan eşini öpmesi ya da mağdur eşinin beline sarılması durumunda soruşturma re'sen yürütülecek, mağdur eşin şikâyetini geri alması durumunda, şikâyetin geri alınması suçun sonucunu etkilemeyecek ve fail eş basit cinsel saldırı suçundan dolayı bile ceza alacaktır. Söz konusu durumda mağdur eşin kadın veya erkek olmasının suçun işlenmesi açısından herhangi bir farkı bulunmamaktadır. Bu şekilde eşler cinsel istismar suçunun hem mağduru hem faili olabilirler. Böylece tarafların birbirinden şikâyetçi olması durumunda hem erkek eşin hem de kadın eşin mağdur ve fail olarak yargılanması gerekir. Yukarıda ifade edildiği gibi bir yaklaşım sürekli olarak re'sen çocuk eşlerin evliliğine kolluk kuvvetleri veya adli makamlar tarafından müdahaleyi gerektir ki, bu da evlilik birliğinin devamı açısından sarsıcı bir etki yaratır.²⁵³

YTCK 102. maddesinde eşlere karşı işlenen nitelikli cinsel saldırı suçunda yaş kavramına değinilmemiştir. Kaldı ki bu maddenin düzenlenmesinde, eşe karşı işlenen nitelikli cinsel saldırının takibinin, özellikle şikâyet koşuluna bağlanması ön görülmüştür. Bu konuyla ilgili 102. maddede yapılan açıklamalar burada da aynen geçerliliğini korumaktadır. YTCK'da, evlilik birliği içinde gerçekleşen nitelikli cinsel saldırı özellikle YTCK 102. maddede düzenlenmiştir. Açıklanan sebeplerden ötürü kanaatimce çocuk eşler arasında meydana gelen basit ve nitelikli cinsel saldırıların, evliliğin hukuku uygun bir evlilik olması koşuluyla, YTCK 102. madde kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini düşünüyorum.²⁵⁴

²⁵³ Karşıt görüş için bkz., **GÜNDÜZ, R., GÜLTAŞ, V.**, a.g.e., s. 52.

²⁵⁴ Kısmen benzer görüş için bkz., **SOYASLAN, D.**, a.g.e., s. 182.; karşıt görüş için bkz., **TEZCAN, D., ERDEM, M. R., ÖNOK, M.**, a.g.e., s. 318-319.

Mağdurun yaşı gerek unsur olarak gerekse de uygulanacak kanun maddesine etkili olduğundan nüfus müdürlüğünden onaylı nüfus kaydı getirilerek tespit edilmelidir.²⁵⁵ Ülkemizde nüfus kayıtları ile ilgili sorunlar tamamen giderilmediğinden ve doğumların kaydı sağlıklı yapılamadığından bazı sorunlar yaşanmaktadır.²⁵⁶ Mağdurun hastanede doğmamış olması ve yaşının nüfus kaydında belirtildiği gibi olmadığı konusunda itirazların bulunması durumunda, mağdur, Adli Tıp İlgili İhtisas Dairesine gönderilmeli ve fiziki muayenenin yanında radyolojik muayenenin de ardından, radyoloji uzmanının da imzasının bulunduğu bir raporla mağdurun yaşı tespit edilmelidir.

Yine aynı şekilde mağdurun, kendisine karşı yapılan fiilin anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğinin gelişmediği konusunda şüphe varsa bu durumda mağdur Adli Tıp İlgili İhtisas Dairesine gönderilmeli fiziki muayenenin yanında ruhsal muayenenin de ardından, çocuk psikiyatristinin imzasının da bulunduğu bir raporla mağdurun algılama yeteneği tespit edilmelidir.

3.3.2.3. Suçun Konusu

Suçun maddi konusunu çocuk mağdurun vücudu ve cinsel bütünlüğü oluşturur.

3.4. Suçun Manevi Unsuru

Çocuklara karşı cinsel istismar suçu kasten işlenebilen bir suçtur. 102. maddede bu konuyla ilgili açıklanan hususlar, 103. madde için de aynen geçerlidir. Saik önemli değildir.²⁵⁷ Faildeki kastın, suç tipinin objektif nitelikteki tüm unsurlarına (cinsel davranışa, mağdurun yaşına ve algılama yeteneğinin

²⁵⁵ BAYTEMİR, E., a.g.e., s. 326.

²⁵⁶ MALKOÇ, İ., a.g.e., s. 164.

²⁵⁷ Aynı yönde MALKOÇ, s. 134, 142.; aksi görüşte ARTUK, GÖKCEN, YENİDÜNYA, 7. Bası, s. 166, (yazarlara göre suçun basit hali özel kasta tabidir.); ŞEN, s. 399, (yazara göre gerek birinci, gerekse ikinci fıkradaki suçun oluşumu özel kasta tabidir.); nakleden TEZCAN, D., ERDEM, M. R., ÖNOK, M., a.g.e., s. 320.

gelişmediğine veya iradeyi etkileyen bir nedenin etkisi altında bulunduğu) yönelik olması aranır. Bu konuda failin yanılması kastı oradan kaldırır.²⁵⁸

3.5. Hukuka Aykırılık Unsuru

Hukuka aykırılık unsuru bu suçta mağdurun yaşına göre iki grup halinde değerlendirilmelidir.

Buna göre 103/1-a maddesinde ifade edilen çocuklara karşı işlenen cinsel istismar suçunun oluşabilmesi için fiilin mağdurun bilgisi ve iradesi dışında ya da diğer bir anlatımla rızası hilâfına gerçekleştirilmesine gerek yoktur. Söz konusu fiiller mağdurun iradesi ve rızası dâhilinde gerçekleştirilse de çocukların cinsel istismarı suçu oluşacaktır. Bu itibarla, mağdurun cinsel davranışa gösterdiği rıza bu suçta hukuka aykırılığı ortadan kaldırmaz.

YTCK 103/1-b maddesinde ifade edilen çocuklara karşı işlenen cinsel istismar suçunda ise fiilin mağdurun bilgisi ve iradesi dışında diğer bir anlatımla rızası hilafına cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayanarak gerçekleştirilmesi gerekir. Bu itibarla, mağdurun cinsel davranışa gösterdiği rıza bu suçta hukuka aykırılığı ortadan kaldırır ve eylem hukuka uygun hale gelir.²⁵⁹ Bununla birlikte rıza, yalnızca cinsel davranışı değil, aynı zamanda cinsel davranışın gerçekleştirme biçimini de kapsmalıdır.

3.6. Basit Cinsel İstismar Suçu (YTCK 103/1-a, 103/1-b)

Suçun maddi unsurunu oluşturan hareket, YTCK m. 103/1-a maddesinde “her türlü cinsel davranış”; m. 103/1-b maddesinde ise “cinsel davranışlar” olarak öngörülmüştür. Kanunun, 15-18 yaş arasında bulunan kişiler bakımından suçun oluşması için “davranışlar” biçimde çoğul bir anlatım kullanmasının nedeni

²⁵⁸ TEZCAN, D., ERDEM, M. R., ÖNOK, M., a.g.e., s. 320.

²⁵⁹ GÜNDÜZ, R., GÜLTAŞ, V., a.g.e., s. 22.

anlaşılamamıştır. Kanunun lafzından hareket edildiğinde, m. 103/1-a bendi kapsamına giren çocuklara yönelik tek bir davranış dahi suç oluştururken; 103/1-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 “aceleye gelmiş olmasından” kaynaklanan bir özensizlik söz konusudur.²⁶⁰

3.6.1. Fiil

Cinsel saldırı suçundan (YTCK m.102) farklı olarak, cinsel istismar suçunun oluşması için çocuğa yönelik olarak “cinsel bir davranış”ın gerçekleştirilmesi yeterli görülmüş, bunun aynı zamanda “vücut dokunulmazlığı”nı da ihlâl etmiş olması gibi bir zorunluluk aranmamıştır. İfade edildiği üzere, YTCK m. 105 kapsamında “cinsel taciz” niteliğindeki davranışların bile çocuğa karşı gerçekleştirilmesi halinde çocukların cinsel istismarı suçu oluşacaktır. Başka bir anlatımla cinsel istismar suçunun oluşması için cinsel davranış yanında, ayrıca vücut dokunulmazlığının da ihlâl edilmiş olması gerekmemektedir. Bu düşünceden yola çıkarsak, cinsel saldırı suçunda, failin mağdurla bedensel teması gerekli olduğu hâlde, çocukların cinsel istismarı suçunun oluşması için 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.²⁶¹ Örneğin çocuğa cinsel amaçlı sözler söyleyerek cinsel tacizde bulunan fail YTCK 103/1 maddesine göre asgari olarak 3 yıl hapis cezası ile cezalandırılacaktır. Bu sebeple böyle bir düşünceye katılmak mümkün değildir. Kanun koyucu her ne kadar madde içeriğinde vücut dokunulmazlığının ihlâl edilmesi yönünde bir açıklamada bulunmamışsa da,

²⁶⁰ TEZCAN, D., ERDEM, M. R., ÖNOK, M., a.g.e., s. 319.; benzer yönde, MALKOÇ, İ., a.g.e., s. 167.

²⁶¹ TEZCAN, D., ERDEM, M. R., ÖNOK, M., a.g.e., s. 319.; Benzer yöndeki görüş için bkz., MALKOÇ, İ., a.g.e., s. 169.; karşıt görüş için bkz, ÖZBEK, KANBUR, a.g.e., s. 630.

madde içeriğinde ifade edilmek istenen cinsel davranışlarla vücut dokunulmazlığının ihlâline yönelik olan fiillerdir. Bedensel temasın olmadığı fiiller bu kapsamda değerlendirilmeyecektir.²⁶²

102/1. madde için açıklanan hususlar 103/1. madde için de aynen geçerlidir. Fakat 102. maddeden farklı olarak 103. madde de mağdur kavramı iki farklı gruba ayrılmıştır. Mağdurun iki farklı gruba ayrılmasından dolayı bu mağdurlara karşı işlenen fiiller de iki farklı grupta değerlendirilmiştir. Buna göre ilk grup fiiller, YTCK 103/1-a kapsamına giren mağdur çocuklara karşı işlenen fiiller olup, bu gruptaki mağdur çocuklara karşı işlenen fiiller, cebir, tehdit veya hile kullanılmadan, çocuğun rızasına dayalı veya rızası hilâfına gerçekleştirilen, failin cinsel arzularını tatmin amacı güden, mağdur çocuğun vücut dokunulmazlığını, bedensel temas yoluyla ihlâl eden her türlü cinsel davranış olarak nitelendirilmelidir. İkinci grup fiiller ise YTCK 103/1-b maddesinde ifade edilen mağdur çocuklara karşı işlenen fiiller olup, cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak, mağdur çocuğun rızası hilâfına gerçekleştirilen, failin cinsel arzularını tatmin amacı güden, mağdur çocuğun vücut dokunulmazlığını, bedensel temas yoluyla ihlâl eden her türlü cinsel davranış olarak nitelendirilmelidir.

3.6.2. Suçta Kullanılan Araçlar

102. madde de bu konu ile ilgili ifade edilen hususlar burada da aynen geçerliliğini korumaktadır. YTCK 102. maddeden farklı olarak cinsel istismar suçunun işlenilmesinde, YTCK 103/1-a maddesinde ifade olunan mağdur çocuklara karşı, cebir ve tehdit unsuruna başvurulması, suçun ağırlaştırıcı nedeni olarak kabul edilmiştir.

103/1-b maddesinde ifade olunan çocuklara karşı ise cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen herhangi bir neden cinsel istismar suçunun unsuru olarak kabul edilmiştir. 102. maddeden kısmen farklı olarak 103/1-b maddesinde cebir,

²⁶² Benzer yöndeki görüş için bkz, **MERAN, N.**, a.g.e., s. 349.

tehdit ve hilenin yanı sıra iradeyi etkileyen herhangi bir nedenden bahsedilmiştir. İradeyi etkileyen nedenlere örnek olarak, mağdura uyurken cinsel istismarda bulunulması, aniden cinsel istismarda bulunulması, alkol veya uyuşturucu etkisiyle mağdurun bilincini kaybetmesini sağladıktan sonra cinsel istismarda bulunulması gösterilebilir.

3.6.3. Suçun Özel Görünüş Biçimleri

3.6.3.1. Teşebbüs

Basit cinsel istismar suçu, mağdurun vücut dokunulmazlığının ihlâl edilmesi suretiyle tamamlanır. Mağdur çocuğun, şehveti tahrik edici bir yerini tutmak, tutturmak, kucağa oturtmak, cinsel organ sokma niyeti olmaksızın cinsel organı mağdura dokundurmak, sürtmek, sıkmak, ellemek, yanaklarını ve dudaklarını öpüp emmek ve şehvet veren diğer yerlerini sıkıştırmak, organ sokmak derecesine varmayacak düzeyde cinsel bölgelerini yalamak veya yalattmak örnek olarak gösterilebilir.²⁶³ Örnek verilen türde ya da benzeri şekildeki eylemlerin failin cinsel isteklerini tatmin amacıyla gerçekleştirilmesi durumunda suç meydana gelmiş olur. Failin bu suçu işlerken veya işledikten sonra tatmin olmuş olması şart değildir.

Failin, kendine 103/1-a maddesi kapsamına giren çocukların dokunmasına, cinsellik içerikli fiillerde bulunmasına, cinsel organını ellemesine göz yumması durumunda da bu suç oluşacaktır.

102. madde de bu konu ile ilgili ifade edilen hususlar burada da aynen geçerliliğini korumaktadır.

²⁶³ BAYTEMİR, E., a.g.e. s. 44.; MALKOÇ, İ., a.g.e., s. 17.

Basit cinsel istismar suçu, mağdurun vücut dokunulmazlığının ihlâl edilmesi durumunda tamamlanır. Ancak cinsel istismar suçunun hem basit hâli hem de nitelikli hâli teşebbüse elverişlidir.²⁶⁴

102. madde de bu konu ile ilgili ifade edilen hususlar burada da aynen geçerliliğini korumaktadır.

3.6.3.2. İçtima Hükümleri

Basit cinsel istismar suçunu işlemek için araç olarak kullanılan cebir, tehdit veya şantaj, suçlarından faile ayrı bir madde uyarınca ceza verilmez. Burada da YTCK 102. maddesinde olduğu gibi YTCK'nın 103. maddesinde de, YTCK 43. maddesinde ifade edilen bileşik suç söz konusudur. Ancak fail cinsel istismar fiilini 103/1-a maddesi kapsamındaki mağdurlara karşı cebir ve tehdit unsurlarını kullanarak işlemesi durumunda, YTCK 103/1 ve YTCK 103/4 maddesi uyarınca cezalandırılacaktır. Başka bir şekilde ifade etmek gerekirse, YTCK 103/1-a maddesinde tanımlanan mağdurlara karşı suçun işlenmesinde kullanılan cebir, tehdit veya hile, cinsel istismar suçunun unsuru değildir. Yine burada da cebirin şiddet derecesi önem taşımaktadır. Cinsel istismar veya cinsel saldırı suçunun işlenmesini kolaylaştırmak için başvuru olan cebir, yaralama suçunun temel şeklini (YTCK m. 86), oluşturur. Bu sebeple, cebir kullanarak cinsel istismar suçunu işlemiş olan faile, YTCK 42. madde göz önünde bulundurularak ayrıca basit yaralama (YTCK m. 86) suçundan dolayı ceza verilmeyecek fakat işlemiş olduğu cinsel istismar suçundan ceza verilecektir. Ancak netice sebebiyle gerçekleşen ağır hallerin oluşması durumunda, yeni bir suç (YTCK m. 87) meydana gelir. Cebir eğer mağdurun direncini kırmanın ötesinde YTCK 87. maddesinde ifade edilen derecede kullanılmış ise bu durumda ayrıca YTCK'nın 103/5. maddesi göz önünde bulundurularak fail hakkında hem basit cinsel istismar suçundan hem de cebirin derecesine göre YTCK 87. maddesi kapsamında kasten nitelikli yaralama suçundan hüküm verilecektir. Kısacası fail, 103/1-a maddesinde ifade edilen mağdura karşı, mağdurun direncini kırmanın ötesinde cebir

²⁶⁴ Karşıt görüş için bkz., **MERAN, N.**, a.g.e., s. 350.

kullanarak cinsel istismar suçunu işlemesi halinde, YTCK 103/1, YTCK103/4 ve YTCK 103/5 göz önünde bulundurularak YTCK 87. maddesi ile içtima edilerek cezalandırılacaktır. Yine fail, 103/1-b maddesinde ifade edilen mağdura karşı, mağdurun direncini kırmanın ötesinde cebir kullanarak cinsel istismar suçunu işlemesi durumunda, YTCK 103/1, YTCK 103/5 ve YTCK'nın 87. maddesi göz önünde bulundurularak cezalandırılacaktır.

Aynı kişiye yönelik olarak gerçekleşen birden fazla cinsel istismar suçu aynı suç işleme kararına bağlanabiliyorsa, zincirleme suç kuralları uygulanabilir. Ancak, zincirleme suç kurallarının uygulanabilmesi için, suçun “aynı kişiye karşı işlenmesi” zorunluluğu arandığından, değişik kişilere karşı işlenen cinsel istismar suçu, aynı suç işleme kararına bağlı olsa bile, zincirleme suç kuralları uygulanmaz. Yargıtay uygulamasında, art arda gerçekleştirilen cinsel ilişkilerde penetrasyonun farklı yollarla sağlanması durumunda (örneğin, failin cinsel organın, mağdurun önce vajinasına, sonra anüsüne sokması), suçun birden fazla olduğu kabul edilip zincirleme suç hükümleri uygulanmaktaydı.²⁶⁵ Burada aynı kast altında gerçekleştirilen birden fazla bedeni davranışın ayrı ayrı suç sayılması mümkün olmadığı için bu görüşe katılmak mümkün değildir.²⁶⁶

102. madde de bu konu ile ilgili ifade edilen hususlar burada da aynen geçerliliğini korumaktadır.

3.6.3.3. İştirak

Basit cinsel istismar suçunu gerçekleştiren birden fazla kişi söz konusu ise, bunların her biri birlikte fail sayılırlar. Faillerden birisinin, mağduru tutarak, mağdurun hareket etmesini, istismara karşı direnmesini engellemesi durumunda, bundan istifade eden diğer fail, basit cinsel istismarı gerçekleştirmişse, her iki

²⁶⁵ Yarg. 5. CD., 22.11.2005, 8765/22305, www.adalet.org; aynı yönde Yarg. 5. CD., 30.1.2006, 18695/361, www.adalet.org; nakleden **TEZCAN, D., ERDEM, M. R., ÖNOK, M.**, a.g.e., s. 321.

²⁶⁶ **TEZCAN, D., ERDEM, M. R., ÖNOK, M.**, a.g.e., s. 321.

failde YTCK 37. madde göz önünde bulundurularak, fiili birlikte işledikleri için YTCK 103/1. madde uyarınca cezalandırılacaktır.

3.6.4. Suçun Takibi

Cinsel istismar suçunun temel şekli olan basit cinsel istismar suçunun takibi re'sen yapılır. Cinsel istismar suçunun takibinin re'sen yapılmasındaki amaç mağdur çocukların daha fazla korunmasıdır. Çocuklar bu ilişkilerde, failer tarafından kullanılmakta, failerin cinsel arzularını tatmin eden bir kişi durumunda sayılmaktadırlar.²⁶⁷ Bu sebeple kolluk kuvvetleri veya adli makamlar kendilerine bu konu ile ilgili bir ihbar geldiği takdirde suçun soruşturma ve kovuşturmasını re'sen yapacaklardır. Eğer soruşturma açılmış ise mağdurun şikâyetten vazgeçmesi, suçun takibini değiştirmeyecek ve soruşturmaya ya da kovuşturmaya devam edilecektir.

3.6.5. Suçun Cezası

Basit cinsel istismar suçunu işleyen fail YTCK 103/1. madde uyarınca üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Faile verilecek olan ceza, cinsel istismar suçunu işlerken yaptığı fiillere göre belirlenecektir.

3.7. Nitelikli Cinsel İstismar Suçu (YTCK m.103/2)

ETCK'da ırza geçme suçu olarak tanımlanan fiil YTCK'da nitelikli cinsel istismar suçu olarak ifade edilmiş ve YTCK 103/2. maddesinde düzenlenmiştir. YTCK 103/2. maddesinde tanımlanan nitelikli cinsel istismarın 103. maddenin 1. fıkrasında belirtilen cinsel davranışlarla mağdurun vücut dokunulmazlığının, vücuda organ veya sair bir cisim sokmak suretiyle ihlâl edilmesi durumunda oluşacağı ifade edilmiştir. Burada vücut sözcüğünden cinsellik açısından organ veya sair bir cismin girmesine müsait olan vajinal, anal ve oral vücut boşlukları olarak anlamak gerekir. 103/1-a maddesinde ifade edilen çocuklar bu nitelikli

²⁶⁷ SOYASLAN, D., a.g.e., s. 182.

eyleme rıza gösterebilir bile bu suç oluşacaktır. Ancak 103/1-b maddesinde ifade edilen çocuklara karşı nitelikli cinsel istismar suçunun oluşabilmesi için fiilin rıza dışında gerçekleştirilmesi gerekmektedir.

YTCK 102/2. maddede bu konu ile ilgili genel olarak ifade edilen hususlar burada da aynen geçerliliğini korumaktadır.

103/1-a maddesinde tanımlanan onbeş yaş altı veya onbeş yaşını doldurmuş onsekiz yaşını doldurmamış ancak fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş, birisi kız diğeri erkek olan iki çocuğun rızasız cinsel ilişkiye girmeleri durumunda da bu suç oluşacaktır. Kanun koyucu 103/1-a maddesinde ifade edilen çocukların rızalarını, geçerli bir rıza olarak kabul etmemiştir. Bu durumda bulunan ve rızasız cinsel ilişkiyi yaşayan iki çocuk da, suçun mağduru ve faili olacaktır. Ancak çocukların yaşadığı cinsel ilişkideki yapılan fiiller açısından bakıldığında hem mağdur hem fail olan erkek çocuk, nitelikli cinsel istismar suçunu, hem mağdur hem fail olan kız çocuk ise basit cinsel istismar suçunu işlemiş olacaktır. Cinsel ilişki oral seks şeklinde yaşanmış olsa bile cinsel istismar suçu oluşacaktır. Bu durumda erkek olan mağdur fail 103/2 maddesi uyarınca asgari sekiz yıl hapis cezası ile cezalandırılırken, kız olan mağdur fail 103/1 maddesi uyarınca asgari üç yıl hapis cezası ile cezalandırılacaktır. Söz konusu durumun uygulamada sorunlar yaratacağı açıktır. YTCK'nın aceleyle getirilmiş bir kanun olması sebebiyle bu şekilde pek çok aksaklığı bulunmaktadır. Maddenin ele alınıp incelenerek yeniden düzenlenmesi gerektiği kanaatindeyim.

Yukarıda ifade ettiğim üzere, onbeş yaşını bitirmiş ve evli olan çocuklar arasında bu suçun işlenmesi durumunda, YTCK 102/2. maddesinin uygulanması gerektiği konusundaki görüşlerimi burada da aynen tekrarlıyorum.

3.7.1. Suçun Özel Görünüş Biçimleri

3.7.1.1. Teşebbüs

Nitelikli cinsel istismar suçu, mağdurun vücuduna vajinal, anal veya oral yoldan organ veya sair bir cismin, fail tarafından kısmen veya tamamen ithal edilmesi durumunda tamamlanır. 102/2. madde de bu konu ile ilgili ifade edilen hususlar burada da aynen geçerliliğini korumaktadır.

Basit cinsel istismar suçunda olduğu gibi nitelikli cinsel istismar suçu da teşebbüse elverişlidir. Nitelikli cinsel istismar suçunda da TCK m. 35/1'e göre; kişi, işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaz ise teşebbüsten dolayı sorumlu tutulur. Örneğin mağdura karşı, nitelikli cinsel istismar da bulunmak isteyen fail, pek çok icrai hareketlerini gerçekleştirmiş ancak suçun vücuda organ veya sair bir cisim sokma ile tamamlanma aşamasında kendisine üçüncü bir kişi tarafından engel olunmuş ise, bu durumda fail nitelikli cinsel istismar suçuna teşebbüsten sorumlu tutulur.

Eğer fail nitelikli cinsel istismarda bulunmak için pek çok icrai hareketi gerçekleştirmiş ancak vücuda organ veya sair bir cisim sokmaya yönelik eyleminden gönüllü olarak vazgeçmiş ise bu takdirde fail hakkında teşebbüs hükümleri yerine, YTCK'nın 36. maddesi olan gönüllü vazgeçme hükümleri uygulanır. Failin gönüllü vazgeçmesi durumunda nitelikli cinsel istismar suçu gerçekleşmediği için tamamlanan kısım ancak basit cinsel istismar suçunu oluşturabilir. Cinsel istismar suçu cinsel saldırı suçundan farklı olarak şikayet üzerinde değil kamu yararına re'sen takip edilen bir suç tipidir. Bu sebeple failin gönüllü vazgeçtiği zamana kadar ki yaptığı fiiller, basit cinsel istismar suçunu oluşturuyorsa bu durumda fail, tamamlanan basit cinsel istismar suçundan dolayı sorumlu tutulur ve cezalandırılır.

3.7.1.2. İçtima Hükümleri

YTCK'nın 42. maddesinde ifade edilen hüküm sebebiyle, nitelikli cinsel istismar suçunu işlemek için araç olarak kullanılan cebir, tehdit veya şantaj, suçlarından dolayı faile ayrı bir madde uyarınca ceza verilmez. Burada da YTCK 102. maddesinde olduğu gibi YTCK'nın 103. maddesinde de, YTCK 43. maddesinde ifade edilen bileşik suç söz konusudur. Ancak fail cinsel istismar fiilini 103/1-a maddesi kapsamındaki mağdurlara karşı cebir ve tehdit unsurlarını kullanarak işlemesi durumunda, YTCK 103/2 ve YTCK 103/4 maddesi uyarınca cezalandırılacaktır. Başka bir şekilde ifade etmek gerekirse, YTCK 103/1-a maddesinde tanımlanan mağdurlara karşı suçun işlenmesinde kullanılan cebir, tehdit veya hile, cinsel istismar suçunun unsuru değildir. Yine burada da cebirin şiddet derecesi önem taşımaktadır. Cinsel istismar veya cinsel saldırı suçunun işlenmesini kolaylaştırmak için başvuru olan cebir, yaralama suçunun temel şeklini (YTCK m. 86), oluşturur. Ancak netice sebebiyle gerçekleşen ağır hallerin oluşması durumunda, yeni bir suç (YTCK m. 87) meydana gelir. Cebir eğer mağdurun direncini kırmanın ötesinde YTCK 87. maddesinde ifade edilen derecede kullanılmış ise bu durumda ayrıca YTCK'nın 103/5. maddesi göz önünde bulundurulur fail hakkında hem nitelikli cinsel istismar suçundan hem de cebirin derecesine göre YTCK 87. maddesi kapsamında kasten nitelikli yaralama suçundan hüküm verilecektir. Kısacası fail, 103/1-a maddesinde ifade edilen mağdura karşı, mağdurun direncini kırmanın ötesinde cebir kullanarak cinsel istismar suçunu işlemesi halinde, YTCK 103/1-a delaletiyle, 103/2 YTCK103/4 ve YTCK 103/5 göz önünde bulundurulur fail hakkında YTCK 87. maddesi ile içtima edilerek cezalandırılacaktır. Yine fail, 103/1-b maddesinde ifade edilen mağdura karşı, mağdurun direncini kırmanın ötesinde cebir kullanarak nitelikli cinsel istismar suçunu işlemesi durumunda, YTCK 103/2 ve YTCK 103/5 göz önünde bulundurulur fail hakkında YTCK 87. maddesi ile içtima edilerek cezalandırılacaktır.

Aynı kişiye yönelik olarak gerçekleşen birden fazla cinsel istismar suçunu aynı suç işleme kararına bağlanabiliyorsa, zincirleme suç kuralları uygulanabilir. Ancak, zincirleme suç kurallarının uygulanabilmesi için, suçun "aynı kişiye karşı

işlenmesi” zorunluluğu arandığından, değişik kişilere karşı işlenen cinsel istismar suçu, aynı suç işleme kararına bağlı olsa bile, zincirleme suç kuralları uygulanmaz. Yargıtay uygulamasında, art arda gerçekleştirilen cinsel ilişkilerde penetrasyonun farklı yollarla sağlanması durumunda (örneğin, failin cinsel organın, mağdurun önce vajinasına, sonra anüsüne sokması), suçun birden fazla olduğu kabul edilip zincirleme suç hükümleri uygulanmaktaydı.²⁶⁸ Burada aynı kast altında gerçekleştirilen birden fazla bedeni davranışın ayrı ayrı suç sayılması mümkün olmadığı için bu görüşe katılmak mümkün değildir.²⁶⁹ Mağdurun aynı kişi olduğu olayda, failin yapmış olduğu eylemlerin arasında zaman aralığı bulunmadığı gibi, failin kastının yenilendiğini gösteren bir durum da mevcut değildir. Fail, aynı anda birden fazla hareketi cinsel arzularını tatmine yönelik olarak gerçekleştirmiştir. Dolayısıyla mağdurun da aynı olması koşulu ile failin cinsel saldırı veya cinsel istismar suçunu işlediği sırasında gerçekleştirdiği penetrasyonun, farklı yollardan sağlanması durumunda tek bir suçun işlendiği kabul edilmelidir.

102. madde de bu konu ile ilgili ifade edilen hususlar burada da aynen geçerliliğini korumaktadır.

3.7.1.3. İştirak

Nitelikli cinsel istismar suçunu gerçekleştiren birden fazla kişi söz konusu ise, bunların her biri birlikte fail sayılırlar. Faillerden birisinin, mağduru tutarak, mağdurun hareket etmesini, saldırıya karşı direnmesini engellemesi durumunda, bundan istifade eden diğer fail, nitelikli cinsel istismarı gerçekleştirmişse, her iki failde YTCK 37. madde göz önünde bulundurularak, fiili birlikte işledikleri için YTCK 103/2. madde uyarınca cezalandırılacaktır.

²⁶⁸ Yarg. 5. CD., 22.11.2005, 8765/22305, www.adalet.org; aynı yönde Yarg. 5. CD., 30.1.2006, 18695/361, www.adalet.org; nakleden **TEZCAN, D., ERDEM, M. R., ÖNOK, M.**, a.g.e., s. 321.

²⁶⁹ **TEZCAN, D., ERDEM, M. R., ÖNOK, M.**, a.g.e., s. 321.

3.7.2. Suçun Cezası

Nitelikli cinsel istismar suçunu işleyen fail YTCK 103/2. madde uyarınca sekiz yıldan onbeş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Faile verilecek olan ceza, cinsel saldırı suçunu işlerken yaptığı fiillere göre belirlenecektir.

3.8. YTCK m. 103/3'te Öngörülen Nitelikli Haller

Yukarıda madde açıklamasında belirtildiği üzere burada üç ayrı nitelikli hâl aynı bent içinde düzenlenmiştir.²⁷⁰

Bu fıkrada, fail açısından kişisel ağırlaştırıcı nedenlere yer verilmiştir. Ağırlaştırıcı nedenin hangi kişiler olacağı bir kısım kimseler açısından sayılmış olmakla birlikte bunlar sınırlı sayıda değildir. Madde metninde “... veya koruma ve gözetim yükümlüğü bulunan diğer kişiler tarafından ya da hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle...” ifadesine yer verilmiş, hükmün, sıfatları sayılan kişilerle sınırlı olmadığı vurgulanmıştır.²⁷¹

3.8.1. Suçun Üstsoy, İkinci veya Üçüncü Derecede Kan Hısımlı, Üvey Baba, Evlat Edinen, Vasi, Eğitici, Öğretici, Bakıcı, Sağlık Hizmeti Veren veya Koruma ve Gözetim Yükümlülüğü Bulunan Diğer Kişiler Tarafından İşlenmesi²⁷²

Suç, failin mağdur üzerinde sahip olduğu nüfuz veya mağdurun faile karşı beslediği güvenin kötüye kullanılması suretiyle de gerçekleştirilebilir. Cinsel istismar fiili, bir baba tarafından çocuğu, bir öğretmen tarafından öğrencisi, bir hekim tarafından hastası veya bir daire veya müessese amiri tarafından emrinde çalışanlar üzerinde işlenebilir. Kanun koyucu, mağdurla fail arasında yukarıda bahsedilen türde ilişkinin bulunmasına rağmen, cinsel istismar suçunun işlenmesi

²⁷⁰ BAYTEMİR, E., a.g.e., s. 558.

²⁷¹ MERAN, N., a.g.e., s. 353.

²⁷² BAYTEMİR, E., a.g.e., s. 558.

durumunda, suçun toplumda meydana getireceği nefret ve teessürün, bu ilişkilerin bulunmadığı hallerde işlenen cinsel istismar suçlarına nispetle daha fazla olması sebebiyle, mağdur ile fail arasında yukarıda bahsedilen türde ilişkinin bulunması durumunda suçun işlenmesinin, daha ağır yaptırımları olması gerektiğini kabul etmiştir. Gerçekten bazı hâllerde fail, mağdura istediği yönde etkiye bulunabileceği gibi, mağdur üzerinde nüfuz sahibi de olabilmektedir. Mağdur ile failin, aynı mahâl veya evde birlikte kalmaları, mağdurun faile güven duymasına sebep olduğundan, failin mağdura karşı kolaylıkla hileye müracaat ederek, mağdurun mukavemetini kırabilmesini ve mağdura yönelik cinsel istismar fiilini işlemesini mümkün kılmaktadır. İşte bu esasları göz önünde bulunduran kanun koyucu bazı fiili veya hukuki halleri suça etki yapan ağırlaştırıcı sebepler olarak kabul etmiştir.²⁷³

TMK 17. maddesi “kan hısımlığının derecesi, hısımları birbirine bağlayan doğum sayısıyla belli olur. Biri diğerinden gelen kişiler arasında üstsoy-altsoy hısımlığı; biri diğerinden gelmeyip de, ortak bir kökten gelen kişiler arasında yansoy hısımlığı vardır.” hükmünü içermektedir.

Kanun koyucu üstsoyun, ikinci veya üçüncü derece dâhil kan hısımlı kişilerin, mağdur üzerinde sahip olduğu nüfuz ve güvenin, mağdurun fiile mukavemetini yani direncini kırması bakımından kolaylık temin edeceğini benimseyerek bu ağırlaştırıcı sebebi kabul etmiştir. Mağdurun, üçüncü kişilerin kötü niyetini sezip onlara karşı direnmesi daha kolaydır. Mağdurun yakınlarının hâkimiyetleri altında olması ve onlara güven duyması sebebiyle, failin kötü niyetli olduğunu anlamasını güçleştireceği gibi, faile karşı koymasını da engelleyebilecektir.²⁷⁴ YTCK 102/3-c maddesinden farklı olarak 103/3. maddede sıhrî hısımların mağdura karşı cinsel istismar suçunu işleyebileceği kabul edilmemiştir. Bu büyük bir eksikliklerdir. TMK 124. maddesine göre 16 ve 18 yaş arası çocukların evlenebileceği kabul edilmiştir. Bu sebeple 103/1-b maddesinde

²⁷³ BAYTEMİR, E., a.g.e., s. 558.

²⁷⁴ BAYTEMİR, E., a.g.e., s. 558- 559.

ifade edilen çocukların evlenmelerinden sonra kayın hısımları olabileceği açıktır. 18 yaş üstü ergin kişilere karşı kayın hısımlarının işlediği cinsel saldırıların ağırlaştırıcı neden olarak kabul edilmesinin karşısında, 16-18 yaş aralığında olan çocuklara karşı kayın hısımlarının işlediği cinsel istismar suçunun ağırlaştırıcı neden olarak kabul edilmemesini anlamak güçtür. Kanımca bu, maddenin düzenlenmesinde büyük bir eksikliklerdir.²⁷⁵ Üstsoy ve kan hısımlığı ilişkisi nüfus kayıtlarına göre belirlenmelidir. Ancak nüfus kayıtlarında bulunmamasına rağmen mağdur ile fail arasında fiili olarak kan bağına bulunduğu bahisle ağırlaştırıcı neden olarak bu fıkranın uygulanması düşünülemez. Bu fıkranın uygulanması için asıl olan kanıt, resmi nüfus kayıtlarıdır.²⁷⁶

Soy bağı ayrıca evlat edinme yoluyla da kurulabilir. Dolayısıyla üvey baba ve evlat edinen kişiler için ağırlaştırıcı neden soy bağı nedeniyle kabul edilmiş bulunmaktadır. Ancak, evlat edinen kimsenin bu fıkra kapsamında değerlendirilebilmesi için evlat edinmeye ilişkin mahkeme kararının bulunması gerekir.²⁷⁷ Evlat edinme hâlinde evlat edinenlerin evlatlık karşısındaki durumları TMK'nın 314. maddesinde düzenlenmiştir. Bu hükme göre, evlat edinme ilişkisinin devamı müddetince, ana, babaya ait hak ve vazifeler, evlat edinen kimseye geçer.²⁷⁸ TMK'nın 315/1. maddesi hükmü evlatlık ilişkisinin mahkeme kararıyla birlikte kurulabileceğini öngörmüştür. Mahkeme kararı ile kesinleşmiş olmadan bir kimsenin evlat edinen olduğundan söz edilerek cezası bu fıkra uyarınca ağırlaştırılmaz.²⁷⁹ Ayrıca olay tarihinde evlatlık ilişkisinin devam etmesi gerekir. Bu ilişki sona ermişse, hüküm ile nüfuz altında bulundurma da söz konusu değilse belirtilen ağırlaştırıcı sebep fail hakkında uygulanmaz.

²⁷⁵ Benzer yöndeki görüş için bkz., **GÜNDÜZ, R., GÜLTAŞ, V.**, a.g.e., s. 58.

²⁷⁶ Karşıt görüş için bkz. **SOYASLAN, D.**, a.g.e., s. 185.

²⁷⁷ **MERAN, N.**, a.g.e., s. 354.

²⁷⁸ **BAYTEMİR, E.**, a.g.e., s. 559.

²⁷⁹ **MERAN, N.**, a.g.e., s. 354.

Fıkırada, yalnızca üvey babadan bahsedilmiştir. YTCK'ya göre kadın veya erkek bu suçun faili olabilmektedir. Açıklanan nedenlerden ötürü üvey anneye, bu fıkrada yer verilmemiş olması büyük bir eksikliklerdir.²⁸⁰

Bu sıfatların bulunup bulunmadığı TMK hükümlerine göre belirlenecektir. Toplumsal, çevresel ya da aile içi hitapların böylece adlandırılıp bilinmesi, uygulama için yeterli değildir.²⁸¹

Madde metninde “üst soy” terimine yer verilmediğinden ayrıca çocuğun velisi olarak bir belirleme yapılmamıştır. Ancak, TMK'nın 404/1. maddesi uyarınca velayet altında bulunmayan her küçük vesayet altına alınır. Vasiliğe atanan kişi TMK 422. madde uyarınca bu durumun kendisine tebliğinden başlayarak on gün içinde vasilikten kaçınma hakkını kullanabilir.²⁸²

Vasiliğe atanan kimse, TMK43. maddesine göre vasilikten kaçınmış veya atanmasına itiraz edilmiş olsa bile, yerine bir başkası atanıncaya kadar vasiye ait görevleri yerine getirmekle yükümlüdür. Bu nedenle vasilik görevi kendisine tebliğ olunan kişinin vasilikten vesayet makamları tarafından alınmasına kadar vasilik görevi devam eder. Bu süre içinde dahi olsa vasiinin cinsel istismar suçunu işlemesi, maddenin 3. fıkrasının uygulanmasını gerektirir.²⁸³ Bu itibarla; kişi vasi tayin edilmeden önce fiili işlemiş ve durum vasi tayin edildikten sonra ortaya çıkmış ise bu ağırlatıcı sebep uygulanmayacağı gibi, kişi vasi iken fiilin işlenmesinden sonra vasiliği herhangi bir sebeple kaldırılmış olsa dahi bu ağırlatıcı sebep uygulanacaktır. “Kayyım”ın (TMK m. 426) sınırlı ve geçici bir

²⁸⁰ Benzer yöndeki görüş için bkz., GÜNDÜZ, R., GÜLTAŞ, V., a.g.e., s. 58.; Düzenlemenin eşitlik ilkesi açısından yerinde olmadığı konusunda ARTUK, GÖKCEN, YENİDÜNYA, 7. Bası, s. 171.; nakleden TEZCAN, D., ERDEM, M. R., ÖNOK, M., a.g.e., s. 323.

²⁸¹ MALKOÇ, İ., a.g.e., s. 179.

²⁸² MERAN, N., a.g.e., s. 354.

²⁸³ MERAN, N., a.g.e., s. 354.

vesayet hizmeti gördüğü gerekçesiyle “vasi” terimine dâhil olmadığı belirtilmiştir.²⁸⁴

Eğitici, öğretici, bakıcı, sağlık hizmeti veren veya koruma ve gözetim yükümlülüğü bulunan kişiler tarafından da cinsel istismar suçu işlenmiş olabilir. Bu kişiler resmi bir kuruma bağlı olsun ya da olmasın ya da söz konusu görev ya da hizmeti ücretli veya ücretsiz yapsın cinsel istismar suçunu işlemeleri halinde cezaları bu fıkra uyarınca arttırılır. Bu kişilerle çocuk arasında hizmetin veya görevin yerine getirilmesinden kaynaklanan bir yakınlık ve güven duygusu oluşmakta ve bu güven bağı, söz konusu kişilere suçun işlenmesinde kolaylık sağladığından fıkranın uygulanma nedenini oluşturmaktadır. Bu kişilerle çocuk arasında bir güven duygusu ve yakınlık bulunmasa dahi bu fıkra hükmü uygulanmalıdır.²⁸⁵

Fıkranın uygulanmasında maddede sayılan kişilerin görevlerini yaptıkları sırada suçu işlemiş olmaları gerekmez. Ancak, çocuk ya da çocuğun bulunduğu yer itibarıyla aradaki hizmet ya da koruma ve gözetim görevinin devamı sırasında işlenmesi şarttır. Aradaki görev ve hizmet ilişkisi hukuken bitirildikten sonra cinsel istismar suçunun işlenmesi bu fıkra hükümlerinin uygulanmasını gerektirmez.²⁸⁶

Çocuğa karşı koruma ve gözetim yükümlülüğü altında bulunan diğer kişiler, örneğin annesi pazara, işe veya özel bir yere v.s. giderken çocuğun bakım ve gözetimine bırakıldığı komşu veya fıkroda zikredilmeyen uzak akraba olabilir. Bununla birlikte güvene ve sosyal ilişkilere dayalı olarak çocuğun çeşitli

²⁸⁴ **ARTUK, GÖKCEN, YENİDÜNYA**, a.g.e., s. 171.; atfen: **EREM, II**, s. 1865.; nakleden **BAYTEMİR, E.**, a.g.e., s. 560.

²⁸⁵ **MERAN, N.**, a.g.e., s. 354.

²⁸⁶ **MERAN, N.**, a.g.e., s. 354-355.; benzer görüş için bkz., **BAYTEMİR, E.**, a.g.e., s. 561.; karşıt görüş için bkz., **ARTUK, GÖKCEN, YENİDÜNYA**, 7. Bası, s. 172.; nakleden **TEZCAN, D., ERDEM, M. R., ÖNOK, M.**, a.g.e., s. 323.

nedenlerle emanet edildiği ve bu emaneti kabul eden kişilerin fail olmaları durumu da dikkate değer.²⁸⁷

Anlaşıldığı kadarı ile bunların çocuğa karşı gerçekleştirdikleri eylemleri sebebi ile cezaların 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 ahlâki ilişkiler de bu tür yükümlülüğün doğması için gerekli ve yeterli olabilmelidir.²⁸⁸ Nezaret etme talebinin, mağdurun ailesi veya fail tarafından yapılması arasında fark yoktur.²⁸⁹ Açıklanan sebeplerden ötürü üvey anne, koruma ve gözetim yükümlülüğü altında bulunan kişiler kapsamında değerlendirilmelidir.²⁹⁰

3.8.2. Suçun Hizmet İlişisinin Sağladığı Nüfuz Kötüye Kullanılmak Suretiyle İşlenmesi²⁹¹

102/2. maddede bu konu ile ilgili ifade edilen hususlar burada da aynen geçerliliğini korumaktadır. Fail, mağdurun ailesi ile bir hizmet ilişkisi içerisindeyse de failin işlediği fiil bu madde kapsamında değerlendirilmelidir. Mağdur çocuğu okula veya kreşe götürmek konusunda, çocuğun ebeveynleri ile anlaşmış bulunan servis şoförü bu duruma örnek gösterilebilir.²⁹²

²⁸⁷ MALKOÇ, İ., a.g.e., s. 180.

²⁸⁸ MALKOÇ, İ., a.g.e., s. 180.

²⁸⁹ BAYTEMİR, E., a.g.e., s. 562, 565.

²⁹⁰ Benzer görüş için bkz., MALKOÇ, İ., a.g.e., s. 179.

²⁹¹ BAYTEMİR, E., a.g.e., s. 565.

²⁹² MALKOÇ, İ., a.g.e., s. 180.

3.8.3. Suçun Birden Fazla Kişi Tarafından Birlikte İşlenmesi²⁹³

102/2. madde de bu konu ile ilgili ifade edilen hususlar burada da aynen geçerliliğini korumaktadır. Bu kişilerin her birinin mağdura cinsel istismar oluşturan eylemi gerçekleştirmiş olması gerekmez. Faillerden birisi vücuda cisim ya da organ sokarken diğeri mağdurun kollarını tutsa eylemi birlikte işlemiş kabul edilirler. Birden fazla kişiden birisinin ceza sorumluluğunun bulunmaması, diğer fail için suçun birlikte işlenmesinden doğan ağırlaştırıcı nedenin uygulanmamasını gerektirmez. Bu durum YTCK'nın 40/1. maddesinde "suçun işlenişine iştirak eden her kişi, diğerinin cezalandırılmasını önleyen kişisel nedenler göz önünde bulundurulmaksızın kendi kusurlu fiiline göre cezalandırılır" biçimde ifade edilmiştir.²⁹⁴

Ancak bu fıkranın düzenlenmesinde büyük bir eksiklik mevcuttur. YTCK 102/3-d maddesinden farklı olarak YTKC'nın 103/3. maddesinde silahtan bahsedilmemiştir. Erginlere karşı işlenen cinsel saldırıda silah unsurunun cezanın ağırlaştırıcı nedeni olarak kabul edilmesine karşılık, erginlere oranla çok daha fazla savunmasız olan çocuklara yönelik cinsel istismar suçunun işlenmesi sırasında silahın kullanılmasının, cezanın ağırlaştırılmasında herhangi bir etkisinin bulunmamasını anlamak mümkün değildir. Yine YTCK'nın 102/3-a maddesinde beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda olan kişilere karşı cinsel saldırı suçunun işlenmesi, faile verilecek olan cezanın ağırlaştırıcı bir nedeni olarak kabul edilmişken, çocuklara yönelik cinsel istismar suçunda bu konuda bir ifadeye yer verilmemesi büyük bir eksikliktir. Maddedeki bu eksiklik insanların onsekiz yaşından sonra bedensel veya zihinsel engelli olabileceğini düşünmek anlamına gelir ki bu da son derece anlamsız bir düşüncedir. Kanaatimce beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda olan bir çocuğa karşı bu suçun işlenmesi durumu da, bu fıkra kapsamına alınmalı ve suçun ağırlaştırıcı nedeni olarak belirlenmelidir.

²⁹³ BAYTEMİR, E., a.g.e., s. 565.

²⁹⁴ MERAN, N., a.g.e., s. 255.

3.9. Suçun Cebir veya Tehdit Kullanılmak Suretiyle İşlenmesi

YTCK 102. maddesinden farklı olarak YTCK 103. maddesinde mağdurlar iki gruba ayrılmıştır. Yukarıda bu konudan ayrıntılı olarak bahsedilmiştir. Cebir ve tehdit 102. maddede suçun unsuru olarak kabul edilmesine karşılık 103. maddenin 1. fıkrasının a bendinde bahsedilen çocuklara karşı kullanılan cebir ve tehdit suçun unsuru değil, suçun ağırlaştırıcı bir nedeni olarak 103/4. maddesinde düzenlenmiştir.

Onbeş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan çocukların rızalarının hukuka uygun olmadığı, henüz algılayamadıkları bir sonucun oluştuğu ya da fiziki durumları kendilerine karşı eylemin işlemesine diğer çocuklara oranla daha elverişli olduğu halde, bu kimselere karşı aynı zamanda cebir ve tehditle cinsel istismarda bulunulması, cezanın arttırılarak hükmolunmasının nedenini oluşturmuştur.²⁹⁵ Cebirin ya da tehdidin derecesinin önemi yoktur. En ufak bir cebir ya da tehdit unsurunun, YTCK 103/1-a maddesinde ifade edilen çocuklara karşı cinsel istismar suçunun işlenmesinde kullanılması, bu fıkranın uygulanması için yeterlidir. Mağdura karşı kullanılan cebirin aynı zamanda YTCK 87. maddesi kapsamında olması durumunda fail hakkında YTCK 103/4. maddesi uygulandıktan sonra fail YTCK 103/5. maddesinden de cezalandırılacaktır.

103/3-b maddesi kapsamına giren çocuklara karşı cinsel istismar suçunun işlenmesi sırasında, mağdur çocuğun direncini kırarak ölçüde cebir kullanılması durumunda veya mağdur çocuğa tehditte bulunulması halinde faile ayrıca ceza verilmeyecektir.

²⁹⁵ MERAN, N., a.g.e., s. 358.

3.10. Cinsel İstismar Suçunun İşlenmesi Sırasında Kullanılan Cebirin ve Şiddetin Kasten Yaralama Suçunun Ağır Neticelerine Neden Olması

102/2. madde de bu konu ile ilgili ifade edilen hususlar burada da aynen geçerliliğini korumaktadır ancak 103. maddenin 5. fıkrasında cinsel istismar için başvurulmuş cebir ve şiddetin ancak kasten yaralama suçunun YTCK'nın 87. maddesinde öngörülen ağır sonuçlara yol açması halinde ayrıca kasten yaralama suçundan ceza verileceği hükme bağlanmıştır.²⁹⁶

Kanun koyucunun yetişkinler için, direnci kırmaya yetecek ölçünün dışında cebir kullanılması durumunda ayrıca kasten yaralama suçu hükümlerinin uygulanacağını hükme bağlamasına karşılık, eyleme direnme yetenekleri yetişkinlere oranla daha az ve zayıf olan çocuklar için hangi nedenle yaralamanın ağırlaşmış hallerinin meydana gelmesi durumunda ayrıca yaralama hükümlerinin uygulanacağını benimsediğini anlamak gerçekten güçtür.²⁹⁷

4. fıkranın 103. maddenin 1. fıkrasının (a) bendinde sayılan çocuklara karşı cinsel istismar eyleminde bulunmak için cebir ve tehdit kullanılması durumunda cezanın arttırılarak hükmolunması öngörülmesine karşılık, 1. fıkranın (b) bendinde sayılan çocuklar için 4. fıkrada bir artırım öngörülmemesi; 5. fıkrada ise, cinsel istismar için başvurulmuş cebir ve şiddetin ancak yaralamanın ağırlaşmış sonuçlarına yol açması halinde failin ayrıca cezalandırılmasının öngörülmesi bulunması, 86/1. maddede öngörülen temel yaralama biçiminde gerçekleşen cebir ve şiddet davranışlarına karşı 103/1-b maddesinde sayılan çocukları korumasız bırakmaktadır.²⁹⁸

²⁹⁶ MERAN, N., a.g.e., s. 359.

²⁹⁷ MERAN, N., a.g.e., s. 359

²⁹⁸ MERAN, N., a.g.e., s. 359

3.11. Cinsel İstismar Suçunun Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Halleri

YTCK'nın 103. maddesinin 6. ve 7. fıkralarında, basit veya nitelikli cinsel istismar suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış halleri düzenlenmiştir.

Buna göre, cinsel istismar suçunun neticesinde mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması ya da mağrudun bitkisel hayata girmesi veya ölmesi, cinsel istismar suçunun ağırlaştırıcı nedenleri olarak kabul edilmiştir.

3.11.1. Cinsel İstismar Suçunun Sonucunda Mağdurun Beden veya Ruh Sağlığını Bozulması (YTCK m. 103/6)

102/2. madde de bu konu ile ilgili ifade edilen hususlar burada da aynen geçerliliğini korumaktadır.

Bu fıkra da, cinsel saldırı suçunda olduğu gibi basit veya nitelikli cinsel istismar suçunun sonucunda, mağdurun beden veya ruhsal sağlığının bozulması, suçun ağırlaştırıcı nedeni olarak kabul edilmiştir. Ancak yine bu fıkrada hangi hallerin beden veya ruh sağlığının bozulması kapsamında değerlendirileceği belirlenmemiştir.

Mağdurun beden veya ruh sağlığının geçici ya da kalıcı olarak bozulmasının bir önemi yoktur. Bir hastalığın tedavisinin uzun bir süreci gerektirmesi durumunda bu fıkradaki halin varlığından söz edilebilir.²⁹⁹ Eylem öncesi ruh sağlığı esasen bozuk olanların (akıl hastalarının) ruh sağlığının bozulup bozulmadığını aramaya gerek yoktur. Bunların cinsel istismar nedeniyle ancak beden sağlıklarının bozulması söz konusu olabilir.³⁰⁰

²⁹⁹ MERAN, N., a.g.e., s. 331-332.

³⁰⁰ MALKOÇ, İ., a.g.e., s. 80.

Mağdurun sağlığını bozan eylemler cinsel istismar suçunun icra hareketlerinden kaynaklanacağı gibi kullanılan cebirden veya uygulanan tehditten de meydana gelebilir. Sonuç aynıdır.³⁰¹

Mağdurun hastalığı failden almış olması gerekmez.³⁰² Failin mağdura karşı gerçekleştirdiği fiil sırasında, mağdurun bulunduğu ortamdan bulaşıcı ve tedavisi uzun sürecek olan bir hastalık kapmış olması durumunda da bu fıkra hükümleri uygulanacaktır. Bu fıkra hükümlerinin uygulanabilmesi için mağdurun ruh veya beden sağlığının bozulması ile cinsel istismar suçu arasında illiyet bağı olmalıdır.

Her cinsel istismarın doğal olarak mağdurda psikolojik sarsıntıya yol açtığı göz önünde bulundurulursa,³⁰³ mağdurun ruh sağlığının “bozulması” konusundaki ölçünün ne olduğu sorulabilir.³⁰⁴ Adli Tıp uygulamasında, “sürekli” bir bozukluğa yol açılması durumunda bu nitelikli halin uygulanacağı yönünde bir eğilim mevcuttur. Olay tarihinin hemen sonrasında üç aylık bir döneme kadar mağdurda akut stres reaksiyonu görülebilir. Bu bozukluğun tüm tedavilere rağmen altı ay veya daha sonraki bir döneme kadar uzanması, kalıcı olduğunun göstergesidir ve sarsıntı sonrası stres bozukluklarıdır. Mağdurun, cinsel istismara uğraması sonrasında beden muayenesi ile birlikte mutlaka ruhsal muayene de yaptırılmalıdır ve mağdur, ruhsal bozukluk açısından tedavi edildiği yere kontrol muayenelerine gönderilmelidir. Beden sağlığının bozulmasında da süreklilik şartı aranmalıdır. Kalıcı bir beden sakatlığı ya da AIDS, Hepatit B, Hepatit C, Frengi, Sifilis, Genital siğiller gibi hastalıkların bulaştırılması da bu kapsamda ele alınmalıdır. Cinsel saldırı suçunda olduğu gibi, cinsel istismar suçunun sonucunda

³⁰¹ **MALKOÇ, İ.**, a.g.e., s. 80.

³⁰² **MERAN, N.**, a.g.e., s. 332.

³⁰³ **YILDIZ, TCK**, s. 219 vd.; nakleden **TEZCAN, D., ERDEM, M. R., ÖNOK, M.**, a.g.e., s. 312.

³⁰⁴ Alman CK & 177/3 b. 3'te ise, fiilin mağdurda sağlık açısından ağır zarar tehlikesi meydana getirmiş olmasından bir nitelikli hal olarak söz edilmektedir. (**LACKNER, KÜHL, & 177** no. 12.); nakleden **TEZCAN, D., ERDEM, M. R., ÖNOK, M.**, a.g.e., s. 312.

da kızlık zararının bozulması, beden hastalığı kapsamında değerlendirilemez.³⁰⁵ Ancak mağdurun, kızlık zararının bozulması sebebiyle ruh sağlığı bozulmuşsa, suç bu fıkra kapsamında değerlendirilmelidir. Kanımca, hamilelik beden sağlığının bozulması şeklinde değerlendirilmemelidir.³⁰⁶ Hamilelik biyolojik bir olgudur ve nitelikli cinsel istismar sonrasında kızlık zararının kaybı kadar hamile kalınabilme ihtimali de yüksektir.

Sağlığın bozulması deyimi kasten yaralama suçunun maddi unsurunu oluşturan seçimlik hareketlerden sağlığı bozma deyimi ile aynı anlamda kullanılmıştır. Böyle olunca da, süresi ne olursa olsun cinsel istismar mağdurda patolojik durum ortaya çıkarmış veya böyle bir patolojik durum önceden varsa bunu artırmış ise, nitelikli halin uygulanması gerekir.³⁰⁷

Mağdurun bir organının tedavi edilemez derecede zarara uğraması ile daha hafif bir bedensel ya da ruhsal bozukluğun oluşmuş bulunması arasında fark yoktur. Kanun koyucu cinsel istismar eylemi sonucunda oluşan bedensel ya da ruhsal bozukluğun derecesi ve niteliğine bakmadan cezanın alt sınırını belirlemiş üst sınırın ne kadar olacağı yönünde bir hüküm düzenlememiştir. Ancak YTCK'nın 49/1. maddesi uyarınca süreli hapis cezası, kanunda aksi belirtilmeyen hallerde yirmi yıldan fazla olamayacağından hâkim bedensel ya da ruhsal bozukluğun ağırlık derecesine göre onbeş yıldan az olmamak üzere yirmi yıla kadar ceza belirlemede bulunabilecektir.³⁰⁸

³⁰⁵ **BİRGEN, N.** (2006), *Hukuki Perspektifler Dergisi*, Sayı 8, Eylül.; nakleden **GÜNDÜZ, R., GÜLTAŞ, V.**, a.g.e., s. 38.

³⁰⁶ Karşıt görüş için bkz., **MALKOÇ, İ.**, a.g.e., s. 85.

³⁰⁷ Aksi görüşe (**MALKOÇ**, s. 80.) göre, basit tıbbi müdahaleyi gerektiren bir yaralama neticesi, m. 102 kapsamında kalıp ayrıca cezalandırılması gerektirmez.; nakleden **TEZCAN, D., ERDEM, M. R., ÖNOK, M.**, a.g.e., s. 312.

³⁰⁸ **MERAN, N.**, a.g.e., s. 332.

3.11.2. Cinsel İstismar Suçunun Sonucunda Mağdurun Bitkisel Hayata Girmesi veya Ölmesi (YTCK m. 103/7)

102/2. madde de bu konu ile ilgili ifade edilen hususlar burada da aynen geçerliliğini korumaktadır.

Netice sebebiyle ağırlaşmış bir hal olan 103/6-7. madde ve fıkralarda öngörülen suçlara teşebbüs olanağı bulunmamaktadır. Çünkü netice sebebiyle ağırlaşmış suç, bir fiilin, kastedilenden daha ağır veya başka bir neticenin oluşumuna sebebiyet vermesi halidir. Kastedilen fiil, organ sokarak cinsel istismarda bulunmaktır. Meydana gelen ağır sonuç beden ve ruh sağlığının bozulmasıdır. Fail organ sokarak cinsel istismara teşebbüs etmiş, ancak engel sebeplerle gerçekleştirememiştir. Fail, öncelikle 103/2. maddesinde öngörülen suça teşebbüsten cezalandırılmalıdır. Fakat meydana gelen olay sebebiyle mağdurun beden ya da ruh sağlığı bozulmuş ise bu durumda YTCK 103/6. madde uyarınca faile verilecek olan ceza onbeş yıldan az olmamak koşuluyla alt sınırdan belirlenmelidir.³⁰⁹

Kişinin ağırlaşmış sonuçtan sorumlu tutulabilmesi için bu netice bakımından en azından taksirle hareket etmesi gerekir. Ancak cinsel istismar eyleminin taksirle işlenmesi, YTCK'nın 22/1. maddesi hükmüne uygun taksirli bir eylem olarak düzenlenmediğinden olanaklı değildir. En azından taksirle hareket etme, kişinin, netice sebebiyle ağırlaşan eyleminden sorumlu tutulabilmesi için taşınması gereken en alt derece kusurluluk halidir. Fail, cinsel istismar sırasında mağdurun beden ya da ruh sağlığının bozulabileceğini ya da bitkisel hayata girebileceğini hatta ölebileceğini öngörmekle birlikte bu şekilde bir sonucu istememesine rağmen, sonucu kabullenerek suçu işlemişse failin en azından olası kastla hareket ettiğinin kabulü gerekir.

Fakat cinsel istismar eylemleri, mağdur üzerinde, cebir, tehdit ya da hile kullanmayı gerektiren fiiller olması nedeniyle failin, netice sebebiyle ağırlaşmış

³⁰⁹ MERAN, N., a.g.e., s. 361.

sonucu öngörerek (ve bu sonuca engel olmaya çalışmadan kabullenerek) olası kastla değil, bizzat, netice sebebiyle ağırlaşmış YTCK'nın 103/7. maddesindeki sonuçların oluşacağını bilerek ve iradesi ile eylemleri gerçekleştirmesi durumunda olaydaki kastın içeriğine göre fail, YTCK'nın 82-e veya YTCK 82-h maddesinde ifade edilen nitelikli kasten insan öldürme suçununun işlemiş olur.³¹⁰

Bunun yanında cinsel istismar eyleminin teselsül etmesi de olanaklıdır. Bu durumda da mağdurda 103/6-7. madde ve fıkralarda öngörülen durumlardan biri olmuşsa, fail hakkında netice sebebiyle ağırlaşmış halin zincirleme (müteselsilen) ihlâli dolayısıyla değil, temel cinsel istismar eyleminin zincirleme olarak işlenmesi nedeniyle 103/1-2. maddeleri uyarınca belirlenen cezanın 43. maddesiyle arttırılması, mağdurun beden-ruh sağlığının bozulması dolayısıyla 103/6. madde gereğince ise, en az onbeş yıl olmak koşuluyla, (gerçekleştirilen zincirleme eylemlerin sayısı gözetilerek) 61. maddedeki ölçütlere göre ve alt sınırdan uzaklaşarak belirlenmesi gerekmektedir. Mağdurun olay sebebiyle bitkisel hayata girmesi yahut ölmesi durumunda ise yukarıda ifade edilenlere ek olarak fail hakkında 103/7. maddenin uygulanması gerekecektir.³¹¹

3.12. Teşebbüs

Cinsel istismar suçunun hem basit hem de nitelikli haline teşebbüs mümkündür. 102/2. madde de bu konu ile ilgili ifade edilen hususlar burada da aynen geçerliliğini korumaktadır.

3.13. İştirak

102/2. madde de bu konu ile ilgili ifade edilen hususlar burada da aynen geçerliliğini korumaktadır. Nitelikli cinsel istismar suçunu gerçekleştiren birden fazla kişi söz konusu ise, bunların her biri birlikte fail sayılırlar. Faillerden

³¹⁰ Aksi yöndeki görüş için bkz. **MERAN, N.**, a.g.e., s. 362.

³¹¹ Kısmen benzer görüş için bkz. **MERAN, N.**, a.g.e., s. 362.

birisinin, mağduru tutarak, mağdurun hareket etmesini, saldırıya karşı direnmesini engellemesi durumunda, bundan istifade eden diğer fail, nitelikli cinsel istismar suçunu gerçekleştirmişse, her iki failde YTCK 37. madde göz önünde bulundurularak, fiili birlikte işledikleri için YTCK 103/2. madde uyarınca cezalandırılacaktır.

Resmi evlilik olmaksızın gerçekleştirilen ve imam nikâhına dayalı evliliklerde, gerek mağdur çocuğun anne ve babasının, gerekse fail çocuk ise fail çocuğun anne ve babasının, cinsel ilişkiye onay vermeleri nedeniyle YTCK'nın 39. maddesi anlamında suça yardım eden sıfatında oldukları gözden uzak tutulmamalıdır.³¹²

3.14. Soruşturma ve Kovuşturma

103. maddede ifade edilen tüm haller için soruşturma ve kovuşturma re'sen yapılır. Basit cinsel istismarın YTCK 103/1, 103/3-4-5 kapsamında işlenmesi durumunda, suçların kovuşturulmasında görevli mahkeme asliye ceza mahkemesidir. Basit cinsel istismarın 103/6. ve 103/7. madde kapsamında işlenmesi durumunda ise görevli mahkeme ağır ceza mahkemesidir.

Cinsel istismarın nitelikli halinde de soruşturma re'sen yürütülecektir. Cinsel istismar suçunun 103/2. madde uyarınca ve 103/2. maddesine bağlı olarak 103/3-4-5-6-7 maddeleri kapsamında işlenmesi durumunda suçun kovuşturulmasında görevli mahkeme ağır ceza mahkemesidir.

³¹² GÜNDÜZ, R., GÜLTAŞ, V., a.g.e., s. 62.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

4. REŞİT OLMAYANLA CİNSEL İLİŞKİ SUÇU (T.C.K. m. 104)

4.1. Genel Olarak

Madde, ETCK'nın 416/3. maddesine karşılık olarak düzenlenmiştir.³¹³ Ancak madde YTCK'da kısmi değişikliklere uğramıştır. Madde metninde, reşit olmayan kişiyle cinsel ilişkide bulunmak, bağımsız bir suç olarak tanımlanmıştır.³¹⁴ Buna göre;

Bu madde de öngörülen suç tipi ile hangi hukuki değer korunduğu madde metninden ve gerekçesinden anlaşılamamaktadır. Bununla birlikte, “hukuki değer”in, bir hukuk toplumunda sosyal düzenin devamı ve korunması için gerekli olan davranış normlarından kaynaklanan sosyal, manevi, ideal değerler olduğunun³¹⁵ kabulü karşısında, suçun cebir, tehdit ve hile bulunmaksızın “rıza” ile işlenmiş olması gözetildiğinde, korunan hukuki değer, toplumun onbeş yaşını doldurmuş, ancak onsekiz yaşını tamamlamamış gençlerin sosyal, kültürel yapısı, etik değerleri ve ekonomik hayatın gereksinimleri göz önüne alınarak saptanacak aile saygınlıkları, sosyal ve toplumsal değerleri olduğu söylenebilir.³¹⁶

³¹³ BAYTEMİR, E., a.g.e., s. 623.

³¹⁴ MERAN, N., a.g.e., s. 369.

³¹⁵ ÖZGENÇ, ŞAHİN, *Uygulamalı Ceza Hukuku*, s. 110.; nakleden MERAN, N., a.g.e., s. 369.

³¹⁶ MERAN, N., a.g.e., s. 369.; SOYASLAN bu konuda, “ceza kanunu reşit (ergin) olmayanlara tam cinsel özgürlük tanımamıştır. Bunun nedenlerinden birisi reşit olmayanların cinsel ilişkinin hukuki ve fiili sonuçlarını henüz algılama yeteneklerine kavuşmayışları, ikincisi ise, kamu düzeninin bozulacağı endişesidir. Düzenin bozulmuş sebebi toplumun ve ailenin küçük yaşta bu ilişkileri kabul edemeyişidir” görüşünü savunmaktadır.; SOYASLAN, D., a.g.e., s. 188.

YTCK'nın yaş küçüklüğüne ilişkin 31. maddesinin gerekçesinde "Fiili işlediği sırada onbeş yaşını doldurmuş ve fakat henüz onsekiz yaşını tamamlamamış gençler normal koşullarda, gerçekleştirdikleri davranışların hukuki anlam ve sonuçlarını kavrama yeteneğine sahip olmakla birlikte; davranışlarını yönlendirme yetenekleri yeterince gelişmemiş olabilmektedir. Bu nedenle, suç yoluna girmiş olan gençlerin, işledikleri suçlar bağlamında irade yeteneğinin zayıf olduğu normatif olarak kabul edilmiştir. Azalmış kusur yeteneğine sahip bulunan gençler hakkında kural olarak indirilmiş cezaya hükmedilir" denilmektedir. YTCK'nın 31. maddesinin gerekçesinde belirtildiğine göre, yaş küçüğü failin irade yeteneğinin zayıf olması nedeniyle cezası indirilecektir. Ancak, yaş küçüğü mağdurun da irade yeteneğinin zayıf olduğu ve mağdurun da fiilin işlenmesine ilişkin bir rızası bulunduğu gözetilmelidir. Bu rıza, failin cezasının indirilmesinin değil, şikâyet bulunmaması durumunda soruşturma dahi açılmayacağını göstergesidir.³¹⁷

TMK'nın 214. maddesi hükmü uyarınca onaltı yaşını bitiren kimse hâkim kararı ile ve onyediy yaşını bitiren kimse ise anne babasının rızasıyla evlenebildiğine göre, onsekiz yaşından küçük ve TMK hükümleri uyarınca ergin sayılmayan çocuğun evlenebilecek bir olgunluğa ulaştığını düşünen kanun koyucu, onbeş yaşını tamamlamış ancak onsekiz yaşını doldurmamış kişilerin cinsel ilişkiye yönelik rızasına da önem vermiştir. Burada her iki tarafın rızasının bulunduğu bir ilişkiye hukuk düzenin müdahalede bulunamayacağı öngörülerek düzenleme yapılmıştır. Hüküm incelendiğinde görülecek en önemli özellik, rıza ile bu ilişkiyi gerçekleştirenlerin şikâyet haklarına ilişkin silahlarının eşitliğidir. Fail ve mağdurun açıkça belirlenmediği bu maddede, bir tarafın şikâyeti sonucu diğer kişi, mağdur kabul edilerek cezalandırılabilir ise de, karşı tarafın şikâyeti de söz konusu olduğunda, ilk şikâyet eden de cezalandırılmaktan kurtulamayacaktır. Bu durumda, mağdur tam olarak belirlenemeyeceğinden, belki mağdurdan değil, suçtan zarar görenden söz edilebilecektir. Çünkü YTCK'nın 26. maddesinin 2. fıkrası hükmü uyarınca kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf

³¹⁷ **MERAN, N.**, a.g.e., s. 370.; benzer yöndeki görüş için bkz., **GÜNDÜZ, R., GÜLTAŞ, V.**, a.g.e., s. 75.

edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rıza çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez. Fiil sırasında mevcut bulunan rızanın sonradan ortadan kalkması ya da pişmanlık dolayısıyla yapılan şikâyetin soruşturma ve kovuşturma ile sonlanması YTCK'nın 26. maddesi hükmüne aykırıdır.³¹⁸

YTCK'da böyle bir maddenin düzenlenmesinin yerinde olmadığı kanaatindeyim. Kişinin, fiilin işlendiği sırada rızasının bulunması sebebiyle suç sayılmayan bir fiil, fiilin işlenmesinden sonra rızanın ortadan kalkmasıyla suç sayılmaktadır. Maddenin mantığında bir tutarsızlık vardır. Örneğin YTCK 104. maddede ifade edilen bir çocuk, sevgilisi ile rızaen cinsel ilişki yaşadktan sonra, sevgilisi ile aralarının açılmasına kızarak, sevgilisinden rızaen cinsel ilişki yaşadıkları konusunda şikâyetçi olması durumunda, sevgilisinin sırf bir hırs uğruna ceza almasına sebep olabilecektir.

Doktrinde, YTCK 104. maddesinde düzenlenen şikâyet hakkının mağdur çocuğa ait olduğu savunulmaktadır. Yazarlar, TMK'nın 16. maddesi uyarınca ayırt etme yeteneğine sahip küçüklerin, parasal değeri olmayan, kendilerini borç altına sokmayan ve kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları kullanmada yasal temsilcilerinin rızalarını almak zorunda olmadıkları,³¹⁹ bu sebeple onbeş yaşını bitiren çocukların şahıslarına sıkı sıkıya bağlı şikâyet haklarını tek başlarına kullanabilecekleri, kendi arzularına aykırı olarak velilerinin şikâyet hakkını kullanamayacaklarının bilinmesi gerektiğini, kullansalar da mağdur küçüğün aksine iradesi ortaya çıktığında velinin şikâyetinin geçerli olmayacağını³²⁰ ifade etmektedirler. Ancak ben bu görüşlere katılmıyorum. Şikâyet hakkı suçtan zarar gören kişiye aittir. YTCK 103/1-b maddesinde ifade edilen küçüklerin rızalarına kanunun itibar ettiği açıktır. 16-18 yaş aralığında bulunan çocukların evlenmelerine müsaade eden kanun koyucunun çocukların cinsellik konusundaki

³¹⁸ **MERAN, N.**, a.g.e., s. 370.

³¹⁹ **MERAN, N.**, a.g.e., s. 370.

³²⁰ **MALKOÇ, İ.**, a.g.e., s. 270.

rızalarına itibar ettiği bir gerçektir. Cinsel ilişkiye verilen rıza bu ilişkiyi, 104. madde düzenlenen suç olmaktan çıkarır. Mağdurun başta cinsel ilişkiye rıza göstermesi durumunda mağdurun suçtan zarar gören olduğunu söylemek mümkün değildir. Mağdur, cinsel ilişkiye rıza göstermiyorsa veya mağdurun, cinsel ilişki derecesine varmayan hareketlere göstermiş olduğu rıza, hile kullanılarak ya da iradesini etkileyecek başka nedenler kullanılarak mağdur cinsel ilişkiye razı edilmişse, bu durum zaten YTCK 103. madde kapsamında değerlendirilmelidir. Bu sebeple, mağdurun cinsel ilişkiye karşı mutlak ve kesin bir rızası mevcutsa bu suçtan dolayı zarar gördüğünün söylenilmesi mümkün değildir. Kaldı ki cinsel birleşme derecesine varmayan eylemler açısından çocuğun rızasına itibar eden kanun, cinsel birleşme eylemi açısından çocuğun rızasına tam olarak itibar etmemektedir. Bu nedenle de maddenin düzenlenmesinde bir tutarsızlık mevcuttur.

Belirtilen durumda mağdurun ailesinin suçtan zarar gören olduğunu söylemek mümkündür. Çocuğunun kandırıldığını, cinsel ilişkide kullanıldığını düşünen ebeveynlerin failden şikâyetçi olmaları durumunda, fail hakkında bir takibat yapılmalıdır.³²¹ Ancak YTCK’da aile içi rızaya dayalı ensest düzeydeki cinsel ilişkiyi suç sayan bir madde bulunmamaktadır. Bu sebeple YTCK 103/1-b kapsamındaki bir çocuk ile babasının ya da annesinin rızaen cinsel ilişkiye girmesi ve tarafların birbirlerinden şikâyetçi olmaması durumunda, herhangi bir takibat yapılmayacaktır. Bu sebeple bu suçta şikâyet hakkının tam olarak ebeveynlere ait olduğunu düşünmek de yerinde değildir. Çocuğu ile rızaen ilişkiye giren bir ebeveynin bu suçtan dolayı çocuğunun zarar gördüğünü düşünerek, hayatın olağan akışına aykırı olarak kendi hakkında şikâyette bulunmayacağı açıktır. Ebeveyni ile cinsel ilişkiye giren çocuğun, yaşadığı ilişkiye rıza

³²¹ Yargıtay’ın 15.04.1942 tarih 14/9 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı’nda, suçtan zarar gören mümeyyiz küçüklerin, suçtan zarar gören olmaları karşısında dava ve şikâyette bulunma haklarının bulunduğu belirtilmiş ve devamında, küçüklerin şikâyette bulunmamaları durumunda yasal temsilcilerinin, küçüklerin menfaatlarını koruma amacıyla onların yerine şikâyetçi olabileceği ifade etmiştir.

göstermesi durumunda, cinsel özgürlüğü ve psikolojik gelişimi açısından yeterli düzeyde düşünemediği, çocuğun mağdur olduğu ve korunamadığı açıktır. İfade edilen sebeplerle YTCK'nın 104. maddesinin gereksiz olarak düzenlenmiş bir madde olduğu kanaatindeyim. Kanımca, ya 15-18 yaş arası çocukların rızaya dayalı yaşadıkları cinsel ilişkilere tam bir onay vermeli ancak ebeveynleri ile yaşayabileceği enstest ilişkileri kesinlikle yasaklanmalı ya da bu çocukların YTCK 103/1-a maddesinde ifade edilen çocuklara ait hukuki düzenlemeden ayırmayarak aynı kapsamda değerlendirilerek, yaşadıkları cinsel ilişki rızaya dayalı da olsa takibatının re'sen yapılması şeklinde maddenin yeniden düzenlenmesinin daha uygun olacağı düşüncesindeyim. Belirtmek gerekir ki maddede ifade edilen şikâyet hakkının, uygulamada mağdur çocuğa ait olduğu kabul edilmektedir.

4.2. Suçun Maddi Unsurları

YTCK 104. maddesinde ifade edildiği üzere, 15 yaşını tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmiş olan çocuklar ile cebir, tehdit ve hile olmaksızın cinsel ilişkide bulunulması suçun maddi unsurunu oluşturur. Maddede ifade edilen, cinsel ilişki boyutundaki fiillerdir. Cinsel ilişki dışındaki cinsel nitelikteki fiiller bu madde kapsamında değerlendirilemez. Örneğin oral seks maddede ifade edilen cinsel ilişki olarak değerlendirilemez.

4.2.1. Fail

Maddedeki düzenlemeye bakılırsa, suçun failinin kadın veya erkek herhangi bir kişi olabileceği sonucu çıkmaktadır. Bu nedenle bu suçu bir kadın erkeğe karşı işleyebileceği gibi, bir erkek de bir kadına veya erkeğe karşı işleyebilir. Madde böyle anlaşıldığı takdirde ise, cinsel ilişkiye girenlerin her ikisinin 15-18 yaş arasında olması durumunda suçun failinin kim olduğunu belirlemek de olanaksızlaşmaktadır. Böyle bir durum “geleneksel anlayış”tan hareket edildiğinde, suçun failinin erkek olduğu biçimde bir sonuca ulaşılabilirse de; cinsel ilişkiye girenlerden her ikisinin de erkek olması ve cinsel ilişkide

tarafların ikisinin de hem aktif hem pasif olarak (biseksüel) cinsel ilişkiye girmeleri durumunda failin kim olduğu ve dolayısıyla şikâyet hakkını da kimin kullanması gerektiği sorusu yanıtız kalmaktadır. Cinsel ilişkiye giren kişilerin her ikisinin de reşit olamaması (ve her ikisinin de algılama yeteneğinin bulunması) durumunda, bu suçun oluşmayacağını düşünmek mümkündür.³²²

Mağdur ve failin belirtilen yaş aralığında bulunmasına rağmen birbirleri ile evli olmaları ihtimali de mevcuttur. Bu durumda evli olan çocukların rıza ile bir cinsel ilişki yaşadktan sonra birbirlerinden şikâyetçi olmaları durumunda bu maddenin uygulanıp uygulanamayacağı tartışılabilir. Bu konu hakkındaki kanaatim yukarıda rıza ile ilgili açıkladığım nedenlerden ötürü evli çocuklar arasında bu maddenin uygulanamaz olduğu yönündedir. Rızaen cinsel ilişki yaşayan evli çocukların daha sonra rızalarından vazgeçerek birbirleri hakkında şikâyetçi olmaları durumunda bu madde uygulanmamalıdır.³²³ Evli çocukların yaşadıkları cinsel ilişki rızaya dayanmıyorsa bu durumda 102. maddede evli kişiler arasında nitelikli cinsel saldırı hakkında yapılan açıklamalar göz önünde bulundurulmalıdır.

Mağdurun reşit olup olmadığı, cinsel ilişkinin gerçekleştirildiği tarihe göre belirlenecektir. Dolayısıyla mağdurun cinsel ilişkinin gerçekleşmesinden sonra 18 yaşını doldurmuş veya evlenmiş olması nedeniyle rüştünü elde etmiş olması, suçun oluşmasına engel teşkil etmeyecektir. Bunun sonucu olarak da cinsel ilişkiden sonra fail ile mağdur arasında evlenme gerçekleşmiş olsa bile, bu failin kovuşturulmasını ve cezalandırılmasını engellemeyecektir.³²⁴

³²² TEZCAN, D., ERDEM, M. R., ÖNOK, M., a.g.e., s. 324-325.

³²³ Benzer yöndeki görüş için bkz. TEZCAN, D., ERDEM, M. R., ÖNOK, M., a.g.e., s. 326.

³²⁴ TEZCAN, D., ERDEM, M. R., ÖNOK, M., a.g.e., s. 326.

4.2.2. Mağdur

Maddenin başlığı madde içeriği ile mütalaa edilmelidir. Ancak maddede madde içeriği ile madde başlığı farklı anlamlar taşımaktadır. Her ne kadar maddenin başlığı reşit olmayanla cinsel ilişki ibaresini kullansa da, madde içeriğinde onbeş yaşını bitirmemiş çocuk ibaresinden bahsedilerek maddenin başlığından farklı olarak yaş sınırlaması belirlenmiştir. Bu durumda itibar edilmesi gereken madde içeriği olmalıdır.

Suçun mağduru YTCK 103/1-b maddesinde ifade edilen onbeş yaşını bitirmiş ancak onsekiz yaşını doldurmamış akıl sağlığı yerinde, fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmiş olan kız veya erkek çocuklardır.

Yukarıda belirttiğim üzere, mağdur ve failin evli olması durumunda bu maddenin uygulanmaması gerektiği kanaatindeyim. Ancak mağdur ile failin ayrı kişiler ile evli olup, evlilik sebebiyle reşitlik kazanmaları durumunda veya TMK 12. madde uyarınca mahkeme kararı ile onbeş yaşını doldurduktan sonra reşit kılınan kişiler hakkında maddenin uygulanması açısından doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. Madde içeriği açıktır. Buna göre suçun mağduru, YTCK 103/1-b maddesinde ifade edilen onbeş yaşını bitirmiş ancak onsekiz yaşını doldurmamış akıl sağlığı yerinde, fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmiş olan çocuklardır. Maddenin uygulanması açısından önemli olan yaş sınırıdır. Maddenin uygulanması bakımından, mağdurun evlenme ile reşitlik kazanması ya da mahkeme kararı ile reşit kılınmasının bir önemi bulunmamaktadır. YTCK ve Çocuk Koruma Kanunu'na göre önemli olan mağdurun yaşıdır. Onsekiz yaşını doldurmamış ancak başka nedenlerden dolayı rüştünü kazanmış olan mağdurun rızaen ilişkiye girdikten sonra şikâyetçi olması durumunda YTCK'nın 104. maddesi uygulanacaktır.³²⁵

³²⁵ Benzer yöndeki görüş için bkz., **MALKOÇ, İ.**, a.g.e., s. 270.; karşıt görüş için bkz., **TEZCAN, D., ERDEM, M. R., ÖNOK, M.**, a.g.e., s. 327.; **BAYTEMİR, E.**, a.g.e., s. 625.

Mağdurun yaşı nüfus kayıtları esas alınarak belirlenecektir. Nüfus kaydı ile mağdurun fiziki durumu göz önüne alınarak ve ayrıca bu konudaki sanık itirazları ile mağdur beyanlarına göre mağdurun nüfus kaydının gerçeği yansıtmadığı konusunda şüphe bulunması halinde, adli makamlarca mağdura ait aile nüfus kayıt tablosu ve doğum tutanakları getirilmek suretiyle resmi bir kurumda doğmadığının anlaşılması durumunda, tam teşekküllü resmi bir sağlık kurumundan kemik film ve grafileri de çektilerilerek röntgen uzmanının da bulunduğu sağlık kurulu raporu alınmalı ve yine şüphe bulunması halinde dosya Adli Tıp Kurumu ilgili ihtisas dairesine gönderilmeli ve mağdurun gerçek yaşının tespiti sağlanmalıdır. Bu gerçek yaş şayet nüfus kaydındaki yaşını doğrulamıyor ve bu husus suç vafına etkili oluyor ise o takdirde CMK'nın 218/2. maddesi gereğince yaş düzeltilmesi yapılmalıdır.³²⁶

CMK'nın 218. maddesinin 2. fıkrasında “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.” denilmektedir. Bu madde hükmüne göre, Nüfus Kanunu hükümlerindeki usul uyarınca, ceza mahkemesinde mağdur ve sanıkların yaşları düzeltilecektir.

4.2.3. Fiil

Fiil cebir, tehdit ve hile olmaksızın onbeş yaşını doldurmuş olan çocukla cinsel ilişkidir. Suçun maddi unsurunu oluşturan hareketler, “cinsel ilişkide bulunmak” olarak belirlenmiştir. Cinsel ilişkinin vajinal veya anal yoldan yapılması bakımından bir ayrıma gidilmemiştir. Bununla birlikte cinsel ilişki düzeyine ulaşmayan cinsel hareketler suç oluşturmadığı gibi, vücuda cinsel organ dışında bir organ veya cisim sokmak da bu suç oluşturmamaktadır.³²⁷ Bu

³²⁶ BAYTEMİR, E., a.g.e., s. 25-26.

³²⁷ ARTUK, GÖKCEN, YENİDÜNYA, 7. Bası, s. 168.; YENİDÜNYA, *Legal* Eylül 2005, s. 3305.; Karşılaştırınız SOYASLAN, s. 188.; yazara göre cinsel ilişki ifadesinden “flört aşamasından öte ilişkileri” anlamak gerekecektir. Yine, bir görüşe göre (MALKOÇ, s. 154-

şekildeki fiiller rızaya dayalı olmadığından, YTCK 102. ve 103. maddelerinde ifade edilen cinsel saldırı ve cinsel istismar suçlarının oluşumunda önem taşır. Ancak bu fiiller, mağdurun rızasına dayalı olarak gerçekleştirilmiş ise cinsel ilişki olarak kabul edilemez. Madde de ifade edilen cinsel ilişki kavramı bireylerin tıbbi olarak cinsel birleşmelerini ifade etmektedir. Oral seksin de Yargıtay'ımız tarafından “cinsel ilişki” olarak kabul edilmediği açıktır.³²⁸

Çocukların cinsel istismarı açısından herhangi bir “cinsel davranış” suç oluşturduğu halde, bu maddede yalnızca “cinsel ilişki” suç kapsamına alınmıştır. Cinsel özgürlüğü, korunan hukuksal yarar olarak esas alan YTCK'da, bu özgürlük yalnızca cinsel ilişki yoluyla ihlâl edilemeyeceğine göre, suçun oluşması açısından sadece cinsel ilişki ile sınırlı tutulması³²⁹ maddenin başarısız bir düzenleme olduğunun kanıtıdır.

Bir kız çocuğunun başka bir kız çocuğu ile yaşayacağı cinsel nitelikli hareketler, bu madde kapsamında cinsel ilişki olarak değerlendirilemez. Çünkü bu tip ilişkiler duhul niteliğinde ilişkiler değildir. Kızların birbirlerine, cinsel ilişki dışında sayılan nitelikteki vücuda parmak, el gibi organlar ya da cisim (suni penis gibi) sokmaları boyutundaki ilişkiler, YTCK 104. maddesinde ifade edilen nitelikteki cinsel ilişki olarak değerlendirilemeyeceğinden, bir kızın başka bir kız ile rızaya dayalı yaşadığı cinsellik YTCK 104. madde kapsamında değerlendirilemez.

155.); vücuda cinsel organ dışında bir organ ya da cisim sokmak suretiyle de bu suç gerçekleştirilebilir; nakleden **TEZCAN, D., ERDEM, M. R., ÖNOK, M.**, a.g.e., s. 328.

³²⁸ **TEZCAN, D., ERDEM, M. R., ÖNOK, M.**, a.g.e., s. 327.; **BAYTEMİR, E.**, a.g.e., s. 625.

³²⁹ **TEZCAN, D., ERDEM, M. R., ÖNOK, M.**, a.g.e., s. 328.

4.3. Suçun Manevi Unsuru

YTCK 104. maddede düzenlenen suç kasten işlenebilen bir suçtur. Kastın hem cinsel ilişkiye hem de mağdurun yaşına yönelik olması gerekir.³³⁰ Failin cinsel açıdan tatmin olmuş olması gerekmez.

4.4. Suçun Özel Görünüş Biçimleri

4.4.1. Teşebbüs

Suçta teşebbüs mümkündür.³³¹ Teşebbüs nedeniyle cezadan yapılacak indirim bakımından failin o ana kadar yapmış olduğu hareketlerin suçun konusu olan cinsel özgürlük üzerinden meydana getirmiş olduğu tehlikenin ağırlığı göz önünde bulundurulur.³³²

Failin cinsel ilişki suçunun icra hareketlerinden gönüllü vazgeçmesi durumunda, o ana kadar yapmış olduğu hareketler ayrı bir suç oluşturmuyorsa cezalandırılmaz (YTCK m.36).³³³

4.4.2. İçtima Hükümleri

Aynı kişiye yönelik olarak değişik aralıklarla gerçekleştirilen her bir cinsel ilişki ayrı bir suç oluşturur. Bunlar aynı suç işleme kararına bağlı ise, zincirleme suç hükümlerinin (YTCK m. 43) uygulanması yoluna gidilir. Ancak zincirleme suç hükümlerinin uygulanması için suçların “aynı kişiye karşı” işlenmesi zorunluluğuna bağlı olarak değişik kişilere karşı işlenen suçlar aynı suç işleme

³³⁰ TEZCAN, D., ERDEM, M. R., ÖNOK, M., a.g.e., s. 328.

³³¹ Benzer görüş için bkz., TEZCAN, D., ERDEM, M. R., ÖNOK, M., a.g.e., s. 328. BAYTEMİR, E., a.g.e., s. 630.; karşıt görüş için bkz., MERAN, N., a.g.e., s.381.

³³² TEZCAN, D., ERDEM, M. R., ÖNOK, M., a.g.e., s. 328.

³³³ TEZCAN, D., ERDEM, M. R., ÖNOK, M., a.g.e., s. 328.

kararına bağlı olsa bile, zincirleme suç kuralları uygulanmaz ve her bir kişiye karşı işlenen suçtan dolayı fail ayrı ayrı cezalandırılır.³³⁴

4.4.3. İştirak

Kanımca bu suçta iştirak mümkündür. Mağdur ile bir kaç failin rızaen grup seks yapması durumunda suçta iştirakin mümkün olduğu ve her bir failin fiilinin ayrı bir suç sayılması gerektiği gözden uzak tutulmamalıdır.³³⁵

4.5. Suçun Takibi

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun takibi şikâyete bağlıdır. Bu sebeple kolluk kuvvetleri veya Cumhuriyet Savcısı kendilerine şikâyette bulunulmadığı takdirde suçun soruşturma ve kovuşturmasını yapmayacaklardır. Eğer soruşturma açılmış ise mağdurun şikâyetten vazgeçmesi durumunda soruşturmaya devam edilmeyecektir. Kovuşturma başlamış ise mağdurun şikâyetten vazgeçmesinden sonra dava CMK 223/8 maddesi uyarınca beraat kararı ile sonuçlandırılacaktır.

4.6. Suçun Cezası

Reşit olmayan ile cinsel ilişki suçunu işleyen fail YTCK 104/1. madde uyarınca altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Faile verilecek olan ceza, cinsel saldırı suçunu işlerken yaptığı fiillere göre belirlenecektir.

³³⁴ TEZCAN, D., ERDEM, M. R., ÖNOK, M., a.g.e., s. 328.

³³⁵ Karşıt görüş için bkz., TEZCAN, D., ERDEM, M. R., ÖNOK, M., a.g.e., s. 328.; BAYTEMİR, E., a.g.e., s. 630.

BEŞİNCİ BÖLÜM

5. CİNSEL TACİZ SUÇU (T.C.K. m. 105)

5.1. Genel Olarak

Cinsel taciz suçu YTKK'nın 105. maddesinde ifade edilmiştir. Söz konusu madde, ETCK'nın 421. maddesinde düzenlenen, söz atma ile sarkıntılık suçlarını kapsar şekilde yeniden düzenlenmiştir.³³⁶

Cinsel taciz, kişinin cinsel duygularını ihlâl eder nitelikte bir suçtur. Cinsel taciz, kişinin ar ve hayâ duygularını inciten, cinsel ilişkinin itibarına zarar veren, insanda seksüel dürtüleri harekete geçiren, suça muhatap olan mağdur erkek veya kadına yönelmiş, failin cinsel güdü ve arzuları içeren fiillerdir.³³⁷ Ancak cinsel taciz suçunun ETCK 421. maddede düzenlenen fiili sarkıntılık (vücuda temas) şeklinde gerçekleşmemesi gerekir.³³⁸ Aksi takdirde eylem 102/1 (cinsel saldırı) veya 103/1. (cinsel istismar) maddeler kapsamında değerlendirilecektir.³³⁹

³³⁶ BAYTEMİR, E., a.g.e., s. 719-721.

³³⁷ SOYASLAN, D., a.g.e., s. 188.

³³⁸ 5237 sayılı TCK'nın 105'inci maddesinin 765 sayılı TCK'daki söz atma suçunun karşılığını oluşturduğu, buna karşılık sarkıntılık teşkil eden hareketlerin cinsel taciz kapsamında değerlendirilmeyeceği belirtilmiştir. Bkz., **PARLAR, A., HATİPOĞLU, M.** (2007), *5237 sayılı Türk Ceza Kanununu yorumu*, (Madde 1-140), I. Cilt, s. 863, Ankara.; nakleden **ARTUK, M. E.** (2008), *Cinsel Taciz Suçu*, Ceza Hukuku Dergisi, Seçkin Yayınları, Yıl:3, Sayı:6, Nisan 2008, s. 5, Ankara.

³³⁹ **ARTUK, M. E.**, a.g.m., s. 5.

Mağdurun yanağının okşanması, yanağından bir kez öpülmesi, vücudun cinsel amacı ifade eden veya hatırlatan biçimde ellenmesi fiili sarkıntılık olarak kabul edilmekle birlikte, bu eylemler YTCK’da cinsel taciz olarak nitelendirilemez.³⁴⁰

Madde gerekçesinde, cinsel tacizin, kişinin vücut dokunulmazlığının ihlâli niteliği taşımayan cinsel davranışlarla gerçekleştirilebileceği ve cinsel tacizin, cinsel yönden, ahlâk temizliğine aykırı olarak mağdurun rahatsız edilmesi olduğu belirtilmiş ancak hangi tür hareket veya sözlerin bu madde kapsamında olduğu açıklanmamıştır. Bir kişiye karşı şehvet duygusuyla ani ve sözle yapılan saldırılar ile belirli bir kimseye karşı işlenen ve o kişinin edep ve iffetine dokunan ani hareketler yönünden kesiklik gösteren edepsizce davranışlar bu kapsamda değerlendirilecektir. Bu nedenle bu madde açısından suçun maddi ve manevi unsurları itibariyle YTCK’nın 105. maddesinin ETCK’nın 421. maddesinden genel olarak bir farkı yoktur. YTCK’da ETCK’dan farklı olarak söz atma ile sarkıntılık suçları aynı derecede değerlendirilmiş ve iki suçta YTCK 105. maddede düzenlenmiştir. Ancak yukarıda da ifade edildiği üzere YTCK 105. maddede yer alan cinsel taciz suçunun ETCK 421. maddede düzenlenen fiili sarkıntılık (vücuda temas) şeklinde gerçekleşmemesi gerekir.³⁴¹

5.2. Korunan Hukuki Değer

YTCK 105. maddesinde düzenlenen cinsel taciz suçunun ETCK’da karşılığı olan söz atma ve sarkıntılık suçları “Adabı Umumiye ve Nizamı Aile Aleyhinde Cürümler” babında düzenlenerek, genel ahlâk ve aile düzeni korunmuşken,³⁴² YTCK ile bu suçlar “Kişilere Karşı İşlenen Suçlar” içerisinde ve

³⁴⁰ Bkz., **MALKOÇ, İ.** (2001), *Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler*, s. 235, Ankara.; Yargıtay 765 sayılı TCK döneminde “mağdurenin külotuna, kalçasına el atma”, “mağdurenin omzuna sarılma” şeklinde gerçekleşen fiilleri sarkıntılık olarak değerlendirmiştir. Yargıtay’ın bu yöndeki kararları için bakınız. **ARTUK, M. E.**, *Cinsel Taciz ve Ceza Hukuku*, in: **Prof. Dr. Yılmaz GÜNAL**’a armağan, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C:49, Haziran - Aralık 1994, No:3-4; s. 31-50, 42 dipnot 45.; nakleden **ARTUK, M. E.**, a.g.m., s. 6.

³⁴¹ **BAYTEMİR, E.**, a.g.e., s. 720.

³⁴² **CENTEL, N.** (1997), *Cinsel Suç Mağduru Kadının Korunması*, Prof. Dr. Kenan Tunç

“cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar” başlığı altında düzenlenmiş ve böylece kişilerin cinsel dokunulmazlığı ve bütünlüğü korunmaya çalışılmıştır.³⁴³ Ayrıca kanun koyucu bu suçları kişilere karşı suçlar kısmında düzenlemek suretiyle kişilerin korunması gerektiğini vurgulamıştır.³⁴⁴

5.3. Suçun Maddi Unsurları

5.3.1. Suçun Faili

Suçun faili herkes olabilir. YTCK’da ETCK’dan farklı olarak, bu suçun failinin erkeklerin yanı sıra kadınların da olabileceği kabul olunmuştur. Bu suç, ayrı cinse karşı işlenebileceği gibi aynı cinse karşı da işlenebilir. Bir erkek bu suçu bir kadına veya erkeğe karşı işleyebileceği gibi, bir kadın da bu suçu bir erkeğe veya bir kadına karşı işleyebilir.³⁴⁵

5.3.2. Suçun Mağduru

Suçun mağduru herkes olabilir. Kanunda “bir kimseyi cinsel amaçlı olarak taciz eden” denildiğinden, mağdur açısından herhangi bir sınırlama getirilmemiştir. Mağdur faille farklı cinsten olabileceği gibi, aynı cinsten de olabilir.³⁴⁶ Bu suçun mağdurunun çocuk olması da mümkündür.³⁴⁷ Fail ve

Omağ’a Armağan, s. 61, İstanbul.; (nakleden **SEVÜK**, a.g.m., s. 246.); nakleden **ARTUNÇ M.** (2007), *Cinsel Taciz Suçu*, Terazi Dergisi, Seçkin Yayınları, Yıl:2, Sayı:11, Temmuz 2007, s. 103, Ankara.

³⁴³ **YENİDÜNYA**, a.g.m., s. 73.; **PARLAR, HATİPOĞLU**, a.g.e., s. 863.; **ARTUK, GÖKCEN, YENİDÜNYA**, a.g.e., s. 178.; **TEZCAN, ERDEM, ÖNOK**, a.g.e., s. 310.; nakleden **ARTUNÇ, M.**, a.g.m., s. 104.

³⁴⁴ Bu konuda bkz. 102. maddenin gerekçesi; nakleden **ARTUK, M. E.**, a.g.m., s. 11.

³⁴⁵ **ARTUNÇ, M.**, a.g.m., s. 104.

³⁴⁶ Bkz., **ARTUK, GÖKCEN, YENİDÜNYA**, s. 183.; **YENİDÜNYA**, s. 3311.; nakleden **ARTUK, M. E.**, a.g.m., s. 11.

³⁴⁷ Aynı doğrultuda **MALKOÇ, I**, s. 442.; Doktrinde, TCK’nın 103. maddesinde “çocuklara yönelik her türlü cinsel davranış”tan bahsedildiği için, cinsel taciz fiillerinin çocuklara karşı işlenmesi durumunda cinsel taciz (m.105) suçunun değil, cinsel istismar (m.103) suçunun

mağdurun evli veya bekâr olması arasında da herhangi bir fark bulunmamakla birlikte mağdurun akli melekelerinin tam veya zayıf olmasının ya da yerinde bulunmamasının suçun oluşmasına etkisi yoktur.³⁴⁸

5.3.3. Suçun Konusu

Suçun konusunu, cinsel tacizde bulunulan kişinin ahlâk duyguları oluşturur.³⁴⁹

5.4. Suçun Manevi Unsuru

Cinsel taciz suçu kasten işlenebilen bir suçtur. Ayrıca cinsel taciz fiilini gerçekleştiren failin, cinsel arzularını tatmin gayesi ile hareket etmiş olması aranır. Buna göre bu suç ancak özel kast ile işlenebilir. Failin “cinsel amaçlı” olarak hareket etmesi gerekir. Hâkim yapılan davranışların şehvet duygusu ile yapılmış olup olmadığını hadisenin niteliğine göre takdir eder.³⁵⁰ Fail başka bir amaçla hareket etmiş ise, duruma göre, tehdit (m.106), kişilerin huzur ve sükûtunu bozma (m.123), hayâsızca hareketler (m.225) ya da hakaret (m.125) gibi suçlar oluşabilir.³⁵¹ Örneğin bir kimse tuvaletini yapmak için cadde kenarında cinsel organını çıkarmışsa eylem, cinsel amaç olmadığı için bunu gören kimselere karşı cinsel taciz suçu oluşmayacaktır.³⁵² Bu durumda hayâsızca hareketlerden söz edilebilir.

oluşacağı ileri sürülmektedir. **TEZCAN, D., ERDEM, M. R., ÖNOK, M.**, a.g.e., s. 330, 241.; **PARLAR, HATİPOĞLU**, s. 863.; nakleden **ARTUK, M. E.**, a.g.m., s. 11.

³⁴⁸ **MALKOÇ, İ.**, a.g.e., s. 305.

³⁴⁹ **MERAN, N.**, a.g.e., s. 386.

³⁵⁰ Bkz., **ARTUK, GÖKCEN, YENİDÜNYA**, s. 184.; **YENİDÜNYA**, s. 3312.; nakleden **ARTUK, M. E.**, a.g.m., s. 14.

³⁵¹ Karşıt görüş için bkz., **MERAN, N.**, a.g.e., s. 389.; Yazar, cinsel saikle yani cinsel tatmin amacıyla davranışta bulunmuş olmasının suçun oluşması bakımından önemi bulunmadığı, failin cinsel saikle, intikam veya aşağılanma ya da şaka saiki ile de hareket etmiş olması durumunda bile cinsel taciz suçunu işlediği, suçun işlenmesi açısından önemli olan, davranışın cinsel motif, iz, şehvani nitelik taşıması gerektiği görüşünü savunmaktadır.

5.5. Hukuku Aykırılık Unsuru

Cinsel taciz suçunun oluşabilmesi için fiilin mağdurun bilgisi ve iradesi dışında diğer bir anlatımla mağdurun rızası hilafına gerçekleştirilmesi gerekir. Bu itibarla, mağdurun cinsel tacize gösterdiği rıza bu suçta hukuka aykırılığı ortadan kaldırır ve eylem hukuka uygun hale gelir.³⁵³ Çocukların cinsel tacize uğraması durumunda, çocuk mağdurun cinsel taciz suçuna karşı göstermiş olduğu rızanın geçerli bir rıza olmadığı hususu tartışmalıdır. Kanaatimce, YTCK 103/1-a maddesinde ifade edilen çocuklara karşı gerçekleştirilen cinsel taciz suçu, bu bentte sayılan çocukların rızalarının kanun tarafından geçerli bir rıza olarak kabul edilmemesi sebebiyle re'sen takip edilmelidir. Ancak YTCK 103/1-b maddesindeki çocuklara karşı gerçekleştirilen cinsel taciz suçuna karşı, mağdurun rızasının bulunması durumunda, YTCK 103/1-b maddesinde ifade edilen çocukların rızalarının kanun tarafından geçerli olarak kabul edilmesi sebebiyle, mağdurun cinsel tacize gösterdiği rızanın bu suçta hukuka aykırılığı ortadan kaldırdığı düşüncesindeyim.

5.6. Basit Cinsel Taciz Suçu (YTCK m. 105)

Tacizin sözlük anlamı, bir kimsenin canını sıkma, rahatını kaçıрма, ona sıkıntı verme, onu tedirgin etmektir.³⁵⁴ Suçun maddi unsurunu oluşturan hareket, YTCK m. 105/1'de "bir kimseyi cinsel amaçlı olarak taciz etme" olarak belirtilmiştir. Hangi tür davranışların bu anlamda "cinsel taciz" sayılacağı konusunda kanunda bir açıklık yoktur.³⁵⁵ Buna karşılık gerekçede; kişinin vücut dokunulmazlığının ihlâli niteliği taşımayan cinsel davranışlarla gerçekleştirilen ve cinsel yönden "ahlâk temizliğine aykırı olarak" mağdurun rahatsız edilmesi cinsel

³⁵² ARTUNÇ, M., a.g.m., s. 107.

³⁵³ GÜNDÜZ, R., GÜLTAŞ, V., a.g.e., s. 22.

³⁵⁴ Bkz., *Büyük Larousse* (1986), C. 18, s. 11134, İstanbul.; nakleden ARTUK, M. E., a.g.m., s. 12.

³⁵⁵ Bu durumun yasallık ilkesi açısından ortaya çıkardığı sakıncalar için bkz. Kurt, *Alacakaptan'a Armağan*, s. 514 vd.; nakleden TEZCAN, D., ERDEM, M. R., ÖNOK, M., a.g.e., s. 330.

taciz olarak tanımlanmıştır.³⁵⁶ “Ahlâk temizliği” gibi sürekli değişen belirsiz bir kavrama dayanarak “cinsel tacizin” tanımlanmaya çalışılması, farklı uygulamalara yol açacağı için tartışmaya açıktır.³⁵⁷ Cinsel taciz, birey ve bireylerin cinselliklerine yönelen sözlü veya yazılı vücuda temas içermeyen rahatsız edici nitelikte cinsel amaçlı her türlü hareket olarak tanımlanabilir.³⁵⁸

Cinsel taciz teşkil eden davranışlar sözle (örneğin, cinsel içerikli söz atma), yazıyla (mektupla cinsel ilişki teklifinde bulunma) veya el kol hareketleriyle (cinsel organı gösterme) gerçekleştirilebilir.³⁵⁹ Önemli olan mağdur hedef alınarak bunların yapılmış olmasıdır. Ayrıca fülle mağdura eza, cefa verilmesi gerekmez. Örneğin failin şehvet duygusuyla mağdura şarkı, türkü, vs. söylemesi cinsel tacizdir. Bu sözlerin özel bir anlam taşıması ya da anlamlı olup olmaması önemli değildir.³⁶⁰ Önemli olan mağdurun bu hareketlerden cinsel anlamda rahatsız olmasıdır.

Bununla birlikte fail tarafından gerçekleştirilen davranışın “taciz” sayılabilmesi, mağdur bakımından bunun “rahatsız edici” boyuta ulaşmasını gerekli kılar. Bu sebeple, örneğin arkadaşlık teklifinde bulunmak ve bu konuda makul bir ısrar göstermenin, bu suçu oluşturmayacağı öne sürülmektedir.³⁶¹ Bunun için gerçekleştirilen cinsel davranışın devam süresi önemli ise de, tek başına belirleyici değildir. Münferit ve ani hareketler de duruma göre cinsel taciz sayılabilir.³⁶²

³⁵⁶ Gerekçede yer verilen bu ifadenin eleştirisi için bkz. **SEVÜK, H. Y.**, TBBD 2005, s. 272 vd.; nakleden **TEZCAN, D., ERDEM, M. R., ÖNOK, M.**, a.g.e., s. 330.

³⁵⁷ **TEZCAN, D., ERDEM, M. R., ÖNOK, M.**, a.g.e., s. 330.

³⁵⁸ **ARTUK, M. E.**, a.g.m., s. 12.

³⁵⁹ **TEZCAN, D., ERDEM, M. R., ÖNOK, M.**, a.g.e., s. 247.; nakleden **ARTUK, M. E.**, a.g.m., s. 12.

³⁶⁰ Bkz. **YENİDÜNYA**, s. 3312.; nakleden **ARTUK, M. E.**, a.g.m., s. 12.

³⁶¹ **MALKOÇ, İ.**, a.g.e., s. 162.; nakleden **TEZCAN, D., ERDEM, M. R., ÖNOK, M.**, a.g.e., s. 330.

³⁶² Kurt, Alacakaptan’a Armağan, s. 517.; nakleden **TEZCAN, D., ERDEM, M. R., ÖNOK,**

Söz konusu davranışların cinsel saldırı boyutuna ulaşmamış olması gereklidir. Cinsel taciz niteliğindeki fillerin mağdurun vücuduna temas etmek suretiyle (ETCK anlamında fiili sarkıntılık veya ırza tasaddi) gerçekleştirilmesi durumunda ise fail 105. maddeye göre değil, cinsel saldırı suçunun düzenlendiği 102. madde veya mağdurun yaşına göre 103. maddedeki cinsel istismar suçuna göre cezalandırılacaktır.³⁶³

Faili cinsel taciz suçunu işlemeye iten, onun harekete geçmesine yol açan neden cinsel saik olabileceği gibi olmayabilir de (örneğin hakaret kastı).³⁶⁴ Cinsel amaçlı olmayan tacizin 105. madde kapsamında değerlendirilmesi mümkün değildir. Bu bakımdan hakaret kastı ile bir kimsenin duygularına yönelen taciz fiilleri cinsel taciz olarak değil, hakaret suçu bağlamında nitelendirilmelidir. Yukarıda da ifade edildiği gibi, kanunumuzda hangi tür davranışların cinsel taciz sayılacağı konusunda bir açıklık bulunmamaktadır.³⁶⁵

Cinsel taciz serbest hareketli bir suç olup, maddi unsuru oluşturan hareket, söz, yazı veya herhangi bir davranışla gerçekleştirilmiş olabilir.³⁶⁶ Burada söz, yazı ve davranışın cinsel amaçlı olarak yapılmış olması aranır. Cinsel amaçlı olmayan karşı tarafı rencide etmek için yapılan örneğin futbol maçlarında, karşı takım taraftarlarını rencide etmek için yapılan el, kol hareketleri veya sözler cinsel taciz suçunu değil, hakaret suçunu oluşturacaktır.³⁶⁷ Eylem, cinsel tatmin amacına yönelmeyen, objektif olarak yalnızca cinsel arzuların herhangi bir şekilde bildirilmesi (şehvani) nitelik taşıyan, bütünüyle mağdurun cinsel duygularını

M., a.g.e., s. 331.

³⁶³ ARTUK, M. E., a.g.m., s. 13.

³⁶⁴ Bkz. ARTUK, GÖKCEN, YENİDÜNYA, s. 180.; YENİDÜNYA, s. 3331.; nakleden ARTUK, M. E., a.g.m., s. 12.

³⁶⁵ ARTUK, M. E., a.g.m., s. 12.

³⁶⁶ SEVÜK, H. Y., TBBD 2005, s. 274.; YENİDÜNYA, Legal Eylül 2005, s. 3287.; Kurt, Alacakaptan'a Armağan, s. 517.; Buna karşılık HAFIZOĞULLARI, bu suçun yalnızca söz ve işaretlerle işlenebileceği düşüncesindedir (HAFIZOĞULLARI, *Beşeri Cinsellik*, s. 367.); nakleden TEZCAN, D., ERDEM, M. R., ÖNOK, M., a.g.e., s. 331.

³⁶⁷ ARTUK, M., a.g.m., s. 105.

incitici her türlü ses, söz, hareket ve tavırları içine alır. Alenen ve herkese karşı gerçekleştirilmesi gerekmez.³⁶⁸

Bu suçun oluşması için aynı zamanda taciz teşkil eden eylemin bir kimseye yönelmiş olması gerekir. Bir kimseye yönelmeden alenen yapılan cinsel nitelikteki hareketler cinsel taciz suçunu değil, fail tarafından yapılan hareketin unsurlarına göre başka bir suç oluşturur. Örneğin bu kapsamda değerlendirildiğinde, sokakta soyunmak cinsel taciz suçunu değil YTCK 225. maddede düzenlenen hayâsızca hareketler suçunu oluşturur.³⁶⁹

5.7. Suçun Özel Görünüş Biçimleri

5.7.1. Teşebbüs

Cinsel taciz suçuna teşebbüs mümkündür.³⁷⁰ Sırf hareket suçu olan cinsel taciz fiili, icra hareketleri bittiği anda tamamlanır. Hareketten ayrı bir neticenin varlığı aranmaz. İcra hareketleri kısımlara bölünebildiği oranda bu suça teşebbüs olanaklıdır.³⁷¹ Fail, işlemeyi kastettiği cinsel taciz suçunun işlenmesine elverişli hareketlerle ve doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle fiili tamamlayamaz ise bu suç teşebbüs aşamasında kalmış sayılır.³⁷² Failin elinde olmayan nedenlerden ötürü cinsel taciz eylemini tamamlayamaması durumunda, teşebbüs hükümlerine göre cezalandırılmasını gerektirir.³⁷³ Örneğin, cinsel taciz niteliğindeki cümleleri kapsayan mektubun muhataba ulaşmadan ele geçirilmesi gibi.³⁷⁴

³⁶⁸ **MERAN, N.**, a.g.e., s.387.

³⁶⁹ **ARTUK, M.**, a.g.m., s. 107.

³⁷⁰ Karşıt görüş için bkz., **MALKOÇ, İ.**, a.g.e., s. 208.

³⁷¹ **ARTUK, M. E.**, a.g.m., s. 15.

³⁷² **ARTUK, M.**, a.g.m., s. 108.

³⁷³ **MERAN, N.**, a.g.e., s. 137.

³⁷⁴ **ARTUK, M. E.**, a.g.m., s. 15.

5.7.2. İştirak

Bu suç bakımından iştirakin her şekli örneğin, azmettirme ve yardım etme mümkündür. Buna göre cinsel içerikli bir mektubu mağdura içeriğini bilerek ulaştıran kimse, yardım eden (m.39) olarak sorumlu tutulmalıdır.³⁷⁵

5.7.3. İçtima Hükümleri

Cinsel taciz suçunda içtima bakımından değişik ihtimaller ortaya çıkabilir. Uygulamada en fazla karşılaşılan husus, fiilin değişik zamanlarda tekrarlanmasıdır.³⁷⁶ ETCK döneminde bu gibi durumlarda sırnaşıkça hal alan söz atma fiillerinin sarkıntılık suçunu oluşturacağı kabul edilmekteydi. YTCK'da ise, cinsel tacizin sırnaşıkça bir hal alması hususu ayrıca yaptırıma bağlanmış değildir. Bu nedenle söz konusu ihtimalde failin bir suç işleme kararıyla değişik zamanlarda aynı kişiye karşı cinsel taciz fiilini işlemesi halinde zincirleme (müteselsil) suç hükümlerinin (YTCK m.43) tatbiki gerekir. Örneğin, mağdura değişik zamanlarda, uygunsuz ifadeler içeren birden fazla aşk mektubunun gönderilmesi gibi. Bununla birlikte fail tarafından gerçekleştirilen davranışın taciz sayılabilmesi, mağdur bakımından bunun rahatsız edici boyuta ulaşmasını gerekli kıldığından, kısa zaman aralıklarıyla gerçekleştirilen birden fazla cinsel davranışın tek suç sayılması gerekir. Örneğin, mağdurun takip edilmesi, mağdura arkasından ıslık çalınması, laf atılması gibi.³⁷⁷

Tek bir fiille farklı kişilere cinsel tacizde bulunulması durumunda (örneğin, yolda yürüyen birkaç bayana birden sözle tacizde bulunulması) yine zincirleme suça ilişkin 43. maddenin 2. fıkrası uygulanır. Buna karşılık cinsel taciz fiilinin farklı kişilere karşı birden fazla işlenmesi durumunda (örneğin cinsel

³⁷⁵ ARTUK, M. E., a.g.m., s. 15.

³⁷⁶ Bkz., YENİDÜNYA, s. 3313.; nakleden ARTUK, M. E., a.g.m., s. 15.

³⁷⁷ TEZCAN, D., ERDEM, M. R., ÖNOK, M., a.g.e., s. 333.

içerikli mektupların farklı kişilere gönderilmesi) fail zincirleme suç değil, gerçek içtima hükümlerine göre cezalandırılacaktır.³⁷⁸

Cinsel taciz suçunun işkence suçu şeklinde işlenmesi de mümkündür. YTCK'nın 94. maddesinin 3. fıkrasında: “Fiilin cinsel yönden taciz şeklinde gerçekleştirilmesi halinde, on yıldan onbeş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur” denilmektedir. Böylece işkence suçunun cinsel yönden taciz şeklinde gerçekleşmesi nitelikli hal olarak öngörülmüştür. Örneğin kişiye işkence yapıldığı sırada, failin mağdura cinsel organını göstermesi, cinsel ilişki teklifinde bulunması gibi.³⁷⁹ İşkence yapılırken cinsel tacizde bulunulması ya da cinsel taciz yoluyla işkence yapılması halinde bileşik (mürekkep) suç (YTCK m.42) hükümleri uygulanacağından, faile yalnızca nitelikli işkence suçundan ceza verilecek, ayrıca cinsel taciz suçundan ceza verilmeyecektir.³⁸⁰ Ancak işkence cinsel davranışlarla mağdurun cinsel dokunulmazlığının ihlâli ya da mağdurun vücuduna organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmişse, fail ayrıca cinsel saldırı suçundan da cezalandırılır.³⁸¹

Ayrıca bu suç manevî unsur açısından da diğer bir kısım suçlardan ayrılır. Eylem cinsel amaçlı olarak değil de hakaret amaçlı olarak gerçekleştirilmişse, YTCK'nın 125. maddesinde düzenlenen hakaret suçu, tehdit amacıyla gerçekleştirilmişse YTCK'nın 106. ve devamı maddelerinde düzenlenen tehdit suçu, mağdurun huzur ve sükûnunu bozma amacıyla gerçekleştirilmişse, YTCK 123. maddede düzenlenen kişilerin huzur ve sükûnunu bozma suçu oluşacaktır. Cinsel taciz teşkil eden eylem, örneğin cinsel organın dışarı çıkarılması eylemi

³⁷⁸ **ARTUK, M. E.**, a.g.m., s. 15.

³⁷⁹ Buna karşılık doktrinde işkencenin cinsel yönden taciz şeklinde gerçekleşmesi durumunda yapılan cinsel davranışların da süreklilik arz etmesi gerektiği ileri sürülmektedir. Buna göre örneğin kamu görevlisinin işkencede bulunduğu kişiye “bu akşam seninle birlikte olalım” demesi yetmeyecek, bu tür cinsel hareketlerine tekrarlaması gerekecektir. **SEVÜK, H. Y.**, a.g.m., s. 277.; nakleden **ARTUK, M. E.**, a.g.m., s. 16.

³⁸⁰ **ARTUK, M.**, a.g.m., s. 108-109.

³⁸¹ **ARTUK, M. E.**, a.g.m., s. 16.

belli bir mağdura karşı gerçekleştirilmezse bu durumda YTCK'nın 225. maddesinde düzenlenen hayâsızca hareketler suçu oluşacaktır.³⁸²

5.8. Suçun Cezası

Basit cinsel taciz suçunu işleyen fail YTCK 105/1. madde uyarınca şikâyet üzerine üç aydan iki yıla kadar hapis veya adlî para cezası ile cezalandırılır. Faile verilecek olan ceza, failin cinsel saldırı suçunu işlerken yaptığı fiillere göre belirlenecektir.

5.9. Nitelikli Cinsel Taciz (YTCK m. 105/2)

Maddenin ikinci fıkrasında cinsel taciz suçunun nitelikli halleri belirtilmiştir. Bu hallere artırım nedeni de denilebilir. Zira ayrı bir nitelik belirlemekle birlikte yaptırım bakımından bağımsız bir cezadan değil önceki fıkraya göre verilecek cezanın arttırılmasından söz edilmektedir.³⁸³

Buna göre, hiyerarşi veya hizmet ilişkisinden, eğitim veya aile içi ilişkilerden kaynaklanan nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle ya da aynı iş yerinde çalışmanın sağladığı kolaylıktan yararlanılarak kişiye karşı cinsel tacizde bulunulması, suçun temel şekline göre daha ağır ceza ile cezalandırılmayı gerektirmektedir.³⁸⁴

Mağdurla fail arasında 105. maddenin 2. fıkrasında yer alan şahsi bir takım ilişkilerin varlığı (hiyerarşi, hizmet, eğitim ve öğretim ilişkisi, aile içi ilişki, iş ilişkisi), ortaya çıkan güven ortamı içerisinde mağdurun fiile mukavemetini azaltacak ve eylemin tekrarını kolaylaştıracaktır. Aynı zamanda bu niteliklere

³⁸² ARTUK, M., a.g.m., s. 109.

³⁸³ MALKOÇ, İ., a.g.e., s. 315.

³⁸⁴ MALKOÇ, İ., a.g.e., s. 315.

sahip kimseler tarafından cinsel taciz suçunun işlenmesi halinde toplumda infial de artacaktır.³⁸⁵

Nüfuzun kötüye kullanılması suretiyle işlenen nitelikli cinsel taciz suçundaki ilişki türleri fıkra da sınırlayıcı biçimde sayılmıştır. Fıkra da sayılan nitelikli halleri;

- 1- Hiyerarşiden kaynaklanan,
- 2- Hizmet ilişkisinden kaynaklanan,
- 3- Eğitim-öğretim ilişkisinden kaynaklanan,
- 4- Aile içi ilişkiden kaynaklanan
- 5- Aynı işyerinde çalışmaktan kaynaklanan, şeklinde maddeler halinde belirtmek mümkündür.³⁸⁶

Fıkra da sayılan bu ilişkiler suçun nitelikli halini oluşturmaktadır. Fıkra da sayılan ilişki türlerinin sınırlı olması sebebiyle sayılan ilişkilerin dışında kalan başka bir ilişkiden kaynaklanan nüfuzun kötüye kullanılması durumunda, bu nitelikli hal uygulama alanı bulamayacaktır.³⁸⁷

5.9.1. Hiyerarşiden Kaynaklanan Nüfuzun Kötüye Kullanılması

Kamu idaresinde olsun, özel kuruluşların yönetiminde olsun görevlilerin ast ve üstlük konumları vardır. Bu konumları itibariyle astlara emretmek, astları yönetmek ve astlara belirli tarzda hareket ve iş yaptırmak, astların çalışma koşullarını ve çalışma şeklini belirlemek gibi yetkileri olan üst görevlilerin astları üzerinde sahip oldukları bir otorite söz konusudur. Bu otorite aynı zamanda astlar üzerinde psikolojik bir baskı oluşturacak ağırlıktadır. Bu baskı, üstün eylemlerinin kolayca tekrarlanabilme olanağından da kaynaklanmaktadır.³⁸⁸

³⁸⁵ Bkz. YENİDÜNYA, s. 3312.; nakleden ARTUK, M. E., a.g.m., s. 16.

³⁸⁶ MALKOÇ, İ., a.g.e., s. 316.

³⁸⁷ Kurt, Alacakaptan'a Armağan, s.521.; nakleden TEZCAN, D., ERDEM, M. R., ÖNOK, M., a.g.e., s. 333.

Bu otorite nedeniyle astların yükselmeleri, maddi ve manevi olarak daha iyi duruma gelmeleri için otorite sahibi bu üstlerinin değerlendirmelerine muhtaçtırlar. İşte bu yetkilerin kötüye kullanılarak astların üstleri tarafından cinsel taciz şeklinde rahatsız edilmeleri mümkündür.³⁸⁹

Mağdurlar, görevdeki konumlarını kaybetmemek, zamanında yükselmek, hak ettikleri maddi karşılıklara ulaşabilmek ile üstünün cinsel tacizlerine katlanmak arasında tercih yapmak durumunda kalırlar. İşte bu zayıf durumlarından yararlanılarak suçun işlenmesi halinde oluşacak nitelikli hal ikinci fıkrada düzenlenmektedir.³⁹⁰

5.9.2. Hizmet İlişkisinden Kaynaklanan Nüfuzun Kötüye Kullanılması

Hizmetin yapılma şeklini, zamanını, koşullarını ve ücretini düzenlemek yetkisinde olanlar, emirlerindeki personeli yukarıda belirtildiği üzere cinsel tacize katlanmak veya iş şartlarının anormal değişim ve ağırlaşması arasında tercih yapmak durumunda bırakabilirler.³⁹¹ Bu nedenle hizmet ilişkisi sebebiyle işlenen cinsel taciz, suçun ağırlaştırıcı unsuru olarak kabul edilmiştir. Mağdurların işte bu zayıf durumlarından yararlanılarak suçun işlenmesi halinde oluşacak nitelikli hal ikinci fıkrada düzenlenmiştir.

5.9.3. Aynı İş Yerinde Çalışmanın Sağladığı Kolaylıktan Yararlanma

İşyerlerinin hemen hepsinde, çalışma konumu ve yerleri itibariyle iş dağılımı yapan, işin şartlarını ve ücretini tespit edenler tarafından suçun işlenmesi özel olarak kolaylaştığı gibi, esasen aynı yerde bulunmak, bir arada yakın olmak, çalışma ortamındaki hareketler, failin mağdura kolayca cinsel tacizde bulunmasını

³⁸⁸ MALKOÇ, İ., a.g.e. s. 316.

³⁸⁹ MALKOÇ, İ., a.g.e. s. 316.

³⁹⁰ MALKOÇ, İ., a.g.e. s. 316.

³⁹¹ MALKOÇ, İ., a.g.e., s. 316.

sağlayabilir. Kanun koyucu bu durumu da cinsel taciz suçunun nitelikli hali olarak belirlemiştir.³⁹²

5.9.4. Eğitim Öğretim İlişkisinin Sağladığı Nüfuzdan Yararlanma

Kanun koyucu ister kamu, ister özel eğitim ve öğretim kuruluşları olsun, eğitim öğretim ilişkisinin sağladığı kolaylık sebebiyle cinsel taciz suçunun işlenmesini nitelikli hal olarak değerlendirmiş ve YTCK 105. maddenin ikinci fıkrasında düzenlemiştir. Buna göre bir öğretmen öğrencisini veya bir öğrencinin öğretmenini cinsel açıdan taciz etmesi durumunda, fail bu fıkra hükümlerine göre cezalandırılacaktır.

5.9.5. Aile İçi İlişki Nüfuzundan Yararlanma

Kanun koyucu, yukarıda ifade edildiği üzere tüm cinsel suçlarda olduğu gibi cinsel taciz suçunda da aile bireylerine karşı işlenmesini suçun nitelikli ve ağırlaştırıcı hali olarak kabul etmiştir. Aile içi ilişkiden kaynaklanan nüfuzun kötüye kullanılması bakımından, öğretide, fail ile mağdurun aynı aileye (kan veya kayın hısımlığı ile bağlı bulunduğu aileye) mensup olmasının şart olmadığı, bu kişilerin aile içinde (bir arada) yaşıyor olmalarının yeterli olduğu öne sürülse de³⁹³ fail ile mağdurun aynı aileye mensup olması şarttır. Aksi takdirde, yasa koyucu, nitelikli halin uygulanması bakımından, salt “nüfuzun kötüye kullanılmış olması”nı yeterli görürdü. Oysa yasa koyucu bunu yeterli görmemiş, bunun “aile içi ilişkiden” kaynaklanmasını da ayrıca aramıştır. Aynı yerde birlikte yaşıyor olmak koşuluyla fail ile mağdurun arasındaki yakınlık derecesi nitelikli halin uygulanması bakımından önem taşımaz.³⁹⁴ Kanun koyucu buradaki yakınlık derecesini net olarak belirtmiş olmasa da, YTCK’nın 102/3-c maddesinde ifade

³⁹² MALKOÇ, İ., a.g.e., s. 316.

³⁹³ MALKOÇ, İ., a.g.e., s. 317.; ARTUK, GÖKCEN, YENİDÜNYA, 7. Bası, s. 184.; nakleden TEZCAN, D., ERDEM, M. R., ÖNOK, M., a.g.e., s. 334.; BAYTEMİR, E., a.g.e., s. 748.; ARTUK, M. E., a.g.m., s. 16.

³⁹⁴ Kurt, Alacakaptan’a Armağan, s. 519.; nakleden TEZCAN, D., ERDEM, M. R., ÖNOK, M., a.g.e., s. 334.

edilen aile yakınlık derecesinin burada da geçerli olduğu kanaatindeyim. YTCK 105/2. maddenin devamında kanun koyucu “ailesinden ayrılmak” ibaresini kullanarak aile kavramının kan veya kayın hısımlı olması gerektiğini örtülü olarak ifade etmiştir.

5.10. Netice Yüzünden Cezanın Ağırlaşması

Mağdurun uğradığı cinsel taciz sonucunda işi bırakmak, okuldan veya ailesinden ayrılmak zorunda kalması da cinsel taciz suçunun nitelikli halini oluşturur. Bu durum, mağdurun kendisine karşı devam eden söz konusu saldırılardan kurtulma amacı sebebiyle veyahut saldırılar sona ermiş olsa bile, bunların mağdur üzerinde doğurduğu psikolojik etkilerin sonucunda gerçekleşebilir. Ayrılmak konusunda mutlak bir zorunluluğun ortaya çıkmış olması gerekmez. Meydana gelen huzursuzluk ortamı, mağdurun orada kalıp ilişkilerini sağlıklı olarak sürdürmesine engel olmuşsa ve bu sebeple mağdur ortamdaki ayrılmışsa, bu durumda YTCK 105/2. madde uygulanır.³⁹⁵ Yeter ki cinsel tacizle, mağdurun ortamdaki ayrılması arasında nedensellik bağı bulunsun.³⁹⁶ Bu maddenin uygulanabilmesi için mağdurun ortamdaki ayrılmasını gerektiren veya zorlayan başka nedenler olmasının yanında asıl neden ve hatta tek neden cinsel taciz fiili olmalıdır.³⁹⁷

Doktrinde bazı yazarlar, mağdurun ortamdaki ayrılmasının tek bir cinsel taciz fiili sonucunda olması durumunda bu nitelikli halin uygulanmaması gerektiğini, failin eyleminin belirli bir süreklilik arz etmesi durumunda bu nitelikli halin gerçekleşeceğini savunmaktadırlar.³⁹⁸ Ancak bu görüşe katılmak mümkün değildir. İnsanlar yaşadıkları, büyüdükleri aile ortamı ve sosyal çevreye göre kişiliklerini kazanırlar. Bu sebeplerle her insanın olaylara tepkileri farklıdır. Kimi

³⁹⁵ MALKOÇ, İ., a.g.e., s. 180.; nakleden TEZCAN, D., ERDEM, M. R., ÖNOK, M., a.g.e., s. 335.

³⁹⁶ TEZCAN, D., ERDEM, M. R., ÖNOK, M., a.g.e., s. 335.

³⁹⁷ MALKOÇ, İ., a.g.e., s. 318-319.

³⁹⁸ ARTUK, M. E., a.g.m., s. 17.

insan kendisine karşı gerçekleştirilen cinsel taciz fiiline çok sert tepki verebilirken, kimi insan bu durumda tepkisiz kalabilir. Bu sebeple genelleme yaparak mağdurun tek bir cinsel taciz fiili sebebiyle işinden ayrılmasına sebep olunması durumunda bu madde hükümlerinin uygulanmayacağını söylemek yerinde olmaz. Her olay kendi içerisinde değerlendirilmelidir. Hâkim mevcut duruma göre inceleme yapmalı ve mağdurun sosyal kültürel düzeyini, aile ortamını sosyal çevresini göz önünde bulundurarak, tek bir cinsel taciz fiilinin mağdurun bulunduğu ortamdan ayrılmasına sebep olup olmayacağını araştırarak karar vermelidir.

5.11. Kovuşturma ve Yaptırım

Cinse taciz suçunun temel şeklinin soruşturulması ve kovuşturulması, mağdurun şikâyetine tabidir. Şikâyet süresi zamanaşımı süresini geçmemek koşuluyla, şikâyet hakkı olan kişinin fiili ve failin kim olduğunu bildiği veya öğrendiği tarihten itibaren altı aydır.³⁹⁹

Maddenin ikinci fıkrasında düzenlenen nitelikli hallerin varlığı halinde ise, soruşturma ve kovuşturma şikâyete tabi değildir. Bu husus maddenin gerekçesinde; “cinsel taciz suçunun nitelikli unsurlarının gerçekleşmesi durumunda soruşturma ve kovuşturmanın yapılması mağdurun şikâyetine bağlı değildir” denilmek suretiyle vurgulanmıştır.⁴⁰⁰

Bu suç açısından CMK'nın 253. maddesinin 3. fıkrası uyarınca uzlaşma hükümlerinin uygulanması mümkün değildir.⁴⁰¹

Cinsel taciz suçunun müeyyidesi 105. maddenin 1. fıkrasında “üç aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası olarak öngörülmüştür. Görüldüğü gibi

³⁹⁹ ARTUK, M. E., a.g.m., s. 17.

⁴⁰⁰ ARTUK, M. E., a.g.m., s. 17.

⁴⁰¹ ARTUK, M. E., a.g.m., s. 17.

hapis veya adli para cezası şeklinde seçimlik yaptırımlar düzenlenmiştir. Adli para cezasının alt ve üst sınırı belirtilmemiştir. Bu durumda adli para cezasının alt ve üst sınırı 52. maddeye göre tespit edilecektir. 52. maddede, “Adli para cezası, beş günden az ve kanunda aksine hüküm bulunmayan hallerde yediyüzotuz günden fazla olmamak üzere” denilmektedir. Buna göre, cinsel taciz suçunun basit şeklinin müeyyidesi, “üç aydan iki yıla kadar hapis veya beş günden yediyüzotuz güne kadar adli para cezası”dır.⁴⁰²

TCK'nın 105. maddesinin 2. fıkrasına göre, cinsel taciz suçunun, 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 işlenmesi halinde 1. fıkraya göre verilecek ceza yarı oranında arttırılır. Mağdur cinsel taciz sonucu; işi bırakmak, okuldan veya ailesinden ayrılmak zorunda kalmış ise, verilecek ceza bir yıldan az olamaz.⁴⁰³ Suçun üst sınır cezası yine iki yıldır.

Cinsel taciz suçunun hem basit hem de nitelikli halinin kovuşturulmasında görevli mahkeme sulh ceza mahkemesidir.

⁴⁰² ARTUK, M. E., a.g.m., s. 17-18.

⁴⁰³ ARTUK, M. E., a.g.m., s. 18.

SONUÇ

Cinsellik, doğumlarından itibaren insanlarda varolan temel dürtülerden birisidir. Cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar ise, insanın doğuştan gelen bu temel dürtüsüne karşı yapılan fiziksel ve psikolojik saldırılardır. Bu saldırılar mağdurun vücut dokunulmazlığını ihlâl suretiyle gerçekleştirilebileceği gibi psikolojik açıdan mağdura yönelik cinsel saldırılarda bulunmak suretiyle de gerçekleştirilebilmektedir

Toplumdaki teknolojik ve kültürel gelişim sonucunda yeni suç tipleri meydana çıkmaktadır. Bu gelişim sebebiyle, insanlık tarihi boyunca var olan suç tipleri de belli bir takım değişikliklere uğramaktadır. Toplumun sürekli değişmesi ve gelişmesine bağlı olarak hukuk kurallarının da bu değişim ve gelişime ayak uydurması gerekmektedir.

Cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar en eski suç tiplerinden birisidir. Söz konusu suçlar özellikle son yıllarda ülkemizde oldukça sık görülmeye başlamıştır. Günümüzde çocukların cinsel yönden istismarı önceki yıllara oranla büyük bir artış göstermiştir. Cinsel saldırıya maruz kalan çocukların çoğunluğunun kız olmasının yanında erkek çocukların da bu suça maruz kalmaları oranının artmış olması oldukça dikkat çekicidir.

Fail ile mağdur arasındaki ilişki, (fail ile mağdurun evli olması gibi) ne olursa olsun, failin mağdura karşı işlemiş olduğu temelinde cinsel bütünlüğe saldırı kastı olan bu suç açısından, hiçbir şekilde cezasızlık nedeni olarak ileri sürülemez. Bu ve benzeri nedenlerden ötürü kadın sivil toplum örgütleri ETCK'nın, cinsel suçların düzenlenmesi açısından çağın gerisinde kaldığını, bu yüzden kadınların yasa tarafından yeterince korunmadığı görüşünü savunmuşlardır.

YTCK'nın düzenlenmesi sırasında tüm bu durumlar göz önünde bulundurularak cinsel suçların tanımlanması açısından köklü bir değişikliğe gidilmiştir. YTCK'da cinsel suçların yeniden tanımlanmasında kadın sivil toplum örgütlerinin büyük payı olduğu açıktır. Ancak unutulmaması gereken bir husus da YTCK'nın aceleye getirilmiş bir kanun olduğudur. Bu sebeple YTCK cinsel suçlar açısından pek çok yenilik getirmiş olsa da temelinde muazzam eksikliklerin bulunduğu acı bir gerçektir.

Bu eksiklikler uygulamada oldukça fazla karşımıza çıkmaktadır. Örneğin mağdur ile failin işlenen cinsel saldırı ya da cinsel istismar fiili sonrasında evlenmesi sonucunda, fail hakkındaki cezanın ertelenmemesi hem mağdurun hem de failin mağdur olmasına neden olmaktadır. Eskiden olduğu gibi günümüzde de söz konusu durum ile uygulamada oldukça sık karşılaşılmaktadır. Yine beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan (örneğin bedensel veya zihinsel engelli) bir çocuğa karşı gerçekleştirilen cinsel istismar eyleminde, fail hakkında YTCK 102/3-a maddesinde tanımlanan cinsel saldırı suçunda olduğu gibi ceza artırımına gidilmemesi hakkaniyet ilkesi ile bağdaşmamaktadır. Mağdurun hem çocuk olması hem de beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunması, failin hareketlerine karşı mağduru daha da çaresiz kılacağı açıktır.

YTCK ile cinsel saldırı ve cinsel istismar suçlarının kapsamı oldukça genişletilmiştir. Mağdur ile fail arasındaki her türlü vücut temasına dayalı eylem cinsel saldırı veya cinsel istismar olarak nitelendirilmektedir. Örneğin mağdurun yanağını sıkma gibi eylemler artık sarkıntılık veya cinsel taciz olarak değil cinsel saldırı ya da cinsel istismar boyutunda eylemler olarak değerlendirilmektedir. Yine mağdurun poposuna dokunulması durumunda da cinsel saldırı ya da cinsel istismar suçu oluşmaktadır. Belirtilen nitelikteki durumlarla uygulamada oldukça sık karşılaşılmaktadır. Ancak yanaktan makas alma ile mağdurun poposuna dokunulması benzer nitelikte eylemler (vücut dokunulmazlığını ihlâl eden) olarak görülmesine karşılık mağdur üzerinde yaratacağı etkinin ve bu eylemlerin toplumda uyandırdığı infialin aynı derecede olmadığı açıktır. Kaldı ki uygulamada

yukarıda bahsedilen bu iki eyleme genellikle alt sınırdan ceza verilmektedir. Her iki eylem de YTCK 102/1. madde kapsamında değerlendirilip alt sınır olarak 2 yıl hapis cezası ile cezalandırılmaktadır.

Ceza hukuku tarihinin büyük dâhisi Beccaria, ceza-suç ilişkileri konusunda (teknik açıdan) şu saptamayı yapmaktadır: Bir cezanın, kendisinden umulan yararı sağlayabilmesi için, bu cezanın yaratacağı azap ve şiddetin; suçluyu böyle bir suçu işlemeye yönelten yararı aşması yeterlidir. Buna, cezanın kesin olduğu ve cürümden beklenen yarara asla ulaşamayacağı inancının da eklenmesi gerekir. İşte bu ölçüyü aşan tüm cezalar yararsızdır ve zulümdür.⁴⁰⁴

Beccaria'nın fikirleri ışında değerlendirdiğimizde ETCK'da sarkıntılık olarak nitelendirilen kimi eylemlerin YTCK'da cinsel saldırı veya cinsel istismar suçu kapsamına alınmasının cinsel saldırı ve cinsel istismar suçlarının içeriğinin oldukça genişlemesine neden olduğu açıktır. Kanımca bu yerinde bir düzenleme değildir. Çünkü yukarıda örnek olarak verilen yanaktan makas alma olayında, fail cinsel saldırı suçundan ceza alacak ve bu durum failin sabıkasına basit cinsel saldırı suçu olarak yansiyacaktır. Aynı zamanda mağdurun poposunu elleyen kişinin alacağı ceza basit cinsel saldırı suçu olarak değerlendirilecek ve bu da failin sabıkasına aynı şekilde basit cinsel saldırı olarak yansiyacaktır. Ancak görüldüğü üzere, her ne kadar iki fiil de vücut dokunulmazlığını ihlâl niteliğinde eylemler olsalar da içerik itibariyle birbirinden farklı özellikler taşımaktadırlar. Kaldı ki mağdurun poposunu elleyen fail ile mağdurun yanağından makas alan failin cinsel saikinin aynı olduğu düşünülemez. Bu sebeplerle ETCK'da ifade edilen sarkıntılık ya da cinsel taciz niteliğindeki eylemlerin YTCK'da cinsel saldırı kapsamına alınarak suçun içeriğinin genişletilmesinin yerinde olmadığı kanaatindeyim.

⁴⁰⁴ Bkz., **BECCARIA, C. B.**, *Suçlar ve Cezalar* (Çev: **Muhittin GÖKLÜ**), İstanbul MCML; nakleden **CAN, C.** (2002), *Toplumsal İnsanın Evrensel Doğası ve Cinsel Suçlar*, Seçkin Yayınevi, Ankara.

Ülkemizde uygulamada büyük çoğunlukla delillerden sanığa ulaşmak yerine, sanıktan delillere ulaşılma yöntemi tercih edilmektedir. Cinsel suçlar gibi sonuçları ve yaptırımları ağır olan bu tip suçlarda failin cezalandırılabilmesi için sadece mağdurun beyanı yeterli görülmektedir. Oysaki mağdurun beyanının mücerret bir iddiadan ibaret olup olmadığını başka delillerle de desteklenmesi gerektiği açıktır. Fakat ne yazık ki ceza hukukunun temel ilkelerinden birisi olan “şüpheden sanık yararlanır” ilkesi ülkemizdeki ceza hukuku uygulamasında daha çok “şüpheden mağdur yararlanır” şekilde hayat bulmaktadır. Bu durum, uygulamada büyük sorunlara yol açmaktadır. Yerel mahkemelerin ve Yargıtay’ın yerleşmiş görüşü “namus ve iffetini gözeten kişi iftira etmez” şeklindedir. Oysa bu durum failin cezalandırılabilmesi için yeterli bir kanıt olarak değerlendirilemez. Namus ve iffet kavramı kişilere, bölgelere, zamana göre değişiklik gösteren bir kavramdır. Unutulmamalıdır ki herkes böyle bir iftiraya maruz kalabilir. Ülkemizde yakın bir tarihte, prostat muayenesi sırasında muayene yöntemi sebebiyle tecavüze uğradığını iddia eden bir hasta yüzünden üroloji uzmanı bir doktorun cinsel saldırı suçundan yargılanmış olması ve ancak Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun kararı ile beraat etmiş olması acı bir gerçektir.⁴⁰⁵

Yeterli kanıt olmadan sadece mağdurun mücerret iddiası üzerine failin cezalandırılması yoluna gidildiğinde, adalet sağlamak için kurulan sistem adaletsizliğe sebep olmaktadır. Masum-hükümlünün durumu, şüpheli-sanığın durumundan daha acıdır. Masum hükümlü, katlanacağı gücü doğasından elde edemez; çünkü “suç işledim, onun için buradayım” diyemez. Tüm güvendiği sistemler, insanlar aleyhine olmuştur. Herkes ona sapık düşüncesiyle bakıyordu ve en yakınındaki kişiler bile acaba? diye düşünmektedir.⁴⁰⁶

Cinsel suçlarda, cinselliğe dayalı olaylarda tarafları tespit etmek ve delilleri toplamak zordur. Gerçeği bulmak için yapılan yanlışlıklar bundan daha

⁴⁰⁵ <http://www.milliyet.com.tr/default.aspx?aType=SonDakika&ArticleID=974203>.,
<http://www.radikal.com.tr/Radikal.aspx?aType=RadikalDetay&ArticleID=1025182&Date=24.10.2010&CategoryID=77>

⁴⁰⁶ GÜNDÜZ, R., GÜLTAŞ, V., a.g.e., s. 69.

kötüdür. Yanlış adalet tevzi edilmektense hiç edilmemesi daha iyidir. Kurbanların delilden uzak, sadece iddiada kalan suçlamaları konusunda dikkatli davranılmalıdır.⁴⁰⁷

Atar bu konuda, “ispat edilemeyen veya ispatı mümkün olmayan davalarda elinizden ne kadar imkân gelirse insanların cezalarını kaldırmaya çalışınız, şayet elinizde beraati için bir yol, bir delil varsa, maznunu serbest bırakınız, zira başkasının afa yanılması cezalandırılmasındaki yanılmadan daha evladır. Şüpheli hal sebebiyle cezaları kaldırınız.” görüşünü savunmaktadır.⁴⁰⁸

Bu sebeple cinsel saldırı mağdurlarının muayeneleri özel bir önem ve özen gerektirmektedir.⁴⁰⁹ Özellikle son zamanlarda basında, Adli Tıp Kurumu’nun cinsel suçlardaki yetersizliği hakkında yapılan yorumlar sonrasında Adli Tıp Kurumu’nda cinsel saldırıya uğrayan mağdurların raporlarının alınması için en az 1 yıl sonrasına muayene günü verilmektedir. Söz konusu süre göz önünde bulundurulduğunda, eğer ortada cinsel saldırı fiili varsa bile bunun kanıtlarının bu süre içerisinde kaybolacağı açıktır. Kaldı ki böyle bir saldırı yoksa mağdur hakkında cinsel saldırı raporunun alınması, yargılamanın sonuçlandırılması açısından mahkemelerce bekletici mesele yapıldığından, delillerin tam olarak toplanamadığından bahisle failin tutukluluk halinin devamına karar verilmektedir. Her iki durumda da tarafların mağdur olduğu şüphesizdir. Kanaatimce Adli Tıp Kurumu’nda cinsel suçlar açısından bir uzmanlık birimi kurulmalıdır. Böylece cinsel suçların işlenmesinden sonra zaman kaybetmeden delillerin toplanabilmesi ve bu konuda rapor düzenlenmesi mümkün olabilir.

Görüldüğü üzere hem YTCK’da cinsel suçların tanımları itibariyle hem de cinsel suçların uygulanmasında büyük eksikliklerin olduğu bir gerçektir. Bu eksikliklerin giderilmesi için, Türkiye Cumhuriyeti tarihinde bugüne kadar

⁴⁰⁷ GÜNDÜZ, R., GÜLTAŞ, V., a.g.e., s. 69.

⁴⁰⁸ ATAR (1991:192); nakleden GÜNDÜZ, R., GÜLTAŞ, V., a.g.e., s. 69.

⁴⁰⁹ CELBİS, O., KARACA, M., ÖZDEMİR, B., ISIR, A. B. (2004), *Cinsel Suçlarda Muayene*, Harran Üniversitesi Tıp Fakültesi Dergisi, 1 (4), s. 49.;

oluşturulan içtihat ve doktrin birikimi göz önünde bulundurularak yeniden bir düzenlemeye gidilmesine ihtiyaç olduğu düşüncesindeyim.

KAYNAKÇA

- [1] **AKSOY, E., İNANICI, M. A., ÇETİN, G., POLAT, O., SÖZEN, M. Ş., YAVUZ, F.**, (<http://www.ttb.org.tr/eweb/adli/5.html>).
- [2] **ALPER, B.**, *Suç Sayılan Cinsel Amaçlı Davranışlar* (http://lokman.cu.edu.tr/adlitip/index_files/Page1798.htm).
- [3] **AnaBritannica Genel Kültür Ansiklopedisi** (1987), Ana Yayıncılık, c. 6, Cil-Dau, İstanbul.
- [4] **AnaBritannica Genel Kültür Ansiklopedisi** (1988), Ana Yayıncılık, c. 8, Ede-Fle, İstanbul.
- [5] **ARTUK, M. E., GÖKCEN, A., YENİDÜNYA, A. C.** (2007), *5237 Sayılı Kanuna Göre Hazırlanmış Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Turhan Kitabevi, 8. Bası, 7. Basıdan Tıpkı Bası, Ankara.
- [6] **ARTUK, M. E., YENİDÜNYA, A. C.** (1999), *"Evlilik İçinde Irza Geçme"*, Cumhuriyetin 75. Yıl Armağanı, İstanbul Üniversitesi Yayınları, s.57. vd., İstanbul.
- [7] **ARTUK, M. E.** (2005), *Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Temel İlkeleri*, Hukuk ve Adalet Dergisi, Sayı: 5. s. 11-19.
- [8] **ARTUK, M. E.** (2006), *Cinsel Taciz Suçu (YTCK. m. 105)*, Çalışma ve Toplum, Sayı: 4, (<http://www.calismatoplum.org/sayil1/artuk.pdf>).
- [9] **ARTUK, M. E.** (2008), *Cinsel Taciz Suçu*, Ceza Hukuku Dergisi, Yıl: 3, Sayı: 6, Nisan 2008, s. 5-19.
- [10] **ARTUNÇ, M.** (2007), *Cinsel Taciz Suçu*, Terazi Dergisi, Yıl: 2, Sayı: 11, Temmuz 2007, s. 103-113.

- [11] **AVCI, M.** (2004), "*Osmanlı Hukukunda Suçlar ve Cezalar*", Gökkuşbu Yayınları, İstanbul.
- [12] **AYDIN, B., ÇOLAK, B.** (2009), *Samsun Ağır Ceza Mahkemesine Yansıyan Cinsel Suçlar*, Adli Tıp Bülteni, Ocak 2009, s. 11-18.
- [13] **AYDIN, D.**, *Türk Ceza Kanunu'nda Kadın Bedeni ve Cinsellik*.
- [14] **AYDIN, Ö. D.** (2004), "*Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar*", HPD, Sayı: 2, Sonbahar 2004.
- [15] **AYDIN, Ö. D.**, *Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar*, (http://www.turkhukuksitesi.com/makale_175.htm).
- [16] **BAFRA, J.** (1995), *Türk Hukuku ve Karşılaştırmalı Hukuk Açısından "Evlilik İçi Zorla Cinsel İlişki" Eyleminin Hukuki Statüsü*, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt: 69, s. 10-12.
- [17] **BALCI, Y.**, *Yeni TCK Çerçevesinde Cinsel Suçlara Adli Tıbbi Yaklaşımı* (<http://tip.ogu.edu.tr/uzmangorusu/yenitckcinselsucadlitibbiyaklasim.htm>).
- [18] **BAYTEMİR, E.** (2007), *Cinsel Dokunulmazlığa, Kişi Hürriyetine ve Genel Ahlak Karşı Suçlar*, Adalet Yayınevi, Ankara.
- [19] **CAN, C.** (2002), *Toplumsal İnsanın Evrensel Doğası ve Cinsel Suçlar*, Seçkin Yayınevi, Ankara.
- [20] **CELBİS, O., KARACA, M., ÖZDEMİR, B., ISIR, A. B.** (2004), *Cinsel Suçlarda Muayene*, Harran Üniversitesi Tıp Fakültesi Dergisi, Sayı: 1, Nisan 2004, s. 48-52.
- [21] **CENTEL, N., ZAFER, H., ÇAKMUT, Ö.** (2007), *Kişilere Karşı Suçlar*, Cilt I, Beta Yayınevi, İstanbul.
- [22] **CENTEL, N.** (1997), "*Cinsel Suç Mağduru Kadının Korunması*", Prof. Dr. Kenan Tunç Omağ'a Armağan, İstanbul.

- [23] **CENTEL, N.**, Yeni Türk Ceza Yasası ve Kadın (http://www.egm.gov.tr/egitim/dergi/eskisayi/44/web/makaleler/Prof_Dr_Nur_CENTEL.htm).
- [24] **DÖNMEZER, S.** (1983), *Ceza Hukuku Özel Kısım*, İstanbul.
- [25] **DÖNMEZER, S.** (1983), *Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler*, Filiz Kitabevi, 5. Baskı, İstanbul.
- [26] **DÖNMEZER, S.** (1984), *Özel Ceza Hukuku Dersleri*, Fakülteler Matbaası, İstanbul.
- [27] **DÖNMEZER, S.** (2001) *Ceza Hukuku Özel Kısım - Kişilere ve Mala Karşı Cürümler*, Beta Yayınevi, 16. Bası, İstanbul.
- [28] **EREM, F.** (1993), *Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler*, Ankara.
- [29] **GÜNAY, Y.** (2000), *Cinsel Suç Olgularında Saldırgan ve Kurban Olma Açısından Çocuk*, Çocuk Formu Dergisi, Sayı: 3, s. 46-50, (http://www.turktel.net/cgi-bin/medshow.pl?makale_no=22649).
- [30] **GÜNDEL, A.** (2009), *5237 Sayılı TCK'da Cinsel Saldırı, Cinsel İstismar, Cinsel Taciz, Rızaen Irza Geçme, Hürriyeti Kısıtlama, Alıkoyma, Fuhuş ve Müstehcen Yayın Suçları*, Seçkin Yayınevi, Ankara.
- [31] **GÜNDÜZ, R., GÜLTAŞ, V.** (2008), *5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Suçlar (Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar)*, Bilge Yayınevi, Ekim 2008, Ankara.
- [32] **HAFIZOĞULLARI, Z.**, *Beşeri Cinsellik ve Yeni Türk Ceza Kanunu* (<http://savcibey55.wordpress.com/2006/12/17/ceza-hukuku-cinsel-suclarders-notlari/>).
- [33] **HAFIZOĞULLARI, Z.**, *Türk Ceza Kanunu'nun Suçları Tasnifi* (<http://www.zekihafizogullari.com/Makaleler/5237%20sayili%20kanunda%20suclarin%20tasnifi.doc>).

- [34] **HAKERİ, H.** (2006), *Ceza Hukuku Temel Bilgileri, Genel Hükümler - Özel Hükümler*, Seçkin Yayınevi, 2. Baskı, Ankara.
- [35] **IŞIK, M. Ş.,** 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Taciz Suçu (http://www.yayin.adalet.gov.tr/28_sayi%20i%C3%A7erik/Mehmet%20%C5%9Eirin%20I%C5%9EIK.htm).
- [36] **İNCE, S.,** (www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/168.doc).
- [37] Kadına Yönelik Cinsel Şiddete Karşılaştırmalı Hukukun Yaklaşımı (11 - 12 Mart 2000), İstanbul Barosu, Kadın Hakları Uygulama Merkezi.
- [38] **KARAYEL, A.** (2006), *Retrospektif Bir Çalışma: 2001 - 2005 Yılları Arasında Adana İl Emniyet Müdürlüğüne Yansıyan Cinsel Taciz Vakalarının İncelenmesi*, (Yüksek Lisans Tezi), Adana.
- [39] **KILIÇ, A.** (2008), *Cinsel Hakimiyet ve Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Saldırı Suçu (TCK. m. 102)*, TBBB, Sayı: 78, s. 167-204.
- [40] **KIZIROĞLU, S. K.** (2008), *Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Kadına İlişkin Düzenlemeler ve Cinsel Suçlar*, Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer Armağanı, C. II, İstanbul.
- [41] **KURT, G.** (2008), *5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Taciz Suçu*, Uğur Alacakaptan'a Armağan, İstanbul.
- [42] **MALKOÇ, İ.** (2009), *Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar*, Malkoç Kitabevi, Ankara.
- [43] **MERAN, N.** (2008), *Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Kişilere Karşı Suçlar*, Seçkin Yayınevi, 2. Baskı, Ankara.
- [44] **NUHOĞLU, A.** (2004), *Türk Ceza Kanunu'nda ve 2002 Tasarısında Cinsel Suçlar*, in: Çetin Özek Armağanı, s. 609. vd., İstanbul.

- [45] **ÖZLEM, Ö.**, *Cinsel Saldırı ile Cinsel Taciz Suçu Arasındaki İnce Çizgi* (http://www.hukukcu.com/modules/newbbex/viewtopic.php?topic_id=4206&forum=4).
- [46] **PARLAR, A., HATİPOĞLU, M.** (2007), *Türk Ceza Kanunu Yorumu*, Ankara.
- [47] **POLAT, O.** (2006), *Klinik Adli Tıp - Adli Tıp Uygulamaları*, Ankara.
- [48] **SEVÜK, H. Y.** (2005), *5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Saldırı ve Cinsel Taciz Suçları*, TBBD, Sayı: 57, s. 243-282.
- [49] **SOYASLAN, D.** (2006), *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Yetkin Yayınları, 6. Baskı, Ankara.
- [50] **SÖZEN, Ş.**, *Cinsel Suçlar ve Adli Tıbbi Muayene* (www.itf.istanbul.edu.tr/adlitip/slaytlar/15.ppt).
- [51] **ŞEN, E.** (2006), *Yeni TCK'nın Yorumu*, Cilt I, Vedat Kitapçılık, İstanbul.
- [52] **TAŞKIN, O. E.** (2008), *Koruma Tedbiri Olmaksızın Gerçekleşen Cinsel İlişki Yoluyla, HIV Virüsünün Bulaştırılmasında Manevi Unsurun Belirlenmesi Sorunu*, TBBD, Sayı: 79, s. 61-72.
- [53] **TEZCAN, D., ERDEM, M. R., ÖNOK, M.** (2008), *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, Seçkin Yayınevi, 6. Baskı, Ankara.
- [54] **TOROSLU, N.** (2005), *Ceza Hukuku Genel Kısım*, Savaş Yayınevi, Ankara.
- [55] **TOROSLU, N.** (2005), *Ceza Hukuku Türleri*, Hukuk ve Adalet Dergisi, Sayı: 5, s. 61-65.
- [56] **Türkçe Sözlük** (1988), Türk Dil Kurumu, Ankara.

- [57] **ÜNVER, Y.** (2001), "*Özellikle Cinsel Suçlar Alanında Olmak Üzere Kadınlarla İlgili Ceza Hukuku Normlarındaki Değişim ve Türkiye'deki Durum*", Adalet Yüksek Okulu 20. Yıl Armağanı, İstanbul.
- [58] **ÜZÜLMEZ, İ.**, *Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar* (<http://savcibey55.wordpress.com/2007/04/04/cinsel-dokunulmazliga-karsi-suclar/>).
- [59] **VURALDOĞAN, K.**, *Cinsel Özgürlük Üzerine*, Ankara Üniversitesi, Kamu Hukuku Doktora Programı, Felsefe Dersi Ödevi (<http://www.inisiyatif.net/document/72.pdf>).
- [60] **YARSUVAT, D.** (1964), "*Mukayeseli Hukukta Cinsi Suçlar ve Müeyyideleri*", İHFM 1964, C. XXX, İstanbul.
- [61] **YARSUVAT, D.** (1977), *Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, TCK'nın 50 Yılı ve Geleceği, İstanbul.
- [62] **YENİDÜNYA, A. C.** (2005), *5237 Sayılı, Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar*, Legal Hukuk Dergisi, Yıl: 3, Sayı: 33, Eylül 2005, s. 3284 vd.
- [63] **YÜCEL, M. T.**, *Cinsel Suçlar*, (<http://www.kriminoloji.com/cinsel%20suclar.htm>).
- [64] **YÜKSEL, Ş.**, *Kadına Yönelik Şiddet / Evdeki Terör - Mor Çatı* (<http://www.amargi.org.tr/?q=node/159>).
- [65] http://haber.vatanim.com.tr/haberdetay.asp?detay=Tecavuzcu_magdurun_kemigiyle_kurtuluyor_208597_1&Newsid=208597&Categoryid=1.
- [66] http://haber61.net/news_detail.php?id=9098&uniq_id=1234604361.
- [67] http://hakkar.blogcu.com/kadin-haklari-ile-ilgili-son-5-yilda-yapilan-duzenlemeler_2103901.html.
- [68] <http://tr.wikipedia.org>.

- [69] <http://www.adaletinsesi.com/forum/index.php?topic=1039.0>.
- [70] <http://www.adlitip.org/?p=128>.
- [71] http://www.adlitip.org/yazilar/turkce/konular/adli_tip/cinsel_suclar.htm.
- [72] http://www.amnesty.org.tr/yeni/index.php?view=article&catid=70&id=211&option=com_content.
- [73] <http://www.anasinifi.com/cinsel2.htm>.
- [74] http://www.ankahukuk.com/index.php?option=com_content&view=article&id=340:cinsel-saldr-sucu&catid=62:cinsel-dokunulmazla-kar-suclar&Itemid=105.
- [75] http://www.ankahukuk.com/index.php?option=com_content&view=article&id=341:cocuklarn-cinsel-stismar-sucu&catid=62:cinsel-dokunulmazla-kar-suclar&Itemid=105.
- [76] <http://www.bilgiform.net/forum/showthread.php?t=2481>.
- [77] http://www.birgenclikhikayesi.com/main/index.php?page_id=138§ion_id=160&post_id=2379.
- [78] <http://www.caginpolsi.com.tr/40/7-8-9.htm>.
- [79] <http://www.cumhuriyet.com.tr/?im=yhs&hn=644>.
- [80] <http://www.hukukiforum.com/read.php?5,483,725>.
- [81] <http://www.itf.istanbul.edu.tr/adlitip/seminerler/2.ppt#16>.
- [82] <http://www.kadinlaricin.net/yasam/cinsel-saldiri.htm>.

- [83] http://www.met.police.uk/sapphire/docs/malevictimssofarsexualassault_turkish.doc.
- [84] <http://www.milliyet.com.tr/default.aspx?aType=SonDakika&ArticleID=974203>.
- [85] <http://www.pdrciyiz.biz/cinsellik-turk-hukuku-t7424.html>.
- [86] <http://www.psikonet.com/konu.asp?kid=125>.
- [87] <http://www.radikal.com.tr/Radikal.aspx?aType=RadikalDetay&ArticleID=1025182&Date=24.10.2010&CategoryID=77>
- [88] <http://www.resmi-gazete.org/tarih/20090602-8.htm>
- [89] http://www.tevhidhaber.com/news_detail.php?id=38926.
- [90] <http://www.turkhukuksitesi.com/showthread.php?t=2424>.
- [91] http://www.yeniasya.de/bizimaile/?page=article_view&article_id=437.
- [92] <http://www.resmi-gazete.org/tarih/20090602-8.htm>
- [93] www.queercy.org/hokicezayasaonerisi.doc.

EK

ÖZGEÇMİŞ

KİŞİSEL BİLGİLER

Soyadı, Adı : GÜL, Kürşad
Uyruğu : Türkiye (T.C. 27776478604)
Doğum Tarihi ve Yeri : 02.04.1980
Medeni Hali : Bekar
Telefon : 0-532-3355076
Email : kursadgul@gmail.com

EĞİTİM

Derece	Enstitü	Mezuniyet Yılı
Yüksek Lisans	Çankaya Üniversitesi, Kamu Hukuku, Ankara	2010
Lisans	Çankaya Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ankara	2004
Lise	Ted Koleji, Zonguldak	1998

İŞ DENEYİMLERİ

Yıl	Yer	Konumu
2005 – Şimdi	Av. Lütfi PEKER - Av. Emine PEKER - Av. Nazire DENİZCİ Hukuk Bürosu, Zonguldak	Avukat
2004 – 2005	Ankara Barosu – Zonguldak Barosu	Stajyer Avukat

YABANCI DİLLER

İngilizce (Orta Seviye),

HOBİLER

Sinem, Tiyatro, Müzik, Kitap, Spor, Seyahat, İnternet.