

T.C.
ÇANKAYA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUK ANABİLİM DALI

YÜKSEK LİSANS TEZİ

TÜRK CEZA KANUNUNDA CİNSEL SALDIRI SUÇU

HÜSEYİN DENİZ

OCAK 2016

Tez Başlığı: Türk Ceza Kanununda Cinsel Saldırı Suçu

Tezi Hazırlayan: Hüseyin Deniz

Sosyal Bilimler Enstitüsü Onayı



Prof.Dr. Mehmet YAZICI

Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürü

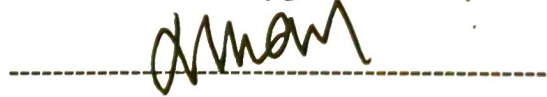
Bu tezin yüksek lisans derecesi elde etmek için gerekli koşulları sağladığımı onaylarım.



Prof.Dr. Mehmet TURHAN

Kamu Hukuk Ana Bilim Dalı Başkanı

Bu tez, tarafımdan incelenmiş olup yüksek lisan tezi olarak uygun bulunmuştur.



Yrd.Doc.Dr Elvan KEÇELİOĞLU

Tez Jüri Tarihi: 21.01.2016

Tez Jüri Üyeleri:

Prof.Dr. Doğan SOYASLAN (Çankaya Üniversitesi)

Yrd.Doc.Dr. Erdal YERDELEN (Yıldırım Beyazıt Üniversitesi)

Yrd.Doc.Dr. Elvan KEÇELİOĞLU (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, tez çalışmamda bana ait olmayan tüm veri, düşünce ve sonuçları bilimsel etik kurallar gözeterek ifade ettiğimi ve kaynağını gösterdiğimi ayrıca beyan ederim.

Adı, Soyadı: Hüseyin Deniz

İmza: 

Tarih: 17.02.2016

ÖZET

CİNSEL SALDIRI SUÇU

DENİZ, Hüseyin

Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı

Tez Danışman: Yrd.Doç.Dr. Elvan KEÇELİOĞLU

Ocak 2016, 122 Sayfa

Yasa koyucu cinsel saldırı suçunu 5237 sayılı TCK kişilere karşı suçlar kısmının, cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar bölümünde düzenlemiştir. Cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar dört madde altında toplanmıştır. 5237 sayılı yasanın; 102. maddesi cinsel saldırı suçunu, 103. maddesi cinsel istismar suçunu, 104. maddesi reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu, 105. maddesi cinsel taciz suçunu düzenlemiştir.

5237 sayılı TCK'nın 102. maddesinde yer alan cinsel saldırı suçu 18.06.2014 tarihinde 6545 sayılı yasa ile yeniden düzenlenerek madde metninde bir takım değişiklikler yapılmıştır. 6545 sayılı yasa öncesi 102. maddenin 1. fıkrasında; “bir kimsenin cinsel amaçlarla vücut dokunulmazlığının ihlal edilmesi halinde mağdurun şikayeti üzerine cezalandırılır” demek suretiyle basit hali düzenlenmişti. 2. fıkrasında; bu suçun organ veya sair cisim sokmak şeklinde işlenmesi halindeki nitelikli hali düzenlenmişti. Ayrıca ikinci fıkrada bu suçun eşler arasında işlenmesi durumunda soruşturulması ve kovuşturulması şikayet koşuluna bağlanmıştı. Aynı yasanın 3. Fıkrasında ağırlaştırıcı haller düzenlenmiştir. Bu haller; beden veya ruh bakımından kendini savunamayacak kişiye karşı işlenmesi, kamu görevinin ve hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuzun kötüye kullanmak suretiyle işlenmesi, 3. derece dahil kan veya kayın hısımlığı ilişkisi bulunan kişiye karşı işlenmesi, son olarak da silahla veya birden fazla kişi ile birlikte işlenmesidir. 4. fıkrasında mağdura karşı kullanılan cebir direncinin kırılmasının ötesinde ise failin ayrıca kasten yaralamadan sorumlu olacağı düzenlenmişti. 5. fıkrasında mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması ve 6.

Fıkırada da mağdurun bitkisel hayata girmesi veya ölmesi Şeklinde netice sebebiyle ağırlaşmış halleri düzenlemiŐti.

6545 sayılı yasa ile 102. maddede bir takım değişiklikler yapılmıştır. Bu deđiŐikler Şunlardır; 765 sayılı yasa döneminde sarkıntılık suçu sözlü ve vücut dokunulmazlığının ihlali Şeklinde iŐlenebiliyordu. 5237 sayılı Yasanın 102. maddesinin ilk halinde vücut dokunulmazlığının ihlali Şeklinde gerđeekleŐen sarkıntılık suçuna yer verilmemiştir. Yeni Türk Ceza Kanunu sözlü sarkıntılığa cinsel taciz suçu adı altında yeniden yer vermiştir. 6545 sayılı yasa ile vücut dokunulmazlığının ihlali Şeklinde gerđeekleŐen sarkıntılık suçu 102. maddeye eklenmek suretiyle yeniden düzenlenmiştir. 3. Fıkırada yer alan nitelikli hallere; vesayet ilişkisinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanmak suretiyle işlenmesi, üvey baba, üvey ana, üvey kardeş, evlat edinen veya evlatlık tarafından işlenmesi ve insanların toplu olarak bir arada yaşama zorunluluğunda bulunduğu ortamların sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle işlenmesi halleri gibi yeni nitelikli haller eklenmiştir. 4. fıkıra; cinsel saldırı için baŐvurulan cebir ve Şiddetin kasten yaralamanın ağır neticelerine neden olması halinde fail ayrıca kasten yaralamadan sorumlu olur Şeklinde yeniden düzenlenmiştir. 5. fıkırada yer alan beden veya ruh sağlığının bozulması Şeklindeki netice sebebiyle ağırlaşmış haller yasa metninden çıkarılmıştır.

Anahtar Kelime:Türk Ceza Kanunu, Cinsel Saldırı Suçu, Basit Cinsel Saldırı, Nitelikli Cinsel Saldırı, Fail, Mağdur

ABSTRACT

CRIMES OF SEXUAL ATTACK

DENİZ, Hüseyin

Graduate School of Social Sciences

Department of Public Law

Supervisor : Ass. Prof. Dr. Elvan KEÇELİOĞLU

January 2016, 122 pages

The legislator regulated sexual assault crime at the part of “Crimes against individuals” in criminal code of 5237. Crimes against sexual immunity are grouped at four partions. Sexual assault crime is regulated in the Turkish criminal code of 5237 (Art.102). Sexual abuse crime is regulated in the Turkish criminal code of 5237 (Art.103). Sexual relation crime with the infant is regulated in the Turkish criminal code of 5237 (Art. 104), sexual harrasment crime is regulated in the Turkish criminal code of 5237 (Art.105).

The sexual assault crime which is regulated in article 102 at the criminal code of 5237 was reconstituted at 18.06.2014 at the code of 6545. The sexual assault crime's simple status was regulated such as “when a person violates one's physical integrity with sexual intendment he/she will be punished by the victim's claims. At article 102/2 the sexual assault crime's qualified status was regulated as committing by inserting organ or object. And at article 2 sexual assault crime against couples was regulated and and this crime's investigation and prosecution

was presupposed the victim's claim. Article 3 regulated aggravating circumstances of the sexual crime, such as committing this crime with the abuse of the influence of civil service or labour contract, committing this crime including the 3rd degree of cognates or relatives, committing this crime by a weapon or committing this crime with more than one person. Article 4 regulated that “also appearing force and violence causes serious consequences of willful injury the suspect will be punished committing willful injury crime too. Loss of the victim's body or soul health was regulated at article 5, falling into a vegetative state by the victim or victim's death was regulated at article 6.

Article 102 was changed by the code of 6545. Molesting crime being committed by oral violation or by violation of inviolability at the period of code 765. At first code of 5237 Article 102 was not including molesting crime which was done by violation of inviolability.

New Turkish Criminal Code includes oral molesting crime which is named sexual harassment. Molesting crime which is done by violation of inviolability is rearranged at Article 102 at the code of 6545. Committing this crime with the abuse of tutelage, committing this crime by adopted father, adopted mother, adopted brother/sister, by adoptive parent or by adopted child, committing this crime by taking advantage of the convenience of providing the environment which people have the obligation to live all together are added article 3. article 4 regulates that also appealing force and violence causes serious consequences of willful injury, the suspect will be punished committing willful injury crime too. Impairment of body or mental health which was regulated at article 5 was ejected.

Key words :

Turkish Criminal Code, Sexual assault, simple sexual assault, qualified sexual assault, criminal, victim.

TEŐEKKÖR

Tez çalıŐmalarım süresince değerli yardım ve katkılarıyla beni bilgilendiren ve yönlendiren tez danışmanım Yrd.Doc.Dr. Elvan KEÇELİOğLU'na, yine kıymetli deneyim ve bilgi birikiminden yararlandığım hocalarım Prof.Dr. Doğan SOYASLAN ve Yrd.Doc.Dr. Erdal YERDELEN'e ve tez çalıŐmalarım esnasında benden yardım ve desteklerini esirgemeyen değerli arkadaşlarım GüneŐ TOPAL, Orhan ÖZDEMİR ve Yücel KIRIM'a teŐekkürü bir borç bilirim.

İÇİNDEKİLER

İNTİHAL BULUNMADIĞINA İLİŞKİN SAYFA.....	iii
ÖZET.....	iv
ABSTRACT.....	vi
TEŞEKKÜR.....	viii
İÇİNDEKİLER.....	ix
KISALTMALAR.....	xii
I. GİRİŞ.....	1
II. CİNSEL SALDIRI SUÇUNUN TARİHSEL GELİŞİMİ.....	3
III. CİNSEL SALDIRI SUÇU.....	5
A. Genel Olarak.....	5
B. 765 Sayılı TCK ile Karşılaştırma.....	9
C. BASİT CİNSEL SALDIRI SUÇU.....	12
1. BASİT CİNSEL SALDIRI SUÇUNUN MADDİ UNSURLARI.....	16
a. Fail.....	17
b. Mağdur.....	18
c. Fiil.....	21
2. BASİT CİNSEL SALDIRI SUÇUNUN MANEVİ UNSURU.....	25
3. BASİT CİNSEL SALDIRI SUÇUNUN HUKUKA AYKIRILIK UNSURU.....	27
D. SARKINTILIK SUÇU.....	29
1. SARKINTILIK SUÇUNUN MADDİ UNSURLARI.....	30
a. Fail.....	30
b. Mağdur.....	30
c. Fiil.....	31
2. SARKINTILIK SUÇUNUN MANEVİ UNSURU.....	31

3. SARKINTILIK SUÇUNUN HUKUKA AYKIRILIK UNSURU	31
E. NİTELİKLİ CİNSEL SALDIRI SUÇU	31
1. NİTELİKLİ CİNSEL SALDIRI SUÇUNUN MADDİ UNSURLARI.....	34
a. Fail.....	34
b. Mağdur.....	35
c. Fiil.....	36
2. NİTELİKLİ CİNSEL SALDIRI SUÇUNUN MANEVİ UNSURU.....	36
3. NİTELİKLİ CİNSEL SALDIRI SUÇUNUN HUKUKA AYKIRILIK UNSURU.....	37
F. EŞE KARŞI İŞLENEN CİNSEL SALDIRI SUÇU.....	37
G. DAHA AĞIR CEZAYI GEREKTİREN NİTELİKLİ HALLER	40
1. Suçun Beden veya Ruh Bakımından Kendisini Savunamayacak Durumda Bulunan Kişiye Karşı İşlenmesi.....	41
2. Kamu Görevinin, Vesayet veya Hizmet İlişkisinin Sağladığı Nüfuz Kötüye Kullanılmak Suretiyle Suçun İşlenmesi.....	43
3. Silâhla veya Birden Fazla Kişi Tarafından Birlikte İşlenmesi.....	47
a. Suçun Silahla İşlenmesi.....	47
b. Suçun Birden Fazla Kişi ile İşlenmesi.....	49
4. Üçüncü Derece Dâhil Kan veya Kayın Hısımlığı İlişkisi İçinde Bulunan Bir Kişiye Karşı ya da Üvey Baba, Üvey Ana, Üvey Kardeş, Evlat Edinen veya Evlatlık Tarafından Suçun İşlenmesi.....	54
5. İnsanların Toplu Olarak Bir Arada Yaşamak Zorunluluğunda Bulunduğu Ortamların Sağladığı Kolaylıktan Faydalanmak Suretiyle İşlenmesi.....	57

H. NETİCESİ SEBEBİYLE AĞIRLAŞAN CİNSEL SALDIRI SUÇLARI.....	58
1. Cinsel saldırı için başvuru alan cebir ve şiddetin kasten yaralama suçunun ağır neticelerine neden olması (Mağdurun Direncinin Kırılmasını Sağlayacak Ölçünün Ötesinde Cebir Kullanılması).....	60
2. Mağdurun Beden veya Ruh Sağlığının Bozulması.....	64
3. Mağdurun Bitkisel Hayata Girmesi veya Ölmesi.....	74
İ. CİNSEL SALDIRI SUÇLARININ ÖZEL GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİ.....	77
1. Teşebbüs.....	77
2. Gönüllü Vazgeçme.....	80
3. İştirak.....	83
4. İçtima.....	87
J. CİNSEL SALDIRI SUÇU VE BENZER SUÇLAR AYRIMI.....	91
1. Cinsel Saldırı Suçu – Çocukların Cinsel İstismarı Suçu.....	91
2. Cinsel Saldırı Suçu – Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu.....	97
3. Cinsel Saldırı Suçu – Cinsel Taciz Suçu.....	100
K. KOVUŞTURMA.....	104
L. GÖREVLİ MAHKEME.....	105
M. SUÇUN YAPTIRIMI.....	106
IV. SONUÇ.....	107
V. KAYNAKÇA.....	111
VI. EKLER	
EK 1: ÖZ GEÇMİŞ.....	116

KISALTMALAR

AÜHF	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Ay	: Anayasa
AYM	: Anayasa Mahkemesi
C	: Cilt
CD	: Ceza Dairesi
CGK	: Ceza Genel Kurulu
CK	: Ceza Kanunu
CMUK	: Ceza Muhakemesi Usul Kanunu
CMK	: Ceza Muhakemesi Kanunu
E	: Esasa
ETCK	: Eski Türk Ceza Kanunu
f	: Fıkra
İÜHF	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K	: Karar
m.	: Madde
S.	: Sayı
TBBD	: Türkiye Barolar Birliği Dergisi
T.C.	: Türkiye Cumhuriyeti
TCK	: Türk Ceza Kanunu
TMK	: Türk Medeni Kanunu
Y.	: Yıl
YCGK	: Yargıtay Ceza Genel Kurulu
YHGK	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
YKD	: Yargıtay Kararlar Dergisi
YTCK	: Yeni Türk Ceza Kanunu

I. GİRİŞ

İnsanlar beşeri varlık oldukları için bir takım ihtiyaçları bulunmaktadır. Bunlar yemek yemek, su içmek, cinsellik gibi maddi ihtiyaçlar ve aşk, sevgi gibi manevi ihtiyaçlardır. İnsanlar bu ihtiyaçlarını kimi zaman tek başına giderebilirken kimi zaman ise ihtiyaçlarını tek başına giderememektedir. Tek başına giderilemeyen ihtiyaçlar insanları bir arada yaşamaya zorlamıştır. Bu sebeple insanlar toplu olarak yaşamaktadırlar.

İnsanlar toplumsal varlık oldukları için bir arada yaşamaktadırlar. İnsanların bir arada yaşamasının sonucu çeşitli etkileşim içinde bulunmaktadırlar. Bu da bazı sorunları beraberinde getirmektedir. Bu sorunlardan en önemlisi kişilerin davranışlarının ve haklarının sınırının ne olacağıdır. Kişilerin özgürlüğünün sınırı toplum içerisindeki diğer kişilerin özgürlüklerini ihlal etmediği kadardır. Kişilerin özgürlüklerini korumak için toplumlarda belirli kurallar ve bu kurallara uymamanın çeşitli yaptırımları bulunmalıdır. Bu yaptırımlar da belirli kurallara bağlanmalıdır. Toplum içerisinde kuralların ve yaptırımların bulunmaması, kişilerin özgürce hareket etmesi, kargaşaya neden olacaktır. Böyle bir toplumda güçsüzlerin hukuken korunması söz konusu olmayacaktır. Bu da adaletsizliğe yol açacaktır. Bu adaletsizliği gidermek için toplumlar kendi hukuk kurallarını koyup, bu kurallara uymamayı da çeşitli yaptırımlara bağlamıştır.

Ülkemizde hukuk kuralları ile kişinin maddi ve manevi bütünlüğü koruma altına almıştır. Yasa koyucu kişinin vücut bütünlüğünün yanında cinsel özgürlüğünü de koruma altına almıştır. Yasa koyucu cinsel saldırı suçunu kişilere karşı suçlar kısmında düzenlemiştir. Böylece yasa koyucu cinsel dokunulmazlığı kişinin bireysel özgürlüğü olarak kabul etmiştir. Cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar toplumun huzuru ve düzeni için önem arz eden suçlardır. Cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar toplumun huzuru ve düzenini sağlamanın yanında bireyin cinsel dokunulmazlığını korumayı amaçlamaktadır. Bu hususlar bakımından cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar önem arz etmektedir.

5237 sayılı yasa cinsel dokunulmazlığa karşı suçları dört madde altında düzenlemiştir. 5237 sayılı yasanın 102. maddesinde cinsel saldırı suçu, 103. maddesinde cinsel istismar suçu, 104. maddesinde reşit olmayan ile cinsel ilişki suçu ve 105. maddede cinsel taciz suçu yer almaktadır. Bizim tez konumuz olan cinsel saldırı suçu TCK'nın 102. maddesinde düzenlenmiştir.

Cinsel saldırı suçunu düzenleyen TCK'nın 102. maddesi 18.06.2014 tarih ve 6545 sayılı yasa ile değişikliğe uğramış ve bu kapsamda 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda yer alan ancak 5237 sayılı yasanın ilk halinde yer almayan vücut dokunulmazlığının ihlali şeklinde gerçekleşen sarkıntılık suçu tekrar düzenlenmiştir. Yine 6545 sayılı yasa ile mağdurun beden ruh sağlığının bozulması yasa metninden çıkartılmış, insanların toplu yaşamak zorunda bulunduğu yerde işlenmesi gibi ağırlaştırıcı haller eklenmiştir.

Tez çalışmamızda ilk olarak ana hatları ile basit cinsel saldırı suçunun tanımını, basit cinsel saldırı suçunun maddi, manevi ve hukuka aykırılık unsurunu açıklamaya çalıştık. Takiben nitelikli cinsel saldırı suçunu genel hatları ile tanımladıktan sonra nitelikli cinsel saldırı suçunun maddi, manevi ve hukuka aykırılık unsurunu anlatmaya çalıştık. Daha sonraki bölümlerde cinsel saldırı suçunun ağırlaştırıcı halleri ve netice sebebiyle ağırlaşan haller işlenmiştir. İlerleyen bölümde suçun özel görünüş biçimlerini açıklamaya çalıştık. Son olarak da cinsel saldırı suçu ile benzer suçlar arasındaki farklar birlikte cinsel saldırı suçunun muhakeme evresi ile ilgili bilgilere yer verilmiştir. 6545 yasa ile getirilen yeni düzenleme her başlık altında değinilmek suretiyle tezimize işlenmiştir. Sonuç bölümü ile tez çalışmamız sona ermiştir.

II. CİNSEL SALDIRI SUÇUNUN TARİHSEL GELİŞİMİ

Toplumsal bir varlık olan insanın hayatını idame edebilmek için bir takım ihtiyaçları bulunmaktadır. Fromm; tutkularından ve arzularından arındırılmış insanın yaşayamayacağını söylemektedir.¹ Cinsellik insanın giderme ihtiyacı duyduğu fizyolojik gereksinimlerindedir.

Cinsellik, duygusal ve bedensel katılım ile gerçekleşen, cinsel etkinliğe katılan bireylerin birbirlerine duydukları ilginin sonucunda paylaştıkları bir yaşantıdır. Cinselliğin amacı, doyuma ulaşmak, çocuk sahibi olmak ya da birbirlerini seven iki insanın duygularını ve sevgilerini iletmeleridir.²

Cinsellik ile ilgili ilk terimi eski yunanlılarda görmekteyiz. Eski yunanlılar cinsellik ve aşkı “Eros” kelimesi ile tabir etmekteydiler.³ Cinselliğin temelinde çoğalma ve üreme vardır. Bu çoğalma ve üreme doğadaki tüm canlılar için geçerlidir. Ancak insanlar diğer canlılardan farklı olarak söz konusu çoğalmasını, kendi toplumsallığında ürettiği kültürel ilke ya da kurallara uygun olarak yapar.⁴ İnsanların varoluşundan beri mevcut olan cinsellik, tarihin her aşamasında belirli toplumsal kurallar ile düzenlenmiştir.

Eski çağlarda kadın toplumun bir bireyi olarak kabul edilmiyordu. Eski çağlarda kadınlar baba veya kocanın malı olarak görülmekteydi. Bu sebeple tecavüz olgusu ile mülkiyet olgusu iç içe geçmişti. Toplumsal kurallar da bu çerçevede düzenlenmekteydi.⁵ Eski yunanlılarda kadına yapılan tecavüz kocanın veya babanın malına karşı işlenen bir suç olarak kabul edilmekteydi.⁶ Bu sebeple

¹ Kılıç, Abbas; Cinsel Hakimiyet ve Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Saldırı Suçu, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Eylül – Ekim, Sayı: 78, 2008, s.171

² http://www.odtugvo.k12.tr/media/49723/cinsel_e_itim.pdf

³ Veysal, Çetin; Sevgi ve Aşkın Diyalektiği, Felsefe ve Sosyal Bilimler Dergisi, Cinsellik, S.9, 2010, s.52

⁴ Veysal, Çetin; s.52

⁵ Korkusuz, Gülşah; Cinsel Saldırı Suçu, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. LXXI, S. 1, s.815

⁶ Korkusuz, Gülşah; s.815

eski yunanlılarda tecavüz anlamına gelen herhangi bir kelimeye rastlanılmamaktadır.⁷

Roma hukukunda VIII. Yüzyıla kadar cinsel özgürlüğe yönelik suçlardan dolayı cezalandırma yetkisi aile babası veya censoslara aitti. Daha sonraları ise ahlaka karşı eylemleri cezalandıran “lex julia de adulteris” yürürlüğe girmiş ve bu kanun ile zina, çok evlilik ve ensest eylemleri suç olarak kabul edilmiştir. İmparatorluk hukukunda ise kadınlara karşı yapılan iffetsiz hareketler cezalandırılmış, ırza geçme ise niteliği itibari ile özgürlüğe karşı bir suç olarak kabul edilmiştir. Roma hukukunun son dönemlerinde vesayet altına bırakılanların tecavüz etmeleri de cezalandırılmaktaydı.⁸ Roma hukukunda Cumhuriyet döneminde, ırza geçme suçu (*struptionem violentum*) bir kadının rızası dışında kaçırılması suçu gibi algılanıp cinsel suç olarak değil de daha çok şiddet suçu (*vis*) olarak sayılmıştır. Bu nedenle mağdurenin özgür ya da köle olduğuna bakılmaksızın, “Lex Julia de vi Publica” hükümlerine göre suçlu ölüm cezasına çarptırılırdı. Kadının rızası olmadığı için zina suçu oluşmuş sayılmayacağından, erkek suçlu olarak görülmüştür. Iustinianus zamanında, evli kadına tecavüzle ilgili olarak, faile savunma hakkı tanınmaksızın ölüm cezası verilmiştir. Yine İmparatorluk döneminde, bu tür fiileri işleyenlerin mamelekinin 1/3 ü de ayrıca müsadere edilmekteydi.⁹

Ortaçağ Avrupa’sında da kadın erkeğin malı olarak görülmekteydi. Bu dönemlerde cinsel özgürlüğe karşı suçlarda dinin etkisini görmekteyiz. Suç ile günah arasında kesin bir sınırın çizilmemiş olduğu ortaçağda, genel ahlaki korumak amacıyla cinsel ilişkiye dair yasaklamaların bulunduğu görülür.¹⁰ Bu dönemde suç ile günah arasındaki sınır kesin olarak çizilmediğinden, bu iki kavram iç içe kabul edilmekteydi.¹¹ Ortaçağ Avrupa’sında ırza geçme, adam

⁷ Korkusuz, Gülşah; s.815

⁸ Sevük; Handan Yokuş; 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Saldırı Ve Cinsel Taciz Suçları, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Mart – Nisan, Sayı: 57, 2005, s. 244

⁹ Konan, Belkis; Osmanlıda Tecavüz Suçu, Ankara Üniversitesi Osmanlı Tarihi Araştırma ve Uygulama Merkezi Dergisi, s. 29, 2011, s.151

¹⁰ Korkusuz, Gülşah; s.815

¹¹ Sevük; Handan Yokuş; s.245

öldürme, vatana ihanet suçları ile aynı seviyede görülmüş ve ölüm cezası ile cezalandırılmıştır. Cermen Hukuku'nda, ırza geçme suçunda faile ceza verilebilmesi için kadının namuslu olması şartı aranmıştır. Bir diğer ifadeyle hayat kadınlarına tecavüz etmek cezasız bırakılırken ancak namuslu kadına tecavüz ölümle cezalandırılmıştır. Eski Fransız Hukuku ırza geçme suçlarında mağdurun yaşını da dikkate alarak ölüme kadar varan farklı cezalar öngörmüştür.¹²

İslam Hukuku'nda cinsel suçlar ayrı bir suç olarak düzenlenmemiş, hepsi zina suçu içinde düzenlenmiştir. İslam Hukuku'nda basit zina celde (kırbaç vurmak), nitelikli ise recm (taşlanmak şeklinde idam etmek), enest ilişki ise idam cezası ile cezalandırılmıştır. İslam Hukuku'nda kadına karşı zor kullanılarak tecavüz edilmesi halinde kadın zina suçundan sorumlu tutulmuyordu. İslam Hukuku'nda küçük çocuklar ve akıl hastaları zina suçundan sorumlu tutulmuyordu.¹³

Osmanlı Hukuku'nda ırza geçme suçu ilk olarak 1858 yılında çıkarılan Cezai Kanunname-i Hümayunu'nda düzenlenmiştir. Bu Kanundan önce, İslam Hukuku'ndaki zina suçunun kapsamında değerlendirilen tecavüz suçlarına, padişah kanunnameleri ile bazen İslam Hukuku dışında da müeyyideler uygulanmıştır. Mühimme defterleri ve şeriye sicillerinde yer alan davaların bazılarında tecavüz suçunu işleyen faile ölüm cezası verilirken, bazı durumlarda, mağdure ile evlendirildiği veya tazminat yoluna gidildiği ya da küreğe koyma cezası verildiği görülmektedir.¹⁴

III. CİNSEL SALDIRI SUÇU

A. Genel Olarak

Cinsellik beşeri bir varlık olan insanın yaratılışından beri hayatında önemli bir yer tutmaktadır. İlk çağdan günümüze kadar hemen hemen bütün toplumlar cinsel hayatı bir takım ilke ve kurallarla düzenlemiştir. Cinsellik eski dönemlerde erkeğin hakkı olarak görünmekteydi. Eski dönemlerde kadın erkeğin malı olarak

¹² Konan, Belkıs, s. 151

¹³ Sevik; Handan Yokuş; s.245

¹⁴ Konan, Belkıs, s. 168

görüldüğünden cinsel yaşam da erkeğin isteklerine göre şekil almaktaydı.¹⁵ Bu durum eski dönemlerdeki yasalara da yansımaktaydı. Daha sonraki dönemlerde ise gittikçe kadın lehine düzenlemeler yapılmıştır. Beşeri cinsellik ilk kez aydınlanma çağında, üstün bir değer olarak algılanmış, kadın ve erkeğin, kanun önünde eşit olduğu kabul edilmiştir. Ancak kadın ve erkeğin kanun önünde eşitlik hususu hala istenilen düzeye ulaşmamıştır.¹⁶

Anayasa cinselliği koruma altına almıştır. Anayasa, beşeri cinselliğin bir tezahürü olan aileyi, kadın-erkek eşitliğine dayalı olarak Türk Toplumunu'nun temeli saymıştır. Anayasa, 17. maddesinde, kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkının olduğunu ilan etmiştir. Söz konusu bu hak, kişinin güvenlik içinde (Ay.m.19,20,56), kimseye zarar vermeden tabi cinselliğini kullanma hakkını da içermektedir.¹⁷ Ayrıca Medeni Kanun 23 ve 24. maddesinde bireylerin genel ahlaka aykırı olmamak üzere cinsel tercihte bulunma, cinselliği yaşama gibi temel hakları tanımıştır.¹⁸ Medeni kanun 185. maddesinde evlenme kurumu ile de eşlere cinsel ilişkide bulunmayı isteme ve hakkın kötüye kullanılması olmamak kaydıyla bilfiil cinsel ilişkide bulunma hakkı da vermektedir.¹⁹

Günümüzde yasalar, insanlara cinsellik hususunda bir takım haklar tanımaktadır. Bu hakları kullanırken dikkat edilmesi gereken en önemli husus rızadır. Günümüz yasaları rızaya dayalı cinselliği korumaktadır. Yani cinsel ilişkide her iki partnerin de hukuka uygun bir rızasının bulunması gerekmektedir. Rızaya dayalı olmayan veya rızaya aykırı olarak gerçekleşen cinsel ilişkinin tecavüz veya cinsel saldırı olarak adlandırılan suç tipi filini oluşturduğu hukuk

¹⁵ Malkoç, İsmail; Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar, Malkoç Yayınevi, Ankara, 2009, s.2

¹⁶ Hafizoğlu, Zeki; Özen Muharrem; Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar, U.S.A Yayıncılık, Ankara, 2010, s.143

¹⁷ Hafizoğlu, Zeki; Özen Muharrem; s.144

¹⁸ Hafizoğlu, Zeki; Özen Muharrem; s.144

¹⁹ Hafizoğlu, Zeki; Özen Muharrem; s.144

sistemlerinde kabul edilmektedir. Ancak bu suçun oluşabilmesi için cinsel ilişkinin rızaya dayalı olmadığı, zor kullanma ile sağlandığı gibi ek koşullar aranmaktadır.²⁰ Cinsel saldırının gerçekleşebilmesi için rızaya aykırılığın yanında eylemin cinsel davranışlarla işlenmesi gerekmektedir. Kişilerin genel olarak cinsel arzularını tatmin etmeye yönelik her türlü hareketine cinsel davranış denilmektedir.²¹

Cinsel saldırı suçu, failin, mağdurun vücudu üzerinde cinsel arzularını tatmin etmek amacıyla ve mağdurun rızası dışında cinsel dokunulmazlığını ihlal etmesidir. Burada failin cinsel arzularını tatmin etmesi gerekmekte olup, vücut dokunulmazlığının ihlal edilmesi yeterlidir. Türk Ceza Kanunu kişinin vücut bütünlüğünü koruma altına almıştır. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'ndan farklı olarak cinsel dokunulmazlığa karşı suçları, kişilere karşı suçlar kısmında düzenlemiştir. 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda ise Adabı Umumiye ve Nizamı Aile aleyhine işlenen suçlar başlığı altında düzenlenmekte idi²². Bu değişiklik ile 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu cinsel dokunulmazlığın aileden daha çok bireyin kendi özgürlüğü olduğunu benimsemiştir. 5237 sayılı TCK ile bireyin cinsel özgürlüğü korunduğundan bu suçlarda şikayet ve davaya katılma hakkı anne- baba ve kardeşlere değil, cinsel özgürlüğün sahibi olan bireylere tanınmıştır.²³

6545 sayılı yasa öncesi de cinsel saldırı suçu 102. Maddesinde düzenlenmiştir.²⁴

²⁰ Korkusuz, Gülşah; s.818

²¹ Malkoç, İsmail; s. 2

²² Gürkan, Şeref; Uğuz, Ahmet; Yeni Ceza Yasamızda Cinsel Suçlar, Adalet Dergisi, S.27, Ocak 2007, s.245

²³ Tuğrul, Ahmet Ceylan; Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar ve Enstest İlişkiler, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010, s.60

²⁴ **Madde 102** - (1) Cinsel davranışlarla bir kimsenin vücut dokunulmazlığını ihlâl eden kişi, mağdurun şikâyeti üzerine, iki yıldan yedi yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

18.06.2014'de yürürlüğe giren 6545 sayılı yasa sonrası cinsel saldırı suçu bir takım değişikliğe uğramış ve yeniden düzenlemiştir.²⁵

(2) Fiilin vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle işlenmesi durumunda, yedi yıldan oniki yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. Bu fiilin eşe karşı işlenmesi hâlinde, soruşturma ve kovuşturmanın yapılması mağdurun şikâyetine bağlıdır.

(3) Suçun;

- a) Beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı,
- b) Kamu görevinin veya hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle,
- c) Üçüncü derece dahil kan veya kayın hısımlığı ilişkisi içinde bulunan bir kişiye karşı,
- d) Silâhla veya birden fazla kişi tarafından birlikte, İşlenmesi hâlinde, yukarıdaki fıkralara göre verilen cezalar yarı oranında artırılır.

(4) Suçun işlenmesi sırasında mağdurun direncinin kırılmasını sağlayacak ölçünün ötesinde cebir kullanılması durumunda kişi ayrıca kasten yaralama suçundan dolayı cezalandırılır.

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

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

²⁵ **Madde 102- (Değişik: 18/6/2014-6545/58 md.)**

(1) Cinsel davranışlarla bir kimsenin vücut dokunulmazlığını ihlâl eden kişi, mağdurun şikâyeti üzerine, beş yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Cinsel davranışın sarkıntılık düzeyinde kalması hâlinde iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası verilir.

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

(3) Suçun;

- A) Beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı,
- b) Kamu görevinin, vesayet veya hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle,
- c) Üçüncü derece dâhil kan veya kayın hısımlığı ilişkisi içinde bulunan bir kişiye karşı ya da üvey baba, üvey ana, üvey kardeş, evlat edinen veya evlatlık tarafından,
- d) Silâhla veya birden fazla kişi tarafından birlikte,
- e) İnsanların toplu olarak bir arada yaşama zorunluluğunda bulunduğu ortamların sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle, işlenmesi hâlinde, yukarıdaki fıkralara göre verilen cezalar yarı oranında artırılır.

B. 765 sayılı TCK ile karşılaştırılma

765 sayılı Yasa 1926 yılında yürürlüğe girmiştir. 765 sayılı yasa döneminde cinsel suçlar “Adabı Umumiye ve Nizamı Aile Aleyhine Cürümler” başlığı altında “Cebren ırza geçen, küçükleri baştan çıkaran ve iffete taarruz edenler” başlıklı birinci fasılda 414 ile 428. maddeleri arasında düzenlenmiştir. 765 sayılı Yasa Döneminde düzenlenen suç tipleri ile cinsel saldırıya uğrayan kişilerin hukuksal güvenliğinden çok toplumun geleneksel ahlak anlayışının korunduğu görülmektedir.²⁶

765 sayılı Yasada “ırza geçmek, ırz ve namusa tasaddi, söz atmak, evlenme vaadi ile kızlığını bozmak” olarak düzenlenen suç tipleri 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda cinsel saldırı, çocukların cinsel istismarı, reşit olmayanla cinsel ilişki ve cinsel taciz olarak “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar” bölümünde karşılık bulmuştur.²⁷ 5237 sayılı yasada korunan hukuki değer suçların düzenlendiği bölümü de dikkate alındığımız da kişinin cinsel dokunulmazlığı ve özgürlüğüdür.

765 sayılı Yasanın 414. maddesi 15 yaşından küçük çocuğun ırzına geçilmesini düzenlemekteydi. 765 sayılı yasa 15 yaşından küçüklerin rızası olsa bile cinsel yaşamının olmayacağını kabul etmekteydi. 765 yasa ırza geçmenin cezalandırılacağını belirtmiş ancak hangi hareketlerin ırza geçme olduğunu açıklamamıştır. Yani yasada ırza geçmenin herhangi bir tanımı yapılmamıştır. Öğreti ve uygulamada ırza geçmenin birçok tanımı yapılmıştır. Yargıtay ise ırza geçmeyi “aktif failin cinsel organını diğerinin vücuduna normal veya anormal yoldan menisini boşaltacak şekilde kısmen veya tamamen ithal etmesi,

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

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

²⁶ Korkusuz, Gülşah; s. 820

²⁷ Korkusuz, Gülşah; s.820

sokmasıdır.²⁸ Meninin boşalması şart olmamakla birlikte cinsel organın kısmen veya tamamen sokulması gerekmektedir. 765 sayılı yasanın 414. Maddesindeki ırza geçmenin 5237 sayılı TCK'daki karşılığı 103. Maddedeki cinsel istismar suçunun nitelikli halidir.

765 sayılı Yasa'nın 415. maddesi 15 yaşından küçüklere karşı işlenen ırza tasaddi suçunu düzenlemekteydi. Yasa metninde ırza tasaddinin tanımına rastlamamaktayız. Cinsi münasebete varmayan ve aynı zamanda sarkıntılık suçu olarak nitelendirilmeyecek bir biçimde failin cinsi arzularını tahrik ve tatminine yönelik yapılmış olan hareketler ırza tasaddi suçunu oluşturmaktadır.²⁹ Yargıtay; bir kadın, kızın veya erkeğin, şehveti tahrik edici bir yerini tutmak, tutturmak, kucağa oturtmak, cinsel organlarına sokma niyeti olmaksızın dokundurmak, sürtüşmek, memelerini sıkmak, yanaklarını ve dudaklarını öpmek, şehvet veren diğer yerlerini sıkmak gibi hareketleri ırz ve namusa tasaddi olarak kabul etmekteydi.³⁰ Bu yasal düzenlemenin 5237 sayılı yasadaki karşılığı cinsel istismar suçunun basit halidir.

765 sayılı Yasa'nın 416. maddesi 15 yaşından büyüklere karşı işlenen ırza geçme ve ırza tasaddi suçları ile reşit olmayanla cinsel ilişki suçlarını düzenlemekteydi. Bu suçların 5237 sayılı yasadaki hallerini ise yaş faktörünü dikkate alarak iki aşamada incelemek gerekmektedir. 765 sayılı yasa yaş sınırını 15 olarak belirlerken 5237 sayılı yasa yaş sınırını 18 olarak belirlemiştir. 765 sayılı yasa döneminde 15-18 yaş arası kişilere karşı işlenen ırza geçme ve ırza tasaddi yeni yasada cinsel istismar suçunun basit ve nitelikli halini oluşturmaktadır. 765 sayılı yasa döneminde 18 yaşından büyüklere karşı işlenen ırza geçme ve ırza tasaddi suçları 102. maddede düzenlenen cinsel saldırı suçunun nitelikli ve basit halini oluşturmaktadır. 416. Maddenin 3. fıkrasında düzenlenen reşit olmayanla cinsi münasebet suçu yeni yasada 104. maddedeki Reşit olmayanla cinsel ilişki suçu olarak düzenlenmiştir.

²⁸ Malkoç, İsmail; Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler, Turhan Kitapevi, Ankara, 2001, s. 1

²⁹ Bakıcı, Sedat; Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler, Adalet Yayınevi, Ankara, 1994, s. 87

³⁰ Malkoç, İsmail; Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler, s. 72

765 sayılı Yasa döneminde 421. Maddede düzenlenen sarkıntılık suçu yeni yasa döneminde iki farklı suç olarak düzenlenmiştir. Eski yasa döneminde sarkıntılık suçunu oluşturan cinsel amaçlar ile yapılan ve vücut dokunulmazlığını ihlal etmeyen söz ve davranışlar yeni yasa döneminde 105. maddedeki cinsel taciz suçunu oluşturmaktadır. Vücut dokunulmazlığını ihlal eden davranış bulunması halinde yeni yasa döneminde mağdur 18 yaşından küçük ise cinsel istismar suçunu, 18 yaşından büyük ise cinsel saldırı suçunu oluşturacaktır. Eski yasa döneminde öğreti sarkıntılık suçunu “bir şahsa karşı onun rızasına hilafına olarak şehvet maksadıyla söz, fiil ve hareketle, edep ve iffete tecavüz teşkil edecek surette ve fakat ırza tecavüz ve tasaddi cürümlerine veya bunların teşebbüsüne varmayacak şekilde yönelen tecavüzlerdir” şeklinde tanımlamıştır.³¹

765 sayılı yasa Döneminde saydığımız suç tiplerine uygulanan ortak hükümler bulunmaktadır. Bu ortak hükümler şunlardır: 765 sayılı yasanın 417 ve 418. Maddeleri bu suç tiplerinin cezalarını ağırlaştırıcı nedenler, 438. Maddesi hafifletici sebepleri, 437. Maddesi velayet hakkının kaybedilmesi, 424. Maddesi manevi tazminatı, 434. Maddesi de mağdure ile sanıklardan birinin evlenmesi halinde dava veya cezanın tecilini düzenlemiştir.³²

Eski Yasa Dönemindeki ırza geçme suçu ile cinsel saldırı veya cinsel istismar suçunun nitelikli hali arasında bir takım farklılıklar bulunmaktadır. Irza geçme suçu ancak cinsel organ ile gerçekleştirilebilir. Parmak veya alet ile ırza geçme suçu gerçekleştirilemez. Cinsel saldırı suçunun nitelikli halinde ise mağdurun anal, oral, vajinal yoldan herhangi bir cisim sokulması yeterli olmaktadır. Cinsel saldırı suçunun nitelikli halinde cinsel organ gerekli olmayıp parmak veya herhangi bir aletin olması yeterlidir. Irza geçme suçunu doğal olarak ancak erkekler işleyebilir. Kadının erkeği zorlaması sonucu cinsel ilişkide bulunulması halinde ise kadının cinsel organ sokmasından bahsedilmeyeceğinden ırza tasaddi suçunu oluşturacaktır.³³

³¹ Bakıcı, Sedat; Sarkıntılık Suçu ve Unsurlar, Ankara Barosu Dergisi, Sayı.4, 1989, s. 679

³² Bakıcı, Sedat; Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler, s. 1

³³ Bakıcı, Sedat; Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler, s. 4

Kadının erkeğin ırza geçme fiiline yardımca olması ve birlikte suç işlemesi mümkündür. Bu gibi durumlarda kadın asli veya feri fail olarak ırza geçme suçundan sorumlu tutulabilir.³⁴ Cinsel saldırı suçunun nitelikli halinin faili ise herkes olabilir. ırza geçme suçunda mağdur herkes olabilir. Bu bakımdan cinsel saldırı suçunun nitelikli hali ile benzerlik göstermektedir.

ırza tasaddi suçunda mağdur ve fail herkes olabilmektedir. Bu bakımdan cinsel saldırı suçunun basit hali ile benzerlik göstermektedir. ırza tasaddi de failin eyleminin devamlılık arz etmesi ve ırza geçme boyutuna varmaması gerekmektedir. Devamlılık arz etmeyen cinsel davranış Eski Yasa'da 421. maddede düzenlenen sarkıntılık suçunu oluşturmaktadır. Aynı şekilde Yeni Yasa döneminde de sarkıntılık suçunu oluşturmaktadır. Yeni Yasa döneminde sarkıntılık suçu 18.06.2014 tarihli 6545 sayılı yasa ile gelmiştir. Bu yasadan önce sarkıntılık kapsamına giren eylemler basit cinsel saldırı suçu veya basit cinsel istismar suçunu oluşturmaktaydı.

5237 sayılı TCK, 765 sayılı TCK'dan farklı olarak evlilik içi cinsel saldırı suçunun takibini şikayete bağlı tutmuştur. Yeni yasa evlilik ilişkisini eşe cinsel ilişkiye zorlama hakkını vermemiştir. Eski yasa döneminde suçun eşe karşı işlenmesine ilişkin bir ifade yer almadığından Yeni TCK'nın yürürlüğe girmesinden önceki dönemde doktrinde bu suçun evlilik bağının cinsel ilişkiyi sağlayan bir etken olarak görüldüğüne ilişkin görüşler vardır.³⁵ Eski yasa döneminde eşin tecavüzü suç olarak kabul edilmiyordu. Genel itibari ile yeni yasa ile getirilen düzenlemelerin yerinde olduğu görünmektedir.

C. BASİT CİNSEL SALDIRI SUÇU

Failin, cinsel saikler ile mağdurun rızası dışında, vücut dokunulmazlığının ihlal etmesi halinde oluşan suça cinsel saldırı suçu denilmektedir. Cinsel saldırı suçunu basit cinsel saldırı suçu, sarkıntılık suçu ve nitelikli cinsel saldırı suçu olmak üzere üçe ayırmaktayız. Mağdurun vücut dokunulmazlığı organ veya sair cisim sokmadan ve devamlı olarak ihlal eden hareketler 5237 sayılı TCK'nın 102.

³⁴ Bakıcı, Sedat; Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler, s. 5

³⁵ Korkusuz, Gülşah; s.821

maddesinin 1. Fıkrasında düzenlenen basit cinsel saldırı suçunu oluşturmaktadır.³⁶ Basit cinsel saldırı suçu öğretide ve uygulamada, “kişinin vücudu üzerinde rızasına aykırı, cinsel arzularını tatmine yönelik olan ancak cinsel ilişki boyutuna varmayan cinsel davranışlarda bulunmak” şeklinde ifade edilmiştir.³⁷ Cinsel saldırı suçunda mağdurun vücut dokunulmazlığı ihlal edilip edilmediği hususu önem arz etmektedir. Cinsel saldırı suçunun oluşabilmesi için mutlaka mağdurun vücut dokunulmazlığının ihlal edilmesi gerekmektedir. Dolayısıyla vücut dokunulmazlığını ihlal etmeyen cinsel davranışlar cinsel saldırı suçunu oluşturmaz.³⁸ Vücut dokunulmazlığını ihlal etmeyen cinsel davranışlar ise 5237 sayılı TCK’nın 105. maddesinde düzenlenen cinsel taciz suçunu oluşturur.

Cinsel saldırı suçunda dikkat edilmesi gereken hususlardan birisi de mağdurun yaşıdır. Cinsel saldırı suçunun oluşabilmesi için mağdurun 18 ve üzeri yaşta olması gerekmektedir.³⁹ 18 yaşından küçük mağdurun vücut dokunulmazlığının rızası dışında cinsel davranışlarla ihlal edilmesi durumunda 5237 TCK’nın 103. maddesinde düzenlenen cinsel istismar suçunu oluşacaktır. Cinsel istismar suçunu cinsel saldırı suçundan ayıran en önemli unsur yaştır.

Mağdurun 15 yaşından küçük olması durumunda mağdurun rızasının bir önemi bulunmamaktadır. Cinsel amaçlar ile 15 yaşından küçüklerin rızası dahilinde olsa bile vücut dokunulmazlığı ihlal edilirse cinsel istismar suçu oluşacaktır. Yasa koyucu buradaki rızayı hukuken geçerli bir rıza olarak kabul etmemektedir. Buradaki rıza hususu da cinsel istismar suçu ile cinsel saldırı suçunu ayıran faktörlerden biridir.

Mağdur 16 – 18 yaş aralığında ise cinsel istismar suçu mağdurun vücut bütünlüğü üzerindeki cinsel davranışın hile, tehdit, cebir veya iradeyi etkileyen

³⁶ Artuk, Mehmet Emin; Gökçen, Ahmet; Yenidünya, Ahmet Caner; Ceza Hukuku Özel Hükümler, 10. Baskı, Ankara, 2010, s.167

³⁷ Gerçeker, Hasan; Yorumlu – Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, I.Cilt, Ankara, 2011, s. 1332

³⁸ Çalışkan, Suat; Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s.4

³⁹ Parlar, Ali; Hatipoğlu, Muzaffer; 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu, Seçkin Yayınevi, 2. Cilt, Ankara, 2008, s.1603

başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilmesi halinde işlenir.⁴⁰ Burada en önemli husus mağdurların rızasının hukuka aykırı bir şekilde elde edilmiş olmasıdır. Eğer bu yaş gurubundaki çocuğun hukuka uygun rızası varsa ve bu rıza dahilindeki eylemler cinsel ilişki boyutunda ise 5237 sayılı TCK'nın 104. maddesinde düzenlenen reşit olmayanla cinsel ilişki suçu oluşacaktır. Cinsel ilişki, cinsel organın mağdurun cinsel bölgelerine duhulü ile mümkündür.⁴¹ Cinsel organ deyiminden erkeğin organı, cinsel bölgeden ise anal ve vajinal bölgeyi anlamalıyız. Oral bölgeye yapılan cinsel eylem cinsel ilişki olarak sayılmamaktadır.⁴²

Cinsel saldırı suçunda üzerinde durulması gereken önemli hususlardan biri de mağdurun rızası olup olmadığıdır. Cinsel saldırı suçu yukarıda da değindiğimiz üzere mağdurun rızası dışında cinsel eylemlerde bulunulmasıdır. Fail tarafından mağdurun rızası alınmaksızın, olumlu iradesi tespit edilmeksizin, zorla, kuvvet kullanarak veya mağdurun etkisiz hale getirilmesi suretiyle vücut bütünlüğüne cinsel davranışlarla müdahale edilirse cinsel saldırı suçu oluşacaktır.⁴³ 5237 sayılı TCK cinsel saldırı suçunda rıza hususunun ne olduğunu açıklamamıştır. Yani mağdurun rızasını etkileyen eylemlerin neler olduğunu açıklamamıştır. Bunun sebebi ise; 5237 sayılı TCK'nın kişinin cinsel özgürlüğünü geniş bir biçimde korumayı amaçlamasıdır. Başka bir deyişle 5237 sayılı TCK mağdurun isteği veya bilgisi dışında vücut bütünlüğüne yönelik olarak yapılan her türlü cinsel davranışın cezalandırılmasını amaçlamıştır.⁴⁴

Cinsel saldırı suçunda mağdurun rızasını etkileyen hukuka aykırı eylemin belli bir yoğunlukta olması gerekmektedir. Yani eylemin mağdurun direncini kırarak düzeyde olması gerekmektedir. Mağdurun direncini kıran eylemin objektif olarak değerlendirilmesi gerekmektedir. Bununla birlikte mağdurun

⁴⁰ Sevük, Handan Yokuş; s.249

⁴¹ Beyazıt, Özgür; Reşit Olmayanla Cinsel İlişki, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Nisan, 2010, s.300

⁴² Beyazıt, Özgür; s.300

⁴³ Şen, Ersan; Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, Vedat Yayınevi, I. Cilt, İstanbul, 2006, s.376

⁴⁴ Şen, Ersan; s.377

rızasının bulunmadığının kabulü için, burada mağdurun hukuki koruma altında bulunan ve tehlikeye düşmesi halinde mağdurun iradesinin sakatlanmasına yol açacak bir menfaatinin bulunması gerekmektedir.⁴⁵ Örneğin; mağdura karşı alacağı için icra takibinde bulunacağından bahisle cinsel ilişki teklif edilmesi durumunda mağdurun hukukten koruma altında bulunan bir menfaatten söz edilemez. Bu şekilde gerçekleşen cinsel eylem, cinsel saldırı suçunu oluşturmaz.

Cinsel saldırı suçunun oluşmaması için mağdurun rızasının eylemlerin devamı boyunca cinsel eylemlerin hepsine karşı olması gerekir. Mağdur cinsel davranışlara başta rızası olmakla birlikte ilerleyen süreçte rızasının olmadığını faile bildirdiği halde fail cinsel davranışlarına devam ederse cinsel saldırı suçu oluşacaktır. Burada dikkat edilecek husus mağdurun ilk başta gösterdiği rızadan daha sonra vazgeçmesidir. Ancak mağdur bu rızasından vazgeçtiğini faile bildirmelidir, aksi durumda fail 5237 sayılı TCK'nın 30. maddesinde düzenlenen hata müessesinden yararlanması söz konusu olabilir. Ayrıca mağdurun baştan rızası olmamakla birlikte, kendisine karşı yapılan cinsel davranışa sonradan rıza göstermiş veya rıza göstermemesine rağmen, daha sonra şikayetinden vazgeçmiş ise fail şikayet yokluğundan basit cinsel saldırı suçu kapsamında cezalandırılmayacaktır.⁴⁶ Burada dikkat edilmesi gereken rıza en geç fiile başlarken olmalıdır. Eyleme başladıktan sonra verilen rıza eylemi hukuka uygun hale getirmez. Basit cinsel saldırı suçu şikayete bağlı bir suçtur. Mağdurun eylem sonrası rıza göstermesi durumunda şikayet yokluğundan faile ceza verilmez.

Failin cinsel saldırı suçunu işlemesi için yukarıda saydığımız şartların yanında cinsel arzularını tatminine yönelik olarak mağdurun vücut dokunulmazlığını ihlal etmesi gerekmektedir. Failin cinsel amaçlı olmayan davranışları cinsel saldırı suçunu oluşturmaz. Bu suçun oluşabilmesi için failin mutlaka mağdurun cinsel organlarına dokunması gerekmektedir. Failin cinsel amaçla mağdurun vücudunun herhangi bir yerine dokunması bu suçun oluşabilmesi için yeterlidir. Bu hallere Yargıtay kararlarından örnek vermek

⁴⁵ Şen, Ersan; s.377

⁴⁶ Şen, Ersan; s.378

gerekirse; “failin müştekinin ensesinden öpmesi”⁴⁷, “mağdurun omzuna dokunarak sarkıntılık etmesi”⁴⁸,”evlerine gelen mağdurenin belini tutarak sarılması üzerine mağdurenin tekme atıp uzaklaştırması” cinsel saldırı suçunun bulunduğu kabul edilmiştir.”⁴⁹

Mağdurun cinsiyeti bu suçta önem taşımamaktadır. Mağdur erkek de olabilmektedir. Örneğin; Yargıtay 5.CD. 2005/2134 – 2007/1979 sayı ve 15.03.2007 tarihli kararında “failin askeri koğuşta yattığı sırada mağdurun bacaklarını, kalçasını okşanması” halinde suçun yargılamasının askeri mahkemede değil de, asliye ceza mahkemesinde olduğunu belirtmekle beraber, bu suçun mağdurunun erkek de olabileceğini de belirtmektedir.⁵⁰

1. BASİT CİNSEL SALDIRI SUÇUNUN MADDİ UNSURLARI

Failin cinsel duygularını tatmin etmek amacıyla mağdurun vücut dokunulmazlığını rızası dışında ihlal edecek hareketlerde bulunması suçun maddi unsurunu oluşturur.⁵¹ Bu hareketler sonucunda mutlaka mağdurun vücut dokunulmazlığının ihlal edilmesi gerekmektedir. Ayrıca suçun oluşabilmesi mağdurun vücudunun çıplak olması gerekmekte, mağdurun üzerinde giysi bulunması durumunda da bu suç oluşabilecektir.⁵² Failin cinsel arzularını tatmin etmemiş olması bu suçun oluşumuna engel değildir.⁵³ Failin davranışın cinsel amaçlı olduğu hem hareketin kendisinden hem de suç kastını gösteren oluş, söz ve

⁴⁷ Y. 5.CD. 2009/11890 E- 2009/12057 K. 27.10.2009 Tarihli Kararı

⁴⁸ Y. 5.CD. 2008/11202 E- 2009/11742 K. 20.10.2009 Tarihli Kararı

⁴⁹ Donay, Süheyl; Türk Ceza Kanunu Şerhi, Beta Yayınevi, İstanbul, 2007, s.161

⁵⁰ Donay, Süheyl; s.161

⁵¹ Soyaslan, Doğan; Ceza Hukuku Özel Hükümler, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2006, s.172

⁵² Soyaslan, Doğan; s.172

⁵³ Centel, Nur; 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Saldırı Suçu Ve Cinsel Suçlar Değişiklik Tasarısı’nın Değerlendirilmesi, Türkiye Barolar Birliği Dergisi,Mart – Nisan, S.99, 2012, s.272

diğer fail davranışlarından (dokunulun yer ve dokunma şeklinden ve nedeninden) anlaşılacaktır.⁵⁴

Basit cinsel saldırı suçunun maddi unsurları olan fiil, fail, mağdurdur. Basit cinsel saldırı suçunun oluşabilmesi için fail ve failin hareketi sonucunda mağdurun vücut dokunulmazlığının ihlal edilmesi gerekmektedir. Cinsel saldırı suçunun maddi unsurlarını bu üç başlık altında toplayabiliriz.

a. Fail

Bu suçun faili herkes olabilir. 5237 sayılı TCK kapsamında bu suçun faili erkek olabileceği gibi kadın da olabilir.⁵⁵ Bu suçun oluşabilmesi için fail ile mağdurun farklı cinsiyetten olması gerekmekte olup, aynı cinsiyetten kişiler de bu suçu birbirlerine karşı işleyebilir. Failin yaşı 5237 sayılı TCK'nın genel hükümleri dışında herhangi bir özelliği bulunmamaktadır.⁵⁶ Failin yaşını genel hükümler çerçevesinde değerlendireceğiz. Yaş hususu 5237 sayılı TCK'nın 31. Maddesinde düzenlenmiştir. Genel hükümler çerçevesinde fail 12 yaşını doldurmamış ise cezai sorumluluğu yoktur. Bu çocuklara karşı herhangi bir kovuşturma yapılmaz. Ancak şartlar oluşmuşsa bu çocuk faillere çocuklara özgü güvenlik tedbiri uygulanabilir.⁵⁷ Fail 12 yaşını doldurmuş 15 yaşını doldurmamış ise yaptığı eylemin hukuki anlam ve sonuçlarını anlayabilecek olgunluğa ulaşmamış ise failin cezai sorumluluğu bulunmamaktadır. Ancak bu yaş gurubundaki failer hakkında çocuklara özgü güvenlik tedbiri uygulanır. Eğer fail fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını anlayabilecek durumda ise failin cezai sorumluluğu bulunmakla birlikte haklarında yasada öngörülen indirimler uygulanır.⁵⁸ Failin akıl hastası olması suçun oluşmasına engel değildir. Yeni

⁵⁴ Malkoç, İsmail; Yeni Türk Ceza Kanunu, Malkoç Yayınevi, Birinci Cilt, Ankara, 2008, s. 811

⁵⁵ Artuç, Mustafa; Kişilere Karşı Suçlar, Adalet Yayınevi, Ankara, 2008, s. 572

⁵⁶ Artuç, Mustafa; s. 572

⁵⁷ TCK.m.31- “(1) fiili işlediği sırada oniki yaşını doldurmamış olan çocukların ceza sorumluluğu yoktur. bu kişiler hakkında, ceza kovuşturması yapılamaz; ancak, çocuklara özgü güvenlik tedbirleri uygulanabilir.”

⁵⁸ TCK.m.31- (2) (değişik fıkra: 29/06/2005-5377 s.k./5.mad) “fiili işlediği sırada oniki yaşını doldurmuş olup da onbeş yaşını doldurmamış olanların işlediği fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını

TCK'nın 32. maddesine göre genel hükümler çerçevesinde fail hakkında güvenlik tedbiri uygulanır.

Failin kamu görevlisi veya hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuzu(etkinliği) kötüye kullanmak suretiyle suçu işlemiş olması veya birden fazla kişinin eylemi ile birlikte gerçekleştirmesi durumunda faile verilecek ceza 102. maddenin 3. fıkrası kapsamında arttırılarak uygulanır.⁵⁹ Failin asker kişi olması durumunda ise askeri ceza kanunlarına göre askeri mahkemelerde değil, 5237 sayılı TCK kapsamında adli mahkemelerde yargılanırlar.⁶⁰ Fail 18 yaşını doldurmamış ise 5271 sayılı CMK'nın 185. maddesi uyarınca duruşması kapalı olarak yapılır ve hüküm kapalı duruşmada açıklanır.⁶¹

Basit cinsel saldırı suçunun eşler arasında işlenip işlenemeyeceği hususu öğreti de tartışmalıdır. Öğretideki bir görüş basit cinsel saldırı suçu eşler arasında işlenemeyeceğini⁶², diğer bir görüşe ise işlenebileceğini⁶³ savunmaktadır. Eşler arasındaki cinsel saldırı suçu ayrı bir başlık altında değerlendirileceğimize tekrar olmaması için bu konunun detayına girmeyeceğiz.

b. Mağdur

Cinsel saldırı suçunun mağduru herkes olabilir. Mağdur kadın olabileceği gibi erkek de olabilir. Yani cinsel saldırı suçunun mağduru “18 yaşını

algılayamaması veya davranışlarını yönlendirme yeteneğinin yeterince gelişmemiş olması hâlinde ceza sorumluluğu yoktur. ancak bu kişiler hakkında çocuklara özgü güvenlik tedbirlerine hükümlenir. işlediği fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılama ve bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğinin varlığı hâlinde, bu kişiler hakkında suç, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektirdiği takdirde oniki yıldan onbeş yıla; müebbet hapis cezasını gerektirdiği takdirde dokuz yıldan onbir yıla kadar hapis cezasına hükümlenir. diğer cezaların yarısı indirilir ve bu hâlde her fiil için verilecek hapis cezası yedi yıldan fazla olamaz.”

⁵⁹ Meran, Necati; *Kişilere Karşı Suçlar*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2008, s. 316

⁶⁰ Şişman, Sefa; *Cinsel Saldırı Suçu*, Yüksek Lisans Tezi, Konya, 2010, s.59

⁶¹ Tuğrul, Ahmet Ceylan; s.63

⁶² Gündel, Ahmet; *Yeni Türk Ceza Kanunu Açıklaması*, Seçkin Yayınevi, II. Cilt, Ankara, 2009, s.15

⁶³ Şen, Ersan; *Evlilik Birliğinde Basit Cinsel Saldırı Suçu*, <http://www.adalet.org/makale.htm>

doldurmuş”, “canlı”, herhangi bir “erkek” veya “kadın”dır.⁶⁴ Mağdur farklı cinsiyetten olabileceği gibi aynı cinsiyetten de olabilir. Bu suçun mağdurunun evli veya bekar olması suçun oluşması bakımından fark etmemektedir. Cinsel saldırıda bulunulan kimsenin evli olma zorunluluğu bulunmamaktadır.⁶⁵ Mağdur hayat kadını da olabilir. Daha önce de değindiğimiz gibi bu suçun oluşabilmesi için rıza dışı mağdurun vücut dokunulmazlığı ihlal ediliyorsa suç oluşacaktır. Eğer mağdurun rızası yoksa hayat kadını da olsa suç sübut bulacaktır. Kaldı ki bir kadın veya erkeğin kötü yolda olması onun cinsel özgürlüğe sahip olmasına engel değildir.⁶⁶

Cinsel saldırı suçunda mağdurun yaşı önemli bir unsurdur. Cinsel saldırı suçunun oluşabilmesi için mağdurun 18 yaşından büyük olması gerekmektedir. Eğer mağdur 18 yaşından küçük ise 5237 sayılı TCK’nın 103. maddesi kapsamında cinsel istismar suçu oluşacaktır. 5237 sayılı TCK 18 yaşı mutlak şart olarak kabul etmiştir. Eğer mağdur Türk Medeni Kanunu kapsamında ergin olsa bile 18 yaşından küçük olması durumunda cinsel saldırı suçu değil, 5237 sayılı TCK’nın 103. maddesinde düzenlenen cinsel istismar suçu oluşacaktır.⁶⁷ Cinsel saldırı suçunda mağdurun 18 yaşında olup olmadığı önemlidir. Mağdurun ergin olup olmaması önem arz etmemektedir. Mağdur 17 yaşında evlenerek ergin olsa bile cinsel istismar suçu oluşacaktır.

Cinsel saldırı suçlarında mağdurun yaşı hangi suçun oluşacağı konusunda belirleyici olduğu için mağdurun nüfus cüzdanı suretiyle yetinilmeyerek, mutlaka mağdurun nüfus kaydının getirilmesi gerekmektedir.⁶⁸⁻⁶⁹ Mağdurun nüfus

⁶⁴ Arslan, Çetin; Azizağaoğlu, Bahattin; Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi, Asil Yayınevi, Ankara, 2004, s.462

⁶⁵ Artuç, Mustafa; s.573

⁶⁶ Soyaslan, Doğan; s.171

⁶⁷ Tuğrul, Ahmet Ceylan; s.63

⁶⁸ Baytemir, Erdal; Cinsel Dokunulmazlığa Kişi Hürriyetine ve Genel Ahlaka Karşı Suçlar, Adalet Yayınevi, Ankara, 2007, s.25

⁶⁹ 5237 sayılı türk ceza kanunda evlenmek vaadiyle kızlık bozma suçu suç olmaktan; çıkarılmış ise de mağdurun yaşının küçük olması durumunda ırza geçme veya reşit olmayanla cinsi münasebette bulunma suçlarının oluşabileceği nazara alınarak, nüfus idaresinden yaşımı ve medeni halini

kaydındaki yaş durumu ile fiziki durumu karşılaştırılmalıdır. Mağdurun fiziki yapısı ile nüfus kaydındaki yaş durumu farklılık gösteriyorsa mağdurun yaş durumunun araştırılması gerekmektedir. Mağdur nüfusa kayıtlı değilse ilk önce mağdurun yaşı belirlenmelidir.

Sanığın “mağdur bana yaşının büyük olduğunu söyledi” veya “mağdur 18 yaşından büyük göstermektedir” gibi beyanları yaşa itiraz niteliğindedir.⁷⁰ Mağdur ile ilgili evraklar Adli Tıp Kurumu ihtisas dairesine gönderilerek mağdurun gerçek yaşının tespit edilmesi gerekmektedir. Mağdurun nüfus kayıt belgesindeki yaşı ile Adli Tıp Kurumu’ndan gelen raporda çelişki varsa ve nüfus kayıtları gerçek yaşını yansıtmıyorsa mağdurun gerçek yaşı tespit edilmelidir.⁷¹ Mağdurun gerçek yaşını mahkeme 5271 sayılı CMK’nın 218/2. maddesine göre ön mesele yapıp düzeltmelidir.

Mağdurun yaşının düzeltim davası daha önceden hukuk mahkemesinde görülüp kesinleşmişse hukuk mahkemelerinde nüfus kanununun 46/3 maddesi uyarınca tekrar yaş düzeltim davası açılmamaktadır. Ancak Yargıtay Ceza Genel Kurulunun kabul ettiği görüşe göre sanığın gerçek yaşı ile düzeltilen yaş arasında sanık lehine bir durum söz konusu ise gerçek yaşına itibar edilmelidir.⁷² Mağdurun tespit edilen gerçek yaşı ile kardeşleri ve annesinin yaşı arasında uygunsuzluk bulunması durumunda mağdur ve kardeşleri resmi sağlık kurumunda doğmamış ise mağdurun yaşı düzeltilmeli fakat resmi sağlık kuruluşunda doğmuş iseler fiili durumuna bakılmalıdır ve annenin ve kardeşin yaşı ceza mahkemesini

gösteren onaylı doğum kaydı getirildikten sonra sanığın hukuki durumunun tayin ve takdiri yerine noksan incelemeyle yazılı biçimde hükme varılması, kanuna aykırıdır.(Y.5.CD’nin 2006/3565 E-2006/2812 K. 03.04.2006 Tarihli Kararı)

⁷⁰ Yaşar, Osman; Gökcan, Hasan Tahsin; Artuç, Mustafa; Türk Ceza Kanunu, Adalet Yayınevi, III. Cilt, Ankara, 2010, s.3234; sanık soruşturma evresindeki ifadesinde “mağdur bana nüfusa geç yazıldığını”, “15-16 yaşlarında gösteriyordu” şeklindeki beyanları yaşa itiraz niteliğinde olup, suçun belirlenmesine etkili olması nedeniyle kemik grafileri ile dosyada mevcut raporlar bu konuda nihai merci olan adli tıp kurumu ilgili ihtisas dairesine gönderilerek mağdurun gerçek yaşının bilimsel şekilde saptanmasından sonra sonucuna göre sanıkların hukuki durumlarının tayin ve takdiri gerektiğinin gözetilmemesi(Y.5.CD’nin 2006/1499 E - 2006/4274 K. 22.05.2006 Tarihli Kararı)

⁷¹ Baytemir, Erdal; s.25

⁷² Baytemir, Erdal; s.30

ilgilendirmediğinden onların yaşlarının düzeltilmesi ceza mahkemesinde mümkün değildir.⁷³ Mağdur nüfusa kayıtlı değilse nüfus kanuna göre mağdurun gerçek yaşı tespit edilerek idari yoldan nüfusa tescil edilmelidir.

Mağdurun faille üçüncü derece dahil kan veya kayın hısımlığı ilişkisi içinde bulunan bir kişi olması veya mağdurun beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda olması cinsel saldırı suçunun nitelikli hallerini oluşturmaktadır.

Cinsel saldırı suçu canlılara karşı işlenir. Ölümlere yönelik cinsel saldırılar bu suçu değil, 5237 sayılı TCK'nın 130/2. maddesinde düzenlenen Kişinin Hatırasına Hakaret suçunu oluşturur.⁷⁴ Ayrıca bu suçun mağduru insan olabilir. Eğer mağdur hayvan ise cinsel saldırı suçu oluşmaz, 5199 sayılı Hayvanları Koruma Kanunu'nun 28. maddesine göre sanık hakkında idari para cezası uygulanır.⁷⁵

c. Fail

5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu cinsel saldırı suçunu cinsel davranışlarla işlenebileceği söylemekte, ancak cinsel davranışın neler olduğunu ve hangi davranışların cinsel davranış olduğunu açıklamamaktadır.⁷⁶ Cinsel davranış; failin cinsel saikler ile mağdurun vücut dokunulmazlığını ihlal edecek hareketlerde bulunmasıdır. Eğer fail bu davranışını cinsel haz almak amacıyla yapmamışsa ve bu şekilde fail mağdurun vücut dokunulmazlığını ihlal ederse 5237 sayılı TCK kapsamında kasten yaralama suçu oluşabilecektir. Yani fail mağdurun vücuduna

⁷³ Baytemir, Erdal; s.31

⁷⁴ Parlar, Ali; Hatipoğlu, Muzaffer; Türk Ceza Kanunu Yorumu, s.1605

⁷⁵ 5119 sayılı yasa yasaklar;

madde 14 j) hayvanlarla cinsel ilişkide bulunmak, işkence yapmak

cezalar;

madde 28) 14. maddeye aykırı durumlarda iki yüz elli milyon lira idari para cezası uygulanır.

⁷⁶ Hafızoğlu, Zeki; Özen Muharrem; s.149

cinsel haz almak amacı ile acı verirse kasten yaralama suçu değil cinsel saldırı suçu oluşacaktır.⁷⁷

Bir kimsenin vücut dokunulmazlığının ihlal edilmesi durumunda failin eyleminin cinsel amaçla olup olmadığı mağdurun vücudunun hangi bölgesine dokunduğu ve dokunmanın niteliğine göre belirlenmesi mümkündür. Mağdurun omzuna dokunmak, koluna dokunmak gibi eylemleri genel olarak değerlendirildiğinde cinsel amaçla yapılmadığı sonucu ortaya çıkabilir. Ancak bu nitelendirmeyi yaparken failin amacı olayın şekli, zamanı ve yere göre iyi değerlendirmek gerekir. Fail mağdura cinsel ilişki teklif edip mağdurun kolunu tutması, ancak mağdurun faili reddedip olay yerinden kaçması durumunda cinsel saldırı suçu oluşacaktır. Çünkü fail cinsel amaçla mağdurun koluna dokunmaktadır. Failin kasten mağdurun kalçasını, göğsünü veya yüzünü sıkması durumunda cinsel amaçla vücut dokunulmazlığını ihlal ettiğini anlayabiliriz. Çünkü eylemin yapıldığı yere dikkat ettiğimizde failin eylemi cinsel odaklıdır. Hareketin yapıldığı yer ile birlikte sanık ve mağdurun samimiyetine de dikkat etmek gerekir. Failin davranışı somut olayda saldırı ya da nezaket gösterisi mi olduğu, yoksa günlük hayatta herkesin yaptığı olağan bir davranış olarak mı karşılandığı objektif şartlara göre ayrı ayrı değerlendirilmelidir.⁷⁸

Cinsel saldırı suçunun oluşabilmesi için mutlaka mağdurun vücut dokunulmazlığının ihlal edilmesi gerekmektedir. Failin cinsel amaçlı hareketleri mağdurun vücut dokunulmazlığını ihlal etmezse failin eylemleri 5237 sayılı TCK'da 105. maddede düzenlenen cinsel taciz suçunu oluşturacaktır. Mağdurun üstünde giysi bulunması cinsel saldırı suçunun oluşmasına engel değildir. Failin kendisi üzerinde cinsel dokunma teşkil edecek hareketleri yapması için mağdura karşı cebir icra etmesi halinde de cinsel saldırı suçu oluşacaktır. Failin mağdura cinsel organını okşatması durumunda da mağdurun vücut dokunulmazlığı cinsel saiklerle ihlal edildiğinden cinsel saldırı suçu oluşacaktır. Cinsel saldırı suçu failin mağdura cinsel amaçla bir şey yapmaya zorlayabileceği gibi mağdurun kendisine yönelik davranışlara katlanmak zorunda bırakılması şeklinde de gerçekleşebilir.

⁷⁷ Hafizoğlu, Zeki; Özen Muharrem; s.149

⁷⁸ Meran, Necati; s.318

Her iki durumda da cinsel saldırı suçu gerçekleşecektir. Ayrıca cinsel saldırı suçunun oluşması için fail bizzat mağdurun vücut dokunulmazlığını ihlal etmesi gerekmekte olup mağdurun üçüncü kişi tarafından gerçekleşen cinsel davranışlara katlanmak zorunda bırakılması durumunda da cinsel saldırı suçu oluşacaktır.

Cinsel saldırı suçunun oluşabilmesi için mağdurun vücut dokunulmazlığının iradesi dışında ihlal edilmesi gerekmektedir. Mağdurun rıza dışılık durumu cebir veya tehdit ya da hile elde edilebileceği gibi, mağdurun korunmasız durumundan yararlanarak da elde edilebilir. Örneğin; bilincinin yitirilmesine neden olmak veya örneğin uyku hali dolayısıyla bilincin kapalı olmasından yararlanmak suretiyle de cinsel saldırı suçu işlenebilir.⁷⁹ Mağdurun korunmasız hale düşmesinde failin hiçbir kusuru olmayabilir. Ancak faili mağdurun bu halini bilip eylemini gerçekleştiriyorsa cinsel saldırı suçu oluşacaktır.

Cinsel saldırı suçunda mağdurun rızasının bulunmaması gerekmektedir. Cinsel saldırı suçunda mağdurun rızası dışılık hali cebir, tehdit ve hile kullanılarak oluşabilir. Cinsel saldırı suçunda mağdura cebir kullanılması gerekmektedir. 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu cebrin ne olduğunu 108. maddesinde açıklamıştır. 5237 sayılı TCK'nın 108. maddesine göre cebir bir şeyi yapması veya yapmaması ya da kendisinin yapmasına müsaade etmesi için bir kişiye karşı fiziki güç kullanılmasıdır. Fail cebri mağdurun üzerinde ve direncini kırmak için kullanmalıdır. Ayrıca cebrin eylemin devamı boyunca uygulanması gerekmeyip, mağdurun başlangıçtaki direncini kırmaya elverişli olarak kullanılmış olması yeterlidir.⁸⁰

Failin cinsel eylemlerine karşı mağdurun rızasının bulunması durumunda cinsel saldırı suçu oluşmayacaktır. Rıza cinsel eylemin başlamasından önce verilebileceği gibi cinsel eylemin başladığında verilebilir. Mağdurun rızası hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş olması gerekir. Mağdurun rızası failin hileli eylemleri ile elde edilmiş olabilir. Mağdura karşı yöneltilen hile mağduru

⁷⁹ Parlar, Ali; Hatipoğlu, Muzaffer; Ağır Ceza Davaları, Adalet Yayınevi, Ankara, 2007, s.174

⁸⁰ Parlar, Ali; Hatipoğlu, Muzaffer; Türk Ceza Kanunu Yorumu, s.1606

kandırabilecek şekilde ağır ve yoğunlukta bulunması gerekmektedir. Hilenin kandırıcılık niteliği yöneldiği mağdurun aldanma yeteneği, sübjektif durumu itibariyle değerlendirilmelidir.⁸¹ Evlenme vaadi bu bağlamda mağdurun fiile karşı koyma gücünü ortadan kaldıracak nitelikte hile sayılmaz.⁸²

Mağdurun hukuka uygun rızasını ortadan kaldıran eylemlerden biri de mağdurun tehdit edilmesidir. Tehdit; mağdurun, kendisinin veya yakınının hayatına, vücut veya cinsel dokunulmazlığına yönelik bir saldırı gerçekleştireceğinden bahisle failin cinsel eylemlerine katlanmak zorunda bırakılmasıdır. Tehdidin objektif olarak mağdurun direnci kıracak düzeyde olması gerekmektedir. Tehdit konusu bizzat mağdur değil, üçüncü kişi de olabilir. Ancak mağdur ile üçüncü kişinin akraba olması gerekmemektedir. Üçüncü kişi ile mağdur yakın arkadaş da olabilir. Bu yakınlık mağdurun direncini kıracak düzeyde olması gerekir. Failin tehdit ile uğratacağı zarar cinsel ilişki sonucunda uğranılacak zarardan daha ağır olması gerekmektedir.⁸³ Ayrıca tehdidin suçun işlendiği sırada ya da öncesinde cinsel eylemi gerçekleştirmek amacıyla kullanılmış olması gerekmektedir.⁸⁴ Yargıtay fiilin işlenmesinden sonra mağdura olanları başkasına söylemesi durumunda mağdura kendisini öldüreceğini söylemesini tehdit saymamıştır.⁸⁵

6545 sayılı yasa ile sarkıntılık suçunun 5237 sayılı TCK'da yeniden düzenlenmesi ile cinsel saldırı suçunun mütemadi bir suç haline gelip gelmediği aklımıza takılmaktadır. İlk önce mütemadi suç ve ani suç kavramlarını açıklayalım. İşlenmekle birlikte tamamlanan suçlara ani suçlar denir.⁸⁶ Yani

⁸¹ Parlar, Ali; Hatipoğlu, Muzaffer; Ağır Ceza Davaları; s.175

⁸² Parlar, Ali; Hatipoğlu, Muzaffer; Türk Ceza Kanunu Yorumu, s.1607

⁸³ Tezcan, Durmuş; Erdem, M.Ruhan; Önok, Murat; Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuk, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2013, s.313

⁸⁴ Tezcan, Durmuş; Erdem, M.Ruhan; Önok, Murat; s.313

⁸⁵ Tezcan, Durmuş; Erdem, M.Ruhan; Önok, Murat; s.313

⁸⁶ Hafizoğulları, Zeki; Eşitli, A.Ezgi; Kesintisiz Suçlar, <http://www.baskent.edu.tr/~zekih/uygulamaci/bolum2.doc>

hareket ile neticenin aynı anda ortaya çıktığı suçlardır. Failin hareketi ile sona ermeyen belli bir süre devam eden suçlara mütemadi suç denir. Bu suçun ani suça göre fazladan içerdiği husus, haksızlığın belli ve makul bir zaman aralığında failin iradesiyle devam etmesidir.⁸⁷ Sarkıntılık suçu ani hareketle işlenebilen bir suçtur. Failin eylemi ani bir şekilde dokunma ise sarkıntılık suçunu, dokunma belli bir süre devam ediyorsa cinsel saldırı suçunu oluşturacaktır. Cinsel saldırı suçunun oluşabilmesi için eylemin belli bir süre devam etmesi gerekmektedir. Bu da bize cinsel saldırı suçunun kesintisiz suç kapsamında olduğunu göstermektedir. Sarkıntılık suçunun 5237 sayılı TCK'da düzenlenmesi ile birlikte cinsel saldırı suçu mütemadi suç haline gelmiştir.

2. BASİT CİNSEL SALDIRI SUÇUNUN MANEVİ UNSURU

Basit cinsel saldırı suçu kasten işlenebilen bir suçtur.⁸⁸ Kast 5237 sayılı TCK'nın 21. maddesinde “suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir,” şeklinde tanımlanmıştır. Doktrinde basit cinsel saldırı suçundaki kastın özel kast mı, genel kast mı olması gerektiği hususunda farklı görüşler bulunmaktadır.⁸⁹ Öğretide hakim olan görüşler şunlardır; ilk görüş bu suçun genel kastla işlenebilen bir suç olduğu, ikinci görüş suçun temel şeklinin özel, vücuda organ veya sair cisim sokulması şeklinde işlenen nitelikli halinin ise genel kastla işlenebilen bir suç olduğu, üçüncü görüş cinsel saldırı suçunun her iki halinin de özel kastla işlenebileceği şeklindedir.⁹⁰

Cinsel saldırı suçunun 5237 sayılı TCK'daki tanımına bakıldığında cinsel saldırı suçunun hem basit şeklinin hem de nitelikli halinin oluşabilmesi için aranan kastın genel kast olduğu anlaşılmaktadır. Bu suçun sadece kanundaki deyimine bakıldığında cinsel saldırı suçu için özel kast aranmamaktadır. Madde metninde failin saikine yer verilmemiştir. Öğretide bir kısım yazarlara göre suçun basit şeklinde failin özel kastını aramamakta, fail eyleminin cinsel hareket

⁸⁷ Yerdelen, Erdal; Mütemadi Suç, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S.18, 2014, s.129

⁸⁸ Ercan, İsmail; Ceza Hukuku Özel Hükümler, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2012, s.88

⁸⁹ Malkoç, İsmail; TCK Uygulamasında Cinsel Suçlar, s.20

⁹⁰ Centel, Nur; s.277

olduğunu bilmeli ve bu hareketi isteyerek yapmalıdır.⁹¹ Bizim de katıldığımız diğer görüşe göre ise fail hareketin cinsel hareket olduğu bilmesinin yanında bu hareketi yaparken cinsel arzularını tatmin etmek amacıyla hareket etmesi gerekmektedir. Fail eğer cinsel arzularını tatmin amacı taşımaksızın mağdurun vücut dokunulmazlığını ihlal ederse başka suç tiplerini meydana gelmiş olacaktır.⁹²

Cinsel saldırı suçunun basit halinin fail tarafından işlenebilmesi özel kastla hareket etmesi gerekmektedir. Basit cinsel saldırı suçu gerekçesinde; “ bu suçun oluşabilmesi için cinsel arzuları tatmin amacına yönelik davranışlarla kişinin vücut dokunulmazlığının ihlal edilmesi gerekmektedir.” şeklinde tanımlanmıştır.⁹³ Madde gerekçesi de bizim görüşümüzü destekler niteliktedir. Bizim katıldığımız görüş failin daha lehinedir.

Cinsel saldırı suçunun işlenmesinde sadece doğrudan kastın mı aranacağı yoksa olası kastın da yeterli olacağı konusunda da öğretide farklı görüşler bulunmaktadır.⁹⁴ Kanımızca cinsel saldırı suçu doğrudan kastla veya olası kastla da işlenebilir. Örneğin fail kalabalık bir yerde cinsel duygularını tatmin amacıyla birine sürünmeye çalışırken bir başkasının da vücuduna dokunabileceğini öngörerek eylemini gerçekleştirirse failin olası kastından söz edilebilir.⁹⁵

Failin manevi unsurunu tespit etmeye çalışırken; mağdurun giysilerindeki izler, durumundaki anormallikler, sözlü davranışları ile olayın anlatış şekli, yeri, zamanı ve olay anı ve sonrasındaki yansıtış şekli, ve tarzına dikkat edilmelidir.⁹⁶

⁹¹ Centel, Nur; S.277, Tezcan, Durmuş; Erdem, M.Ruhan; Önok, Murat; s.319

⁹² Şen, Ersan; S.379, Kılıç, Abbas; s. 188

⁹³ Malkoç, İsmail; s.20

⁹⁴ Centel, Nur; s.277

⁹⁵ Kılıç, Abbas; s.187

⁹⁶ Malkoç, İsmail; TCK Uygulamasında Cinsel Suçlar, s.22

3. BASİT CİNSEL SALDIRI SUÇUNUN HUKUKA AYKIRILIK UNSURU

Cinsel saldırı suçunda korunan hukuki yarar kişinin cinsel dokunulmazlığıdır. Cinsel saldırı suçunda mağdurun cinsel dokunulmazlığı ihlal edilmektedir. Bu sebeplerde 5237 sayılı TCK'da korunan hukuki yarar mağdurun cinsel özgürlüğü, mağdurun cinsel tercihleri ve cinsel dokunulmazlığıdır. 5237 sayılı TCK doğal olarak mağdurun cinsel dokunulmazlığı yanında mağdurun beden ve ruh sağlığını da koruma altına almıştır.

Cinsel saldırı suçunun oluşabilmesi fail tarafından gerçekleştirilen eylemin mağdurun bilgisi ve iradesi dışında diğer bir deyişle mağdurun rızası dışında gerçekleştirilmesi gerekir.⁹⁷ Mağdurun cinsel davranışa yönelik rızası bulunması durumunda failin eyleminin hukuka aykırılık unsurunu kaldırarak hukuka uygun hale getirir. Mağdurun rızasının hukuka uygunluk nedeni sayılabilmesi için 5237 sayılı TCK'nın 26/2. Fıkrası hükmü uyarınca, mağdurun rıza gösterme yeteneğinin bulunması ve rızasını açıklaması gerekir.⁹⁸ Mağdurun iradesini etkileyen hukuka aykırı bir durum olması durumunda rızadan söz edilemez. Böyle bir durumda mağdurun cinsel dokunulmazlığının ihlal edilirse cinsel saldırı suçu oluşacaktır.

Hukuka aykırılığı ortadan kaldıran geçerli bir rızadan bahsedilebilmesi için mağdurun rızası failin eyleminden önce veya en geç eylemin gerçekleştiği sırada açıklanmış olması gerekir. Cinsel saldırı suçunda hukuka uygunluk nedenleri olan meşru savunma ve zorunluluk hali hukuka aykırılığı ortadan kaldıracı bir etki doğurmaz.⁹⁹ Mağdurun rızası yalnızca cinsel davranışı değil aynı zamanda cinsel davranışın gerçekleşme biçimini de kapsamalıdır.¹⁰⁰ Mağdurun rızasının olup olmadığı her somut olayın özelliğine göre belirlenmelidir. Mağdur ve failin direnci algılama şekli, fail ile mağdur arasındaki fiziksel güç farklılıkları, olayın

⁹⁷ Parlar, Ali; Hatipoğlu, Muzaffer; Türk Ceza Kanunu Yorumu, s.1608

⁹⁸ Parlar, Ali; Hatipoğlu, Muzaffer; Türk Ceza Kanunu Yorumu, s.1608

⁹⁹ Tezcan, Durmuş; Erdem, M.Ruhan; Önok, Murat; s.320

¹⁰⁰ Tezcan, Durmuş; Erdem, M.Ruhan; Önok, Murat; s.320

gerçekleştiği zaman ve yer birlikte değerlendirerek rızanın varlığı irdelenmeli, rızanın varlığı ile yokluğu arasında tereddütte kalındığında durum sanık lehine yorum yapılmalıdır.¹⁰¹ Mağdura ağır bedensel zararlar doğurma riski olan ve onuruna aykırılık taşıyan cinsel davranışlara gösterilen rızanın geçerliliği yoktur.¹⁰²

Tıbbi müdahale nedeni ile yapılan zorunlu eylemler hukuka uygunluk nedeni oluşturur. Doktor tarafından kişinin vücudunun cinsel bölgelerine yönelik eylemleri hukuka uygun kabul edilmelidir. Doktor, kişinin muayenesi sırasında hastalığı ile ilgili kişinin cinsel bölgelerine yaptığı eylemleri cinsel bir davranış olmadığından cinsel saldırı suçu oluşmaz. Ancak doktora iğne yaptırmaya gelmiş bir kadının göğüslerini ellemesi, vajinal bölgesine dokunması doktor için tıbbi gereklilik oluşturmadığından doktorun eylemleri cinsel saldırı suçunu oluşturacaktır.¹⁰³

5271 sayılı CMK kapsamında bir takım delil elde etme yöntemleri bulunmaktadır. Bu yöntemleri 5237 sayılı CMK'nın 75 ve 76. maddelerinde düzenlenmiştir. Bu maddeler kapsamında sanığın vücudu üzerinde bir suça ilişkin delil elde etmek için Hakim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet Savcısının emri ile örnek alınabilir. Yine aynı şekilde mağdurun beden muayenesi de Hakim veya Cumhuriyet Savcısı kararı olabilir. Bu şekilde usulüne uygun Hakim veya Cumhuriyet Savcısının kararı olmadan mağdur veya sanığın cinsel bölgelerine delil elde etmek için dokunulması 5237 sayılı TCK'nın 287. maddesinde düzenlenen genital muayene suçunu oluşturacaktır.¹⁰⁴ Yasa

¹⁰¹ İtalya Yargıtayı'nın 6.11.1998 tarihli kararına göre “ fiili işbirliği olmadan, bir kimsenin üzerinden kot pantolonu çıkarmanın neredeyse olanaksız olduğu, ortak tecrübeyle sabit bir veridir; zira bu işlem, kotu giyen bir kişi bakımından bile oldukça zordur. bu nedenle mağdurenin rızası olmadan eylemin gerçekleştirilmesi mümkün değildir.(Tuğrul, Ahmet Ceylan; s.80)

¹⁰² Tezcan, Durmuş; Erdem, M.Ruhan; Önok, Murat; s.320

¹⁰³ Özbek, Veli Özer; Kanbur, Mehmet Nihat; Doğan, Koray; Bacaksız, Pınar; Tepe, İlker; Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, 4. Baskı, Ankara, 2012, s.330

¹⁰⁴ TCK.m.287 (1) Yetkili hakim ve savcı kararı olmaksızın, kişiyi genital muayeneye gönderen veya bu muayeneyi yapan fail hakkında üç aydan bir yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

koyucu bu düzenlemeler ile insan bedenine nasıl müdahale edilebileceğini göstermiştir.

Genital muayene suçu 5237 sayılı TCK'nın adliye karşı suçlar bölümünde düzenlenmiştir. 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda adliye karşı suçlar arasında düzenlenmiş bulunan genital muayene suçunun sistematik içindeki yeri dikkate alındığında korunan hukuki değerler adliye, adli yargı, kamu idaresi veya ceza yargılamasının yürütülmesinde adliye idaresine karşı gelinmemesinin sağlanması olduğu ifade edilse de asıl amacın bireylerin beden dokunulmazlığının korunmasıdır.¹⁰⁵ Cinsel saldırı suçunu, genital muayene suçundan ayıran özellik failin mağdurun vücut dokunulmazlığını cinsel amaçlar ile ihlal etmesidir. Genital muayene suçunda fail mağdurun vücut dokunulmazlığını cinsel saiklerle ihlal etmemektedir. Genital muayene suçunda fail mağdurun vücut dokunulmazlığını delil elde etmek amacıyla yasaların gerektirdiği usule uymadan ihlal etmektedir. Genital muayene suçunun mağduru ve faili herkes olabilir. Genital muayene suçu kasten işlenebilen suçtur.

D. SARKINTILIK SUÇU

6545 sayılı Yasa öncesinde basit cinsel saldırı suçunu oluşturan eylemler sonucunda mağdurun beden ve ruh sağlığının bozulduğu durumlar oluşmaktaydı ve bu sebeple fail yüksek hapis cezası ile karşı karşıya kalmaktaydı. Bu da haksızlık oluşturmaktaydı. Süreklilik arz etmeyen öpme veya elleme gibi durumlarda fail hakkaniyete uygun olmayan cezalar almaktaydı. Böyle durumlar uygulamada sorunlar yaşatmaktaydı. Bu sorunu çözmek için 6545 sayılı yasa ile sarkıntılık suçu cinsel saldırı suçu içine eklenmek suretiyle düzenlenmiş ve mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması ağırlaştırıcı hal olmaktan çıkartılmıştır.

(2) Bulaşıcı hastalıklar dolayısıyla kamu sağlığını korumak amacıyla kanun ve tüzüklerde öngörülen hükümlere uygun olarak yapılan muayeneler açısından yukarıdaki fıkra hükmü uygulanmaz.

¹⁰⁵ Çakmut, Yenerer Özlem; İstanbul Barosu Sağlık Merkezi "Sağlık Hukuku Makaleleri", Eylül, 2011, s.50

Sarkıntılık suçu 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 421. maddesinde düzenlenmişti. 765 sayılı TCK'nın 421. maddesinde “ kadınlara ve erkeklere söz atanlar üç aydan bir seneye ve sarkıntılık edenler altı aydan iki seneye kadar hapsedilir.” hükmü yer almakta idi.¹⁰⁶ 765 Sayılı Yasa Döneminde sarkıntılık suçu öğretide, “bir başka şahsa karşı onun rızası hilafına olarak şehvet maksadıyla söz, fiil ve hareketle, edep ve iffete tecavüz teşkil edecek surette ve fakat ırza tecavüz ve tasaddi cürümlerine veya bunların teşebbüsüne varmayacak şekilde yönelen tecavüzlerdir.” şeklinde tanımlanmıştır.¹⁰⁷ 765 Sayılı Yasa Döneminde cinsel amaçlı söylenen sözleri de sarkıntılık olarak kabul etmekteydi. Yasa koyucu 5237 sayılı TCK'da cinsel amaçlı söylenen sözleri cinsel taciz suçu olarak ayrı bir suç kapsamında tutmuştur. Yeni Yasa Döneminde sarkıntılığı; failin cinsel amaçla mağdurun vücuduna suç işleme kastı ile yapılan her türlü anlık, devam arz etmeyen dokunuş şeklinde tanımlayabiliriz.¹⁰⁸

1. SARKINTILIK SUÇUNUN MADDİ UNSURLARI

Sarkıntılık suçunu maddi unsurları fail, mağdur ve fiildir.

a. Fail

Sarkıntılık suçu ile basit cinsel saldırı suçunun maddi unsuru fail arasında herhangi bir fark bulunmamaktadır. Basit cinsel saldırı suçunun faili kısmında anlattığımız bilgiler burada da geçerlidir.

b. Mağdur

Sarkıntılık suçu ile basit cinsel saldırı suçunun maddi unsuru mağdur arasında herhangi bir fark bulunmamaktadır. Basit cinsel suçunun mağduru kısmında anlattığımız bilgiler burada da geçerlidir.

¹⁰⁶ Bakıcı, Sedat; Sarkıntılık Suçu ve Unsurlar, Ankara Barosu Dergisi, S.4, 1989, s.679

¹⁰⁷ Bakıcı, Sedat; s.679

¹⁰⁸ Şen, Ersan; Sarkıntılık ve Cinsel Saldırı,“[http://www.adalet.org/forum2/Sarkıntılık ve Cinsel Saldırı](http://www.adalet.org/forum2/Sarkıntılık%20ve%20Cinsel%20Saldırı)”

c. Fiil

Sarkıntılık suçu ile basit cinsel saldırı suçunu ayıran en önemli unsur fiildir. Basit cinsel saldırı suçundaki failin eylemi devamlılık arz etmesi gerekmektedir. Sarkıntılık suçunda ise failin eylemi ani ve devamlılık arz etmemesi gerekmektedir.

Sarkıntılık suçu ile cinsel taciz suçu arasındaki en önemli fark sarkıntılık suçunda vücuda dokunulması gerekmektedir. Cinsel amaçlarla vücuda dokunulmadan yapılan hareket veya sözler cinsel taciz suçunu oluşturacaktır. Basit cinsel saldırı suçu ile sarkıntılık suçunu ayıran fark failin eyleminin devamlılık arz edip etmediği hususudur. Failin devamlılık arz eden cinsel davranışları basit cinsel saldırı suçunu oluşturur. Failin devamlılık arz etmeyen ani cinsel davranışları sarkıntılık suçunu oluşturacaktır. Örneğin failin mağduru bir köşeye sıkıştırıp devamlı olarak öpmesi basit cinsel saldırı suçunu oluşturacaktır. Failin mağduru bir kez öpüp kaçması durumunda ise sarkıntılık suçu oluşacaktır. Çünkü ikinci olayda failin eylemi süreklilik arz etmediğinden eylemi sarkıntılık düzeyinde kalmıştır.

2. SARKINTILIK SUÇUNUN MANEVİ UNSURU

Basit cinsel saldırı suçunun manevi unsuru ile arasında herhangi bir fark bulunmamaktadır. Basit cinsel saldırı suçunun manevi unsuru ile ilgili anlattıklarımız sarkıntılık suçunda da geçerlidir.

3. SARKINTILIK SUÇUNUN HUKUKA AYKIRILIK UNSURU

Basit cinsel saldırı suçunun hukuka aykırılık unsuru ile arasında herhangi bir fark bulunmamaktadır. Basit cinsel saldırı suçunun hukuka aykırılık unsuru ile ilgili anlattıklarımız sarkıntılık suçunda da geçerlidir.

E. NİTELİKLİ CİNSEL SALDIRI SUÇU

Cinsel saldırı suçunun nitelikli hali 5237 sayılı TCK'nın 102. maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenmiştir. 5237 sayılı TCK'nın 102. maddesinin birinci fıkrası cinsel saldırı suçunun basit halini Eski TCK deyimiyile ırza tasaddiyi, ikinci fıkrası cinsel saldırı suçunun nitelikli halini Eski TCK deyimiyile ırza geçmeyi

düzenlemiştir.¹⁰⁹ Fail mağdurun vücut dokunulmazlığını cinsel amaçlarla organ veya sair cisim sokmak suretiyle ihlal ederse cinsel saldırı suçunun nitelikli halini işleyecektir.

Bu suçun nitelikli hali mağdurun vücuduna vajinal, anal veya oral yollardan organ veya sair cisim sokulması şeklinde işlenebilir.¹¹⁰ Basit cinsel saldırı suçunu tanımlarken failin cinsel arzularını tatmin etmek kastıyla işlenebileceğine bahsetmiştik, bunu da madde gerekçesine baktığımızda anlamaktayız. 5237 sayılı TCK'nın ikinci fıkrasının gerekçesine bakıldığında *“cinsel saldırının vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi, bu suçun nitelikli hâli olarak tanımlanmıştır. Suçun bu nitelikli hâli için, vücuda vajinal, anal veya oral yoldan organ veya sair bir cismin ithal edilmesi gerekir. Bu bakımdan vücuda penis ithal edilebileceği gibi, vajinal veya anal yoldan cop gibi sair bir cisim de ithal edilebilir. Bu bakımdan, söz konusu suçun temel şeklinin aksine, bu fıkra da tanımlanan nitelikli hâlinin oluşabilmesi için, gerçekleştirilen davranışın cinsel arzuların tatmini amacına yönelik olması şart değildir.”* cinsel saldırı suçunun nitelikli halinin oluşabilmesi için failin cinsel arzularını tatmin amacıyla hareket etmesi gerekmemektedir.

Bu suçun nitelikli hali vücudun üç bölgesi olan vajinal, anal ve oral bölgelerine organ veya sair cisim sokulması suretiyle gerçekleşebilir. Failin kulak boşluğuna veya vücudun bu üç bölge dışındaki bölgelerine organ veya sair cisim sokulması kanımızca nitelikli halini oluşturmayacaktır.

Yargıtay'ın 5237 sayılı TCK'nın 102/2. fıkrasına çelişki oluşturacak kararları da bulunmaktadır. Yargıtay'ın 5. CD 2009/618-2009/6448 ve 27.05.2009 tarihli kararında failin cinsel amaçla mağdurun ağızına parmaklarını sokup ve dilini okşamaması şeklindeki eylemi basit cinsel saldırı suçunu oluşturduğunu kabul

¹⁰⁹ Yurtcan, Erdener; Yargıtay Kararları Işığında Cinsel Suçlar, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, Nisan 2009, s.12-13

¹¹⁰ Meran, Necati; Yeni Türk Ceza Kanunu, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2007, s.521

etmiştir.¹¹¹ Bu olayda fail kendi organıyla mağdurenin oral yolla vücut dokunulmazlığını ihlal etmiştir. Bu olayda failin eylemi 5237 sayılı TCK'nın 102. maddesini 2. fıkrasındaki suç tipine bizzat uymaktadır. Bu sebeple failin eylemi nitelikli cinsel saldırı suçunu oluşturmaktadır. Yargıtay'ın bu kararına katılmamaktayız. Ayrıca nitelikli cinsel saldırı suçunda organ veya sair cisimlerin neler olacağı hususunda herhangi bir tanımlama yoktur. Organ deyiminden el, ayak, penis gibi vücudumuzun uzuvlarını anlayabiliriz. Cisim deyiminden ise cop, kalem ve benzeri cisimler olabileceği gibi katı veya sıvı da olabilir.¹¹²

Cinsel saldırı suçunun nitelikli hali basit halinden farklı olarak fail eylemini gerçekleştirirken cinsel saikle hareket etmesi gerekmemektedir. Bunu da madde gerekçesinden anlamaktayız.¹¹³ İktidarsız bir kişinin de mağdurun vücuduna cisim sokması durumunda cinsel saldırı suçunun nitelikli hali oluşacaktır.¹¹⁴ Failin cinsel gücü olmasa bile mağdurun cinsel dokunulmazlığını ihlal ettiğinden 5237 sayılı TCK.m.102/2 fıkrasındaki suç tipine uymaktadır. Ayrıca failin iktidarsız olması nedeniyle cinsel organını vücuda sokamaması, cinsel amaçla üretilmiş olan ya da olmayan bir cismi vücuda sokmakta

¹¹¹ Tuğrul, Ahmet Ceylan; s.89, kendisini metafizik uzmanı olarak tanıtan sanık İbrahim'in hileli yöntemlerle içerisinde uyuşturucu bulunan nescafenin mağdure tarafından içilmesini sağlayıp bu şekilde direncini kırarak masaj yapma bahanesiyle mağdurenin kafasını kendi cinsel organı üzerine bastırıp ağzını üzerinde oynatmak, elleri ve ayakları ile mağdurenin cinsel organına dokunmak, parmaklarını mağdurenin ağzına sokarak dilini okşamak şeklinde gerçekleşen eylemlerinin küll halinde basit cinsel saldırı suçunu oluşturduğu (Y.5.CD. 2009/618 E. - 2009/6448 K. 27.05.2009 Tarihli Kararı)

¹¹² Özbek, Veli Özer; TCK İzmir Şerhi Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı, Seçkin Yayıncılık, II. Cilt, Ankara, 2008, s.616

¹¹³ TCK.m.102/2 gerekçe; Maddenin ikinci fıkrasında, cinsel saldırının vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi, bu suçun nitelikli hâli olarak tanımlanmıştır. Suçun bu nitelikli hâli için, vücuda vajinal, anal veya oral yoldan organ veya sair bir cismin ithal edilmesi gerekir. Bu bakımdan vücuda penis ithal edilebileceği gibi, vajinal veya anal yoldan cop gibi sair bir cisim de ithal edilebilir. Bu bakımdan, söz konusu suçun temel şeklinin aksine, bu fıkrada tanımlanan nitelikli hâlinin oluşabilmesi için, gerçekleştirilen davranışın cinsel arzuların tatmini amacıyla yönelik olması şart değildir. (www.ceza-bb.adalet.gov.tr/mevzuat/maddegerekce.doc)

¹¹⁴ Gören, Sami; 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2012, s.643

zorlanması, mağdurun karşı koyması gibi, fail saldırısını elinde olmayan sebeplerle tamamlayamaması (organ veya cismi sokamaması) durumunda cinsel saldırı suçunun basit hali değil, nitelikli cinsel saldırı suçu teşebbüs aşamasında kalmış olacaktır.¹¹⁵

1. NİTELİKLİ CİNSEL SALDIRI SUÇUNUN MADDİ UNUSURLARI

Basit cinsel saldırı suçunun oluşabilmesi için failin eyleminin mağdurun vücuduna organ veya sair cisim sokulması boyutunda olmaması gerektiğine daha önce değinmiştik. Cinsel saldırı suçunun nitelikli halinde ise mağdurun vücut dokunulmazlığı organ veya sair cisim sokulmak suretiyle ihlal edilmesi gerekmektedir.

Nitelikli cinsel saldırı suçunun maddi unsurları; fail, fiil, mağdurdur. Yani nitelikli cinsel saldırı suçunun maddi unsurlarını üç başlık altında toplayabiliriz.

a. Fail

Bu suçun faili erkek veya kadın olabilir. Yasa koyucu bu konuda herhangi bir ayrıma gitmemiştir. Bu suçun faili yaşayan her insan olabilir. Cinsel saldırı suçunun nitelikli halinde cinsel ilişki tanımına yer verilmemiş, mağdurun vücuduna organ veya sair cisim sokma terimlerine yer vermiştir.

Bu nitelikli halde failin eylemi bizzat gerçekleştirip, mağdurun vücuduna organ veya sair cisim sokması durumunda fiilden sorumlu kişiyi tespit konusunda herhangi bir sıkıntı bulunmamaktadır. Eylemi yapan kişi fail olarak sorumlu olacaktır. Kişi kendi vücuduna mağdur veya üçüncü kişi tarafından organ veya sair cisim sokturmak suretiyle yaptırırsa failin kim olacağı hususunda sorun bulunmaktadır. Daha doğrusu failin eylemi basit cinsel saldırı suçunu mu yoksa nitelikli cinsel saldırı suçunu mu oluşturacağı hususunda sorun bulunmaktadır. Bir görüşe göre failin bir başkasını kendisine organ veya cisim sokmaya zorlaması

¹¹⁵ Meran, Necati; YTCK, s.521

durumunda faili, dolaylı faillik yoluyla nitelikli cinsel saldırı suçundan sorumlu olacaktır.¹¹⁶

Öğretideki bu görüşe katılmamaktayız. Mağdurun erkek, failin de kadın olması durumunda mağdur erkek tarafından failin vücuduna organ sokması durumunda kanaatimizce nitelikli cinsel saldırı suçunu oluşturmayacaktır. Çünkü 5237 sayılı TCK bu suçu düzenlerken cinsel ilişki tanımına yer vermemiş, mağdurun vücuduna organ veya sair cisim sokulması deyimine yer vermiştir. Burada organ failin vücuduna sokulmaktadır. Mağdurun vücuduna herhangi bir organ sokulmamıştır. Eğer fail tarafından mağdur erkeğin vücudunun anal veya oral yoldan kendi kendisine cisim sokturması durumunda nitelikli cinsel saldırı suçu oluşturmayacaktır. Kaldı ki Yargıtay'ında bizimle aynı görüşte kararları mevcuttur.¹¹⁷

Failin kadın olması durumunda da bu suç organ sokma şekliyle gerçekleşebilir. Kadın fail parmakları, dili gibi vücudunun organları ile mağdurun vücuduna organ sokmak suretiyle gerçekleştirebilir. Bu durumda da nitelikli cinsel saldırı suçu oluşacaktır.

b. Mağdur

Bu suçun mağduru herkes olabilir. 5237 sayılı TCK kapsamında bu suçun mağduru kadın veya erkek olabilir. Bu suçun nitelikli halinde mağdur için özel bir durum bulunmamaktadır. Cinsel saldırının basit halindeki mağdurlardan farklı bir durum bulunmamaktadır. Mağdur 18 yaşından küçük ise 5237 sayılı TCK'nın 103. maddesindeki cinsel istismar suçunu oluşacaktır. Nitelikli cinsel saldırı suçunun konusu mağdurun vücudu ve cinsel bütünlüğüdür.¹¹⁸

¹¹⁶ Tezcan, Durmuş; Erdem, M.Ruhan; Önok, Murat; s.327

¹¹⁷ Suçun mağduru mesut'a organ sokulmadığı ve mağdurun reşit sanığa rızasıyla organ sokmasının suç oluşturmadığı nazara alındığında; dolaylı fail veya suça azmettiren olarak sorumlu tutulmayacak olan sanığın mağdura yönelik tamamlanan eylemlerinin basit cinsel istismar suçunu oluşturduğu halde, nitelikli cinsel istismar suçundan hüküm kurulması kanuna aykırıdır. (Y.5.CD. 2010/14703E. -2010/3231 K. 03.05.2010 Tarihli Kararı), Tezcan, Durmuş; Erdem, M.Ruhan; Önok, Murat; s.327

¹¹⁸ Artuk, Mehmet Emin; Gökçen, Ahmet; Yenidünya, Ahmet Caner; s.179

c. Fiil

Bu suçun nitelikli halinde failin gerçekleştirdiği eylemler mağdurun vücuduna organ veya cisim sokulmasıdır. 5237 sayılı TCK mağdurun vücudu derken mağdurun vücut boşluklarını kastetmektedir. Kanaatimizce bu vücut boşluklarından mağdurun vajinal, anal ve oral yollarını anlamalıyız. Madde gerekçesine baktığımızda da bizim görüşü destekler niteliktedir. Mağdurun kulağına parmağını sokması durumunda failin kastına bakılarak basit cinsel saldırı suçunu mu yoksa kasten yaralama suçunu mu işlemek istediğini anlayabiliriz. Ancak mağdurun vajinasına parmağını soktuğu durumda ise nitelikli cinsel saldırı suçunu oluşacaktır.¹¹⁹

Bu suçun oluşması için mağdurun rızasının bulunmaması gerekmektedir. Basit cinsel saldırı suçunda mağdurun rızası ile ilgili anlattıklarımız hususlar burada da geçerlidir. Eğer mağdurun rızası cinsel saldırının basit haline ise yani mağdur cinsel saldırı suçunun nitelikli haline rızası yok ise failin organ veya sair cisim sokulmak suretiyle gerçekleştirdiği eylemleri cinsel saldırı suçunun nitelikli halini oluşturur. Fail mağdura karşı cebir, hile, tehdit veya direnemeyecek hale getirmesi halinde yaptığı eylemlerde nitelikli cinsel saldırı suçu oluşmaktadır. Cebir, hile ve tehdit konusunda basit cinsel saldırı için yapılan açıklamaların tamamı bu nitelikli hal için de geçerlidir.

2. NİTELİKLİ CİNSEL SALDIRI SUÇUNUN MANEVİ UNSURU

Bu suçun nitelikli hali de kasten işlenebilir. Failin mağdurun vücuduna organ veya sair cisim soktuğunu bilmesi ve istemesi şarttır. Madde gerekçesine bakıldığında failin cinsel arzularını tatmin etmek için hareket etmesi gerekmemektedir. Cinsel saldırı suçunun nitelikli halinde basit halinden farklı olarak failin özel saikle hareket etmesi gerekmez. Cinsel saldırı suçunda nitelikli halin oluşabilmesi için şehvet hislerini tatmin maksadı aranmasa da, yapılan

¹¹⁹ Saniğin mağdureye yönelik gerçekleştirdiği bir kısım tasaddi niteliğindeki eylemlerinin yanı sıra vajinasına parmağını da soktuğu oluşa uygun olarak kabul edilmiş olması karşısında, bu eylemin 5237 sayılı YTCK'nın 102/2. maddesinde düzenlenen nitelikli cinsel saldırı suçunu oluşturduğu (Y.5.CD. 2007/11397 E.-2008/7910 K. 23.09.2008 Tarihli Kararı)

davranışın objektif yapısı, içeriği itibariyle cinsel nitelikli olması şarttır.¹²⁰ Örneğin failin mağdurdan intikam almak için mağdurun vajinasına cop sokulması durumunda her ne kadar failin amacı cinsel olmasa bile fail yaptığı davranışın cinsel nitelikli olduğunu bildiğinden nitelikli cinsel saldırı suçu da oluşacaktır. Yargıtay'ın buna benzer bir kararı da bulunmaktadır.¹²¹

Failin eylemi mağdurun vücudunun vajinal ve anal bölgelerine yönelik ise yaptığı eylemleri nitelikli cinsel saldırı suçunu oluşturduğundan şüphe bulunmamaktadır. Ancak failin eylemi mağdurun oral bölgesine ise faildeki eyleminin amacı cinsel nitelikte olması gerekmektedir. Aksi durumda cinsel saldırı suçu oluşmayacaktır. Örneğin bir kimseye oral yoldan zorla sağlığını bozacak sıvı veya katı maddeler yedirilmesi halinde eylemlerin cinsel nitelikte olmadığından cinsel saldırı suçunu oluşturmayacaktır.¹²²

3. NİTELİKLİ CİNSEL SALDIRI SUÇUNUN HUKUKA AYKIRILIK UNSURU

Bu suçun oluşabilmesi için mağdurun rızası bulunmaması gerekir. Bu suçta mağdurun rızası hukuka uygunluk sebebidir. Mağdurun rızası cinsel eylemin hem basit haline ve nitelikli haline ilişkin olmalıdır. Mağdurun hukuken rıza açıklamaya ehil olması gerekir. Bu suçun basit halindeki hukuka aykırılık ile ilgili açıklamalarımız aynen burada da geçerlidir. Hukuk uygunluk nedenlerinden meşru savunma ve zorunluluk hali hukuka aykırılığı ortadan kaldıracı bir etki doğurmaz.

F. EŞE KARŞI İŞLENEN CİNSEL SALDIRI SUÇU

Cinsel saldırı suçunun nitelikli hali eşler arasında da işlenebilir. Buradaki eş deyimi medeni kanun hükümlerine göre geçerli bir biçimde resmi memur önünde evlenmiş kişileri ifade etmektedir.¹²³ İmam nikahlı eşler olması halinde

¹²⁰ Tezcan, Durmuş; Erdem, M.Ruhan; Önok, Murat; s.329

¹²¹ Sanık z'nin diğer sanıklarla fikir ve eylem birliği içerisinde borcunu ödemeyen katılları üzerine oturtmak suretiyle bira şişesini anüsüne sokmaktan ibaret eyleminin nitelikli cinsel saldırı suçunu oluşturduğu(Y.Cd. 2008/2420-2008/3829 01.05.2008 Tarihli Kararı)

¹²² Baytemir, Erdal; s.107

¹²³ Tezcan, Durmuş; Erdem, M.Ruhan; Önok, Murat; s.329

hukuka uygun bir evlilik olmadığından bu eşler arasında hem basit hem de nitelikli cinsel saldırı suçunu oluşturacaktır.

Yeni Türk Ceza Kanunu deyimine bakıldığında cinsel saldırı suçunun basit halinin eşler arasında işlenemeyeceği şeklinde anlaşılmaktadır. Ancak basit cinsel saldırı suçun mağdurunun da resmi nikahlı eş olabileceği kanaatindeyiz.¹²⁴ Çünkü YTCK bireyin cinsel özgürlüğünü koruma altına almıştır. Herkes yasalar çerçevesinde cinsel özgürlüğe sahiptir. Kaldı ki imam nikahlı eşe karşı rızasının dışında nitelikli hal oluşturmayan cinsel davranışlar cinsel saldırı suçunun basit halini oluştururken, 5237 sayılı TCK'daki salt madde metnine bakılarak resmi nikahlı eşe karşı yapılan bu eylemin basit cinsel saldırı suçunu oluşturmayacağı düşünülemez. Resmi nikahla evli olan eş 5237 sayılı TCK'nın koruma altına almaması düşünülemez. Resmi nikahlı olmayan eşe karşı bu suçun basit hali olduğu durumda resmi nikahlı eşe karşı da evleviyetle bu suçun basit hali oluşacaktır. Kanaatimizce 5237 sayılı TCK'nın 102. maddesinin birinci fıkrası kapsamında eşler arasında da basit cinsel saldırı suçu oluşacaktır.

Eşler arasında basit cinsel saldırı suçu işleneceği hususu kabul ettiğimizde aklımıza bir takım sorular gelmektedir. Bunların en başında eşlerin birbirlerini öpmeleri veya sevgi amaçlı dokunmaları için birbirlerinden izin almalarının gerekip gerekmediği hususudur. Burada dikkat edilmesi gereken husus eşlerin cinsel ilişkide rızasının varlığı hususudur. Eşler TMK kapsamında evlenirken aynı çatı altında birlikte yaşamayı ve cinsel ilişkilerinde birbirlerine rızasının olduğunu da kabul etmektedir. Cinsel hayatsız bir evlilik düşünülemez. Yani eşler evlenirken doğal olarak cinsel hayatlarında birbirlerine zımnen rıza vermektedirler. Burada rızanın ne zamana kadar devam edeceği hususu sorun teşkil etmektedir. Eşler arasındaki rıza, suçta korunan hukuksal değer cinsel dokunulmazlık olduğu ve istenmeyen eylemin kişinin cinsel özgürlüğünü de içerecek şekilde vücuduna dokunulmaması göz önüne alındığında eşin diğer eşe "hayır" demesine kadar devam edecektir.¹²⁵ Yani cinsel ilişkiyi istemeyen eşin bunu önceden belirtmesi gerekmektedir. Aksi durumda rızanın varlığı hususunda

¹²⁴ Gündel, Ahmet; YTCK Açıklaması, s.15

¹²⁵ Sevük; Handan Yokuş; s.250

yanılığa düşen eşin eylemi 5237 sayılı TCK'nın 30. maddesi kapsamında değerlendirilebilir.

Madde metninin lafzına bakarak basit cinsel saldırı suçunun resmi nikahlı eşe karşı işlenemeyeceğini varsayarsak karşımıza şu sorun çıkmaktadır. Boşanma davası devam ederken eşlerin ayrı yaşama hakkı bulunmaktadır.¹²⁶ Evleri ayrılmış ancak boşanma davası devam eden ve bu sebeple resmi nikahlı eşi gözükken eşin diğer eşi yolda görüp zorla öpmeye başlaması durumunda basit cinsel saldırı suçunu oluşturmayacaktır. Bu durum anayasa ve yasalar ile güvence

¹²⁶ Eşlerden biri, ortak hayat sebebiyle kişiliği, ekonomik güvenliği veya ailenin huzuru ciddi biçimde tehlikeye düştüğü sürece ayrı yaşama hakkına sahiptir ve birlikte yaşamaya ara verilmesi haklı bir sebebe dayanıyorsa hakim, eşlerden birinin istemi üzerine birinin diğerine yapacağı parasal katkıya, konut ve ev eşyasından yararlanmaya ve eşlerin mallarının yönetimine ilişkin önlemleri alır. Ayrıca, evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerin yerine getirilmemesi veya evlilik birliğine ilişkin önemli bir konuda uyuşmazlığa düşülmesi halinde eşler ayrı ayrı veya birlikte hakimin müdahalesini isteyebilirler. Hakim, bu halde de gerektiği takdirde eşlerden birinin istemi üzerine Kanunda öngörülen önlemleri alır. Tedbir ve iştirak nafakası da hakimin alacağı bu önlemler arasındadır. Hakim, Kanunun takdir yetkisi tanıdığı veya durumun gereklerini ya da haklı sebepleri göz önünde tutmayı emrettiği konularda hukuka ve hakkaniyete göre karar verecektir.

Diğer taraftan, ayrılık durumunda evlilik birliği hukuken devam ettiğine göre, eşler birliğin giderlerine güçleri oranında emek ve malvarlıkları ile katkıda bulunmak durumundadır. Bu nedenle, ayrı yaşamda haklı olan eş, diğer eşten tedbir nafakası isteyebilir. Tedbir nafakasının niteliği ve yasal düzenleme gereği davalı (koca), birliğin giderlerine gücü oranında katılmak zorundadır (TMK md.186/3). Davacının (kadının) gelirinin bulunması, davalının (kocanın) ortak giderlere (elektrik, su, telefon, kira, yakıt parası vs) katılma yükümlülüğünü tamamen ortadan kaldırmaz; bu durum sadece nafaka miktarının takdirinde etkili olabilir. Davacının (kadının) gelirinin bulunması, ona tedbir nafakası bağlanmasını engelleyici bir hal değildir. Hâkim, eşlerin birlikte yaşarken sürdürdükleri hayat seviyesini ayrı yaşamaları halinde de korumaları gerektiğini gözetmeli; "hakkaniyet" ilkesine uygun bir nafaka takdir etmelidir.

Somut olay yönünden yapılan değerlendirme sonunda çoğunlukça; açıklanan yasal düzenleme ve ilkeler ile yargısal uygulama gözetildiğinde, özellikle ayrı yaşam hakkını kazanan kadın için tedbir nafakası verilmesinin yıllardır kabul gördüğü; ayrı yaşayan eşin ekonomik durumu iyi olsa dahi 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun yukarıda açıklanan hükümlerine göre az veya çok katkıda bulunacağı; kadının gelir durumunun ancak takdir edilecek nafaka miktarına etkili olabileceği görüşü benimsenerek, sonuçta davacı kadın yararına tedbir nafakasına hükmedilmesi gerektiği oy çokluğu ile kabul edilmiştir.(YHGK, 2011/3-635 E. – 2011/688 K, 23.11.2011 Tarihli Kararı

altına alınmış kişi hak ve özgürlüklerine aykırı bir durumdur ve yasaların bu durumu koruduğu düşünülemez. Madde metnini dikkate aldığımızda hukuka aykırı bir durum oluşmaktadır.

Yukarıda değindiğimiz gerekçeler dikkate alındığında eşe karşı basit cinsel saldırı suçu işlenebileceği kanaatindeyiz. Eşin diğer eşe cinsel ilişki istemediğini açıkça belirtmesinden sonra eşin her cinsel davranışı cinsel saldırı suçunu oluşturacaktır.

Yasa metni nitelikli cinsel saldırı suçunun eşler arasında işlenmesi durumunda suçun kovuşturulması için eşin şikayetine bağlı tutmuştur. Basit cinsel saldırı suçunun eşler arasında da işlenmesi durumunda diğer mağdurlardan farklı olmayarak kovuşturma yapılabilmesi için eşin şikayetine bağlı olduğu kanaatindeyiz.

G. DAHA AĞIR CEZAYI GEREKTİREN NİTELİKLİ HALLER

6545 sayılı yasa öncesi TCK'nın 102. maddesinin 3. Fıkrası da cinsel saldırı suçunda daha ağır cezayı gerektiren halleri düzenlemiştir. Eski düzenlemeye göre daha ağır cezayı gerektiren haller şunlardı; a) suçun beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı işlenmesi, b) suçun kamu görevinin veya hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle işlenmesi, c) suçun silâhla veya birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi, d) suçun üçüncü derece dâhil kan veya kayın hısımlığı ilişkisi içinde bulunan bir kişiye karşı işlenmesi hallerinde verilecek cezalar yarı oranında arttırılarak verilir şeklinde düzenlenmiştir.

6545 sayılı yasa sonrası kanun maddesinde bir takım değişikliğe gidilerek madde metni yeniden düzenlenmiştir. Yeni düzenlemeye göre artırım maddeleri şu şekildedir; suçun beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı işlenmesi, kamu görevinin, vesayet veya hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle suçun işlenmesi, silâhla veya birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi, insanların toplu olarak bir arada yaşamak zorunluluğunda bulunduğu ortamların sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle, cinsel saldırı için başvuru cebir ve şiddetin kasten yaralama suçunun ağır neticelerine neden olmasıdır.

Bu artırım nedenlerinin uygulanma sebebi mağdurun gerektiği düzeyde ve yeterince direnememesi durumundan yararlanarak failerin suçu daha kolay gerçekleştirmesidir.¹²⁷ Mağdurun kendini savunamayacak halde olmasında ve gösterilen eyleme direnç gösterememesinde failin hiçbir etkisi olmamış olabilir. Ancak fail mağdurun kendini savunamayacak halini bilmesine rağmen isteyerek cinsel davranışlarda bulunması durumunda da fail hakkında bu artırım maddeleri uygulanacaktır. Örneğin mağdurun aldığı alkolün etkisi ile kendini savunamayacak durumda olmasını fırsat bilen fail cinsel davranışlarda bulunursa, mağdurun alkol almasında hiçbir etkisi olmasa bile bu nitelikli hal fail hakkında uygulanacaktır. Burada önemli olan failin mağdurun kendini savunamayacak durumda olduğunu bilmesidir. Bu hususlar failin mağduru daha önceden tanıyıp tanımadığı veya dışarıdan bakıldığında ve eylem sırasında anlaşılıp anlaşılmadığı araştırılarak ortaya çıkacaktır.

Bu nitelikli hallerinin iki veya daha fazlasının aynı olayda birleşmesi halinde artırım birden fazla kez değil bir kez yapılacaktır.¹²⁸ Ancak failin bu eylemleri 5237 sayılı TCK'nın 61. maddesine göre temel cezayı belirlerken alt sınırdan uzaklaştırılması konusunda dikkate alınacaktır..¹²⁹

1. Suçun Beden veya Ruh Bakımından Kendisini Savunamayacak Durumda Bulunan Kişiye Karşı İşlenmesi

5237 Sayılı Türk Ceza kanunu bu artırım maddesi ile mağdurun özelliklerine bakarak faile verilecek cezada artırım yoluna gitmiştir. 5237 sayılı TCK mağdurun beden ve ruh bakımından kendini savunamayacak durumda olmasını ağırlaştırıcı bir neden olarak kabul etmektedir. 5237 sayılı TCK, 765 sayılı TCK'da bulunan akıl hastalığı gibi bir kriter getirmediğinden 765 sayılı

¹²⁷ Malkoç, İsmail; Yeni Türk Ceza Kanunu, s.843

¹²⁸ Sanık hakkında 102/3-a maddesi uygulanmış ise de, sanığın olay sırasında silah da kullandığı, bu durum aynı madde ve fıkrada ağırlaştırıcı neden kabul edildiği ve her iki ağırlaştırıcı nedenin birlikte gerçekleşmesi durumunda dahi cezada bir kez artırım yapılması gerektiği(Y.5.CD. 2006/12173 E. - 2007/314 K. 29.01.2007 Tarihli Kararı)

¹²⁹ Parlar, Ali; Hatipoğlu, Muzaffer; Türk Ceza Kanunu Yorumu; s.1609

TCK'ya nazaran daha kapsamlıdır.¹³⁰ Ayrıca 765 sayılı Türk Ceza Kanununun 416. maddesinde geçen “failin fiilinden başka sebepten dolayı fiile direnemeyecek bir halde bulunan mağdura karşı fiilin işlenmesi hali” ifadesine 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu yer vermemiştir, ancak bu eyleme 5237 sayılı TCK'nın 102/3-a maddesi kapsamında artırım uygulanacaktır.

Mağdurun kendini savunamayacak halinin geçici veya sürekli olması bu artırım maddesinin uygulanması açısından önem arz etmemektedir. Ancak mağdurun geçici olarak kendini savunamayacak halde olması durumu failin eylemi öncesi ve sırasında mevcut olması gerekir. Failin eylemi öncesi mağdurun kendini savunamayacak halinin ortadan kalkması durumunda bu artırım maddesi uygulanmayacaktır.

Mağdurun kendini savunamayacak hali bedensel olabileceği gibi ruhsal da olabilir. Mağdurdaki bu dirençsizliğe hastalık da sebep olabilir. Ancak her hastalık mağdurun direncini kırarak diye bir kaide bulunmamaktadır. Olayın şartlarına ve mağdurun hastalığına bakılarak artırım maddesinin uygulanıp uygulanmayacağına karar verilmelidir. Mağdurun direncinin yetersizliği beden yapısı (aşırı zayıf), hastalığı, yaşlılığı veya bedensel özründen kaynaklanabilir.

Mağdurdaki kendini savunamama olgusu her somut olaya göre ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Mağdurun kendini savunamayacak hali ile failin olay anındaki hali birlikte değerlendirilmelidir. Eğer failin beden gücü ile mağdurun durumu karşılaştırıldığında anormal bir fark görülmezse, başka bir ifadeyle fail de cılız ve güçsüz veya mağdurda olduğu gibi bir özre sahip ise bu artırım maddesi uygulanmamalıdır.¹³¹ Örneğin; fail ve mağdurun görme engelli olduğu durumda fail ve mağdurun şartları eşit durumdadır. Yani failin mağdura karşı bariz bir üstünlüğü bulunmamaktadır. Bu durumda nitelikli halin uygulanmayacağı kanaatindeyiz. Ancak mağdur görme engelli failde mevcut değilse fail hakkında bu fıkradan artırım uygulanır.

¹³⁰ Sevik; Handan Yokuş; s.266

¹³¹ Malkoç, İsmail; Yeni Türk Ceza Kanunu; s.845

Mağdurun ruhsal olarak kendini savunamayacak halde bulunması; mağdurun kendisine yapılan eylemi bilemeyecek veya anlamayacak düzeyde akıl hastası veya akli melekelerini kaybetmiş olmasıdır. Mağdurun akli bozukluğu kendisine yapılan eylemi anlayamamasına veya kavrayamamasına neden olmaktadır.

Mağdurdaki kendini savunamama hali bedensel, ruhsal durumundan veya engelli olmasından meydana gelebilmektedir. Bu halin ise geçici veya sürekli olması bu artırım maddesinin uygulanması için önem arz etmemektedir. Önemli olan bu geçici halin failin eylemi sırasında mevcut olmasıdır. Failin eyleminden sonra bu geçici halin ortadan kalkmaması artırım maddesinin uygulanmasında engel değildir. Mağdurun bu geçici halini fiili işlemeden önce failin bilmesi gerekir. Eğer fail bu konuda kuşkulu ise bu artırım maddesinin uygulanması açısından olası kast hükümleri kapsamında değerlendirme yapılmalıdır.¹³²

Mağdurdaki mevcut akıl hastalığı veya bedensel engeli kendini savunamayacak durumda olup olmadığı her somut olaya göre ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Mağdurun bu halinin tespiti için alanında uzman doktorlardan mağdur hakkında rapor alınmalıdır. Gerekirse mağdurun durumu hususunda Adli Tıp Kurumundan da rapor alınabilir. Doktor raporlarında dikkat edilecek husus mağdurdaki akıl hastalığı veya bedensel hastalığın hekim olmayanlarca anlaşılıp anlaşılmayacağıdır.¹³³ Eğer mağdurun durumu hekim olmayanlarca anlaşılmayacak durumda ise fail 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununun 30/2. maddesi kapsamında hata hükümlerinden yararlanabilir.

2. Kamu Görevinin, Vesayet veya Hizmet İlişkisinin Sağladığı Nüfuz Kötüye Kullanılmak Suretiyle Suçun İşlenmesi

Bu nitelikli hal 5237 sayılı TCK'nın 102. maddesinin 3. fıkrasının b bendinde düzenlenmiştir. Bu bende baktığımızda üç ayrı nitelikli halin düzenlendiğini görmekteyiz. Bunlardan ilki kamu görevinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanma, diğerleri ise vesayet veya hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuzu

¹³² Yaşar, Osman; Gökcan, Hasan Tahsin; Artuç, Mustafa; s.3244

¹³³ Baytemir, Erdal; s. 239

kötüye kullanmadır. Burada fail ile mağdur arasındaki bazı ilişkilerin varlığı cezayı artırıcı neden olarak sayılmıştır.¹³⁴ Bu üç halde de mağdurun direnme gücünün kırılmasının daha kolay olması ve suçun işlenmesindeki kolaylık cezanın ağırlaştırma sebebini oluşturmaktadır.¹³⁵

Kamu görevi gereği failin bu nitelikli hali işleme için öncelikle kamu görevlisi¹³⁶ olması gerekir. Kaldı ki yasa koyucu burada kamu görevlisinden değil, kamu görevinden bahsetmiştir. Failin kamu görevlisi olması tek başına artırım nedeni değildir. Yasa koyucu burada failin kamu görevlisi olması yanında kamu görevinin sağladığı gücün mağdurun üzerindeki etkisinin kötüye kullanılmasını aramaktadır. Failin sahip olduğu konum ve makam itibari ile suçun işlenmesinde kolaylık ve kamu görevi nedeniyle mağdurun direncini çabuk kırabilecek durumda olması gerekmektedir.

Bu nitelikli halini uygulanabilmesi için failin mağdur üzerine görev ve yetki bakımından nüfuzu bulunması gerekmektedir. Ancak burada şu ayrıma dikkat etmek gerekmektedir. Mağdur ile failin kamu dairesinin aynı biriminde çalışıp çalışmaması önemli değildir, önemli olan failin mağdurun görevi konusunda yer değiştirme, sicil verme gibi tasarrufta bulunması gibi yetkilere sahip olması gerekmektedir. Mağdur ile aynı birimde çalışmayan, görev ilişkisi içinde bulunmayan failin yalnızca aynı kurumda üst makamda bulunması bu artırım maddesini uygulamak için yeterli olmamaktadır. Burada dikkat edilmesi gereken mağdurun kamu görevlisi olması ve kamu görevi dolayısı ile faile direnememesidir. Ayrıca bu bendin uygulanabilmesi için, kamu görevinin ya da hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuzun görevin yapıldığı sırada kötüye kullanılması gerekmemektedir. Ancak yapılan görevin veya hizmetin sağladığı etkin durum veya nüfuz nedeniyle suçun işlenmesi gerekmektedir.¹³⁷

Mağdurun kamu görevlisi olmaması durumunda ise doğal olarak astlık, üstlük ilişkisi aranmayacaktır. Burada failin mağdur üzerinde görevinden dolayı

¹³⁴ Baytemir, Erdal; s. 251

¹³⁵ Baytemir, Erdal; s. 251

¹³⁶ TCK.m.6/ c) kamu görevlisi deyiminden; kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi

¹³⁷ Meran, Necati; s.323

bir otorite kurması gerekmektedir. Yani burada fail kamu görevlisi ilişkisi ve kamu görevinin sağladığı otoritenin kolaylığından yararlanarak suç işlemesi gerekmektedir.¹³⁸ Bir doktorun hastasına, polisin şüpheliye, infaz koruma memurunun hükümlü veya tutukluya karşı gerçekleştirdiği cinsel eylemi nüfuzunu kullanmak suretiyle gerçekleştirdiyse bu kapsamda değerlendirilmelidir.¹³⁹ Bu nitelikli halin uygulanabilmesi için eylemin nüfuz veya otoritenin gücünden yararlanarak gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Kamu görevlisi nüfuzunu veya otoritesini kullanmadan mağdura karşı cinsel eylemde bulunursa bu nitelikli hal uygulanmayacaktır.

Hizmet gereği mağdur üzerinde egemenlik kurabilecek durumda olan kişilerin gerçekleştirdiği cinsel eylemler nedeniyle de bu ağırlaştırıcı neden uygulanacaktır. Hizmet ilişkisi, bir hizmet sözleşmesine dayalı olarak mağdurla failin ev veya işyerinde devamlı olarak çalıştığı iş ilişkisidir. Hizmet ilişkisinin bir kamusal veya özel bir kuruma bağlı olarak yerine getirilmesi önemli olmadığı gibi, ücretli veya ücretsiz, geçici veya sürekli olması da önemli değildir. Önemli olan, fail ile mağdur arasında hizmet ilişkisinden kaynaklanan bir bağımlılık ilişkisinin bulunması ve failin de bu ilişkinin sağladığı kolaylıktan yararlanarak suçu işlemesidir.¹⁴⁰⁻¹⁴¹ Mağdur, faile ait işyerinde çalışıyorsa ve iş yerinde mağdura karşı gerçekleştirilen cinsel saldırı eyleminde, failin mağdur üzerinde hizmet ilişkisinden dolayı nüfuz sahibi olacağından bu madde ile failin cezası arttırılmalıdır. Ancak mağdur failin işyerinde çalışmamakla birlikte fail tarafından kendi işyerinde gerçekleştirdiği cinsel saldırı eyleminde hizmet ilişkisi bulunmadığından bu ağırlaştırıcı hal uygulanamaz.¹⁴² Ayrıca fail gerçekte olmadığı halde nüfuzunun varlığı konusunda mağduru kandırarak cinsel eylemde bulunursa da bu nitelikli halin uygulanması kanaatindeyiz. Çünkü ilişkinin esas nedeni failin nüfuzudur. Cinsel ilişkinin kurulması sağlayan ve mağdurun

¹³⁸ Artuç, Mustafa; s.583

¹³⁹ Artuç, Mustafa; s.583

¹⁴⁰ Tezcan, Durmuş; Erdem, M.Ruhan; Önok, Murat; s.331

¹⁴¹ Özel şirkette temizlik işçisi olarak çalışan sanığın hizmet ilişkisinin sağladığı bir nüfuzunun söz konusu olamayacağı gözetilmeyerek 103/1. maddesiyle tayin olunan cezanın 103/3. maddesiyle arttırılması(Y.5.CD. 2008/8023 E. - 2008/7751 K. 15.09.2008 Tarihli Kararı)

¹⁴² Baytemir, Erdal; s.257

iradesini etkileyen bu baskı sonucu gerçekleşen eylemi nitelikli hal olarak kabul etmemek isabetli olmaz.¹⁴³

GÜNDEL bu artırım maddesini eleştirmiştir. GÜNDEL'E göre, "cinsel saldırı suçunun işlenebilmesi için rızası bulunmaması gerekmektedir. Yani suçun işlenmesinde cebir, şiddet, tehdit ve benzeri zorlayıcı ve rızayı ortadan kaldırıcı hareketler gerçekleştirilmelidir. Bu itibarla artık kamu görevinin veya hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuzdan söz etmek mümkün olmayacaktır.", yani rızanın bulunmaması zaten mağdur üzerinde nüfuz kullanma olanağının bulunmadığı anlamı taşır.¹⁴⁴ Ancak kanımızca burada mağdurun rızası , nüfuz kullanmak sureti ile hukuka aykırı olarak elde edildiğinden, geçerli bir rızanın varlığından söz edilemez. Fail ile mağdur arasındaki kamu veya hizmet ilişkisi sona erdikten sonra gerçekleştirilen cinsel saldırı suçunda bu nitelikli hal uygulanmayacaktır.¹⁴⁵

6545 sayılı yasa ile vesayet ilişkisinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanmak şeklinde yeni bir artırım maddesi getirmiştir. Vesayet kurumu 4271 sayılı Medeni kanununun 396-425. Maddelerinde düzenlenmiştir. Velayet altında bulunmayan 18 yaşından küçük her kişi vesayet altına alınır. Bu kapsamda 18 yaşından küçüğe vasi adı altında bir temsilci atanır. Bazı özel durumlarda kişi 18 yaşından büyük olsa bile kısıtlanıp vesayet altına alınır. Bu haller; akıl hastalığı veya akıl zayıflığı, savurganlık, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılığı, kötü yaşama tarzı, kötü yönetim, bir yıl veya daha uzun süreli özgürlüğü bağlayıcı bir ceza alınması, yaşlılığı, engelliliği, deneyimsizliği veya ağır hastalığı sebebiyle işlerini gerektiği gibi yönetemediğini ispat eden her ergin kısıtlanmasını isteyebilir, bu gibi hallerde kişiler kısıtlanarak kendilerini temsil etmesi için vasi atanır. Bu nitelikli halin uygulanması için kişinin hukuken kısıtlanarak vasi atanması gerekir. Failin cinsel

¹⁴³ Malkoç, İsmail; Yeni Türk Ceza Kanunu, s.848

¹⁴⁴ Gündel Ahmet, 5237 Sayılı TCK'da Cinsel Saldırı- Cinsel İstismar- Cinsel Taciz- Rızaen Irza Geçme- Hürriyeti Kısıtlama- Alıkoyma- Fuhuş Ve Müstehcen Yayın Suçları, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2009, s. 16

¹⁴⁵ Sanığın, dükkanında 4 gün çırak olarak çalıştıktan sonra işten ayrılan mağdura takriben 1 ay sonra nitelikli cinsel istismarda bulunması eyleminde, suç tarihi itibarıyla hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuz'u kötüye kullanma unsuru bulunmadığı(Y.5.CD. 2007/7481 E. - 2007/6548 K. 20.09.2007 Tarihli Kararı)

saldırı eylemini gerçekleştirdiği zamanda mağdurun vasisi olması gerekmektedir. Aksi durumda bu ağırlaştırıcı hal uygulanmaz. Örneğin; mağdura akıl hastalığı nedeni ile vasi atanmış ise, burada hem beden veya ruh bakımından kendini savunamayan kişiye karşı, hem de vesayet yetkisi kötüye kullanılarak fiil işlenmiş olabileceğinden iki nitelikli hal oluşabilir.

3. Silâhla veya Birden Fazla Kişi Tarafından Birlikte İşlenmesi

5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu madde metninden de anlaşılacağı üzere iki farklı nitelikli hale aynı bent içerisinde yer vermiştir. Bu bentte yer alan nitelikli hallerden biri suçun silahla işlenmesi diğeri ise birden fazla kişi ile birlikte işlenmesidir.

a. Suçun Silahla İşlenmesi

Suçun silahla işlenmesi halinde nitelikli halin uygulanmasındaki amaç; suçun silahla işlenmesi faile cesaret vererek ve mağduru daha çok korkutarak suçun gerçekleştirmesini kolaylaştırmasıdır.¹⁴⁶ Silah kavramının ne anlama geldiği Türk Ceza kanununun 6. maddesinde tanımlanmıştır. Bu tanıma 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 amaçlı yapılmış olmasa bile fiilen saldırı ve savunmada kullanılmaya elverişli diğer şeyler,
- 5- Yakıcı, aşındırıcı, yaralayıcı, boğucu, zehirleyici, sürekli hastalığa yol açıcı nükleer, radyoaktif, kimyasal, biyolojik maddeler şeklinde tanımlanmıştır.

Kullanılan aletin işlenmesi kastedilen suç açısından da uygun ve elverişli olması gerekir. Çünkü bir nesne bir suç için elverişli iken başka bir suç için elverişli değildir. Türk Ceza Kanunu 6. maddesinin f fıkrasının 3. ve 4. bentlerinde genel bir ifade kullanmıştır. Bu da uygulamada nelerin silah sayılıp sayılmayacağı hususunda tartışma yaratmaktadır. Yargıtay bir kararın bu hususu;

¹⁴⁶ Artuç, Mustafa; s.584

“mağdurun hazırlıktaki beyanında, sanığın kendisine sopayla vurduğunu belirtmesi karşısında, sopanın özellikleri mağdura sorulup, ele geçirilmesi halinde de incelenerek, 5237 sayılı TCK’nın 6. Maddesinde belirtilen nitelikte bulunup bulunmadığı belirlendikten sonra sanığın hukuki durumunun tayini ve takdiri gerekir” şeklinde açıklamıştır.¹⁴⁷

Suçta kullanılan aletin her somut olaya karşı ayrı değerlendirilmelidir. Bir olayda silah sayılan alet diğer bir olayda silah olarak sayılamayabilir. Örneğin; mağdur bir erkeğe karşı fail bayan tarafından bir tabanca veya bıçak kullanarak cinsel saldırı eyleminde bulunması durumunda bu nitelikli hal uygulanacaktır. Ancak fail bayan bir bilye veya misket ile cinsel saldırı eylemini gerçekleştirmeye kalkması durumunda ise bu nitelikli hal uygulanmayacaktır. Çünkü failin elindeki nesne mağdur üzerinde herhangi bir korkutucu etki yaratmayacağı açıktır. Ancak fail bayan bu bilyeyi mağduru yaralamak için kullanması durumunda ise bilyeyi silah olarak kabul edip kasten yaralama suçunun nitelikli hali uygulanacaktır.

Kurusıki tabanca veya gerçeğe benzeyen bıçaklar da bu suçun işlenmesi sırasında silah sayılabilir. Burada dikkat edilmesi gereken husus mağdurun bu silahları gerçek zannetmesidir. Mağdur silahların oyuncak olduğunu eylemin işlenmesinden önce anlamış ise bu nitelikli hal uygulanmayacaktır. Ancak mağdur cinsel saldırı eyleminden sonra bu silahın oyuncak olduğunu anlamış ise nitelikli hal uygulanacaktır. Burada önemli olan failin silahın korkutucu etkisinden yararlanarak eylemini gerçekleştirmesidir. Mağdurun silahın oyuncak olduğunu bilmesi durumunda silahın korkutucu etkisinden söz edilemez.

Cinsel saldırı suçunun nitelikli halinin oluşabilmesi için silahın bizzat mağdurun üzerine doğrultulmuş olması gerekmekte olup silahın mağdurun görebileceği şekilde failin üzerinde bulunması yeterlidir. Ancak doktrinde bu konuda farklı görüşler mevcuttur.

Bir kısım yazarlara göre, suçun silahla işlenmesi arandığından, silahın suçun işlenmesi sırasında ve bunu gerçekleştirmek için kullanılması gerekir. Bu

¹⁴⁷ Polat, Halil; Polat, Aynur Arslan; Ceza Hakiminin Başvuru Kitabı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010, s.1140

bakımdan, failin üzerinde salt bir silahın bulunmuş olması nitelikli halin uygulanmasını gerektirmez.¹⁴⁸

Bizim de katıldığımız diğer görüşe göre, somut olayda silahın mağdura teşhir edilmesi bu nitelikli halin uygulanması için yeterlidir. Silahın ayrıca kullanılmış olmasına gerek yoktur.¹⁴⁹ Bu artırım maddesinin uygulanmasındaki amacı yukarıda değinmiştik, orada da belirttiğimiz gibi failin silahın korkutucu etkisinden yararlanarak mağdurun direncini daha kolay biçimde kırmasıdır. Mağdurun direncinin kırılmasının silahın etkisinden yararlanmak için failin bizzat mağdura karşı etkili olarak kullanılmasına gerek bulunmamaktadır. Failin mağdura gerektiğinde kullanabileceği mesajını verecek şekilde silahını teşhir etmesi yeterlidir. Ancak dikkat edilmesi gereken husus mağdurun faildeki silahı görmesidir. Aksi durumunda mağdur failde bir silah olup olmadığını bilemeyecektir ve suçun işlenmesinde silah herhangi bir kolaylık sağlamayacaktır. Bu nedenle de bu nitelikli hal uygulanmayacaktır.

Silahın bizzat cinsel saldırı suçun işlenmesi sırasında kullanılmalıdır. Cinsel saldırı suçu işlendikten sonra silah kullanılması durumunda bu nitelikli hal uygulanmayacaktır.¹⁵⁰ Ayrıca başkalarının müdahalesini önlemek için başka bir suçun işlenmesi sırasında silah kullanılması halinde de bu nitelikli hal uygulanmayacaktır.¹⁵¹

b. Suçun Birden Fazla Kişi ile İşlenmesi

Yasa koyucu bu suçun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi halini nitelikli hal olarak düzenlemiştir. Yasa koyucu burada cinsel saldırı suçlarının birden fazla kişi tarafından aynı zamanda ve aynı yerde işlenmesi halinde mağdurda ve kamuoyunda yaratacağı olumsuz etkiler ve fail sayısının mağdurda oluşturacağı korku ile suçun işlenmesinde sağlanacak kolaylıktan yararlanmayı cezalandırmak istemiştir.¹⁵²

¹⁴⁸ Baytemir, Erdal; s.261

¹⁴⁹ Parlar, Ali; Hatipoğlu, Muzaffer; Ağır Ceza Davaları; s.179

¹⁵⁰ Artuç, Mustafa; s.585

¹⁵¹ Parlar, Ali; Hatipoğlu, Muzaffer; Ağır Ceza Davaları; s.179

¹⁵² Artuç, Mustafa; s.585

Madde metni içerisinde geçen “birden fazla deyiminden” en az iki veya daha fazla kişi olarak anlamalıyız. Birden fazla kişi koşulunun oluşabilmesi için kişilerin her birinin cezai ehliyetinin tam olması gerekmektedir.¹⁵³ Bir kısım faillerin yaşı küçük olabileceği gibi bir kısım kişilerin ise akli melekelerinin olmaması bu nitelikli halin uygulanmasına engel değildir. Örneğin; faillerden birinin akli dengesinin yerinde olmamasına karşın mağdurun kollarından tutup diğer failin cinsel davranışını kolaylaştırıyorsa bu nitelikli hal uygulanacaktır. Bu husus TCK’nın 40. maddesinde “suçun işlenişine iştirak eden her kişi diğerinin cezalandırılmasını önleyen kişisel nedenler göz önünde bulundurulmaksızın kendi kusurlu fiiline göre cezalandırılır” şeklindeki düzenleme kapsamında dikkate alınacaktır.¹⁵⁴ Faillerin aynı cinsiyette olması gerekmektedir. Faillerden biri erkek diğerinin kadın olması durumunda da bu nitelikli hal uygulanacaktır.

Bu nitelikli halin uygulanabilmesi için suçun tamamlanmış olması gerekmektedir. Faillerin gerçekleştirdiği cinsel saldırı suçu teşebbüs aşamasında kalmış olsa bile bu nitelikli hal uygulanacaktır.¹⁵⁵

Bu nitelikli halin uygulanması için gerekli şartlardan ilki birden fazla kişi olması diğeri ise faillerin birlikte bu suçu işlemeleridir. Birden fazla failin suçu işlerken eylemlerini 5237 sayılı TCK’nın 37. maddesinde düzenlenen müşterek fail olarak gerçekleştirmesi gerekmektedir. Burada önemli olan husus faillerin müşterek fail olarak hareket etmiş olması gerekmektedir. Eğer faillerden biri azmettiren veya yardım eden ise burada birden fazla failin birlikte cinsel saldırı suçu işlediğinden bahsedilemeyeceğinden bu nitelikli hal uygulanmayacaktır. Örneğin; hasmının eşine cinsel saldırı eylemi gerçekleştirmek için adam tutan ve tuttuğu adamın cinsel saldırı eylemini gerçekleştirmesi durumunda birden fazla fail bulunmasına karşın bu nitelikli hal uygulanmayacaktır. Çünkü yasa metninden de anlaşılacağı üzere faillerin eylemi birlikte gerçekleştirmesi gerekmektedir. Verdiğimiz örnekte azmettiren tuttuğu adam ile birlikte bizzat mağdura karşı cinsel eylemde bulunsa idi bu nitelikli hal uygulanacaktır. Azmettirme veya yardım etme durumunda eylemi gerçekleştiren fail cinsel saldırı suçunun basit

¹⁵³ Meran, Necati; s.325

¹⁵⁴ Meran, Necati; s.325

¹⁵⁵ Meran, Necati; s.326

halinden cezalandırılırken, azmettiren TCK'nın 38. maddesi yardım eden ise TCK'nın 39. maddesi kapsamında cezalandırılacaktır. Burada dikkat edilecek husus mağdurun yardım edenden etkilenip etkilenmediği hususudur. Örneğin; yardım eden mağdurun kendisini görmediği yerde gözcülük yapmış ise ve mağdurda bu kişinin orada olduğunu bilmiyorsa "birden fazla kimse" tabirine dahil olmayacak, gözcülük yapmakla birlikte mağdur tarafından görüldüğü ve varlığından etkilenildiği hallerde bu kişi "birden fazla kimse tabiri" içinde değerlendirilecektir.¹⁵⁶

Yargıtay bir kararında " mağdurenin metruk bir eve zorla götürülmesinden sonra sanık Bayram'ın gitmesini istediği Hasan'ın dışarı çıkarak köye gidip bilahare mağdurenin bulunduğu evin önündeki araçta kalıp sabahladığı anlaşıldığından, Sanık Hasan'ın nitelikli cinsel saldırı suçunun icrasını kolaylaştıran nitelikte yapıcı davranışlarıyla sanık Bayram'ın fiiline doğrudan eylemsel olarak katıldığını kabule yeterli delil bulunmadığı gözetilmeden beraati yerine yazılı gerekçelerle mahkumiyet hükmü kurulması yasaya aykırıdır"¹⁵⁷ şeklinde faillerin her birinin bizzat eyleme katılması gerektiğine değinmiştir. Yargıtay da kararında da belirttiği gibi müşterek faillerin cinsel saldırı eyleminin öncesi veya cinsel saldırı eylemi tamamlandıktan sonra ortak hareket etmesi nitelik hali uygulanması için yeterli değildir. Bu nitelikli halin uygulanabilmesi için faillerin cinsel saldırı eylemine müşterek olarak katılması gerekmektedir.¹⁵⁸

Müşterek faillik TCK'nın 37. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre;

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

¹⁵⁶ Artuç, Mustafa; s.586

¹⁵⁷ Y.5.CD. 2006/6049 E. - 2006/7878 K. 18.09.2006 Tarihli Kararı

¹⁵⁸ Sanıklardan birinin mağdurun pantolon ve külotunu çıkartıp iki dakika kadar sürtünerek basit cinsel istismar suçunu işlediği sırada yanında bulunan diğer sanığın, mağdurun başını tutarak direncini kırmak suretiyle suçu birlikte gerçekleştiren sanığın 5237 sayılı tck'nın 37/1. maddesi gereğince fail olarak sorumlu tutulması gerektiği gözetilmeden, aynı yasanın 39/2. maddesi uyarınca cezadan indirim yapılması bozmayı gerektirmiştir. (Y.5.CD. 2006/5223 E.- 2006/6921 K. 18.09.2006 Tarihli Kararı)

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

Madde metninden de anlaşılacağı üzere faillerin her birinin fiil üzerinde birlikte hareket etmeleri gerekmektedir. Burada dikkat edilecek husus faillerin her biri aynı hareketi yapmaları gerekmemektedir. Biri mağdurun kollarını tutarken diğerinin cinsel saldırı eyleminde bulunması durumunda da nitelikli hal uygulanacaktır. Burada önemli olan faillerin ortak bir amaç için fikir birliği içinde hareket etmesidir.

Müşterek failliğin oluşabilmesi için gerekli şartlardan diğeri faillerin ortak suç işleme kararının bulunması gerekmektedir. Belli bir hareketin icrasına ve neticenin meydana gelmesine ilişkin olan birlikte suç işleme kararı, kast kapsamında düşünülmelidir.¹⁵⁹ Ayrıca faillerden birinin suçun işlenmesinde olası kastla hareket etmesi bu nitelikli halin uygulanması engel değildir. Yani bu nitelikli halin uygulanabilmesi için faillerden biri doğrudan kastla hareket ederken diğeri olası kastla hareket etmesi yeterlidir.

Faillerin cinsel saldırı eylemini mağdura karşı aynı anda gerçekleştirmiş olması durumunda faillerin birbirlerine yardım etmeleri aranmadan yapılan eylemleri nitelikli hal olarak kabul edeceğiz. Faillerin eylemi aynı mağdura karşı olmalıdır. Birden fazla fail ve mağdur bulunması durumunda her bir fail bir mağdura karşı cinsel saldırı eylemini gerçekleştirmiş ise nitelikli hal uygulanmayacaktır.¹⁶⁰ Çünkü faillerin eylemleri aynı mağdura karşı değildir. Faillerin her bir eylemi farklı mağdura karşı gerçekleştirildiğinden bu nitelikli hal uygulanmayacaktır. Ancak her bir fail aynı mağdura karşı sıra ile eylemini gerçekleştirmesi durumunda zincirleme suç hükümleri uygulanacaktır. Yargıtay'ında bu konuda bizimle aynı görüşte kararları mevcuttur.¹⁶¹

¹⁵⁹ Meran, Necati; s.327

¹⁶⁰ Artuç, Mustafa; s.587

¹⁶¹ Sanıkların olay günü, köylerinden Samsun'a gitmek üzere yola çıkan katılan K. ve S.'ı araçlarına aldıkları, bir süre sonra S.'ı darp edip uzaklaştırdıktan sonra katılan K.'ı mahkemece yapılan keşifte ıssız ve تنها bir mahal olduğu belirlenen Toraman Tepe mevkiine götürdükleri,

Azmettiren veya yardım eden faillerin sorumlu olduğu eylemlerde, azmettiren veya yardım eden dışında mağdura karşı birden fazla fail cinsel saldırı eyleminde bulunursa azmettiren veya yardım edenler hakkında da bu nitelikli hal uygulanacaktır.¹⁶² Burada dikkat edilmesi gereken husus; azmettirenin birden fazla kişiyi azmettirme kastının bulunması gerekir. Aksi halde azmettiren bir faili azmettirmiş, o fail eylemi birden fazla kişi ile icra etmiş ise burada azmettiren nitelikli halden sorumlu olmaz. Ayrıca failler cinsel saldırı suçu işlenirken mağdura karşı birden fazla artırım maddesindeki eylemleri yaparsa bir kez arttırılıp, suçun alt sınırından uzaklaşılması yoluna gidilmelidir.¹⁶³ Örneğin; birden fazla kamu görevlisinin görevli olduğu sırada nezarethanede bulunan mağduru silahla tehdit ederek birlikte cinsel saldırı eylemi gerçekleştirmesi durumunda failler birden fazla artırım maddesini ihlal etmektedirler. Burada tek bir artırım yapılacak ancak suçun temel cezasını belirlerken hakim alt sınırdan uzaklaşarak belirleyecektir. Bu husus TCK'nın 61. maddesi kapsamında cezayı belirlerken dikkate alınacaktır. Yargıtay ceza genel kurulu bir kararında hakimin her somut olaya ve mevcut şartlar göre ceza belirlemesi yapması gerektiğini belirtmiştir.¹⁶⁴

aralarında önceden vardıkları anlaşma gereği burada dört sanığın cebir ve tehdit kullanarak sırayla katılana organ sokmak suretiyle nitelikli cinsel saldırıda bulunduğu, aynı suç işleme kararı altında bir sanığın eylemini gerçekleştirirken diğer sanıkların eylemin gerçekleştiği ortama çok yakın yerde beklediği somut olayda, eylemlerin değişik zamanlarda işlendiği, başka bir anlatımla aynı zaman dilimi içerisinde işlenmediği gibi hukuki anlamda tek bir fiilden de söz edilemeyeceği, dolayısıyla olayımızda zincirleme suç hükümlerinin uygulanma şartlarının gerçekleştiğinin kabulü gerekmektedir.(YCGK. 2013/379 E. – 2013/427 K. 22.10.2013 Tarihli Kararı)

¹⁶² Artuç, Mustafa; s.587

¹⁶³ Suçun nitelikli halleri bir bütün olarak sayılmış, her bir bent için ayrı artırım yapılacağına ilişkin bir düzenleme de bulunmadığından, birden fazla nitelikli halin birleşmesi durumunda temel ceza belirlenirken alt sınırdan uzaklaşarak bir kez artırım yapılmalıdır.(Y.9.CD. 2008/18730 E.- 2010/8448 K. 14.07.2010 Tarihli Kararı)

¹⁶⁴ Hâkimin temel cezayı belirlerken dayandığı gerekçenin TCK'nın 61/1. maddesine uygun olarak, suçun işleniş biçimi, işlenmesinde kullanılan araçlar, işlendiği zaman ve yer, suç konusunun önem ve değeri, meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığı, failin kast veya taksire dayalı kusurunun ağırlığı, failin güttüğü amaç ve saiki ile ilgili dosyaya yansıyan bilgi ve

4. Üçüncü Derece Dâhil Kan veya Kayın Hısımlığı İlişkisi İçinde Bulunan Bir Kişiye Karşı Üvey Baba, Üvey Ana, Üvey Kardeş, Evlat Edinen Veya Evlatlık Tarafından Suçun İşlenmesi

Kanun koyucunun böyle bir ağırlatıcı nedeni kabul etmesinin sebebi, hısımlık ilişkisinden dolayı mağdurla olan yakınlığın bu suçu işlemede kolaylık sağlaması ve mağdur üzerindeki nüfuz ve güce sahip olması ve mağdurun faile duyduğu güvenin kötüye kullanılmasıdır.¹⁶⁵ Bu madde metninde akrabalık ilişkisi ön plana alınmıştır. Bu sebeple mağdur ile fail arasında kan veya kayın hısımlığı bulunması arasında bir fark bulunmaktadır. Bu artırım maddesine bakıldığında failin mağdur üzerinde belli bir nüfuz kurmasına da gerek yoktur. Fail ile mağdur arasında belli bir dereceye kadar kan veya kayın hısımlığı bulunması bu artırım maddesinin uygulanması için yeterlidir.

Kan hısımlığı, bir kimse ile onun kendilerine kan bağıyla bağlı bulunduğu kişiler arasındaki hısımlıktır, uygulamada soy hısımlığı olarak da adlandırılmaktadır. Örneğin, bir kimsenin kendi ana ve babası, kardeşleri, ana ve babasının ana babaları (büyük ana ve büyük babaları), çocukları ve torunları, amca, hala, dayı, teyzeleri ile kuzenleri arasındaki hısımlık kan hısımlığıdır. Kişiler arasındaki mevcut kan hısımlığının derecesi, hısımlar arasındaki doğumların sayısı ile belli olur. Kan hısımlığı da kendi içinde, “üstsoy-altsoy hısımlığı” ve “yansoy hısımlığı” olmak üzere iki gruba ayrılmaktadır.

Düz hat hısımlığı olarak da adlandırılan üstsoy-altsoy hısımlığı, biri diğerinden gelen, yani birbirlerinden üreyen kişiler arasındaki hısımlıktır. Üstsoy-altsoy hısımlığı, hem baba hem de ana tarafından sınırsız olan bir hısımlıktır. Bir kimsenin düz hattın aşağı inen hısımları alt soy hısımları, düz hattın üzerindeki hısımları ise üst soy hısımlarıdır. Örneğin, bir kimsenin babası, dedesi, büyük dedesi, annesi, anneannesi üst soyu, oğlu, oğlunun oğlu veya kızı ise alt soyudur.

Yan soy hısımlığı, ortak soydan gelenler arasındaki hısımlıktır. O hâlde, iki kimsenin birbirlerinin yansoy hısımları olabilmeleri için, her ikisinin de ortak bir soydan (kökten) gelmeleri gerekir. Bu itibardır ki, kardeşler arasında; bir kimse

belgelerin isabetle değerlendirildiğini gösterir biçimde yasal ve yeterli olmalıdır.(YCGK. 2012/6-1555 E. - 2013/48 K. 12.02.2013 Tarihli Kararı)

¹⁶⁵ Sevük, Handan Yokuş; s.267

ile amcası, halası, dayısı ve teyzesi arasında; aynı şekilde, o kimse ile amca, hala, dayı ve teyzesinin çocukları yani kuzenleri arasında yansoy hısımlığı vardır.¹⁶⁶

Kayın hısımlığı, evlenme dolayısıyla meydana gelen hısımlıktır. Eşlerden biri ile diğer eşin kan hısımları, aynı tür ve dereceden kayın hısımları olurlar. Örneğin, eşin anası, babası, kardeşleri, kuzenleri vb. diğer eşin aynı dereceden kayın hısımlarıdır. Kayın hısımlığının bazı önemli sonuçları vardır. Öncelikle evlenmeyle meydana gelmiş olan kayın hısımlığı, evliliğin sonradan iptal, ölüm veya boşanma sebebiyle ortadan kalkması hâlinde sona ermez, yine devam eder. Fakat evlilik sona erdikten sonra eski eşlerin yeni doğan kan hısımları ile diğer eski eş arasında kayın hısımlığı meydana gelmez. Başka bir ifadeyle evlilik birliğinin sona ermesinin ardından yeni kayın hısımlığı doğmaz.¹⁶⁷

Bu artırım maddesi kapsamında doktrinde tartışmalı bir konu bulunmaktadır. Bu husus ise kayın hısımlarına karşı evlilik birliği sona erdikten sonra cinsel saldırı suçu işlenmesi durumunda bu nitelikli halinin uygulanıp uygulanmayacağı hususudur. Doktrindeki bir görüşe göre eşler arasında evlilik birliği sona erse bile failin kayın hısımlığı bulunan mağdura karşı cinsel saldırı suçunu işlemişse bu nitelikli hal uygulanacaktır.¹⁶⁸ Bunun sebebi ise TMK'nın 18. maddesidir. Bu madde metninde de belirtildiği üzere evlilik birliği sona erse bile kayın hısımlığı ortadan kalkmayacağıdır. Artırım uygulanmasını savunan yazarlar da bu maddeye dayanmaktadır.

Bizim de katıldığımız diğer görüşe göre evlilik birliği sona ermesi ile failin mağdur üzerinde gerçekleşeceği cinsel saldırı eyleminin kolaylaşacağı durum ortadan kalkacağından bu artırım maddesinin uygulanmaması gerektiğidir.¹⁶⁹ Kaldı ki Yargıtay'da bir kararında; evliliğin sona ermesi ile sıhri hısımlığın ortadan kalkmayacağına ilişkin Medeni kanunu'n 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 maktüle ile sanık Ö. arasındaki daha önce oğlunun ölümü ile

¹⁶⁶ Çalışkan, Suat; s.48

¹⁶⁷ Yaşar, Osman; Gökcan, Hasan Tahsin; Artuç, Mustafa; s.3246

¹⁶⁸ Malkoç, İsmail; s.849

¹⁶⁹ Yaşar, Osman; Gökcan, Hasan Tahsin; Artuç, Mustafa; s.3246

mevcut kayınbaba-gelin ilişkisi sona erdiğinden sanık hakkında TCK'nın 448.(YTCK 81) maddesiyle hüküm kurmak gerekirken, 449/1 maddesiyle hüküm kurması yasaya aykırıdır.¹⁷⁰ Yargıtay kararında belirttiği üzere Türk Medeni Kanununun 18. maddesindeki durum aile hukuku açısından geçerlidir. Kaldı ki boşandıktan sonra eşler arasında bile bu nitelikli hal uygulanmaz iken kayın hısımları arasında uygulanmasını düşünmek bir çelişki yaratmaktadır. Bu sebeple evlilik birliği ortadan kalktıktan sonra fail kayın hısımına karşı cinsel saldırı suçunu işlediğinde bu artırım maddesi uygulanmayacaktır.¹⁷¹

Bu artırım maddesinin uygulanabilmesi için failin, eylemi gerçekleştirmeden önce hısımlık ilişkisi olduğunu bilmesi gerekmektedir.¹⁷² Fail mağdur ile hısımlık ilişkisi bulunmasına rağmen bunu bilmeden eylemini gerçekleştirirse fail hakkında bu artırım maddesi uygulanmaz.

- 6545 sayılı yasa ile getirilen Üvey Baba, Üvey Ana, Üvey Kardeş, Evlat Edinen veya Evlatlık Tarafından cinsel saldırı suçunun işlenmesi

Bu yeni düzenleme ile ağırlaştırıcı hal genişletilmiştir. Üvey baba deyiminden; annesi ile evli olan kişi ile çocuğun kan bağıının olmamasıdır. Aynı şekilde üvey anne deyiminden; babası ile evli olan kişi ile çocuğun kan bağıının olmamasıdır. Üvey kardeş deyiminden; anne ve babalarının farklı olan çocukların evlilik birliği içinde bir araya gelmesi hali anlaşılmaktadır.

Evlatlık kurumu Türk Medeni kanununun 305 vd. maddelerince düzenlenmiştir. Türk Medeni kanunu evlatlık veya evlat edinenin tanımı yapmamıştır. TMK evlat edinme şart ve usulünü düzenlemiştir. Bu yasa maddeleri göz önüne alındığında, TMK'daki şartları taşıyan kişilerin küçük çocukları, ergin veya kısıtlılar ile kan bağına dayanmayan hısımlık kuran kişiye evlat edinen, küçük çocuğa ise evlatlık denilmektedir. 6545 sayılı yasa ile evlatlığın evlat edinene veya evlat edinenin evlatlığa karşı yaptığı cinsel saldırı suçunu ağırlaştırmıştır.

¹⁷⁰ Meran, Necati; s.324

¹⁷¹ Yaşar, Osman; Gökcan, Hasan Tahsin; Artuç, Mustafa; s.3246

¹⁷² Artuç, Mustafa; s.584

5. İnsanların Toplu Olarak Bir Arada Yaşamak Zorunluluğunda Bulunduğu Ortamların Sağladığı Kolaylıktan Faydalanmak Süetiyle İşlenmesi

Yasa koyucu 6545 sayılı yasa ile getirdiği bu düzenleme ile yeni bir artırım maddesi getirmiştir. Bu düzenleme ile yasa koyucu cezaevi, okul, hastane gibi insanların toplu olarak yaşamak zorunda kaldığı yerlerde işlenmesi durumunu cinsel saldırı suçunda ağırlaştırıcı hal olarak kabul etmiştir.

Madde metninden açıkça anlaşıldığı üzere; bu ağırlaştırıcı nedenin uygulanabilmesi için toplu yaşama kıstası yeterli değildir; burada aranan koşul zorunlu olarak birlikte yaşamaktır. Bu zorunluluğun oluşmasının yanında failin; bu halin yarattığı kolaylıktan faydalanarak cinsel saldırı suçunu işlemesi halinde failin aldığı ceza arttırılacaktır. Bu düzenleme ile yasa koyucu yeni bir artırım maddesi getirmiştir.¹⁷³

Kanun koyucu söz konusu ağırlaştırıcı sebep yönünden herhangi bir tanım yapmamış olup; nerelerin insanların toplu olarak bir arada yaşamak zorunluluğunda bulunduğu ortam olarak kabul edileceği yargı kararlarına bırakmıştır. Kişilerin toplu olarak bir arada bulunma zorunluluğu olduğu yerlerde cinsel saldırı suçunun işlenmesi nispeten daha kolay olacağından kanun koyucu bu durumu ağırlaştırıcı sebep olarak düzenlemiştir. Örneğin öğrenci yurtları, askeri birlikler, sığınma evleri, huzur evleri gibi mekanlar insanların bir arada bulunmak zorunluluğunda olduğu yerler arasında sayılabilir.

Toplu taşıma araçlarında, sinemalarda, stadyumlarda işlenen cinsel saldırı suçlarında bu nitelikli halin uygulanıp uygulanmayacağı hususu aklımıza gelmektedir. Bu geçici kalınan yerleri madde metnine bakıldığında yaşamak zorunda olunan yerler kapsamında değerlendirmemeliyiz. Suçta ve cezada kanunilik prensibi gereği yaşanan yer kavramına girmeyen sinema, tiyatro ve

¹⁷³ Nişancı, Doğan; 6545 Sayılı Kanun İle Getirilen Yenilikler Işığında 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Çocukların Cinsel İstismar Suçu, TBB Dergisi, S.120, 2015, s.245

toplu taşıma araçları gibi yerlerde işlenen suçlarda bu nitelikli hal uygulanmayacaktır.¹⁷⁴

H. NETİCESİ SEBEBİYLE AĞIRLAŞAN CİNSEL SALDIRI SUÇLARI

Meydana gelen neticenin failin gerçekleştirmek istediği neticeden daha ağır olması halinde failin istediği kastı aştığı ve bunun sonucunda cezanın ağırlaşması halini doğuran suç tipine netice sebebiyle ağırlaşmış suç denilmektedir.¹⁷⁵ Netice sebebiyle ağırlaşmış suç 5237 sayılı TCK'nın 23. maddesinde düzenlenmiştir. 5237 sayılı TCK'nın 23. maddesinde netice sebebiyle ağırlaşmış suç "bir fiilin, kastedilenden daha ağır veya başka bir neticenin oluşumuna sebebiyet verilmesi halinde, kişinin bundan dolayı sorumlu tutulabilmesi için bu netice bakımından en azından taksirle hareket etmesi gerekir" şeklinde tanımlanmıştır.

Kural olarak suçlar kasten işlenebilir. Ancak istisnai olarak faili taksirli hareketinden dolayı da sorumlu tutmaktayız. Kast, 5237 sayılı TCK'nın 21. maddesinde tanımlanmıştır. Bu tanımlamaya göre kast; failin suçun kanuni tanımındaki unsurlarını bilmesi ve istemesidir. Faili kasten işlenen bir suçtan sorumlu tutabilmek için suçu işlerken özgür iradesi ile hareket etmesi gerekmektedir. Çağdaş ceza hukukunda failin sorumlu tutulabilmesi için en azından taksir düzeyinde de olsa kusurlu hareket etmesi gerekmektedir. Taksir, failin suçun meydana gelmesini engelleyecek dikkat ve özeni göstermemesidir.

Netice sebebiyle ağırlaşmış suçlara failin temel suç tipine göre daha fazla cezaya çarptırılmasının nedeni, temel suç tipinin ağır neticeyi veya başka bir neticeyi doğurma tehlikesi bünyesinde taşımaya rağmen işlenmiş olmasıdır. Örneğin; taksirle yaralamanın gebe bir kadının çocuğunun düşmesine yol açması eyleminde, gebe kadının yaralanması başka bir netice olan çocuğun düşmesi

¹⁷⁴ Şen, Ersan; Cinsel Saldırı Suçları, <http://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/1638926-cinsel-saldiri-suclari>

¹⁷⁵ KAYMAZ, Seydi; 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununun 87/4. Maddesinde Düzenlenen Netice Sebebiyle Ağırlaşmış Yaralama Suçu, TBB Dergisi, S.58,2005,s.74

neticesini bünyesinde barındırdığından, netice sebebiyle ağırlaşmış yaralama hali bulunmakta olup, failin cezası bu nedenle ağırlaşmaktadır.¹⁷⁶

Fail asıl suçu işlerken kasten hareket etmiş olabilir. Ancak failin netice sebebiyle ağırlaşan suçu da kasten işlenmesi gerekmekte olup taksirle hareket etmesi yeterlidir. Anayasa mahkemesi netice sebebiyle ağırlaşan suçlara ilişkin düzenlemenin yer aldığı 5237 TCK'nın 23. maddesi hükümlerinin anayasaya aykırı olduğu iddiası açılan bir davanın reddine karar vermiştir.¹⁷⁷

Yargıtay 5. Ceza dairesinin 20.05.2008 tarihli kararında¹⁷⁸ da belirttiği üzere netice sebebiyle ağırlaşan suçlara teşebbüs mümkün değildir. Bu kapsamda

¹⁷⁶ APAYDIN, Cengiz; Taksirle Yaralama Suçu, Ankara Barosu Dergisi, S.1, 2011, s.93

¹⁷⁷ Çağdaş ceza hukukunun önde gelen özelliklerinden biri kusurlu sorumluluğu benimsemiş bulunmasıdır. Ceza hukukçularının büyük bir çoğunluğuna göre, bir insan davranışı olmadan suç olmaz, ancak onun bu davranışı nedeniyle ortaya çıkan sonuçtan sorumlu tutulabilmesi için de, o davranışının en azından kusurlu bulunması gerekir. Böylece modern ceza hukuku, objektif sorumluluğu terk ederek "kusursuz suç olmaz" anlayışını çağdaş ceza hukukunun temel bir ilkesi olarak kabul etmiştir.

5237 sayılı Türk Ceza Kanununda da bu doğrultuda düzenleme yapılarak 23. Maddede kusurun en hafif sekli olan taksire yer verilmiştir. Buna göre, fail ağır neticeden, bu ağır netice öngörülebilir olmasına rağmen özen yükümlülüğüne aykırı davranması nedeniyle meydana gelmesi durumunda sorumlu tutulabilecektir. Hiç kimse tarafından öngörülmesi mümkün olmayan veya öngörülebilir olmakla birlikte önlenmesi mümkün olmayan bir neticeden dolayı bir kimse sorumlu tutulamayacaktır. Failin istemiş bulunduğu neticenin dışında ya da daha ağır neticelerin meydana gelmesi durumunda, failin bu neticelere yönelik kastı veya en azından taksiri aranmaksızın, sadece hareket ile sonuç arasındaki nedensellik bağı yeterli görülerek sorumlu tutulması mümkün olmayacaktır.

Türk Ceza Kanunu'nun itiraz konusu 23. maddesi genel hükümler arasında yer alan ve amacı kusursuz suç ve ceza olmaz ilkesine uygun olarak objektif sorumluluğu ortadan kaldırarak sistemi çağdaş ceza hukuku anlayışına kavuşturmak olan genel bir düzenlemedir. Açıklanan nedenlerle itiraz konusu kural, Anayasa'nın 2. maddesine aykırı değildir. (Anayasa Mahkemesi, 19.2.2009, 2006/72 E, 2009/24 K), KAYMAZ, Seydi; BOZBAYINDIR, Ali Emrah; Neticesi Sebebiyle Ağırlaşan Yaralama Suçundan Sorumluluk ve Bu Konudaki Bazı Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt. LXVIII, Sayı.1-2, 2010, s.83-85

¹⁷⁸ Netice sebebiyle ağırlaşmış suçlarda failin bu ağır neticeden ancak onun gerçekleşmesi halinde sorumluluğu kabul edildiğinden ağır neticeye yönelik taksir derecesinde bir kusur aranması

netice sebebiyle ağırlaşan suçlarda 5237 sayılı TCK'nın 35. maddesinde düzenlenen teşebbüs hükümleri uygulanmaz.

Cinsel saldırı suçu kapsamında netice sebebiyle ağırlaşan 3 hal bulunmaktadır. Bunlardan ilki Cinsel Saldırı için başvuru cebir ve şiddetin kasten yaralama suçunun ağır neticelerine neden olması ikincisi failin eylemi sonucunda mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulmasıdır. Bu hüküm 18.06.2014 tarih 6545 sayılı yasa ile ortadan kaldırılmıştır. Ancak lehe yasa değerlendirilmesinde bu madde fıkrası da dikkate alınacağından tez kapsamında tanımlanmıştır. Netice sebebiyle ağırlaşan son hal ise mağdurun eylem sonucunda bitkisel hayata girmesi veya ölmesidir.

1. Cinsel saldırı için başvuru cebir ve şiddetin kasten yaralama suçunun ağır neticelerine neden olması (Mağdurun Direncinin Kırılmasını Sağlayacak Ölçünün Ötesinde Cebir Kullanılması)

- 6545 sayılı yasa öncesi Mağdurun Direncinin Kırılması Sağlayacak Ölçünün Ötesinde Cebir Kullanılması

Bu madde kapsamında yasa koyucu özel bir içtima kuralına yer vermiştir.¹⁷⁹ Bu hüküm uyarınca suçun işlenmesi sırasında mağdurun direncini kırılmasını sağlayacak ölçünün ötesinde cebir kullanılması durumunda kişi ayrıca kasten yaralama suçundan cezalandırılacaktır.

Burada cebir kavramını açıklamak gerekmektedir. Cebir, kişiye karşı fiziki güç kullanmak suretiyle, onun veya bir üçüncü kişinin iradesi ve davranışları

nedeniyle teşebbüsün suç işleme kastına ilişkin şartının gerçekleşmesi mümkün olmadığından ve meydana gelen sonuç istenmediğinden keza Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 18.12.1989 tarih ve 1989/314 E.1989/399 sayılı kararı içeriğine göre de bu suçların teşebbüse elverişli bulunmadığı gözetilmeden sanığa verilen cezadan TCK'nın 35. Maddesi ile indirim yapılması sonucunda sanık müdafii, katılan Y. Vekili ve Katılan N. temyiz itirazları yerinde görülüş olduğundan CMUK 321. maddesi uyarınca bozulmasına oybirliği ile karar verildi.(Y.5.CD. 2008/3349 E. - 2008/4695 K. 20.05.2008 Tarihli Kararı)

¹⁷⁹Donay, Süheyl; s.163

üzerinde zorlayıcı bir etki meydana getirilmesidir.¹⁸⁰ Cebre maruz kalan kişi, bu fiziki gücün meydana getirdiği acının etkisiyle bir davranışta bulunmaya zorlanmaktadır. Cebre maruz kalan mağdur belli bir acı hissetmektedir. Bu hissettiği acı dolayısıyla belli bir davranışı yapmaya zorlanmaktadır.

Mağdurun direncini kırmaya yetecek kadar cebir uygulamak ayrıca başka bir suç oluşturmayacaktır. Burada önemli husus mağdurun direncini kırarak cebirin her somut olaya ve mağdura karşı ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekmektedir.¹⁸¹ Mağdurun direnci mağdurun fiziki durumu ve gücü ile ilgilidir. Çok yaşlı veya hasta, engelli bir mağdura basit bir cebir ile direnci kırılabilirken, dövüş sporları bilen mağdurun direncini daha fazla cebir uygulayarak kırılabilecektir. Yaşlı ve sakatlığından dolayı güçsüz olan mağdurun direnci çok basit bir güçle kırılabilecek iken fazlasını kullanan fail ayrıca kasten yaralama suçundan sorumlu tutulacaktır.

Buradaki cebrin ölçüsü her somut olaya göre ayrı ayrı değerlendirilecektir. Bu maddenin uygulanmasında karşılaşılan bir sorunda mağdura uygulanan cebir sonucunda mağdurda sadece basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek şekilde yaralanmasında ayrıca kasten yaralama suçundan cezalandırılıp cezalandırılmayacağı hususudur. İlk önce basit tıbbi müdahale kavramını açıklamak gerekmektedir. Basit tıbbi müdahale 5237 sayılı TCK'nın 86. maddesinin gerekçesinde de: “kasten yaralama fiilinin kişi üzerindeki etkisinin basit bir tıbbi müdahale ile giderilebilecek ölçüde hafif olup olmadığını belirlemenin tıp biliminin verilerine göre yapılacağı göz önünde bulundurulmalıdır.” belirttiği üzere doktor raporuna göre belirlenecektir.¹⁸² Cinsel saldırı sonucunda meydana gelen yaralanmalarda mutlaka doktor raporu alınması gerekmektedir. Adli tıp kurumunun kabul ettiği basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek yaralanmalara dipnotta belirttiğimiz şekilde örnekseyebiliriz.¹⁸³

¹⁸⁰ Meran, Necati; s.330

¹⁸¹ Malkoç, İsmail; TCK'da Cinsel Suçlar,s.78

¹⁸² Çalışkan, Suat; s.69

¹⁸³ 1- Yüz ya da elde 25 cm² den, vücutta 100 cm² den az abrazyon

(aşındırma-kazıma-aşınma-kazınma-yıpratma-yıpranma) ya da kontüzyon (sıyrık ve ekimoz)

2- Yüz ya da elde 5cm² den, vücutta 10cm² den az yüzeysel laserasyon

Basit tıbbi müdahale kapsamındaki yaralanmalar TCK'nın 86/2. Maddesi uyarınca cezalandırılacaktır. Mağdurun direncinin ötesinde cebir kullanılmasında ölçü yaralanmanın TCK'nın 86/1 kapsamındaki yaralanma seviyesine ulaşmalıdır. Failin gerçekleştirdiği eylemde sonucunda mağdurda TCK 86/2 kapsamında yani basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek yaralanma düzeyinde kalmış ise fail ayrıca kasten yaralama cezalandırılmaz. Failin TCK'nın 102/4 maddesi uyarınca kasten yaralama suçundan cezalandırılması için eylemin TCK'nın 86/1 kapsamında olması gerekmektedir.¹⁸⁴ Yargıtay'ın bir kararında da belirttiği üzere sanığın eylemi sonucu mağdurda meydana gelen yaralanma TCK'nın 102/4 kapsamında olup olmadığı değerlendirilmelidir.¹⁸⁵

-
- 3- Doku kaybı olmayan penetran yaralanmalar
 - 4- Kesici-delici alet yarası; cilt altına penetre
 - 5- Kesici; kas dokusuna penetre; basit
 - 6- Mermi çekirdeği yaralanması; yumuşak doku seyirli; tek

(yüz ve boyun hariç)

- 7- Birinci derece yanık
- 8- İkinci derece yanık; yüzey alanı %10 dan az yaralanmalar basit tıbbi müdahale giderilebilecek yaralanmalardır, Malkoç, İsmail; TCK'da Cinsel Suçlar, s.79

¹⁸⁴Baytemir, Erdal, s.283

¹⁸⁵Mağdure S.A'nın mahkeme huzurunda alınan beyanında "hazırlık ifadem yanlış anlaşılış, sanık 20.30 da evime ilk gelişinde yalnızca boğazımı sıktı, seni öldürürüm dedi kendisini evlendirmedigimizi söyledi tartıştık, buna karşı cinsel bir saldırı olmadı. 22.30'da ikinci kez geldiğinde ırzıma geçmeye çalıştı" şeklindeki anlatımı ve sanığında aşamalarda suçü inkarı karşısında, sanığın mağdureye karşı cinsel saldırı eyleminin teselsül etmediği gözetilmeyerek, TCK. nun 43. maddesi uygulanmak suretiyle fazla ceza tayin edilmesi,

Sanığın zorla cinsel saldırı eyleminde bulunduğu mağdureyi bu eylem sırasında bıçakla ve basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek ölçüde hafif şekilde yaraladığının anlaşılması ve 5237 sayılı Yasanın 102/4. maddesinin "suçun işlenmesi sırasında mağdurun direncinin kırılmasını sağlayacak ölçünün ötesinde cebir kullanılması durumunda kişi ayrıca kasten yaralama suçundan dolayı cezalandırılır, hükmü karşısında, sanığın mağdureyi yaralama eyleminin cinsel saldırı suçunun zor unsuru yada 102/4. maddesi kapsamında kalıp kalmadığı hususu karar yerinde tartışılmadan kasten yaralamak olarak kabulü ile 86/2-3. maddelerine göre hüküm kurulması, Y.5.CD. 2006/6774 E. -2006/ 7134 K. 21.9.2006 Tarihli Kararı; Baytemir, Erdal;s.284

- 6545 sayılı yasa sonrası Cinsel saldırı için başvuru alan cebir ve şiddetin kasten yaralama suçunun ağır neticelerine neden olması

Yukarıda da değindiğimiz üzere yasa koyucu özel bir içtima kuralı getirmiştir. Eski yasa dönemindeki hangi tür yaralamada faili kasten yaralamadan sorumlu tutulacağı hususu tartışmalı idi. Bu yeni düzenleme ile bu tartışmaya son verilmiştir. Yasa koyucu buradaki yaralanmanın 5237 sayılı TCK'nın 87.¹⁸⁶ maddesinde düzenlenen kasten yaralamanın netice sebebiyle ağırlaşmış halini kastetmektedir. 86. Madde kapsamındaki yaralanmanın bu kapsamına girmeyeceği anlaşılmaktadır. 18.06.2014 tarihinden önce işlenen cinsel saldırı suçlarında lehe ve aleyhe yasa değerlendirilmesi yapıp fail lehine olan yasa uygulanmalıdır.

¹⁸⁶TCK.m.87(1) Kasten yaralama fiili, mağdurun;

- a) Duyularından veya organlarından birinin işlevinin sürekli zayıflamasına,
- b) Konuşmasında sürekli zorluğa,
- c) Yüzünde sabit ize,
- d) Yaşamını tehlikeye sokan bir duruma,
- e) Gebe bir kadına karşı işlenip de çocuğunun vaktinden önce doğmasına,

Neden olmuşsa, yukarıdaki maddeye göre belirlenen ceza, bir kat artırılır. Ancak, verilecek ceza, birinci fıkraya giren

hallerde üç yıldan, üçüncü fıkraya giren hallerde beş yıldan az olamaz.(1)

(2) Kasten yaralama fiili, mağdurun;

- a) İyileşmesi olanağı bulunmayan bir hastalığa veya bitkisel hayata girmesine,
- b) Duyularından veya organlarından birinin işlevinin yitirilmesine,
- c) Konuşma ya da çocuk yapma yeteneklerinin kaybolmasına,
- d) Yüzünün sürekli değişikliğine,
- e) Gebe bir kadına karşı işlenip de çocuğunun düşmesine,

Neden olmuşsa, yukarıdaki maddeye göre belirlenen ceza, iki kat artırılır. Ancak, verilecek ceza, birinci fıkraya giren hallerde beş yıldan, üçüncü fıkraya giren hallerde sekiz yıldan az olamaz.(1)

(3) **(Değişik: 6/12/2006 – 5560/4 md.)** Kasten yaralamanın vücutta kemik kırılmasına veya çıkığına neden olması halinde, yukarıdaki maddeye göre belirlenen ceza, kırık veya çıkığın hayat fonksiyonlarındaki etkisine göre, yarısına kadar artırılır.

(4) Kasten yaralama sonucunda ölüm meydana gelmişse, yukarıdaki maddenin birinci fıkrasına giren hallerde sekiz yıldan oniki yıla kadar, üçüncü fıkrasına giren hallerde ise oniki yıldan onaltı yıla kadar hapis cezasına hükmolunur

2. Mağdurun Beden veya Ruh Sağlığının Bozulması

Netice sebebiyle ağırlaşan suçu anlatırken de değindiğimiz üzere mağdur üzerinde gerçekleşen cinsel davranış sonucunda mağdurun beden ve ruh sağlığının bozulması halinden faili sorumlu tutabilmek için failin bu gerçekleşen ağır neticede taksir düzeyinde de olsa bir kusurunun bulunması gerekmektedir. Ayrıca faili bu ağır neticeden sorumlu tutabilmek için eylemi ile mağdurda meydana gelen ağır netice arasında bağlantı bulunması gerekmektedir. Yani gerçekleşen ağır neticede illiyet bağı bulunması gerekmektedir. Örneğin cinsel saldırı sonucunda mağdurun intihar etmesi durumunda, intihar, mağdurun kendisinin verdiği bir karara dayandığı ve bu yüzden neticenin objektif olarak faile isnat edilebilmesi söz konusu olamayacağı için failin eylemi ile meydana gelen ölüm neticesinde illiyet bağı bulunmadığından faili ölümden sorumlu tutamayız.¹⁸⁷

5237 sayılı Türk ceza kanunumuzun ilk halinde beden veya ruh sağlığını bozulmasını ağırlaştırıcı neden olarak kabul etmesine karşın hangi hallerin mağdurun beden ve ruh sağlığını bozacağına sınırlarını belirtmemek suretiyle de bir belirsizlik ortamı yaratmıştır.¹⁸⁸ Nelerin beden veya ruh sağlığını bozacağı uygulamaya bırakılmış ve bunu sonucunda da yargı mensupları ile hekimler arasında değişik yorumlanmalara yol açmıştır. Beden veya ruh sağlığının bozulup bozulmadığına ilişkin üniversite hastanelerinde usulüne uygun oluşturulmuş heyet¹⁸⁹ veya Adli Tıp Kurumu'ndan alınacak rapor ile belirlenmelidir.

¹⁸⁷ Tezcan, Durmuş; Erdem, M.Ruhan; Önok, Murat; s.337

¹⁸⁸ Artuç, Mustafa; s.588

¹⁸⁹ Yerel mahkeme tarafından suç tarihinde 18 yaşından küçük olan cinsel istismar suçunun mağdurunun suç sonucunda ruh sağlığının bozulup bozulmadığına ilişkin raporun Adli Tıp Kurumu yerine 2659 sayılı Yasanın 31. maddesi uyarınca Hacettepe Üniversitesi Hastanelerinden alınmasında bir isabetsizlik bulunmamakta ise de; anılan maddede Yükseköğretim Kurumları veya birimlerinin adli tıp mevzuatı çerçevesinde görev yapacağına açıkça düzenlenmiş olması karşısında, Adli Tıp Kurumu 6. İhtisas Kurulunda yer alması gereken uzmanlık dallarında görevli uzmanlar arasından seçilecek ve içerisinde zorunlu olarak çocuk psikiyatrisi bulunan en az beş kişilik bir bilirkişi heyetinden rapor alınması gerekirken, tek kişilik çocuk ruh sağlığı ve hastalıkları uzmanınca düzenlenmiş olan rapor esas alınarak hüküm kurulması isabetsizdir.

Yeni Türk ceza kanunu nelerin mağdurun beden sağlığını bozacağını belirlememiştir. Oysa ki eski Türk ceza kanunu “filin bir marazın bulaşması sonucuna yol açması, mağdurun sağlığında önemli bir eksikliğe neden olması, maluliyete ve mayubiyete yol açması” hallerini ağırlaştırıcı neden olarak kabul etmekteydi. Cinsel saldırı sırasında meydana gelen sıyrıklar ve ekimozlar cebir ve şiddetin doğal sonucu olarak kabul edildiği ölçüde bu ağırlaştırıcı hüküm uygulanmaz.¹⁹⁰

Beden sağlığının bozulması hususunda doktrinde tartışmalar mevcuttur. Bir görüşe göre beden sağlığının bozulmasından maksat mağdurun eylemden dolayı bir hastalığa maruz kalmasını ve TCK.m.86-87 kapsamında yaralamaların bu madde kapsamına girmeyeceğini savunmaktadır.¹⁹¹ Yani failin aids, frengi gibi bulaşıcı hastalığı mağdura bulaştırdığı durumlarda failin 102/5. maddesi kapsamında sorumlu olacağını belirtmiştir.

Bizimde katıldığımız diğer görüşe göre burada sağlığın bozulması kasten yaralama suçunun maddi unsurunu oluşturan seçimlik hareketlerden “sağlığı bozma” deyimini ile aynı anlamda kullanılmıştır.¹⁹² Sağlığı bozmak, insanın acısız ve sorunsuz sürdürdüğü yaşamına, sağlık açısından zarar vermek suretiyle kişinin sağlığında problem yaratmaktır.¹⁹³ Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere hastalık dışında mağdurun patolojik olarak sorunlar meydana gelmesi durumunda da bu ağırlaştırıcı nedenin uygulanması gerekmektedir. Uygulamada sağlığı bozucu hallerinin neler olduğunu örneklersek; failin aids virüsü taşıması ve eylemi

Kaldı ki, 18 yaşından küçük olan cinsel istismar suçunun mağdurunun suç sonucunda ruh sağlığının bozulup bozulmadığına ilişkin rapor Adli Tıp Kurumundan alınmış olması halinde 6. İhtisas Kurulu Başkanı ile içerisinde zorunlu olarak çocuk psikiyatrisi de bulunan en az dört üyenin katılımı ile oluşacak beş kişilik bir kurul tarafından raporun düzenlenmesi zorunluluğu bulunmaktadır. Bu itibarla yerel mahkemece, yasaya aykırı olarak düzenlenmiş bir raporun hükme esas alınması suretiyle sanık hakkında suç nitelemesi yapılarak mahkûmiyetine karar verilmesi isabetsiz olup, usul ve yasaya aykırı olan direnme hükmünün bozulmasına karar verilmelidir.(YCGK. 2011/5-56 E. 2011/76 K. 03.05.2011 Tarihli Kararı)

¹⁹⁰ Kılıç, Abbas; s.199

¹⁹¹ Gündel, Ahmet; YTCK Açıklaması, s.2369

¹⁹² Tezcan, Durmuş; Erdem, M.Ruhan; Önok, Murat; s.334

¹⁹³ Polat, Halil; Polat, Aynur Arslan; s.990

sonucunda mağdura da bu virüsü bulaştırması, failin eylemi sonucunda mağdurenin cinsel organın zarar görmesi nedeniyle daha sonra cinsel ilişkide bulunamaması, çocuk yapma yeteneğinin yitirmesi veya hamile olan mağdurun çocuğunu düşürmesi gibi örnekler vermek mümkündür. Yargıtay failin eylemi sonucunda mağdurun hamile kalmasını ve bunun sonucunda sezeryan ile doğum yapmasını beden sağlığının bozulması olarak kabul etmemiştir.¹⁹⁴

Cinsel saldırı sonucunda mağdurun kızlığının bozulması mağdurun beden sağlığının bozulduğu anlamına gelmemektedir. Ancak mağdurun cinsel saldırı eylemi sonucunda kızlığının bozulması, toplumumuz bekarete önem verildiğinden eylemin kötülüğünün idraki içinde bulunan mağdurenin, sosyal çevrede hoş karşılanmayacak hissine kapılarak psikolojik travmaya girmesi ve kirletilmiş olduğu duygusuna kaptıracağı ve bu durumunda ruh sağlığını olumsuz yönde etkileyeceğinde kuşku bulunmamaktadır.¹⁹⁵ Normal şartlarda kızlığın bozulması beden sağlığını bozmayacaktır. Ancak mağdurun kızlığının bozulması ruh sağlığını etkileyebileceğinden bu ağırlaştırıcı fıkra kapsamında rapor alınması gerekmektedir.¹⁹⁶

¹⁹⁴ Hacettepe Üniversitesi Tıp Fakültesi Sağlık Kurulu'nun aynı raporunda; mağdurenin 11.02.2013 tarihinde sezeryan ile doğum yapmış olması nedeniyle beden sağlığının kalıcı olarak bozulduğu belirtilmiş ve bu rapora istinaden TCK.nın 102/5. maddesi uygulanmış ise de bu durumun cinsel saldırının doğrudan değil, dolaylı bir sonucu olması karşısında, doğumun sezeryanla gerçekleşmiş olmasının beden sağlığı bozukluğu olarak değerlendirilemeyeceği, yine aynı raporda mağdurede cinsel saldırı nedeniyle travma sonrası stres bozukluğu ve depresyon geliştiğinin, ruh sağlığının kalıcı olarak bozulup bozulmadığının 6 ay sonra yapılacak izlem ile belirlenebileceğinin belirtilmesi karşısında, öngörülen süre sonunda mağdurenin ruh sağlığının bozulup bozulmadığı yönünde alınacak rapor sonucuna göre TCK.nın 102/5. maddesinin uygulanması gerektiğinin gözetilmemesi(Y.14.CD. 2014/2184 E. -2014/7913 K.11.06.2014 Tarihli Kararı)

¹⁹⁵ Parlar, Ali; Hatipoğlu, Muzaffer; Türk Ceza Kanunu Yorumu, s.1612

¹⁹⁶ 5237 Sayılı Yasanın 102/5. maddesinin uygulanma olasılığı nazara alınarak kızlığı bozulan mağdurenin suçun sonucunda beden veya ruh sağlığında bozulma olup olmadığının Adli Tıp Kurumu ilgili İhtisas Dairesinden görüş alınarak saptanması gerektiğinin gözetilmemesi, 5237 Sayılı TCK.nun 62. maddesinin yürürlüğe girmesinden önce, 5328 sayılı Kanunun 2. maddesi ile yapılan değişikliği göre cezadan 1/6 oranında indirim yapılması gerektiği halde, yazılı gerekçelerle 1/5 oranında indirim yapılmak suretiyle eksik ceza tayini, Bozmayı gerektirmiş,

Hastalığın bizzat failden geçmiş olması aranmaz, cinsel saldırının işlenmesi esnasında kullanılan vasıtalardan veya cinsel saldırının işlendiği ortam koşullarından doğan bulaşıcı hastalıklarda da bu madde hükmü uygulama alanı bulmaktadır.¹⁹⁷ Burada dikkat edilmesi gereken husus failin bu bulaşıcı hastalığı taşıdığını biliyor olması gerekmektedir. Fail bulaşıcı hastalık taşıdığını bilmiyorsa faili bu ağırlaştırıcı nedenden dolayı sorumlu tutamayız. Çünkü fail kendindeki bulaşıcı hastalığı bilmediğinden burada kusur atfedemeyiz.

Türk ceza kanununun 102/4. maddesinde düzenlenen mağdurun direncini kırılmasını sağlayacak ölçünün ötesinde cebir kullanılması ile 102/5. Fıkarda düzenlenen beden veya ruh sağlığının bozulmasını düzenleyen fıkraları birbirinden ayırt etmek gerekmektedir. Dördüncü fıkarda, fail tarafından somut olayda kullanılan aşırı kuvvet kullanımından söz edildiği halde, beşinci fıkra kapsamında güç kullanımına gerek olmaksızın veya aşırı güç kullanmaksızın mağdurun rızası dışında meydana gelen cinsel davranıştan dolayı beden veya ruh sağlığındaki bozulmalar dikkate alınmıştır.¹⁹⁸ Örneğin mağdurun içeceğine ilaç katıp mağdurun rızası dışında cinsel ilişkiye giren ve bu eylem sonucunda mağdurun cinsel organında olağan nitelik taşımayan bozulma meydana geldiğinde beşinci fıkra kapsamında değerlendirilecektir. Failin aşırı güç kullanmaksızın mağdur karşı işlediği cinsel saldırı eylemi sonucunda mağdura aids, frengi gibi bulaşıcı bir hastalık bulaştırması hallerinde de failin eylemlerini beşinci fıkra kapsamında değerlendirmek gerekecektir.

Bu iki fıkradaki ağırlaştırıcı nedenler bir arada gerçekleşmesi mümkündür. Sağlığın bozulması aynı zamanda kasten yaralama suçunun seçimlik hareketlerinden birisi olduğuna göre, mağdurun direncinin ortadan kaldırılmasını sağlayacak ölçünün ötesinde cebir kullanılması durumunda failin hem TCK.m.102/4 uyarınca kasten yaralama suçundan dolayı cezalandırılmasının hem

Yerel C.Savcısı, katılan vekili ve hükümlü müdafinin temyiz itirazları bu bakımdan yerinde görülüş olduğundan hükmün belirtilen nedenle 5320 sayılı Kanununun 8/1. maddesi gözetilerek CMUK.nun 321. maddesi gereğince (BOZULMASINA), 10.4.2006 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.(Y.5.CD. 2006/2706 E-2006/3034 K. 10.04.2006 Tarihli Kararı)

¹⁹⁷ Malkoç, İsmail; TCK Uygulamasında Cinsel Suçlar, s.80

¹⁹⁸ Şen, Ersan; s.391

de TCK.m.102/5 uyarınca cinsel saldırı suçunun cezasının ağırlaştırılmasının, TCK'nın 3. Maddesinde düzenlenen “filin ağırlığıyla orantılı cezaya hükmolunacağı” yönündeki ilke ile bağdaştırılması güç görünmektedir.¹⁹⁹

Cinsel saldırı mağdurun iç benlik uyumu ile çevresi arasındaki dengeyi bozan travmatik olaylardır.²⁰⁰ Cinsel saldırıya uğrayan kişi ruhsal bir travma yaşar ve bu dönem içerisinde hayatı üzerindeki kontrolü kaybeder ve mağdur saldırı sonrası günlerce hatta yıllarca süren kişinin savunma mekanizmalarını bozup felce uğratan psikolojik reaksiyonlar gösterir.²⁰¹ Ruh sağlığı; kişinin kendi kendisiyle, çevresini oluşturan kişilerle ve toplumla barış içinde olması, sürekli denge, düzen ve uyum sağlayabilmek için gerekli çabayı sürdürebilmesidir.²⁰²

Mağdurların ruh sağlığının bozulmasında kişisel özellikler ve kişinin bulunduğu sosyal çevre ve etkilerinin etkin faktör olduğu ve benzer eylemlere kişilerin verdiği ruhsal cevabın farklı niteliklerde olabilmektedir.²⁰³⁻²⁰⁴ Yasa

¹⁹⁹ Tezcan, Durmuş; Erdem, M.Ruhan; Önok, Murat; s.335

²⁰⁰ Çaylı, Erdinç; 2006 – 2010 Yılları Arasında Süleyman Demirel Üniversitesi Tıp Fakültesi Adli Tıp Anabilim Dalına Başvuran Vakalarda ve Ülke Genelinde Cinsel Saldırı ve İstismar Olgularının Ruh Sağlığı Açısından Değerlendirilmesinde Karşılaşılan Sorunlar ve Çözüm Önerileri, Uzmanlık Tezi, Isparta, 2011, s.2

²⁰¹ Çaylı, Erdinç; s.2

²⁰² Çaylı, Erdinç; s.10

²⁰³ Kandemir, Ferhan; 2005-2012 Yılları Arasında Düzce Üniversitesi Tıp Fakültesi Adli Tıp Anabilim Dalı'na Başvuran Vakalarda Cinsel Saldırı Olgularının İlk Ve İkinci Gelişlerinde Ruh Sağlığı Açısından Değerlendirilmesi ve Mahkeme Kararları, Tıpta Uzmanlık Tezi, Düzce, 2013, s.118

²⁰⁴ İlgili fıkranın uygulanabilmesi için cinsel istismar ya da saldırı sonucuna bağlı olarak mağdurenin beden veya ruh sağlığında bozulma meydana gelmeli ve sanığın eylemi ile ortaya çıkan sonuç arasında illiyet bağı bulunmalıdır. Mağdurenin ruh veya beden sağlığının bozulup bozulmadığı hususunda mutlaka adli rapor alınması gerekmele birlikte, ruh sağlığındaki bozulmanın cinsel saldırı nedeniyle mi, yoksa olay sonrasındaki dedikodu, oluşan çevre baskısı ya da sair etkenler sonucu mu meydana geldiğinin tespiti noktasında rapor alınması gerektiğine yönelik olarak madde metni ve gerekçesinde bir düzenleme veya açıklama bulunmamaktadır. Ayrıca mağdurenin yaşadığı sosyal çevrede oluşan dedikodu ve baskının olayın etkisi ile ortaya çıkmış olması halinde, sanığın cinsel saldırı fiili ile mağdurenin ruh sağlığının bozulması arasındaki illiyet bağının kesilmeyeceğinin de kabulü gerekir.

Bu açıklamalar ışığında uyumsuzluk konusu değerlendirildiğinde;

koyucu nelerin ruh sağlığını bozacağına ilişkin bir kriter koymadığından uygulamada sıkıntılar oluşturmuştur. Mağdurun cinsel saldırı sonucunda ruh sağlığında bir takım travmalar meydana gelmektedir. Bu travmaya maruz kalanlarda daha sonraki sũreçte gũrũlebilecek psikiyatrik bozukluklar şu şekilde sıralanmıştır.²⁰⁵

-Travma sonrası stres bozukluğu

Cinsel saldırıya uğramış travma sonrası stres bozukluğunun mağdurda olaydan sonra uykusuzluk, bunaltı tepkileri, irkilme tepkileri, kabuslar, disosiyatif belirtileri meydana gelmektedir.

-Akut stres bozukluğu

Akut stress Bozukluğu, travmatik bir olayın ardından verilen ilk dũnem tepkilerine verilen addır. Akut Stres Bozukluğu denilen durum şoyle ortaya çıkmaktadır:

Aşağıdaki stress tepkilerinden ũçũ gũrũlmektedir:

- Uyuşmuşluk, dalgınlık ya da duygusal tepkisizlik
- Çevrede olan biteni farkında varmada azalma
- Gerçekliği ayırt edememe
- Kendi gerçekliğini ayırt edememe
- Olayın önemli bir kısmını hatırlayamama

Travmatik olay şu şekiller de (en az biri) ısrarla tekrar tekrar yaşantılanmaktadır:

Kũyde yaşayan, dayısının oğlu ile evli ve bu evliliğinden iki çocuuğu bulunan mağdurenin, bir yıl boyunca kayın biraderi olan saniğın cinsel saldırısına maruz kaldığı, bu fiiller sonucunda bir çocuk dũnyaya getirdiği ve bu sũreç içinde ruh sağlığının bozulduğu hususlarının, hiçbir tereddũte yer bırakmayacak şekilde tespit edilmesi karşısında, somut olayda cinsel saldırı eylemi ile mağdurun ruh sağlığının bozulması arasındaki illiyet bağını ortadan kaldıran herhangi bir neden bulunmadığından mağdurenin ruh sağlığındaki bozulmanın olay nedeniyle mi, yoksa olaydan sonra karşılaştığı çevre baskısı veya oluşan dedikodulardan mı kaynaklandığı yũnũde rapor alınmasına gerek yoktur. Bu itibarla, usul ve kanuna uygun olan yerel mahkeme direnme hũkmũnũn onanmasına karar verilmelidir.(YCGK. 2012/14-1037 E-2013/50 K. 29.01.2013 Tarihli Kararı)

²⁰⁵ Erdoğdu, Zeynep; Cinsel Suç Mağdurlarının Sosyodemografik ve Klinik Özellikleri İle Ruh Sağlığını Etkileyen Etmenler, Psikiyatri Uzmanlık Tezi, İstanbul, 2011,s.11-17

- Tekrar tekrar göz önüne gelen görüntüler
- Tekrarlayan düşünceler
- Rüyalar
- Illüzyonlar
- “Flashback”ler

Olayı hatırlatıcıya da anıları canlandıracak her türlü uyarından kaçınma,
Artmış kaygı ve uyarılmışlık düzeyi:

- Uykuda zorluk
- İrritabilite – huzursuzluk
- Aşırı irkilme tepkisi
- Tetiktelik
- Fiziksel huzursuzluk

-Majör Depresyon

Majör depresif bozukluk, Majör depresyon, veya Klinik depresyon, kişinin sosyal işlevlerini ve günlük yaşama dair etkinliklerini rahatsız edecek, bozacak dereceye ulaşmış üzüntü, melankoli veya keder durumudur.

Hastalık esnasında kişide ruhsal açıdan, ani sinir bozuklukları, deporsanalize olma, aşırı kaygı ve korku, öz saygı yitimi görülür. Fiziksel etkileri ruhsal semptomlara bağlı olarak, aşırı kilo kaybı, sinirsel mide bozuklukları, kusma, aşırı terlemedir.

-Yaygın Anksiyete Bozukluğu

Yaygın Anksiyete Bozukluğu(YAB) olan kişilerde ise “sürekli, aşırı ve durumla uygun olmayan bir endişe durumu” söz konusudur. Aşırı endişe, kişinin günlük yaşamını olumsuz yönde etkiler ve hatta olağan yaşam etkinliklerini sürdürmesini engeller. Bu kişiler her durumda olası en kötü sonucu düşünürler, her şey kendi denetimlerinin dışındadır, iyi bir olasılık ya da geriye dönüş mümkün değildir.

-Uyum Bozuklukları

Uyum bozuklukları, stres yaratan herhangi bir psiko sosyal etken sonrası kişide yaklaşık üç ay içerisinde gelişen ve altı aydan fazla sürmeyen klinik durumları tanımlamak için kullanılmaktadır. Uyum bozukluğunun bazı belirtileri şunlardır; stres etken ile karşı karşıya kalan mağdurun beklenene göre çok daha

aşırı, belirgin sıkıntı ve toplumsal ya da mesleki işlevsellikte belirgin bozulmalardır.

Uygulamada adli tıp kurumu beden ve ruh sağlığın bozulması kalıcı nitelikte bozulması durumunda bu nitelikli halin uygulanması gerektiğini savunmaktadır. Yargıtay da beden ve ruh sağlığının kalıcı olarak bozulması durumunda bu nitelikli halin uygulanacağını kabul etmektedir. Hatta Yargıtay beden veya ruh sağlığı raporunun olayın üzerinden belli bir süre geçtikten sonra alınması gerektiğini savunmaktadır.²⁰⁶ Adli tıp uzmanlarına göre kalıcı bir ruhsal bozukluğun bulunup bulunmadığı kişiden kişiye değişmekle birlikte iki ile altı ay arasında devam eden tedaviye rağmen iyileşme gerçekleşmemişse ruhsal bozukluğun varlığı kabul edilmelidir. Bu süreler geçtikten sonra kişi eskiden olduğu hayatına devam ediyorsa bu nitelikli hal uygulanmaz.²⁰⁷ Bazı yazarlar göre süresi ne olursa olsun cinsel saldırı mağdurda patolojik bir durum ortaya çıkarmış veya böyle bir patolojik durum önceden varsa bunu artırmış ise nitelikli halin

²⁰⁶ Mağdurenin olaydan dolayı ruh veya beden sağlığının bozulup bozulmadığı hususunda, ayrıntıları Yargıtay Ceza Genel Kurulunun Dairemizce de benimsenen 05.04.2011 gün ve 2011/56 Esas, 2011/76 sayılı Kararında açıklandığı üzere, Adli Tıp Kurumu ilgili ihtisas kurulundan veya Adli Tıp Kurumu Kanununun 7, 23/B ve 31. maddeleri gereğince Yükseköğretim Kurumları veya birimlerinde Adli Tıp Kurumu ilgili ihtisas kurulu ölçütlerine göre, oluşacak bir heyetten çocuklarda suç tarihinden itibaren en az 6 ay, erişkinlerde ise en az 12 ay geçtikten rapor alınarak sonucuna göre, suça sürüklenen çocukların hukuki durumlarının tayin ve takdiri gerekirken Erciyes Üniversitesi Tıp Fakültesi Hastanesinde 12 aylık süreden önce, tek psikiyatri uzmanı tarafından düzenlenen ve içerik itibarıyla da yetersiz olan 05.01.2012 tarihli rapora dayanılarak TCK.nın 102/5. maddesinin uygulandığının belirtilmesi, TCK.nın 102/5. maddesinin uygulanması sonucu suça sürüklenen çocuklar haklarında nitelikli cinsel saldırı suçundan verilen cezalarda artırım yapılmaması nedeniyle, suça sürüklenen çocuk Ali'nin suça sürüklenen çocuk Bekir tarafından işlenen kişiyi hürriyetinden yoksun kılma ve yağma eylemlerine TCK.nın 39. maddesi anlamında yardım eden sıfatıyla katılmasının suçların birden fazla kişi tarafından işlendiğini göstermeyeceğinden koşullarının bulunmadığı gözetilmeden, suça sürüklenen çocuklar haklarında yağma suçundan hüküm kurulurken TCK.nın 149/1-c maddesinin, suça sürüklenen Bekir hakkında ise kişiyi hürriyetinden kılma suçundan hüküm kurulurken TCK.nın 109/3-b maddesinin uygulanması, suçlar aynı zamanda silahla işlendiğinden TCK.nın 149/1-a ve 109/3-a maddelerinin de uygulanması nedeniyle sonuç cezalara etkili olmadığından bozma nedeni yapılmamıştır.(Y.14.CD. 2014/3769 E.-2104/5768 K. 29.04.2014 Tarihli Kararı)

²⁰⁷ Malkoç, İsmail; s.82

uygulanacağını savunmaktadır.²⁰⁸ Yani artırım maddesinin uygulanabilmesi için beden veya ruh sağlığının bozulması yeterli olup bu bozulmanın kalıcı olmasına gerek bulunmamaktadır.

Mağdurun ağır zeka geriliği veya algılamayı bozan başka bir rahatsızlığı olan erişkinlere karşı gerçekleştirilen cinsel saldırıda ruh sağlığının bozulması durumu değerlendirilmese de TCK.m.102/3-a bendi çerçevesinde ağırlaştırıcı sebep uygulanabilecektir.²⁰⁹ Yargıtay da bir kararında ağır zeka geriliği bulunan mağdurun ruh sağlığının bozulmayacağına hükmetmiştir.²¹⁰

Yineleyen cinsel saldırı eylemlerinde beden veya ruh sağlığının bozulmasını düzenleyen artırım maddesi üzerinden 5237 sayılı TCK'nın 43/1. maddesinde düzenlenen zincirleme suç kapsamında artırım uygulanıp uygulanamayacağı hususudur. Yargıtay bu artırım maddesine zincirleme suç hükümlerinin uygulanmayacağını savunmaktadır. Yargıtay'a göre mağdurda meydana gelen beden veya ruh sağlığının bozulması şeklinde meydana gelen bu kalıcı hasarın bir kez oluşacağını, gerçekleşen her eylem ruh sağlığının yeniden bozulmasına neden olmayacağını savunmaktadır.²¹¹ Bu karar kapsamında bu

²⁰⁸ Tezcan, Durmuş; Erdem, M.Ruhan; Önok, Murat; s.334

²⁰⁹ KAYA, Ahsen; Aktaş, Ekin Özgür; Yargı Kararları Işığında Ruh Sağlığının Bozulması Kavramı, Türk Psikiyatri Dergisi, Sayı.25, 2014, s.137

²¹⁰ KAYA, Ahsen; Aktaş, Ekin Özgür; s.137

²¹¹ Cinsel istismar suçlarında, görünüşte neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suç halinin söz konusu olduğu ve gerek uygulamada gerekse öğretide kabul edildiği üzere ortada bağımsız bir suç bulunmayıp, meydana gelen ağır neticeden dolayı cezanın ağırlaştırıldığı kabul edilmektedir. Mağdurun ruh sağlığının bozulması halinde, bağımsız ve müstakil ceza belirlenmesini gerektiren bir suç hali bulunmayıp, suçun temel şekline nazaran cezanın daha ağır belirlenmesini gerektiren bir artırım nedeni söz konusudur. Cezanın hesaplanmasında bu hal diğer artırım nedeniyle birlikte gözetilecektir. Zincirleme suç halinin varlığı halinde, neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suç bakımından uygulamanın ne şekilde yapılacağı sorununa gelince; Mağdurun ruh veya beden sağlığının bozulmasının artırım nedeni olabilmesi için, kalıcı bir hasarın varlığı gerekmektedir. Kalıcı hasarın varlığı ise, doktor raporu ile belirlenecektir. Mağdurda oluşan bu kalıcı hasar ise, ancak bir kez oluşacaktır. Örneğin mağdurun ruh sağlığının kalıcı şekilde bozulması bir kez meydana gelir, gerçekleşen her eylemde ruh sağlığının yeniden bozulması söz konusu değildir. Bu nedenle, suçun temel şeklinin zincirleme şekilde gerçekleştirildiği hallerde, mağdurun ruh sağlığının bozulması halinde, bu bozulmanın bir kez gerçekleştiği nazara alınarak, neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suç haline zincirleme suç hükümlerinin uygulanmasına olanak bulunmamaktadır. Aksi halde sanık

artırım maddesinin zincirleme suç maddesi ile birlikte nasıl uygulanacağını göstermiştir. TCK.m.43 kapsamında artırımın TCK.102/5. Maddesi üzerinden yapılmayacağı, 102/5 maddesi uygulanmadan 43 kapsamında artırımın yapılacağı ve bu çıkan sonucu 102/5. Maddesine ekleneceği belirtilmiştir.

Her ne kadar Yargıtay bu artırım kapsamında teselsül hükümleri uygulanmayacağını belirtmiş ise de bunun hakkaniyete uygun olmayacağı görüşündeyiz. Yargıtay beden veya ruh sağlığın kalıcı olarak bozulması gerektiğini savunmaktadır. Bu kalıcılıktan kasıt mağdurun bu travmalardan ömür boyu kurtulamaması veya uzun tedaviler sonucunda düzelmesidir. Yukarıda değindiğimiz gibi her mağdur eylemlerden farklı şekilde etkilenmektedir. Failin ilk eylemi neticesinde mağdurun ruh sağlığı uzun tedavi sonrası düzelecek şekilde bozulabilir. Failin daha sonraki eylemleri neticesinde bu bozulmanın ömür boyu sürecek şekilde bozulabilir düzeye çıkabilir veya farklı psikolojik etkiler meydana gelebilir. Bu durumda failin daha sonraki eylemleri sonucunda mağdurun durumunun daha kötüye gitmesi cezasız kalmış olacaktır. Bu durum hakkaniyete aykırı olacaktır. Sanığın eylemlerinin mağdurun durumunu daha kötüye götürdüğü tıbbi olarak ispatlanması durumunda bu artırım maddesine 43. maddenin uygulanması kanaatindeyiz. Ayrıca beden ruh sağlığının bir kez bozulacağı deyimi tıbben doğru bir deyim olmayıp, ruhsal travmalarda olayı bir bütün olarak değerlendirmek gerekmektedir.²¹²

6545 sayılı yasa ile beden veya ruh sağlığı bozulması sonucun da artırım maddesinin uygulanacağı hükmü kaldırılmıştır. Ancak yeni yasa ile cinsel saldırı kapsamında verilecek cezalar artırılmıştır. Bu kapsamda önceki yasa döneminde suç işleyen fail hakkında yasanın önceki ve sonraki hükümleri bir bütün olarak uygulanmalı ve failin lehine olan cezaya hükmedilmelidir. Yani lehe yasa değerlendirilmesi yapılmalıdır.

hakkında fazla ceza tayin edilmesi söz konusu olur. O halde ceza uygulaması yapılırken, zincirleme suç hükümlerinin uygulanacağı hallerde, TCY'nin 43. maddesi uyarınca artırım, diğer artırım nedenleri uygulanarak bulunan ceza üzerinden yapılacak ve artırım miktarı, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç nedeniyle TCY'nin 103/6. maddesi uyarınca yapılacak artırımla bulunan ceza miktarı üzerine eklenerek sonuç ceza miktarı belirlenecektir.(YCGK. 2007/5-142 E. - 2007/240 K. 20.11.2007 Tarihli Kararı)

²¹² KAYA, Ahsen; Aktaş, Ekin Özgür; s.136

3. Mağdurun Bitkisel Hayata Girmesi veya Ölmesi

Bu fıkrada netice sebebiyle ağırlaşmış iki farklı hal düzenlenmiştir. Bunlardan biri mağdurun bitkisel hayata girmesi, diğeri ise mağdurun cinsel saldırı suçu sonucunda ölmesidir. Bitkisel hayat girmek ve ölmek farklı kavramlardır. Bitkisel hayat beynin düşünce, konuşma ve istemli kasların hareketinden sorumlu olan üst merkezlerin yani korteksin işlevini yitirmesi ve iç organların çalışmasından sorumlu olan beynin orta ve merkezleri çalışmasına bağlı olarak kişinin solunum ve sindirim sisteminin çalışması halidir.²¹³

Ölüm bugünkü telakkilerin en kuvvetlisi ve hakim durumunda olan beyin fonksiyonunun tamamıyla durması halinin tespit edilmesidir.²¹⁴ Bitkisel hayat ile beyin ölümü arasında fark vardır. Bu iki kavram birbiri ile karışmaktadır. Bitkisel hayata giren kişilerin uzun süre yaşamaları mümkündür ve yine az da olsa sağlıklarına kavuşma ihtimalleri bulunmaktadır. Beyin ölümü gerçekleşen bir kişinin yeniden canlandırılması mümkün değildir.²¹⁵

Bu fıkra kapsamında failin kastı mağdurun ölmesi veya bitkisel hayata girmesine yönelik olmaması gerekmektedir. Failin kastı mağdur üzerinde cinsel saldırı eylemini gerçekleştirmeye yönelik olması gerekmektedir. Yani mağdurun cinsel saldırı suçunu işlemek için kastının bulunması ve eylemi sonucunda meydana gelen ağır neticeyi istememiş olması gerekir. Ayrıca TCK.m.23 kapsamında ağır neticenin meydana gelmesinde failde en azından taksir derecesinde kusurunun bulunması gerekmektedir.²¹⁶ Eğer failde cinsel saldırı gerçekleştirmek kastı yanında faili öldürme kastı da bulunuyorsa fail cinsel saldırı suçu yanında 5237 sayılı TCK'nın 81 vd. maddeleri uyarınca kasten adam

²¹³ Tepehan, Selma; Beyin Ölümü Ve Organ Naklinin Sağlık Personeli ve Hukuki Mevzuat Açısından İncelenmesi, İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü Sosyal Bilimler Anabilim Dalı Doktora Tezi, İstanbul, 2012, s.15

²¹⁴ Artuç, Mustafa; s.593

²¹⁵ Parlak, Şafak; Organ Bağışı ve Organ Naklinde Ortaya Çıkan Sorunlar, Türkiye Barolar Birliği, S.83, 2009, s.210

²¹⁶ Koca, Mahmut; Üzülmez, İlhan; Kasten Yaralama Sonucu Ölümüne Neden Olma, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C.LXXI, S.1, 2013, s.811

öldürmeden de sorumlu tutulacaktır.²¹⁷ Failin eylemi ile mağdurun ölmesi veya bitkisel hayata girmesi doğrudan nedensellik bağı bulunmalıdır. Hareket ile netice arasındaki nedensellik bağlantısının doğrudan olmadığı durumlarda bu madde hükmü uygulanmaz.²¹⁸ Yani fail dolaylı nedensellikten dolayı sorumlu olmaz. Cinsel saldırı sonucunda failin intihar etmesi durumunda, intihar, mağdurun kendisinin verdiği bir karara dayandığı bu sebeple neticenin objektif olarak faile isnat edilemeyeceği için fail ölüm neticesinden sorumlu tutulamaz.²¹⁹ Ancak Yargıtay'ın bu konuda farklı kararları da mevcuttur. Yargıtay'ın bir kararında otomobilden atlayarak kendini yaralamadan sorumlu tutmuştur.²²⁰ Yargıtay başka bir kararında da mağdurenin tecavüze uğrayacağını anlayınca kaçacak yeri olmadığı için kendini balkondan atması durumunda özel daire, ölüm ile failin eylemi arasında illiyet bağı olduğunu kabul etmiştir.²²¹

Failin cinsel saldırı eylemi sonucunda ölümü çeşitli şekillerde meydana gelmiş olabilir. Genellikle ölüm, failin mağdurun mukavemetini kırmak, bağırmasını önlemek, suçun işlenmesine elverişli ortamı sağlamak için

²¹⁷ Fail 15 yaşını bitiren mağdurenin zorla ırzına geçmiş ve suçu gizlemek için mağdureyi öldürmüş olması halinde fiil hem TCK m.450/9 ve hem de 416/1'i ihlal eder.(YCGK.1985/1-491 E.-1985/8 K. 14.01.1985 Tarihli Kararı); Tezcan, Durmuş; Erdem, M.Ruhan; Önok, Murat; s.336

²¹⁸ Altaş, Ebru; Çocukların Cinsel İstismarı, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, İzmir, 2009, s.58

²¹⁹ Tezcan, Durmuş; Erdem, M.Ruhan; Önok, Murat; s.337

²²⁰ Sanığın, amcasının kızı olan mağdureyi, olay günü hile ile aracına bindirdiği, mağdureyi rızası dışında cinsel maksatla alıkoyup araçla götürdüğü sırada, mağdurenin ani hareketle kapı camını indirip araçtan dışarıya atlaması neticesinde 17.03.2009 günlü adli raporunda belirtildiği gibi alın orta kısmında sabit iz oluşacak şekilde yaralandığı olayda, sanığın kasten yaralama suçundan beraatine karar verilmiş ise de; mağdureden hukuka aykırı eyleme rıza göstermesinin beklenemeyeceği, rıza dışılığın neticesi olarak mağdurenin araçta atlayacağını öngörülebileceği, bu nedenle sanığın öngördüğü ancak istemediği neticeden dolayı bilinçli taksir niteliğinde sorumlu olduğu ve illiyet bağı bulunduğu halde, TCK.nın 22/3. maddesi delaletiyle TCK.nın 86/2 ve 87/1-c maddeleri uyarınca cezalandırılması gerekirken, illiyet bağının bulunmadığı gerekçesi ile yazılı şekilde beraatine karar verilmesi, sanık müdafii ve katılan vekilin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülmemiş olduğundan, hükmün CMUK.nın 321. maddesi uyarınca BOZULMASINA(Y.14.CD. 2012/13313 E. - 2014/9358 K. 09.07.2014 Tarihli Kararı)

²²¹ Altaş, Ebru; s.59

gerçekleştirdiği cebir sonunda özellikle boyun boğaz bölgesine yaptığı baskılar sonucunda meydana gelebilmektedir.²²²

Fail cinsel saldırı suçunu işledikten sonra yakalanmamak ve suçun ortaya çıkmasını engellemek için mağduru öldürürse faili bu fıkra kapsamında artırım maddesi uygulanmaz. Bu durumda fail cinsel saldırı suçundan ve nitelikli kasten öldürme suçundan sorumlu olur.²²³ Yani mağdurun ölümü cinsel saldırının sonucu olmayıp, doğrudan öldürme eyleminden meydana gelmektedir.

Ölüm neticesi, fiile, yani cebir kullanmasına, cinsel davranışa ve eğer nitelikli cinsel saldırı söz konusu ise, organ ve cisim sokulmasına bağlı olarak meydana gelmiş olmalıdır. Bunun sonucu olarak, failin mağduru öldürdükten sonra, ölen mağdura yönelik cinsel saldırıda bulunması durumunda nitelikli hal uygulanmaz. Bu durumda TCK'nın 130/2. maddesinde düzenlenen ölümlere saygısızlık suçunu oluşturacaktır.²²⁴ Ayrıca mağdur cinsel saldırı sonucunda hamile kalır ve doğum sırasında ölürse faili meydana gelen ölüm neticesinden sorumlu tutamayız.²²⁵ Yargıtay failde öldürme kastı olmaksızın, bağırmaı engellemek için yapılan tazyikin doğurduğu mekanik asfiksi sonucu mağdurenin ölümü halinde ağırlaştırıcı sebebin uygulanacağına karar vermiştir.²²⁶

Cinsel saldırı eyleminde birden fazla fail bulunması durumunda ve cebir hareketini yalnızca birisi gerçekleştirmiş ve diğeri yalnızca mağdurla cinsel ilişkiye girmiş olması durumunda netice bakımından taksir düzeyinde kusuru olan tüm fail ve suç ortakları gerçekleşen ağır neticeden dolayı sorumlu tutulacaktır.²²⁷

²²² Malkoç, İsmail; TCK Uygulamasında Cinsel Suçlar; s.88

²²³ Tezcan, Durmuş; Erdem, M.Ruhan; Önok, Murat; s.337

²²⁴ Tezcan, Durmuş; Erdem, M.Ruhan; Önok, Murat; s.337

²²⁵ Tezcan, Durmuş; Erdem, M.Ruhan; Önok, Murat; s.337

²²⁶ Soyaslan, Doğan; s.181

²²⁷ Tezcan, Durmuş; Erdem, M.Ruhan; Önok, Murat; s.337

Bu artırım fıkrasının uygulanabilmesi için cinsel saldırı suçunun tamamlanmasına gerek olmayıp, suçun teşebbüs aşamasında kalmış ise de bu nitelikli hal uygulanacaktır.²²⁸

İ. CİNSEL SALDIRI SUÇLARININ ÖZEL GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİ

1. Teşebbüs

Cinsel saldırı suçuna teşebbüs bakımından genel hükümler uygulanır.²²⁹ Teşebbüs, ceza hukukunda failin suç işlemek üzere icra hareketlerine başlamış olmasına karşın elinde olmayan nedenlerle kanuni unsur içinde tanımlanan hareketin tamamlanamaması veya sonucun gerçekleşmemiş olmasıdır. Teşebbüs 5237 sayılı TCK'nın 35. maddesinde²³⁰ düzenlenmiştir. Cinsel saldırı suçu failin, mağdurun vücudu üzerinde cinsel yönden herhangi bir ihlal niteliğindeki hareketini gerçekleştirmesi ile tamamlanır. Burada failin cinsel yönden tatmin olması ya da boşalması önemli olmayıp, önemli olan failin, mağdurun vücut dokunulmazlığını cinsel davranışlarla ihlal etmesidir.²³¹

Cinsel saldırı suçunun basit haline teşebbüsün mümkün olduğu doktrinde hemen hemen bütün yazarlarca kabul edilmektedir. Ancak cinsel saldırı suçunun nitelikli halinde ise teşebbüsün mümkün olup olmadığı hususunda doktrinde tartışmalar mevcuttur. Bu sebepten dolayı teşebbüs hükümlerini cinsel saldırı suçunun basit hali ve nitelikli hali olmak üzere iki aşamada inceleyeceğiz.

²²⁸ Malkoç, İsmail; TCK Uygulamasında Cinsel Suçlar, s.89

²²⁹ ÜZÜLMEZ, İlhan; Cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar, <http://www.cezabb.adalet.gov.tr/makale.htm>

²³⁰ TCK.m.35 - (1) Kişi, işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaz ise teşebbüsten dolayı sorumlu tutulur.

(2) Suça teşebbüs halinde fail, meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığına göre, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine onüç yıldan yirmi yıla kadar, müebbet hapis cezası yerine dokuz yıldan onbeş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Diğer hallerde verilecek cezanın dörtte birinden dörtte üçüne kadarı indirilir.

²³¹ Özbek, Veli Özer; Kanbur, Mehmet Nihat; Doğan, Koray; Bacaksız, Pınar; Tepe, İlker; Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.331

Basit cinsel saldırı suçu sırf hareket suçu niteliğindeki suçlardan olduğundan failin hareketleri kısımlara ayrılabilirse teşebbüs mümkündür.²³² Örneğin failin mağdura silah doğrultarak soyunmasını ve göğüslerini ellemek istediğini belirtmesi üzerine mağdurun soyunması ve failin mağdura karşı eylemini gerçekleştireceği anda polis arabası sirenini duyup kaçması eyleminde cinsel saldırı suçu teşebbüs aşamasında kalmıştır.

Failin iktidarsızlığı sebebiyle cinsel saldırıyı gerçekleştirememiş olması durumunda, işlenemez suç değil, teşebbüs hükümleri uygulanacaktır. Çünkü cinsel saldırı suçunda önemli olan failin cinsel amaçla mağdurun vücut dokunulmazlığının ihlal etmesidir. Mağdurun vücut dokunulmazlığının cinsel organ ile ihlal edilmesine gerek olmayıp parmağı ile de ihlal edilmesi yeterlidir. Bu kapsamda fail cinsel saldırıda bulunmak amacıyla eylemine başlayıp elinde olmayan nedenlerle tamamlayamazsa teşebbüs hükümleri uygulanacaktır.²³³ Burada şu hususa dikkat etmek gerekir fail parmağı veya herhangi bir organı ile mağdurun vücutuna dokunmuş ise cinsel saldırı suçu tamamlanmıştır. Fail mağdurun cinsel organına parmağını sokağı sırada polis gelmesi sebebiyle eylemini tamamlayamamışsa failin eylemi nitelikli cinsel saldırı suçuna teşebbüs aşamasında kalmıştır. Çünkü fail elverişli hareketlerle (parmağını) eylemine başlamışken elinde olmayan nedenlerle (polis gelmesi) parmak sokma eylemini gerçekleştirememiştir. Burada faili basit cinsel saldırı suçundan değil nitelikli cinsel saldırı suçuna teşebbüsten sorumlu tutacağız. Çünkü failin kastı mağdurun vücutuna organ sokmaktır.

Cinsel saldırı suçunun nitelikli haline teşebbüs hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı hususunda doktrinde farklı görüşler mevcuttur. Artuk – Gökçen – Yenidünya; 5237 sayılı TCK'nın 102. maddesinin ikinci fıkrasında, birinci fıkrada düzenlenen basit cinsel saldırı suçundan ayrı ve bağımsız bir suç tanımı bulunmayıp, suçun basit haline nazaran daha fazla cezayı gerektiren nitelikli bir unsura yer vermiştir. Dolayısıyla nitelikli halin sair bir nedenle gerçekleşmemesi halinde teşebbüsten söz edilemez. Çünkü kanuni düzenlemede, nitelikli halin

²³² Artuk, Mehmet Emin; Gökçen, Ahmet; Yenidünya, Ahmet Caner; s.187

²³³ Artuç, Mustafa; s.595

gerçekleşmediği durumlar, suçun temel şekli olarak tayin ve tespit edilmiştir. Saydığımız bu sebeplerden dolayı böyle durumlarda unsurları varsa suçun temel şekli ve 61. Maddedeki esaslar dikkate alınarak (muhtemelen alt sınırdan uzaklaşmak suretiyle) ceza tayin edilmelidir.²³⁴

Doktrinadaki diğer bir görüşe göre ise cinsel saldırı suçunun basit veya nitelikli haline teşebbüsün mümkün olduğudur. Failin cinsel saldırı eylemine başlayıp da elinde olamayan nedenlerle, vücuda organ veya sair bir cisim sokmadan eylemine son verirse nitelikli cinsel saldırıya teşebbüsten söz edilir.²³⁵ Burada önemli olan failin cinsel saldırı eylemini mağdurun vücuduna organ sokmak amacıyla gerçekleştirmesi gerekir. Failin amacı mağduru öpmek veya dokunmak ise suç tamamlanmış olmakla nitelikli cinsel saldırıya teşebbüsten cezalandırılmaz.

Failin amacının nitelikli cinsel saldırı suçunu mu yoksa basit cinsel saldırı suçunu işlemek olduğu, failin söylediği sözler ve olay öncesi davranışlar ile olayın geçtiği yeri iyi irdelemek gerekmektedir.²³⁶ Örneğin failin mağduru araca bindirip ıssız bir ormana götürmesi ve mağduru soyması, benim olacaksın gibi sözleri ile eylemine başladıktan sonra iktidarsızlık sebebiyle eylemini gerçekleştirememesinde cinsel nitelikli haline teşebbüsten söz edilebilir.

6545 sayılı yasadan önce Yargıtay nitelikli cinsel saldırı suçuna teşebbüs halinde de mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması durumunda eski düzenlemede 102/5. Fıkıradaki yer alan ağırlaştırıcı halin uygulanacağını kabul etmektedir.²³⁷

²³⁴ Artuk, Mehmet Emin; Gökçen, Ahmet; Yenidünya, Ahmet Caner; s188

²³⁵ Artuç, Mustafa; s.595

²³⁶ Artuç, Mustafa; s.595

²³⁷ Oluş ve delillere göre; sanığın resmi nikahlı eşinin kardeşi olan mağdureyi telefon almak bahanesi ile tanık V.'nin evine götürdüğü, tanığın bir bahaneyle evden ayrılmasını müteakip "... benim olacaksın, buradan ölün çıkar dirin çıkmaz, boşuna debelenme" diyerek kucaklayıp yatak odasına taşıdığı, bu sırada mağdurenin komşuların duymasını sağlamak için oda kapısının camını kırıp yüksek sesle yardım istediği sanığın mağdureyi yatağa yatırıp üzerine çıktığı ve kendi fermuarını açtığı, müştekinin ciddi olarak direnmesi ve kapıya gelen komşuların bağırması üzerine

2. Gönüllü Vazgeçme

Gönüllü vazgeçme 5237 sayılı TCK'nın 36.²³⁸ Maddesinde düzenlenmiştir. Fail suç işlemeye yönelik icra hareketlerini elinde olmayan nedenlerden değil de, gönüllü olarak yarıda bırakır veya neticenin gerçekleşmesini ya da suçun tamamlanmasını kendi çabalarıyla engellerse işleyeceği suça teşebbüsten cezalandırılmaz.

Fail icra hareketlerine başlamış, ancak herhangi bir engel olmadan bu hareketlerinden vazgeçmişse, o zamana kadar işlemiş olduğu eylem başka bir suç, örneğin cinsel taciz suçunu oluşturmuşsa, sadece bu suçtan cezalandırılacaktır.²³⁹ Örneğin; sanık mağdura, bıçağı çekip pantolonunu indir, seni yapacağım demiş ve mağdur pantolonunu indirip penisini mağdurun vajinasına sürmüştü daha sonra vazgeçip bırakmış ise nitelikli cinsel saldırıya teşebbüsten değil, tamamlanan basit cinsel saldırı suçundan cezalandırılacaktır.²⁴⁰ Çünkü failin organ sokma eylemini gerçekleştirebilecek durumda iken hiçbir baskı olmadan kendi özgür iradesi ile eylemine son vermiştir. Gönüllü vazgeçme hükümleri kapsamında faili nitelikli cinsel saldırı suçundan sorumlu tutmayacağız. Eylemine son verene kadar gerçekleştirdiği basit cinsel saldırı suçundan sorumlu tutacağız.

Sanığın iktidarsızlığından dolayı teşebbüs hükümlerinin uygulanmasını iyi irdelemek gerekmektedir. Sanığın her iktidarsızlığını nitelikli cinsel saldırı suçunun teşebbüs aşamasında kalması olarak değerlendirmemeliyiz. Çünkü daha

eylemini tamamlayamadan bırakmak zorunda kaldığı anlaşılan sanığın, söz ve davranışları ile açığa vurduğu kastına ve tıbbi raporlara göre; eyleminin vücuda organ sokmak suretiyle cinsel saldırı suçuna kalkışma niteliğinde bulunduğu gözetilmeden basit cinsel saldırı suçu olarak kabulü ile yazılı şekilde hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir. (Y.5.CD.2007/11586 E. – 2008/161 K. 22.01.2008 Tarihli Kararı)

²³⁸ TCK.m.36-(1) Fail, suçun icra hareketlerinden gönüllü vazgeçer veya kendi çabalarıyla suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini önlerse, teşebbüsten dolayı cezalandırılmaz; fakat tamam olan kısım esasen bir suç oluşturduğu takdirde, sadece o suça ait ceza ile cezalandırılır.

²³⁹ Özbek, Veli Özer; Kanbur, Mehmet Nihat; Doğan, Koray; Bacaksız, Pınar; Tepe, İlker; Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.332

²⁴⁰ Artuç, Mustafa; s.596

önce de anlattığımız üzere nitelikli cinsel saldırı suçu organ veya sair cisimle işlenebilmektedir. Nitelikli cinsel saldırı suçu failin cinsel organı dışındaki parmağı gibi organları veya cop gibi sair cisimlerle de işlenebilmektedir. Fail iktidarsızlığından dolayı diğer organları ile mağdura karşı nitelikli cinsel saldırı suçu işleyebilecek iken kendi rızası ile mağduru bırakması durumunda fail hakkında gönüllü vazgeçme hükümleri uygulanması gerekmektedir. Kaldı ki Yargıtay mağdurun direnci dışında engel bulunmayan durumda failin kendi rızası ile organ sokmaktan vazgeçmesi durumunda gönüllü vazgeçme hükümlerinin uygulanacağı karar vermiştir.²⁴¹

Gönüllü vazgeçme ile teşebbüsü birbirinden ayıran en önemli özellik; teşebbüste fail suçu elinde olmayan dış baskılar yüzünden işleyemezken, gönüllü vazgeçmede fail suçu işleyebilecek iken hiçbir engel olmadan kendi rızası suçu işlemekten vazgeçmesidir.²⁴² Yargıtay Ceza Genel Kurulu dipnotta geçen

²⁴¹ TCK'nın 35. maddesine göre, sanık Abdullah hakkında teşebbüs hükümlerinin uygulanabilmesi için, işlemeyi kastettiği nitelikli cinsel saldırı suçunu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamamasının gerektiği, dosya kapsamına ve olay yerinin özelliklerine göre mağdurenin vücuduna organ veya sair cisim ithal etmesini engelleyen mağurenin aşılabilir mukavemeti dışında harici bir engelin bulunmadığından, sanığın suçun icra hareketlerinden gönüllü vazgeçtiğinin kabul edilmesi gerektiği, bu durumda sabit ve tamam olan eyleminin TCK'nın 36. maddesi karşısında 102/1. maddeye uyan basit cinsel saldırı suçunu oluşturacağı gözetilmeden, nitelikli cinsel saldırıya teşebbüsten cezalandırılmasına karar verilmesi, Kanuna aykırı ve sanıklar müdafileri ile katılan vekilinin temyiz İtirazları bu bakımdan yerinde görülüş olduğundan, hükmün belirtilen nedenle 5320 sayılı Yasa'nın 8/1. maddesi gözetilerek CMUK'nın 321. maddesi uyarınca (BOZULMASINA), 01.06.2009 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.(Y.5.CD. 2009/3381 E. – 2009/6645 K. 01.06.2009 Tarihli Kararı)

²⁴² Sanığın, olay günü ailece görüştükleri yalnız olduğunu bildiği katılanın evine gittiği ve evin havalandırılması için açık bırakılan kapısından içeriye girerek katılandan yorgun olduğunu söyleyip çay yapmasını istediği, katılanın ailece görüştükleri için sanığın bu isteğini kabul edip çayı demledikten sonra ev işlerine devam etmek için yatak odasına geçtiği, sanığın katılanın arkasından yatak odasına giderek katılana sarıldığı ve göğüslerini sıkıdığı, bağırmakta olan katılana "sus bağırma, sen bu işi yapıyormuşsun, birlikte yapalım" dediği, katılanın kurtulmak için sanığı iterek bağırma başlaması üzerine sanığın koridora çıktığı ve tekrar "senle yapalım" dediği, katılanın koridora doğru bir tahta fırlattığı, mutfağa doğru bıçak almaya yöneldiğinde sanığın evden çıkması ile failin sona erdiği olayda, sanığın katılana sarılmak ve katılanın göğüslerini sıkarak suretiyle icra hareketlerine başladığı, bu sırada katılana söylediği "sus bağırma, sen bu işi

kararında gönüllü vazgeçe ile teşebbüs kavramlarının ne anlama geldiğini ve aralarındaki farkları ayrıntılı bir şekilde açıklamıştır.²⁴³

yapıyormuşsun, birlikte yapalım" sözleri ve koridorda birliktelik teklifini sürdürmesi sanığın kastının nitelikli cinsel saldırı suçuna ilişkin olduğu, fakat sanığın dosya kapsamı ve olay yerinin özelliklerine göre evde yalnız olan mağdureye karşı icra hareketlerini devam ettirebilme ve arzu ettiği sonucu gerçekleştirebilme imkanı var olduğu halde ciddi bir engel bulunmamasına karşın kemali isteği ile eylemine son vererek evden ayrıldığı, anlaşılmalı 5237 sayılı Kanunun 36. maddesi hükmü uyarınca eyleminin o ana kadar tamamlanmış kısmı olan basit cinsel saldırı suçundan cezalandırılmasına karar verilmesi gerekmektedir.(YCGK. 2014/14- 600 E. – 2015/194 K. 09.06.2015 Tarihli Kararı)

²⁴³ Yasadaki tanım uyarınca gönüllü vazgeçme ile teşebbüs arasındaki ayrım şu şekilde özetlenebilir: Teşebbüs, suçun tamamlanması veya neticenin gerçekleşmesinin, failin elinde olmayan nedenlerle meydana gelmemesi olarak tanımlanmışken, gönüllü vazgeçmede failin iradi hareketi veya çabası ile icra hareketlerinin terk edilmesi ya da suçun tamamlanmasının önlenmesi söz konusudur. Suç tamamlanmadan veya sonuca ulaşılmadan önce vazgeçme gerçekleştiğinden, gönüllü vazgeçme etkin pişmanlıktan da farklıdır. Etkin pişmanlık, suçun tamamlanmasından sonraki pişmanlığı düzenlemekte ve tamamlanan bir suçun yol açtığı zararın giderilmesi, eski hale getirilmesi ya da malın iadesini kapsamaktadır.

Gönüllü vazgeçmenin koşulları ve sonuçları TCY'nın 36. maddesinin gerekçesinde; "Gerek icra hareketleri aşamasında gerekse icra hareketlerinin bitmesinden sonra, failin suçu tamamlamaktan gönüllü olarak vazgeçmesini teşvik etmek modern suç politikasının temel araçlarından biridir. 765 sayılı Türk Ceza Kanununda sadece icra hareketlerinin devamı aşamasında kabul edilen gönüllü vazgeçme, icra hareketlerinin bittiği ancak neticenin meydana gelmediği olaylar bakımından da öngörülmüştür. Böylece suçun icrası sürecindeki bütün aşamalarda gönüllü vazgeçme mümkün hâle gelmektedir. Ancak icra hareketlerinin bitmesinden sonra gönüllü vazgeçmenin kabulü için, vazgeçenin suçun tamamlanmasını önlemek bakımından ciddi bir çaba göstermesi gerekmektedir.

"Teşebbüs halinde faildeki suç işleme düşüncesi ve kastı sürmektedir. Gönüllü vazgeçmede ise fail eyleminden dönüp, suçun oluşmasını önlemeye çabalamaktadır. İcra hareketlerinden vazgeçme negatif bir özelliğe sahiptir. Bu durumda failin soyut durması yetecek ve aktif bir davranış gerekmeyecektir. Suçun tamamlanmasını veya sonucun gerçekleşmesini önlemek ise, pozitif bir özellik taşır; bir diğer deyişle sonucu önleyecek yeni bir faaliyetin icra edilmesini gerektirir" (Prof. Dr. Hakan Hakeri, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.420),

Elde olmayan sebeplerle icra hareketlerinin tamamlanamaması veya neticenin gerçekleştirilememesi teşebbüsün kurucu unsurunu oluşturmaktadır. Buna göre icra hareketlerinin tamamlanmaması veya neticenin gerçekleşmemesi failin elinde olan sebeplerden kaynaklanmışsa teşebbüsten söz edilmeyecektir. Gönüllü vazgeçme olarak nitelenen bu durum TCK'nun 36. maddesinde düzenlenmiştir. (Prof. Dr. Mahmut Koca- Doç. Dr. İlhan Üzülmez, Türk Ceza hukuku

3. İştirak

Türk Ceza Kanunu'nda bu suçun birden fazla kişi ile birlikte işlenmesi halinin nitelikli hal sayılması dışında cinsel saldırı suçu ile ilgili iştirak yönünden ayrı bir düzenleme yapılmamıştır. Cinsel saldırı suçu 5237 sayılı TCK'nın iştirak ile ilgili genel hükümlerine tabidir. Cinsel saldırı suçunun işlenmesinde birden fazla kişinin yer alması durumunda eyleme katılanların her biri müşterek faillikten sorumlu olur. Müşterek faillerin sorumlulukları ve alacakları cezalar suçun işlenmesindeki katkısı veya rolüne göre değişmektedir. 5237 sayılı TCK'nın 37,38,39,40 ve 41. Maddelerinde iştirak ile ilgili hükümler bulunmaktadır. Faillerden kimisi yardım eden²⁴⁴ kimisi müşterek fail²⁴⁵ veya azmettiren²⁴⁶ olarak sorumlu olmaktadır.

Genel Hükümler, s.349) Fail, sonucu gerçekleştirebilme ve icra hareketlerini devam ettirebilme olanağına sahip olduğu halde, bunu ettirmemiş ise, vazgeçme gönüllüdür. Ancak, istediği halde, buna olanak bulunmadığı için hareketlerini devam ettirmemiş ise, vazgeçme gönüllü değildir(Nur Centel – Hamide Zafer – Özlem Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş 3. Baskı s. 478) şeklindeki açıklamalarla gönüllü vazgeçmenin saptanmasında göz önüne alınacak kriterler ortaya konulmuştur. (YCGK.2011/1-692 E. – 2012/60 K. 28.02.2012 Tarihli kararı)

²⁴⁴ TCK.m.39-(1) Suçun işlenmesine yardım eden kişiye, işlenen suçun ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektirmesi halinde, onbeş yıldan yirmi yıla; müebbet hapis cezasını gerektirmesi halinde, on yıldan onbeş yıla kadar hapis cezası verilir. Diğer hallerde cezanın yarısı indirilir. Ancak, bu durumda verilecek ceza sekiz yılı geçemez.

(2) Aşağıdaki hallerde kişi işlenen suçtan dolayı yardım eden sıfatıyla sorumlu olur:

a) Suç işlemeye teşvik etmek veya suç işleme kararını kuvvetlendirmek veya fiilin işlenmesinden sonra yardımda bulunacağını vaat etmek.

b) Suçun nasıl işleneceği hususunda yol göstermek veya fiilin işlenmesinde kullanılan araçları sağlamak.

c) Suçun işlenmesinden önce veya işlenmesi sırasında yardımda bulunarak icrasını kolaylaştırmak

²⁴⁵ TCK.m.37-(1) Suçun kanuni tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştiren kişilerden her biri, fail olarak sorumlu olur.

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

²⁴⁶ TCK.m.38-(1) Başkasını suç işlemeye azmettiren kişi, işlenen suçun cezası ile cezalandırılır.

İştirak halinde failer birden fazladır ve faillerden her biri icrai yada ihmali nitelikte hareketi bulunmakta, her biri fail sıfatıyla hareket etmekte bu hareketlerinden dolayı suç oluşmakta ve suç kapsamında faillerden en az birisinin cezalandırılması mümkün olmaktadır.²⁴⁷ Müşterek failer, birlikte suç işleme kararına bağlı olarak, suçun icrai hareketlerini birlikte gerçekleştirmekte ve fiilin icrası üzerinde müşterek hakimiyet kurmaktadır.²⁴⁸ Cinsel saldırı suçunun işlenmesi sırasında faillerin sorumlu olabilmesi için hepsinin aynı icrai hareketi yapması gerekmekte olup²⁴⁹ faillerden kimisi kolunu tutarken kimisi de cinsel saldırı eylemini gerçekleştirebilir. Burada önemli olan faillerin mağdur üzerinde ortak hakimiyet kurmasıdır.

(2) Üstsoy ve altsoy ilişkisinden doğan nüfuz kullanılmak suretiyle suça azmettirme halinde, azmettirenin cezası üçte birden yarısına kadar artırılır. Çocukların suça azmettirilmesi halinde, bu fıkra hükmüne göre cezanın artırılabilmesi için üstsoy ve altsoy ilişkisinin varlığı aranmaz.

(3) Azmettirenin belli olmaması halinde, kim olduğunun ortaya çıkmasını sağlayan fail veya diğer suç ortağı hakkında ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine yirmi yıldan yirmibeş yıla kadar, müebbet hapis cezası yerine onbeş yıldan yirmi yıla kadar hapis cezasına hükmolunabilir. Diğer hallerde verilecek cezada, üçte bir oranında indirim yapılabilir

²⁴⁷Erol, Haydar; Yeni Türk Ceza Kanunu, s.582

²⁴⁸Artuk, Mehmet Emin; Gökçen, Ahmet; Yenidünya, Ahmet Caner; Ceza Hukuku Genel Hükümler, 5. Baskı, Ankara, 2011, s.628

²⁴⁹ Sanıkların katılanları kaçırdıktan sonra, sanık Mustafa'nın katılan Kadriye'ye yönelik ırza geçme eylemini gerçekleştirdiği sırada kendilerine on metre mesafede araç içerisinde bulunan diğer sanık İbrahim'in, katılan Kadriye'nin eşi olan katılan Ercan'ın araçtan inmesine engel olduğu oluşa uygun olarak kabul edilmesi karşısında, sanık İbrahim'in olayın başlangıcından itibaren katılanların direncini kırmaya yönelik söz ve eylemlerde bulunmak suretiyle sanık Mustafa'nın nitelikli cinsel saldırı suçuna TCK.nun 37/1. maddesi kapsamında müşterek fail olarak katıldığı gözetilmeyerek yazılı şekilde hüküm kurulması aleyhe temyiz olmadığından bozma nedeni yapılmamıştır.(Y.5.CD. 2008/650 E. – 2008/3485 K. sayılı ve 15.04.2008 tarihli kararı); Diğer sanık mağdurun pantolon ve külotunu çıkartıp arkasına geçerek iki dakika kadar sürtünerek basit cinsel istismar suçunu işlediği sırada yanında bulunan, mağdurun başını tutarak direncini kırmak suretiyle suçu birlikte gerçekleştiren sanığın 5237 sayılı TCK'nun 37/1.maddesi gereğince fail olarak sorumlu tutulması gerektiği gözetilmeden, aynı yasanın 39/2.maddesi uyarınca cezasından indirim yapılması, Kanuna aykırı, sanık müdafinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülmesi olduğundan,kazanılmış hakkı saklı kalmak kaydıyla hükmün bu sebepten dolayı 5320 Sayılı Yasanın 8/1.maddesi de gözetilerek CMUK'nın 321. maddesi uyarınca BOZULMASINA(Y.5.CD. 2006/5223 E. – 2006/6921 K. 18.09.2006 Tarihli kararı)

Müşterek faillik iki şekilde karşımıza çıkmaktadır. Bunlardan biri doğrudan faillik diğeri ise dolaylı faillikdir. Doğrudan faillikte failler cinsel saldırı eylemini doğrudan birlikte gerçekleştirmektedir. Dolaylı faillik ise amacına ulaşmak için karar verme imkanına sahip olmayan ya da olaydaki müdahalesi kasta dayanmayan, diğeri bir kişiyi kullanmaktır.²⁵⁰ Örneğin failin akli dengesi yerinde olmayan bir kişiye, mağdura karşı cinsel saldırı eyleminde bulunması için zorlaması ya da akli dengesi yerinde olan bir kişiyi silah ile tehdit ederek cinsel saldırı eyleminde bulunması için zorlaması ve bunun sonucunda mağdura cinsel saldırı eyleminde bulunulmasıdır. Burada cezai sorumluluk dolaylı fail olan silah ile tehdit eden kişidedir. Diğeri failin herhangi kusuru ve iradesi bulunmadığından cezai sorumluluğu da bulunmamaktadır.

İştirak hallerinden bir diğeri hali azmettirmedir. Suç işleme yönünde henüz bir fikri olmayan kişiye, suç işleme kararının verdirilmesi haline azmettirme denir.²⁵¹ Azmettirme sonucunda suç işleme kararı aldırılan kişi işlenecek suçun faili, suçun işlenmesine eylemli olarak katılmadığı halde, kendisinde suç işleme fikri bulunmayan bir kişinin iradesini etkileyerek suç yoluna sokan kişi de azmettiren olarak cezalandırılacaktır.²⁵² Azmettirenin sorumlu tutabilmek için direk faili azmettirmesine gerek bulunmamaktadır. Azmettiren aracı vasıtayla da suçu azmettirebilir. Örneğin; cinsel saldırı eylemini gerçekleştirecek adam tutması için başka birini azmettirmesidir. Bu duruma azmettirmeye azmettirme veya dolayısıyla azmettirme olarak adlandırılır.²⁵³

Cinsel saldırı suçunu işlemek için fail azmettirilmiş ise azmettiren fail gibi sorumlu tutulacaktır. Fail azmettirenin kastettiği suçtan başka bir suç işlemiş ise azmettiren kastından dolayı sorumlu olacağından failin işlediği suçtan sorumlu olmayacaktır. Örneğin azmettiren faili cinsel saldırı suçunu işlemek için azmettirmiş ancak fail mağduru öldürmüş ise azmettiren kasten adam öldürmeden sorumlu olmayacaktır. Çünkü azmettirenin kastı cinsel saldırı suçuna yöneliktir,

²⁵⁰Erol, Haydar; Yeni Türk Ceza Kanunu, s.582

²⁵¹Artuk, Mehmet Emin; Gökçen, Ahmet; Yenidünya, Ahmet Caner; Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.637

²⁵²Yaşar, Osman; Gökcan, Hasan Tahsin; Artuç, Mustafa; Türk Ceza Kanunu, s.1137

²⁵³Yaşar, Osman; Gökcan, Hasan Tahsin; Artuç, Mustafa; Türk Ceza Kanunu, s.1138

azmettirenin kastından bağımsız ayrı bir suç işlenmiştir. Failin azmettirenin kastettiği suçun nitelikli halini işlemesi durumunda ise azmettiren kastından sorumlu olur. Örneğin; azmettiren basit cinsel saldırı için azmettirmesine rağmen fail organ sokmak suretiyle nitelikli cinsel saldırı eyleminde bulunmuş ise fail nitelikli cinsel saldırıdan, azmettiren basit cinsel saldırı eyleminden sorumlu tutulacaktır. Fail azmettirenin kastettiği suçtan daha basit halini işlemişse ise azmettiren failin işlediği suçtan sorumlu olacaktır. Örneğin; azmettirenin faili organ sokmak suretiyle cinsel saldırı eylemini gerçekleştirmesi için azmettirmesine rağmen fail basit cinsel saldırı suçunu işlemişse fail ve azmettiren basit cinsel saldırı suçundan sorumlu olacaktır. Azmettirilen azmettirmeden önce suçu işlemeye karar vermiş ise, azmettirmeden bahsedilemez.²⁵⁴

Dolaylı faillik ile azmettirme kavramları birbirine karışmaktadır. Dolaylı faillikte suçu işleyen asıl failin suçu işleme konusunda iradesi ve kastı yok iken azmettirmede azmettirilenin suçu işlemede kastı ve iradesi bulunmaktadır. Dolaylı faillikte tüm sorumluluk dolaylı failde iken azmettirmede sorumluluk azmettiren ve azmettirilendedir.

İştirak hallerinden bir diğeri ise yardım etmedir. Yardım etme, bir suçun işlenmesinden önce veya suç işlendiği sırada destekleyici veya kolaylaştırıcı hareketlerde bulunularak, failin suç işleme kararını kuvvetlendirilmesi ya da suçu kolayca işlemesini sağlanmasıdır.²⁵⁵ Burada suça iştirak eden, nedensellik değeri taşıyan hareketini bilerek ve isteyerek yapmalı, asli failin fiili gerçekleştirmesine yardım etmeli ve neye katıldığını bilmelidir.²⁵⁶ Yardım eden cinsel saldırı mağdurunun direncini etkileyecek eylemde bulunmaması gerekir. Cinsel saldırı eyleminde mağdur diğer faili görüyor ve bu durum mağdur üzerinde etki oluşturuyorsa mağdura karşı herhangi bir fiili müdahalede bulunmasa bile iştirak

²⁵⁴ Erol, Haydar; Yeni Türk Ceza Kanunu, s.594

²⁵⁵ Yaşar, Osman; Gökcan, Hasan Tahsin; Artuç, Mustafa; Türk Ceza Kanunu, s.1154

²⁵⁶ Erol, Haydar; Yeni Türk Ceza Kanunu, s.606

eden yardım eden olarak değil TCK.m.37 kapsamında müşterek fail olarak sorumlu olur.²⁵⁷

Müşterek failler, yardım eden ve azmettiren cinsel saldırı eyleminin gerçekleşmesinde kusuru oranında sorumlu olur. Her bir fail, yardım eden veya azmettiren kendi şahsi cezasızlık halinden yararlanacak olup diğer sanıklar ise bu şahsi cezasızlık halinden yararlanamayacaktır.

İştirak halinde faillerin gönüllü vazgeçmesi TCK'nın 41. maddesinde²⁵⁸ düzenlenmiştir. Gönüllü vazgeçme hükümlerinin uygulanabilmesi için suçun tamamlanmamış olması gerekmektedir. Yani suçun teşebbüs aşamasında kalması gerekmektedir. Suç tamamlanmış ise fail tamamlanan suçtan sorumlu olur. İştirak halinde işlenen suçlarda azmettiren ya da yardım eden gönüllü vazgeçmiş ve suçun işlenmemesi için elinden gelen bütün gayreti göstermiş ise gönüllü vazgeçtiğinden dolayı teşebbüs hükümleri uygulanmaz.²⁵⁹

4. İçtima

Ceza hukuku kapsamında herkes yaptığı fiil sonucunda meydana gelen neticeden sorumludur. Ceza hukuku kapsamında kabul edilen genel kurallardan

²⁵⁷Dosya kapsamına göre sanıklar Burak Onar ile Özkan Kaya'nın diğer sanık Seyithan Aslan'ın işlediği nitelikli cinsel saldırı suçuna olay anında aracın hemen yanında hazır beklemeleri nedeniyle 5237 sayılı TCK'nın 37/1. maddesi anlamında iştirak ettikleri ve bu haliyle her üç sanık hakkında cinsel saldırı suçundan hüküm tesis edilirken 5237 sayılı TCK'nın 102/3-d maddesinin uygulanması ve sanıklar Burak ile Özkan hakkında da aynı Kanunun 39. maddesinin uygulanmaması gerektiğinin gözetilmemesi suretiyle sanıklar hakkında eksik ceza tayini karşı temyiz bulunmadığından bozma nedeni yapılmamıştır.(Y.14.CD. 2011/326 E. – 2011/236 K. 15.09.2011 tarihli kararı)

²⁵⁸TCK.m.41-(1) İştirak halinde işlenen suçlarda, sadece gönüllü vazgeçen suç ortağı, gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanır.

(2) Suçun;

a) Gönüllü vazgeçenin gösterdiği gayreti dışında başka bir sebeple işlenmemiş olması,

b) Gönüllü vazgeçenin bütün gayretine rağmen işlenmiş olması, Hallerinde de gönüllü vazgeçme hükümleri uygulanır.

²⁵⁹ Erol, Haydar; Yeni Türk Ceza Kanunu, s.627

birisi; ne kadar fiil varsa o kadar suç, ne kadar suç varsa o kadar da ceza vardır.²⁶⁰ Fail işleyeceği suçu her zaman tek bir fiil ile yapmamaktadır. Bazen failin bir fiili birden fazla ihlale sebebiyet verebilir, bazen de birden fazla fiili bir ihlale veya birden fazla fiili birden fazla ceza hukuku kapsamında ihlale sebebiyet verebilir.²⁶¹ Bu durumlarda failin cezai sorumluluğunun ne olacağı ve hangi suçlardan cezalandırılacağı 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun suçların içtiması bölümünde düzenlenen 42²⁶², 43²⁶³ ve 44.²⁶⁴ maddeleri ile belirlenmiştir. Türk Ceza Kanunu'nda suçların içtiması; bileşik suç, zincirleme suç ve fikri içtima şeklinde düzenlenmiştir. 5237 sayılı TCK'nın ilk halinin 43. maddesinin 3. fıkrasında cinsel saldırı suçunda zincirleme suç hükümlerinin uygulanmayacağı hükmü yer alıyordu. Bu fıkradaki “cinsel saldırı suçlarında zincirleme suç hükümleri uygulanmaz” ibaresi 29.06.2005 tarihli 5377 sayılı kanun ile madde metninden çıkarılmıştır. Cinsel saldırı suçlarında zincirleme suç hükümleri uygulanabilecektir.

Yasa Koyucu 5237 sayılı Türk Ceza Kanunda bazen birden fazla suç tipini birleştirip yeni bir suç tipi meydana getirmiştir. Görünürde fail birden fazla suç tipini ihlal etmesine rağmen gerçekte ise birden fazla suç tipini bünyesinde barındıran suç tipini ihlal etmektedir. Böyle durumlarda faile birleştirilen birden

²⁶⁰ Yaşar, Osman; Gökcan, Hasan Tahsin; Artuç, Mustafa; Türk Ceza Kanunu, s.1184

²⁶¹ Yaşar, Osman; Gökcan, Hasan Tahsin; Artuç, Mustafa; Türk Ceza Kanunu, s.1184

²⁶² TCK.m.42-(1) Biri diğerinin unsurunu veya ağırlaştırıcı nedenini oluşturması dolayısıyla tek fiil sayılan suça bileşik suç denir. Bu tür suçlarda içtima hükümleri uygulanmaz.

²⁶³ TCK.m.43-(1) Bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda bir kişiye karşı aynı suçun birden fazla işlenmesi durumunda, bir cezaya hükmedilir. Ancak bu ceza, dörtte birinden dörtte üçüne kadar artırılır. Bir suçun temel şekli ile daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli şekilleri, aynı suç sayılır. (Ek cümle: 29/6/2005 – 5377/6 md.) Mağduru belli bir kişi olmayan suçlarda da bu fıkra hükmü uygulanır.

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

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

²⁶⁴ TCK.m.44- (1) İşlediği bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet veren kişi, bunlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılır.

fazla suçtan değil yeni meydana gelen suç tipinden ceza verilmektedir.²⁶⁵ Yeni meydana gelen suça bileşik suç denilmektedir. Bileşik suça örnek vermek gerekirse cinsel saldırı suçu işlenirken mağdura uygulanan şiddet sonucunda mağdurda kasten yaralamanın ağır neticeleri meydana gelmiş ise ayrıca faile kasten yaralamadan da ceza verilir. Eğer mağdurda kasten yaralamanın ağır neticeleri meydana gelmezse faile kasten yaralamadan ceza verilmeyecektir. Bu durumlarda kasten yaralama suçu cinsel saldırı suçu ile birleşmektedir.

Suçların içtimalarından bir diğeri ise zincirleme suçtur. Zincirleme suç yasa metninde de tanımlandığı üzere birbirine bağlı olan ve aynı suç işleme kastı ile değişik zamanlarda işlenen birbirini takip eden suçlar şeklinde tanımlanabilir.²⁶⁶ Zincirleme suçun oluşabilmesini yasa koyucu belli şartlara bağlamış ve bu şartların birlikte gerçekleşmesi gerekmektedir. Bunları şu şekilde sıralayabiliriz;

- Aynı suçun birden fazla kez işlenmesi
- Bu suçların değişik zamanlarda işlenmesi
- Bu suçların aynı suç işleme kararı kapsamında işlenmesi
- Suçun aynı kişiye karşı işlenmesidir.

Cinsel saldırı suçu kapsamında fail hakkında zincirleme suç hükümleri uygulanabilmesi için mağdura karşı birden fazla kez cinsel saldırı eyleminde bulunması gerekir. Fail cinsel saldırı eylemlerini değişik zamanlarda işlemesi gerekmektedir. Birden fazla fail tarafından gerçekleştirilen cinsel saldırı suçlarında faillerin her birinin eyleminin diğer fail için zincirleme oluşturup oluşturmayacağı hususunda, Yargıtay faillerin birlikte işledikleri cinsel saldırı suçunun birbirlerine karşı zincirleme suç oluşturacağını kabul etmektedir.²⁶⁷⁻²⁶⁸

²⁶⁵ Artuk, Mehmet Emin; Gökçen, Ahmet; Yenidünya, Ahmet Caner; Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.670

²⁶⁶ Erol, Haydar; Yeni Türk Ceza Kanunu, s.635

²⁶⁷ Dosya içeriği ve oluşa göre, sanıkların birlikte ve zor kullanarak mağdurenin direncini kırdıktan sonra aynı zaman ve mekanda önce sanık Mehmet, sonrada sanık Selçuk tarafından organ sokmak suretiyle nitelikli cinsel saldırı eylemini gerçekleştirdikleri anlaşılınca, sanıkların bizzat işledikleri eylemden ayrı olarak diğerinin eylemine katılmış olmalarından dolayı haklarında

Burada her bir fail diğer failin eylemine mütşterek fail olarak katıldığından fail eylemleri tek değildir. Yani fiilin tekliliğinden bahsedilemez ve failler zincirleme suç hükümleri kapsamında cezalandırılırlar.

Cinsel saldırı suçunun aynı suç işleme kararı kapsamında aynı mağdura karşı işlenmesi gerekir. Failin işlediği suçlar arasında makul bir zaman bulunmalıdır. Bu makul zamanı Hakim önüne gelen her somut olaya göre değerlendirecektir.²⁶⁹ Yani failin işlediği suçlar arasında uzun süreli kesinti bulunmamalıdır.²⁷⁰ Bu şartlar mevcut olduğunda fail hakkında zincirleme suç hükümleri uygulanacaktır.

Zincirleme suçun ikinci fıkrasında düzenlenen tek bir hareketle birden fazla kişiye karşı işlenmesi hali cinsel saldırı suçu kapsamında uygulanması pek

TCK'nın 102/2 ve 102/3-d maddelerine göre belirlenen cezanın teselsül nedeniyle aynı Yasanın 43. maddesi uyarınca artırılması suretiyle hüküm kurulması gerektiği gözetilmeden iki ayrı suç kabulü ile yazılı şekilde uygulama yapılmak suretiyle karar verilmesi(Y.5.CD. 2009/11360 E. – 2009/13245 K. 26.11.2009 Tarihli Kararı)

²⁶⁸ Ceza hukukunda kanundaki suç tanımına uygun olarak gerçekleşen her netice ilke olarak ayrı bir suç oluşturur ve fail kaç netice meydana getirmiş ise o kadar suç işlemiş sayılarak her birinden dolayı ayrı ve bağımsız cezalandırılır. Ancak bazı hallerde birden fazla netice meydana gelmiş olsa bile, faile meydana gelen netice kadar ceza verilmeyerek tek bir ceza verilmesi ile yetinilir. Birden fazla neticenin meydana gelmesine karşın faile tek ceza verilmesini gerektiren hallerden biri de zincirleme suçtur. Zincirleme suçta faile tek ceza verilirken, kanunun öngördüğü miktarda bir artırımın da yapılması söz konusudur.

Sanıkların olay tarihinde önceden aralarında vardıkları anlaşma doğrultusunda bir araç ile ıssız bir yere götürdükleri mağdurenin cebir ve tehdit ile direncini kırdıktan sonra aynı suç işleme kararı altında diğer sanıkların da araç içerisinde bulunduğu bir sırada sanıklar Doğan ve Gökhan'ın mağdureye karşı nitelikli cinsel saldırı eylemini gerçekleştirmeleri şeklinde gerçekleşen olayda, eylemlerin değişik zamanlarda işlendiği, başka bir anlatımla aynı zaman diliminde işlenmediği gibi, hukuksal anlamda tek bir fiilden de söz edilemeyeceğinden, olayda sanıklar hakkında TCK'nın 43/1. maddesinin uygulanma şartlarının gerçekleştiğinin kabulü gerekmektedir.(YCGK. 2013/14-35 E. – 2013/266 K. 28.05.2013 Tarihli Kararı)

²⁶⁹ Erol, Haydar; Yeni Türk Ceza Kanunu, s.636

²⁷⁰ Magdurenin anlatımlarına göre sanığın askere gitmeden önce başladığı ırza geçme eylemine dönüşünde de devam ettiği, araya askerlik gibi uzun bir sürenin girmesi ve fiili kesinti nedeniyle suç işleme kararında birlik bulunmadığından iki ayrı suç oluşacağı dikkate alınmadan tek suçtan hükümlülük kararı verilmesi(Y.5.CD. 2006/731 E. – 2006/3468 K. 24.04.2006 tarihli kararı)

mümkün gözükmemektedir. Zincirleme suçun istisnaları üçüncü fıkrada düzenlenmiştir. Bu fıkra kapsamında cinsel saldırı suçlarında zincirleme suç hükümleri uygulanacaktır.

J. CİNSEL SALDIRI SUÇU VE BENZER SUÇLAR AYRIMI

Cinsel saldırı, cinsel istismar, cinsel taciz ve reşit olmayanla cinsel ilişki suçları 5237 sayılı TCK'nın cinsel dokunulmazlığına ilişkin suçlar bölümünde düzenlenmiştir. Bu suçlar birbirine benzese de farklılıklar mevcuttur.

1. Cinsel Saldırı Suçu – Çocukların Cinsel İstismarı

Cinsel istismar suçu 5237 sayılı TCK'nın 103. Maddesinde düzenlenmiştir.²⁷¹ Cinsel istismar suçu özü itibari ile cinsel saldırı suçu ile aynı

²⁷¹ TCK.m.103- (Değişik: 18/6/2014-6545/59 md.)

(1) Çocuğu cinsel yönden istismar eden kişi, sekiz yıldan on beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Cinsel istismarın sarkıntılık düzeyinde kalması hâlinde üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası verilir. Sarkıntılık düzeyinde kalmış suçun failinin çocuk olması hâlinde soruşturma ve kovuşturma yapılması mağdurun, velisinin veya vasisinin şikâyetine bağlıdır. Cinsel istismar deyiminden;

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

b) Diğer çocuklara karşı sadece cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak

gerçekleştirilen cinsel davranışlar, anlaşılır.

(2) Cinsel istismarın vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi durumunda, on altı yıldan aşağı olmamak üzere hapis cezasına hükmolunur.

(3) Suçun;

a) Birden fazla kişi tarafından birlikte,

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

c) Üçüncü derece dâhil kan veya kayın hısımlığı ilişkisi içinde bulunan bir kişiye karşı ya da üvey baba, üvey ana, üvey kardeş veya evlat edinen tarafından,

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

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

mahiyyətedir. Cinsel istismar suçu ile cinsel saldırı suçunu ayırıcı en önemli özellik mağdurun yaşıdır. Yasa koyucu çocuk olarak 18 yaşından küçükleri kabul etmiştir.²⁷² Cinsel saldırı suçunun temelinde mağdurun rızasının bulunmamasıdır. Rıza hukuka uygunluk sebebidir. Cinsel eylemin gerçekleştirildiği sırada mağdur onsekiz yaşından küçük ise fail TCK.m.103 kapsamında cinsel istismar suçundan sorumlu tutulur. Cinsel istismar suçunda, cinsel saldırı suçundan farklı olarak yasa koyucu rıza konusunda bir ayrıma gitmiştir. Yani rıza verecek mağdurun yaşı konusunda ayrıma gitmiştir. Bu ayrımlardan bir tanesi mağdurun On beş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan çocuklardan olması diğeri ise on beş yaşını tamamlamış olup henüz on sekiz yaşını tamamlamamış olan çocuklardır.

Cinsel saldırı suçu on sekiz yaşını tamamlamış mağdurun rızası dışında cinsel duygularını tatmin amacıyla vücuduna dokunulmasıdır. Burada rıza dışılık mevcuttur. Buna karşılık on beş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan çocuklara karşı gerçekleştirilen cinsel davranışlarda mağdurun rızası bulunsa bile cinsel istismar suçu kabul etmiştir.²⁷³ Burada yasa koyucu mağdurun yaşından dolayı verdiği rızayı hukuken kabul etmemektedir.²⁷⁴ Bu yaş grubundaki

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

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

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

²⁷² TCK.m. 6/b) Çocuk deyiminden; henüz on sekiz yaşını doldurmamış kişi

²⁷³ Meran, Necati; ss.533

²⁷⁴ 5237 sayılı TCY.nın 6/1-a maddesinde, “henüz 18 yaşını doldurmamış kişi” olarak tanımlanan çocuk kavramının, yasakoyucu tarafından cinsel dokunulmazlığa karşı suçların düzenlendiği bölümde, “onbeş yaşını bitirmiş”, “onbeş yaşını tamamlamamış” şeklinde iki ayrı dönem olarak ele alınmıştır. Buna göre bu bölümde “onbeş yaşını tamamlamamış” çocuklar ile “onbeş yaşını bitirmiş olup ta onsekiz yaşını tamamlamamış” olan çocuklara karşı işlenen cinsel suçlar farklı kategoride mütalaa edilmiştir. TCY.nın 103/1-a maddesinde, “onbeş yaşını tamamlamamış” olan

mağdurların rızaları faillerin cezai sorumluluklarını ortadan kaldırmamaktadır. Ayrıca bu yaş grubundaki çocuklara karşı cebir veya tehditle cinsel istismar eyleminde bulunmuş ise bu cinsel istismar suçunun nitelikli halini oluşturmaktadır.

Onbeş yaşından küçük çocukların kendi rızaları ile cinsel ilişkiye girmeleri durumunda cinsel istismar suçu oluşup oluşmayacağı hususu gündeme gelmektedir. Bu yaş grubundaki çocukların rızaları hukuken geçerli olarak kabul edilmemektedir. Bu kapsamda rızaları ile cinsel ilişkiye giren her iki çocuğun da onbeş yaşından küçük olması durumunda cinsel istismar suçu oluşmayacaktır. Çünkü bir suçun oluşabilmesi için fail ve mağdurun bulunması gerekir. Oysaki rızaları ile cinsel ilişkiye giren onbeş yaşından küçük çocuklar hem fail hem de mağdur konumundadır. Bu kapsamda cinsel istismar suçunun faili ve mağduru aynı kişide birleştiğinden çocukların cezai sorumluluğu olmayacağı kanaatindeyiz.²⁷⁵

çocuklara karşı her türlü cinsel davranış cinsel istismar olarak tanımlanmışken aynı maddenin (b) bendinde ise diğer çocuklar ifadesiyle “onbeş yaşını bitirmiş olup ta onsekiz yaşını tamamlamamış” olan çocuklar kastedilerek bunlara karşı sadece cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilen cinsel davranışların cinsel istismar suçunu oluşturabileceği kabul edilmiştir. Yasa koyucu bu maddede “onbeş yaşını bitirmiş olup ta onsekiz yaşını tamamlamamış” olan çocuklara karşı rızalarıyla yapılan cinsel davranışları cinsel istismar suçu kapsamına almamış ve bu kategorideki çocukların rızalarına önem vermişken “onbeş yaşını tamamlamamış” çocuklara karşı yapılan her türlü cinsel davranış rızaları olsa bile çocukların cinsel istismarı suçu kapsamına almıştır. TCY.nın 104. maddesinde de, cebir, tehdit ve hile olmaksızın, onbeş yaşını bitirmiş olan çocukla cinsel ilişkide bulunmayı şikâyete bağlı bir suç olarak düzenlemiştir. Bu nedenle çocuklara karşı cinsel amaçlı olarak işlenen kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçlarının da iki kategoride ele alınması gerekmekte, birinci kategoride yer alan “onbeş yaşını tamamlamamış” çocuklara karşı işlenen “cinsel amaçlı olarak kişiyi hürriyetinden yoksun kılma” suçunda, çocukların rızalarının hukuken değer ifade etmediği konusunda herhangi bir uyuşmazlık bulunmamaktadır. Öğretide de aynı esas kabul edilmiş ve eyleme razı olma ehliyeti bulunmayan küçüğün şikayet hakkı bulunmadığı vurgulanmıştır. (CENTEL-ZAFER, Ceza Muhakemesi Hukuku, 5. Bası, sh. 91)(YCGK.2008/5-56 E. – 2008/156 K. 03.06.2008 Tarihli Kararı)

²⁷⁵ Yenidünya, A. Caner; “5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar”, Legal Hukuk Dergisi, Eylül, 2005, s. 3303

Failin onbeş yaşından büyük mağdurun ise onbeş yaşından küçük olması durumunda cinsel istismar suçu oluşacaktır. Ancak burada mağduru TCK.m.104' de düzenlenen reşit olmayan ile cinsel ilişki suçundan sorumlu tutulup tutulmayacağı tartışmalı bir durumdur.

Onsekiz yaşını tamamlamış olup da on beş yaşın dolduran çocuklara karşı ise rızanın varlığı durumunda başka bir suç tipi olan reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu oluşturmaktadır. Yani bu yaş grubundaki çocukların rızalarının bulunması durumunda cinsel istismar suçunu oluşturmaz. Bu yaş grubundaki çocuklara karşı cinsel duygularını tatmin amacıyla cebir, tehdit, hile veya iradeyi sakatlayan başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilen davranışlar cinsel istismar suçunu oluşturmaktadır.

6545 sayılı yasa değişikliğinden önce cinsel saldırı suçunda silah nitelikli hal sayılmakta iken cinsel istismar suçunun işlenmesi sırasında kullanılması durumunda nitelikli hal sayılmamaktaydı. Bu durum 18.06.2014 tarihli 6545 sayılı yasa değişikliği ile düzeltilmiş ve silahla çocuklara karşı cinsel istismar suçunun işlenmesi hali de nitelikli suç kapsamına alınmıştır. Ancak 18.06.2014 tarihinden önce işlenen cinsel istismar suçlarında aleyhe bir yasal düzenleme olduğundan fail hakkında bu nitelikli hal uygulanmayacaktır.

Türk Medeni Kanunu'na göre evlenme yaşı on yedidir.²⁷⁶ Ceza hukuku kapsamında çocuk olarak kabul edilen bireyler evlenebilmektedir. Bu kapsamda cinsel saldırı suçunun 102. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenen eşe karşı cinsel saldırı eylemini düzenleyen madde hükmü cinsel istismar suçunu düzenleyen madde kapsamında yer almamıştır. Bu kapsamda cinsel saldırı suçunun nitelikli hali bölümünde de anlattığımız üzere eşe karşı cinsel saldırı suçu madde metnine bakıldığında organ veya sair cisim sokmak suretiyle işleneceği anlaşılmakla birlikte cinsel saldırı suçunun basit hali de eşler arasında işlenebileceği kanaatindeyiz. Ancak fail eşin cezalandırılabilmesi için mağdurun şikayetine

²⁷⁶ TMK.m.124 - Erkek veya kadın onyediyi yaşını doldurmadıkça evlenemez.

Ancak, Hakim olağanüstü durumlarda ve pek önemli bir sebeple onaltı yaşını doldurmuş olan erkek veya kadının evlenmesine izin verebilir. Olanak buldukça karardan önce ana ve baba veya vasi dinlenir.

bağlıdır. Bu kapsam cinsel istismar suçunda ise evli eşler bakımından herhangi bir düzenleme bulunmadığından eşler arasında basit veya nitelikli cinsel eylemler cinsel istismar suçunu oluşturacaktır. Ayrıca cinsel istismar suçunun eşler arasında işlenmesi durumunda şikayete bağlı olmadan fail eş cezalandırılacaktır.

6545 sayılı yasa ile 5237 sayılı TCK'ya tekrar giren sarkıntılık suçu kapsamında kalan cinsel davranışlar şikayete bağlı olarak cezalandırılacaktır. Bu kapsamda sarkıntılık düzeyinde kalan eşler arasındaki cinsel istismar suçu mağdurun şikayetine bağlıdır. Burada aslında sarkıntılık düzeyinde kalan cinsel istismar suçu sadece eşler arasında değil tüm failer için de şikayet koşulu getirilmiştir. Sarkıntılık dışındaki cinsel eylemler şikayet bağlı değildir. Ancak sarkıntılık yasal düzenlemeye bakıldığında şikayette bulunacaklar mağdur, veli veya vasisidir. Burada akla gelen soru çocuk eşler arasında işlenen cinsel istismar suçunun sarkıntılık düzeyinde kalması durumun şikayette kimler bulunacağı hususudur. Kişiler onsekiz yaşını doldurmak ile ergin olurlar.²⁷⁷ Ancak bu durumun istisnaları da bulunmaktadır. Bunlardan biri onsekiz yaşından küçük kişilerin evlenmeleri ile ergin olmasıdır. Cinsel istismar suçu kapsamında da eşler evlendiğinden dolayı ergin sayılmaktadır ve bu kapsamda sadece mağdurun şikayet etme hakkı bulunduğu kanaatindeyiz.

Cinsel saldırı suçu ile cinsel istismar suçunu birbirinden ayıran temel unsur mağdurun yaşıdır. Cinsel saldırı suçunun temel şeklini oluşturan cinsel davranış on sekiz yaşından küçük bir çocuğa karşı işlenmesi durumunda cinsel istismar suçunu oluşturacaktır. Ayrıca cinsel saldırı suçunun nitelikli hali olan “vücuda organ veya sair cisim sokmak suretiyle” şeklinde gerçekleştirilen eylem on sekiz yaşından küçük bir çocuğa karşı işlenmesi durumunda da cinsel istismar suçunun nitelikli halini oluşturacaktır.²⁷⁸ Anayasa mahkemesi bu nitelikli hali içeren fıkrayı 11.12.2015 tarihinde iptal etmiştir.²⁷⁹ Bu iptal kararı bir yıl sonra yürürlüğe girecektir.

²⁷⁷ TMK.m.11 - Erginlik onsekiz yaşının doldurulması ile başlar. Evlenme kişiyi ergin kılar.

²⁷⁸ Şişman, Sefa; s.136

²⁷⁹ Suç ve suçluyla mücadele ve cezanın ıslah amacı ve ceza hukukunun temel ilkeleri gözetildiğinde, suç tipine göre fiil ile öngörülen yaptırım arasında makul ve hakkaniyete uygun bir

Onbeş yaşından küçük mağdurun, faile yaşının onbeş yaşından büyük olduğunu söylemesi durumunda faili cezalandırabilmek için mağdurun yaşını gösterip göstermediği, failin daha önceden tanıyıp tanımadığının araştırılması gerekmektedir.²⁸⁰ Fail mağdurun gerçekte yaşını onbeş yaşından büyük olduğunu zannediyorsa eylemi TCK'nın 30/1. maddesi kapsamında değerlendirmek

denge bulunmalı ve kanun koyucunun belirlediği yaptırım, cezalandırmada güdülen amaçla ölçülü olmalıdır. Cinsel istismarın vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesinin ağır bir yaptırıma bağlanmasının çocuğun etkin bir şekilde korunması amacını gerçekleştirmeye yönelik olduğunda şüphe yoktur. Ancak, mahkemeye olaya özgü takdir marjı tanımayan ve onarıcı hukuk kurumları öngörmeyen kuralda düzenlenen ceza yaptırımının alt sınırının onaltı yıldan aşağı olmamak üzere hapis cezası olarak belirlenmesi; fiilin farklı yaş kategorilerindeki mağdurlara karşı işlendiği veya failin de küçük olduğu ya da fiilden sonra mağdurun yaşının ikmali ile fiili birlikteliğin resmi evliliğe dönüşmesi gibi her bir somut olayın özellikleri dikkate alınarak ceza tayin edilmesi veya onarıcı adalet kurumunun uygulanması imkânını ortadan kaldırmakta ve bazı durumlarda somut olayın özellikleriyle bağdaşmayacak ve suçla yaptırım arasında bulunması gereken adil dengeyi ortadan kaldıracak ölçüde ağır cezaların verilmesi sonucunu ortaya çıkarabilecek bir niteliğe sahip bulunmaktadır. Bu nedenle kuralda belirlenen ceza miktarının, bu ceza ile ulaşılmak istenen amacı her somut olayda gerçekleştirebilecek orantıda ve ölçüde olduğu söylenemez. Kural bu haliyle ölçsüz bir yaptırım öngördüğünden hukuk devleti ilkesine aykırılık taşımaktadır. (AYM 2015/26 E. – 2015/100 K. 11.12.2015 Tarihli Kararı)

²⁸⁰ Kayden 04.11.1994 doğumlu olup suç tarihinde 15 yaşında ancak bu yaşı henüz tamamlamayan mağdurenin rızası ile sanıkla kaçtıkları ve cinsel ilişkiye girdikleri, 26.01.2011 tarihinde resmî nikâhla evlenip çocuk sahibi oldukları ve halen de evliliğin devam ettiği olayda, sanığın duruşmada, suç tarihinde mağdurenin kendisine 16 yaşında olduğunu söylediğini beyan etmesi, mağdurenin de bu ifadeyi doğrulaması ve kimi Adli Tıp raporlarında genetik beslenme ve hormonal nedenlerle kayıt yaşının kemik yaşından farklı olabileceğinin belirtilmesi karşısında, TCK'nın 30. maddesi hükümleri yönünden hata halinin mevcut olup olmadığının tespiti için mağdurenin görünüm itibarıyla 15 yaşından küçük olduğunun anlaşılıp anlaşılamayacağı, içinde buldukları sosyal ve kültürel durumları da dikkate alınarak sanığın mağdurenin yaşı konusunda hataya düşmesinin mümkün olup olmadığı araştırılarak ve mahkemenin dosyadaki tüm verilerle birlikte kendi gözlemini de tespit ederek, gerekirse bu konuda bilirkişi incelemesinden de yararlanılarak sonucuna göre sanığın hukuki durumunun takdir ve tayini gerekirken eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm kurulması, kanuna aykırı, sanık müdafinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görüldüğünden hükümlerin 5320 sayılı Kanunun 8/1. maddesi gözetilerek CMUK'nın 321. maddesi uyarınca BOZULMASINA. (Y.14.CD.2011/22094 E. – 2013/10790 K. 31.10.2013 Tarihli Kararı)

gerekecektir. Failin eylemi cinsel istismar suçunu oluşturmayıp reşit olmayan ile cinsel ilişki suçunu oluşturacaktır. Bu kapsamda fail TCK.m.30/1 kapsamında hatasından yararlanacaktır.²⁸¹

Cinsel saldırı suçunda da değindiğimiz gibi cinsel istismarın faili veya mağduru kadın olabileceği gibi erkek de olabilir. Cinsel istismar suçunun fail veya mağdur insan olmalıdır. Yani bu suçun faili ya da mağduru hayvan olamayacaktır.

2. Cinsel Saldırı Suçu - Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçu Türk Ceza Kanunu'nun 104.²⁸² maddesinde düzenlenmiştir. Reşit olmayanla cinsel ilişki suçu onbeş yaşını tamamlamış olmakla birlikte onsekiz yaşını tamamlamamış mağdurun rıza ile cinsel ilişkiye girilmesi halidir. Burada cinsel saldırı suçu ile ayıran önemli iki unsur bulunmaktadır. Bunlardan ilki reşit olmayan ile cinsel ilişki suçunda mağdurun rızası bulunmakla birlikte cinsel saldırı suçunda mağdurun rızası bulunmamaktadır. Ayırıcı diğer unsur ise mağdurun yaşıdır. Reşit olmayan ile cinsel ilişki de mağdur onsekiz yaşından küçük onbeş yaşından büyük olması durumunda bu suç olacaktır. TCK'nın 104. maddesinin birinci fıkrası kapsamında faili cezalandırabilmek için failin şikayeti aranmaktadır. Şikayet şahsa bağlı bir hak olduğu için mağdurun bizzat şikayet etmesi gerekmektedir. Yargıtay bir

²⁸¹ TCK.m.30- (1) Fiilin icrası sırasında suçun kanuni tanımındaki maddi unsurları bilmeyen bir kimse, kasten hareket etmiş olmaz. Bu hata dolayısıyla taksirli sorumluluk hali saklıdır.

(2) Bir suçun daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli hallerinin gerçekleştiği hususunda hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır.

(3) Ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır

²⁸² TCK.m.104-(1) Cebir, tehdit ve hile olmaksızın, onbeş yaşını bitirmiş olan çocukla cinsel ilişkide bulunan kişi, şikayet üzerine, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.(1)

(2) (İptal: Ana.Mah.nin 23/11/2005 tarihli ve E: 2005/103, K: 2005/89 sayılı kararı ile; Yeniden düzenleme:

18/6/2014-6545/60 md.) Suçun mağdur ile arasında evlenme yasağı bulunan kişi tarafından işlenmesi hâlinde, şikâyet aranmaksızın, on yıldan on beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

(3) (Ek: 18/6/2014-6545/60 md.) Suçun, evlat edineceği çocuğun evlat edinme öncesi bakımını üstlenen veya koruyucu aile ilişkisi çerçevesinde koruma, bakım ve gözetim yükümlülüğü bulunan kişi tarafından işlenmesi hâlinde, şikâyet aranmaksızın ikinci fıkraya göre cezaya hükmolunur.

kararında mağdurenin şikayet yokluğu sebebiyle kamu davasının düşürülmesine karar verilmesi gerektiğine hükmetmiştir.²⁸³

Reşit olmayan ile cinsel ilişki suçunda mağdur ile failin cinsel ilişkiye girmesi gerekmektedir. Burada cinsel ilişki deyiminden erkeğin cinsel organını mağdurun anal ya da oral yoldan vücuduna sokmasıdır. Oral seks, vajinal veya anal yola penis haricinde sair uzuv veya cisim sokma, başka vücut boşluklarına sair organ veya cisim sokma ve cinsel ilişki düzeyine varmamış cinsel yaklaşımlar bu suçun fiilini oluşturmazlar.²⁸⁴ Yasa koyucu burada doğal cinsel ilişkiyi cezalandırma yoluna gitmiştir. Ayrıca burada mağdurun reşit olmaması gerekmektedir. Mağdur onsekiz yaşından küçük olsa bile evlenme veya mahkeme kararı ile reşit olması durumunda bu suç oluşmayacaktır.²⁸⁵ Çünkü yasa koyucu madde metninde yaştan bahsetmemiş reşit olmadan bahsetmiştir.

²⁸³ 5237 sayılı TCK.nun 26/2. maddesinin" kişinin üzerine mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez" hükmü karşısında, mağdureyi rızasıyla kaçırap alıkoyan sanığın aynı yasanın 109.maddesi anlamında hukuka aykırı bir davranışından söz edilemeyeceği, rızanın fiili hukuka uygun hale getirdiği ve yasanın 7/1. maddesi de dikkate alınarak sanığın kaçırap alıkoyma suçundan beraeti yerine hükümlülüğüne karar verilmesi,

16.09.1986 doğumlu mağdurenin, ilk suç tarihi olan 2002 yılı eylül ayında 16 yaşında bulunduğu, bu sebeple sanığın eyleminin 765 sayılı TCK.nun 416/son maddesinde tanımlanan suç oluşturduğu ve Anayasa Mahkemesi'nin 23.11.2005 gün,2005/103 Esas,2005/89 sayılı Kararı ile 5237 sayılı TCK.nın 104/2. maddesini iptal etmesi nedeniyle eylemin 1.6.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı TCK'nın 104/1.maddesine uyduğu ve anılan suçun takibinin şikayete bağlı bulunduğu, mağdurenin ise tüm aşamalarda sanıktan davacı ve şikayetçi olmadığı nazara alınarak kamu davasının şikayet yokluğu sebebiyle CMK'nın 223/8. maddesi uyarınca düşürülmesi yerine yazılı şekilde hüküm kurulması.(Y.5.CD. 2005/18696 E. – 2006/361 K. 30.01.2006 Tarihli Kararı)

²⁸⁴ Aksakal, Enver; Reşit Olmayan İle Cinsel İlişki Suçu, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt.88, Sayı.2, 2014, s.259

²⁸⁵ Çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçundan sanık Serdar Bağlar'ın yapılan yargılaması sonunda; eyleminin reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu oluşturduğunun kabulü ile mahkûmiyetine dair Ankara 8. Ağır Ceza Mahkemesi'nden verilen 18.02.2010 gün ve 2009/460 Esas, 2010/34 Karar sayılı hükmün süresi içinde Yargıtayca incelenmesi O Yer Cumhuriyet Savcısı, katılan vekili ve sanık müdafii tarafından istenilmiş olduğundan dava evrakı Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığından tebliğname ile Daireye gönderilmekle dosya incelenerek gereği düşünüldü:

Reşit olmayan ile cinsel ilişki suçuna 18.06.2014 tarih ve 6545 sayılı yasa ile eklenen yeni fıkra ile mağdurun evlenme yasağı²⁸⁶ bulunan kişilerle cinsel ilişkiye girmesini cezalandırma yoluna gitmiştir. Diğer bir anlamı ile ensest ilişkiyi cezalandırma yoluna gidilmiştir. Ensest ilişki; ceza hukuku kapsamında genel olarak evlenmeleri yasak olan yetişkinler arasındaki rızaya dayalı cinsel ilişki olarak tanımlanmaktadır.²⁸⁷ Yasa koyucu ensest ilişkin tamamına cezalandırma yoluna gitmeyip yaş ile sınırlandırmıştır. Yani onbeş yaşını tamamlayıp onsekiz yaşını tamamlamamış mağdurun evlenme yasağı bulunan kişilerle rıza ile cinsel ilişkiyi cezalandırma yoluna gitmiştir. Evlenme yasağı bulunan onsekiz yaşından büyük veya hukuken reşit olan kişiler arasındaki rızaya dayalı cinsel ilişki suç oluşturmayacaktır. Ayrıca bu fıkra kapsamında failin cezalandırılabilmesi için mağdurun şikayeti aranmayacaktır.

6545 sayılı yasa ile eklenen üçüncü fıkra ile evlat edinme öncesi bakımını üstlenen veya koruyucu aile ilişkisi çerçevesinde koruma, bakım ve gözetim yükümlülüğü bulunan kişi tarafından işlenmesi halinde şikayet aranmadan ensest ilişkiyi cezalandıran fıkra kapsamında cezalandırılacaktır.

Nüfus kaydına göre 07.09.1990 doğumlu olup 07.09.2008 tarihinde 18 yaşını tamamlamış olan mağdureye, sanığın 27.02.2008 tarihinden itibaren gerçekleştirdiği oluşturma uygun şekilde kabul olunan eylemlerinin 5237 sayılı TCK.nın 104/1. maddesinde düzenlenen takibi şikâyete bağlı reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu oluşturacağı, 07.09.2008 tarihinden sonraki eylemlerinin ise mağdurenin reşit olması ve rızası nedeniyle suç oluşturmadığı, ilk defa 28.10.2009 tarihinde şikâyetçi olan mağdurenin şikâyetinin 6 aylık yasal süreden sonra olduğu anlaşıldığından ve dava şartı bulunmadığından, kamu davasının 5237 sayılı TCK.nın 73/1 ve 5271 sayılı CMK.nın 223/8. maddeleri gereğince düşmesine karar verilmesi gerektiği halde, yazılı şekilde mahkûmiyet hükmü kurulması.(Y.14.CD. 2011/21668 E. – 2012/6557 K. 11.06.2012 Tarihli Kararı)

²⁸⁶ TMK.m.129-Aşağıdaki kimseler arasında evlenme yasaktır:

1. Üstsoy ile altsoy arasında; kardeşler arasında; amca, dayı, hala ve teyze ile yeğenleri arasında,
2. Kayın hısımlığı meydana getirmiş olan evlilik sona ermiş olsa bile, eşlerden biri ile diğerinin üstsoyu veya altsoyu arasında,
3. Evlât edinen ile evlâtlığın veya bunlardan biri ile diğerinin altsoyu ve eşi arasında.

²⁸⁷ Ataç, Asiye Selcen; Ceza Hukuku ve Ensest Fiiller Arasındaki İlişkiye Genel Bir Bakış, Prof. Dr. Nur Certel'e Armağan, Cilt.19, Sayı.2, İstanbul, 2013, s.873

3. Cinsel Saldırı Suçu - Cinsel Taciz Suçu

Cinsel taciz suçu 5237 sayılı TCK'nın 105. maddesinde düzenlenmiştir.²⁸⁸ 5237 sayılı TCK cinsel taciz suçu hakkında herhangi bir tanımlama yapmamıştır. Yani nelerin cinsel saldırı suçunu, nelerin cinsel taciz suçunu oluşturduğuna ilişkin bir tanımlama yapmamıştır. Cinsel saldırı suçu ile cinsel taciz suçunu ayıran sebepleri kanun metninde görememekteyiz. Cinsel taciz, mağdurun vücut dokunulmazlığını ihlal etmeden cinsel amaçlarla ahlak temizliğine aykırı olarak mağdurun rahatsız edilmesidir.²⁸⁹ Yargıtay kararlarına göre de cinsel taciz, belirli bir kimseye karşı işlenen ve o kişinin edep ve iffetine dokunan ani ve hareketler yönünden kesiklik gösteren edepsizce davranışlar olarak tanımlanmaktadır.²⁹⁰

Yargıtay'ın bu tanımlaması 765 sayılı TCK'ya göredir. 765 sayılı TCK'da cinsel taciz suçu 421. maddede düzenlenmişti. Bu maddeye göre vücuda dokunmadan söz atma ve devamlılık arz etmeyen ani dokunmalar cinsel taciz suçunu oluşturmaktaydı. 765 sayılı TCK'da düzenlenen cinsel taciz suçu ile 5237 sayılı TCK'da düzenlenen cinsel taciz suçundaki en önemli fark; 765 sayılı yasada sarkıntılığın cinsel taciz suçu kapsamında kalmasıdır. Yani 5237 sayılı yasa sarkıntılığı cinsel saldırı veya cinsel istismar suçu olarak kabul etmiştir. 5237

²⁸⁸ TCK.m.105-(1) Bir kimseyi cinsel amaçlı olarak taciz eden kişi hakkında, mağdurun şikayeti üzerine, üç aydan iki yıla kadar hapis cezasına veya adli para cezasına fiilin çocuğa karşı işlenmesi hâlinde altı aydan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.(1)

(2) (Değişik: 18/6/2014-6545/61 md.) Suçun;

a) Kamu görevinin veya hizmet ilişkisinin ya da aile içi ilişkisinin sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle,

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

c) Aynı işyerinde çalışmanın sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle,

d) Posta veya elektronik haberleşme araçlarının sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle,

e) Teşhir suretiyle,

işlenmesi hâlinde yukarıdaki fıkraya göre verilecek ceza yarı oranında artırılır. Bu fiil nedeniyle mağdur; işi bırakmak, okuldan veya ailesinden ayrılmak zorunda kalmış ise verilecek ceza bir yıldan az olamaz

²⁸⁹ Polat, Halil; Polat, Aynur Arslan; s.1243

²⁹⁰ Erol, Haydar; Yeni Türk Ceza Kanunu, Yayın Matbaacılık, Ankara, 2005, Cilt.I, s.1304

sayılı TCK döneminde fail cinsel amaçla devamlılık arz etmeyecek şekilde mağdurun vücuduna ani temas etmesi halinde cinsel saldırı suçunu oluşturacaktır.

Cinsel taciz suçunun faili kimler olabileceği hususunda özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Cinsel saldırı suçunun faili erkek veya kadın olabilir. Ancak failin mutlaka insan olması gerekmektedir. Yasa metninde “bir kimseyi” şeklinde bir tanımlama yapıldığından bu suçun mağduru kadın veya erkek olabilir.²⁹¹ Bu suçun faili veya mağduru 18 yaşından küçük çocuk olabilir. Ayrıca fail ile mağdurun aynı cinsten de olabilir. Ayrıca suçun failinin veya mağdurunun evli veya bekar olmasının suç kapsamında bir önemi bulunmamaktadır.²⁹²

Cinsel taciz suçu sözlü bir şekilde veya el kol şeklindeki vücut hareketleri ile de işlenebilir. Burada önemli olan failin vücut hareketlerinin mağdurun vücut dokunulmazlığını ihlal etmemesidir. Bu hareketlerin vücuda temas ettiği anda cinsel saldırı suçunu oluşturacaktır. Fail eylemini mağduru hedef alarak yapması gerekmektedir. Failin yaptığı hareketlerle mağdura eza, cefa vermesi gerekmemekle birlikte failin söylediği sözlerin de özel bir anlam taşımaya ya da anlamlı olup olmaması önemli değildir.²⁹³

Cinsel taciz suçu sözlü bir şekilde işlenebileceği gibi yazılı da işlenebilir. Failin mağdura cinsel içerikli sözler içeren mektup göndermesi de cinsel taciz suçunu oluşturacaktır.

Cinsel taciz suçu kasten işlenebilen bir suçtur. Ayrıca failin hareketlerini cinsel arzularını tatmin etmek amacıyla yapması gerekir. Yani cinsel taciz suçu özel kastla işlenebilir.²⁹⁴ Burada failin amacını iyi belirlemek gerekmektedir. Eğer fail söz veya hareketlerini cinsel arzularını tatmin amacıyla yapmıyorsa cinsel taciz suçu oluşmayacaktır. Duruma göre tehdit veya hakaret suçu oluşturacaktır. Kavgalarda söylenen cinsel içerikli kelimelerin genellikle cinsel amaçla olmadığı

²⁹¹ Sevük, Handan Yokuş; s.271

²⁹² Artuk, Mehmet Emin; Cinsel Taciz Suçu, Çalışma ve Toplum Dergisi, S.4, 2006, s.35

²⁹³ Artuk, Mehmet Emin; Cinsel Taciz Suçu, s.37

²⁹⁴ Artuk, Mehmet Emin; Cinsel Taciz Suçu, s.39

karşısındakini küçük düşürmek, aşağılamak amacıyla yapıldığı için hakaret suçunu oluşturacaktır.

Cinsel taciz suçu sırf harekete bağlı bir suçtur. Failin icra hareketleri bittiği anda suç tamamlanır. Failin hareketleri kısımlara bölünebildiği oranda teşebbüs mümkündür. Örneğin, cinsel taciz niteliğindeki cümleleri kapsayan mektubun mağdura ulaşmadan ele geçirilmesi durumunda teşebbüs aşamasında kalmıştır.²⁹⁵

Cinsel taciz suçunun basit hali şikayete tabidir. Ancak cinsel taciz suçunun ikinci fıkrasında düzenlenen nitelikli hallerde ise mağdurun şikayetine bakılmaksızın soruşturma ve kovuşturma yapılır. Bu suç kapsamında bazı yazarlar 5237 sayılı TCK'nın 73. maddesi kapsamında uzlaşma hükümleri uygulanacağını savunmaktadır.²⁹⁶ Ancak 5271 sayılı CMK'nın 253/3²⁹⁷. maddesine göre cinsel dokunulmazlığa karşı suçlarda uzlaştırma hükümleri uygulanmayacaktır. Madde metnine bakıldığında cinsel dokunulmazlığa karşı suçların tamamında uzlaşma hükümlerinin uygulanmayacağı anlaşılmaktadır. Yasa koyucu burada herhangi bir ayırım yapmadan 5237 sayılı TCK'nın altıncı bölümünde yer alan cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar içinde yer alan tüm suçları uzlaştırma kapsamı dışında tutmuştur.

5237 sayılı TCK'da cinsel saldırı suçu ile cinsel taciz suçunu ayıran en önemli unsur mağdurun vücut dokunulmazlığının ihlal edilmesidir.²⁹⁸ Mağdurun

²⁹⁵ Artuk, Mehmet Emin; Cinsel Taciz Suçu, s.39

²⁹⁶ Artuk, Mehmet Emin ; Cinsel Taciz Suçu, s.41

²⁹⁷ CMK.m.253/3 - Soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı olsa bile, etkin pişmanlık hükümlerine yer verilen suçlar ile cinsel dokunulmazlığa karşı suçlarda, uzlaştırma yoluna gidilemez. (Ek cümle: 26/6/2009 - 5918/8 md.) Uzlaştırma kapsamına giren bir suçun, bu kapsama girmeyen bir başka suçla birlikte işlenmiş olması hâlinde de uzlaşma hükümleri uygulanmaz.

²⁹⁸ Her iki suç da Türk Ceza Kanunu'nun İkinci Kitabı'nın Kişilere Karşı Suçlar başlıklı İkinci Kısım'ının Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar başlığı altındaki Altıncı Bölüm'ünde yer almaktadır. Bu bölümde yer alan suçlarla korunan ortak hukukî değer, kişilerin cinsel özgürlüğü ve dokunulmazlığıdır. Cinsel saldırı ve cinsel taciz suçlarının faili ve mağduru kadın ya da erkek, evli ya da bekar herkes olabilir. Fail ile mağdurun farklı ya da aynı cinsiyetten olması da önemli değildir. Ancak cinsel saldırı suçunun mağdurunun 18 yaşını tamamlamış olması gerekir. Aksi takdirde, yani mağdurun çocuk olması durumunda, TCK'nun 103. Maddesinde düzenlenen

çocukların cinsel istismarı suçu hükümleri uygulanacaktır. Cinsel taciz suçunun mağduru ise çocuk da olabilir.

Cinsel saldırı suçunun temel şeklinin hareket unsuru, kişinin vücudu üzerinde gerçekleştirilen, cinsel arzuları tatmin amacına yönelik ve fakat cinsel ilişki boyutuna varmayan cinsel davranışlarla bir kimsenin vücut dokunulmazlığının ihlal edilmesidir. Cinsel taciz suçunun temel şeklinin hareket unsuru ise, bir kimsenin cinsel amaçlı olarak taciz edilmesidir. Kanunda cinsel taciz olarak kabul edilebilecek davranışların neler olduğu belirtilmemiştir. Ancak, madde gerekçesinde bu davranışların kişinin vücut dokunulmazlığının ihlali niteliği taşımayan, mağduru cinsel yönden, ahlak temizliğine aykırı olarak rahatsız edici nitelikte davranışlar olduğu belirtilmiştir. Her iki suçun manevi unsuru da kasttır. Ancak gerek cinsel saldırı gerekse cinsel taciz suçunun oluşabilmesi için kastın varlığı yeterli değildir. Kastın yanında ayrıca failin cinsel arzularını tatmin amacı ile hareket etmesi de gerekir. Fakat, failin objektif olarak bu amaçla hareket etmesi yeterli olup, failin şehvi arzularının tatmin edilmiş olması gerekmez. Cinsel saldırı suçunun vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle işlenen nitelikli halinde ise kast yeterli olup, failin cinsel arzularını tatmin maksadıyla hareket etmesi suçun gerçekleşmesi için şart değildir.

Gerek cinsel saldırı gerekse cinsel taciz suçu neticesi harekete bitişik suçlardandır. Cinsel saldırı suçu vücuda dokunulması ile, nitelikli cinsel saldırı suçu mağdurun vücutuna organ veya sair bir cisim sokulması ile, cinsel taciz suçu ise vücut dokunulmazlığının ihlali niteliği taşımayan cinsel davranışlarla mağdurun cinsel amaçlı olarak taciz edilmesi ile tamamlanır. Neticesi harekete bitişik suçlarda icra hareketlerinin bölünebildiği durumlarda suça teşebbüs mümkündür. Eğer, fail cinsel saldırı suçunu işlemek kastıyla doğrudan doğruya icra hareketlerine başlamış, ancak elinde olmayan engel nedenlerle tamamlayamamış ise suça teşebbüs mevcuttur. Dikkat edilmelidir ki, vücuda dokunulduğu takdirde cinsel saldırı suçu tamamlanacaktır. Fail engel bir neden olmadığı halde cinsel saldırı suçunun icra hareketlerinden vazgeçmişse, o zamana kadar işlemiş olduğu eylem bir suçu, örneğin cinsel taciz suçunu oluşturmuşsa, sadece bu suçtan cezalandırılacaktır. Failin kastının basit cinsel saldırı suçuna mı yoksa nitelikli cinsel saldırı suçuna mı yönelik olduğu, failin olay öncesinde, esnasında ve sonrasında söylediği sözler ile sergilediği davranışlar, olayın geçtiği yer ve zaman ve engel nedenin niteliği gibi hususlar irdelenerek belirlenir.

Mağdurun rızası hem cinsel saldırı ve hem de cinsel taciz suçu bakımından ortak bir hukuka uygunluk nedenidir. Mağdurun hukuken geçerli rızası cinsel saldırı ve cinsel taciz teşkil eden eylemleri hukuka uygun hale getirecektir. Her iki suçun da sadece temel şeklinin takibi şikayete bağlı olup, nitelikli hallerinin re'sen kovuşturması gerekir. Ancak, cinsel saldırı suçunun vücuda organ veya sair bir cisim sokmak suretiyle işlenen nitelikli halinin eşe karşı işlenmesi halinde, soruşturma ve kovuşturmanın yapılması yine mağdurun şikayetine bağlıdır. (YCGK. 2013/14-97 E. – 2013/331 K. 05.07.2013 Tarihli Kararı)

vücut dokunulmazlığı ihlal edilmediği durumlarda cinsel taciz suçunu oluşturacaktır.²⁹⁹Mağdurun vücut dokunulmazlığı ihlali durumunda da cinsel saldırı suçu oluşacaktır.³⁰⁰

K. KOVUŞTURMA

Cinsel saldırı suçunun temel şekli şikayete bağlıdır. Bu kapsamda cinsel saldırı suçunun temel halini veya sarkıntılık düzeyindeki halini işleyen kovuşturulabilmesi için mağdurun şikayeti gerekmektedir. Cinsel saldırı suçunun ikinci fıkrasındaki nitelikli halin eşe karşı işlenmesi durumunda da cinsel saldırı suçundan soruşturma ve kovuşturma yapabilmek için eşin şikayet etmesi gerekmektedir. Bizim katıldığımız görüşe göre de cinsel saldırı suçunun basit hali eşe karşı işlenebilecektir. Ancak eşin cezalandırılabilmesi için diğer eşin şikayetine bağlıdır.

Cinsel saldırı suçunun birinci fıkrası ve eşe karşı cinsel saldırı düzenleyen ikinci fıkranın son cümlesi dışındaki fıkralar kapsamında soruşturma ve

²⁹⁹ Sanığın oluşa uygun olarak işlediği kabul edilen “yönetimindeki araç ile okul sorma bahanesiyle mağdureye yaklaşp hiçbir bedensel temasta bulunmaksızın cinsel organını çıkarıp oynayarak göstermekten” ibaret eyleminin TCK’nın 105. maddesinde düzenlenen cinsel taciz suçunu oluşturduğu gözetilmeden, suç niteliğinde yanılıya düşülerek yazılı biçimde basit cinsel istismardan mahkumiyetine karar verilmesi, Kanuna aykırı, O Yer C. Savcısı ve sanık müdafinin temyiz itirazları bu nedenle yerinde görülümüş olduğundan, hükmün 5320 sayılı Kanunun 8/1.maddesi gözetilerek CMUK.nun 321.maddesi uyarınca BOZULMASINA(Y.5.CD. 2007/3731 E. – 2007/4315 K. 04.06.2007 Tarihli Kararı)

³⁰⁰ Oluş ve kabule göre; hükümlünün olay günü evlerine gelen mağdurenin belinden tutarak sarıldığı, onun da karşı koyup tekme atması üzerine bıraktığı anlaşılmakla, hükümlünün fiilinin 5237 sayılı TCK’nın 102/1. maddesinde düzenlenen vücut dokunulmazlığını ihlal eden cinsel saldırı suçu niteliğinde olduğu ve bu suça ilişkin yargılama yapmak ve 5252 sayılı Kanunun 9/3. maddesine göre lehe olan yasayı belirleme görevinin üst dereceli Asliye Ceza Mahkemesine ait bulunduğu gözetilmeyerek eylemin 105/1 maddesine uyan cinsel taciz suçu kapsamında olduğunun kabulü ile yazılı şekilde uygulama yapılması Kanuna aykırı, temyiz itirazları da bu itibarla yerinde görülümüş olduğundan hükmün bu sebeplerden dolayı 5320 sayılı Yasanın 8/1.maddesi de gözetilerek CMUK’nun 321. maddesi uyarınca BOZULMASINA(Y.5.CD. 2006/306 E. – 2006/901 K. 16.02.2006 Tarihli Kararı)

kovuşturma yapmak için mağdurun şikayetine bağlı değildir. Yani cinsel saldırı suçunun nitelikli hallerinin soruşturulması ve kovuşturulması resen yapılır.³⁰¹

Cinsel saldırı suçunun şikayete bağlı olduğu durumlarda mağdur failin ve filin kim olduğunu öğrendiği tarihten itibaren 6 ay içerisinde şikayete bulunmalıdır. Ayrıca mağdur soruşturma ve kovuşturma evresinde şikayetinden vazgeçebilir. Bu durumda şikayet yokluğundan ceza davası düşecektir. Ancak cezanın kesinleşmesinden sonraki vazgeçme cezanın infazına engel olmaz.³⁰² Mağdurun şikayetinden vazgeçmesi failin kabulüne bağlıdır. Şikayetten vazgeçme kabul etmeyen faili etkilemez ve soruşturma veya kovuşturma devam edecektir. Failinin birden fazla olduğu durumlarda mağdurun bir fail hakkındaki şikayetinden vazgeçmesi diğer failleri de etkiler ve onlar kapsamında da ceza davası düşecektir.

5271 sayılı yasanın 253. Maddesinin 3. Fıkrasına göre şikayete bağlı olsa bile cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar kapsamında uzlaşma hükümleri uygulanmaz. Bu kapsamda cinsel saldırı suçunun basit veya nitelikli halinin işlenmesi durumunda uzlaşma hükümleri uygulanmayacaktır.

L. GÖREVLİ MAHKEME

Ceza mahkemelerinin kendi içerisindeki görev dağılımı 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda düzenlenmemiştir. Ceza mahkemelerinin görev dağılımını 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkındaki Kanun tarafından düzenlenmiştir. Bu kapsamda cinsel saldırı suçunun basit hali 5235 sayılı yasanın 11. Maddesine göre asliye ceza mahkemesinin görev alanına girmektedir. Cinsel saldırı suçunun birinci fıkrası dışındaki nitelikli haller 5235 sayılı yasanın 12. Maddesi kapsamında ağır ceza mahkemesinin görev alanına girmektedir. Bu kapsamda cinsel saldırı suçunun birinci fıkra kapsamında basit halini işleyenler asliye ceza mahkemesinde, diğer fıkralar kapsamında nitelikli halini işleyenler ağır ceza mahkemesinde yargılanacaktır.

³⁰¹ Baytemir, Erdal; s.314

³⁰² Baytemir, Erdal; s.318

M. SUÇUN YAPTIRIMI

Cinsel saldırı suçunun birinci fıkra kapsamındaki yaptırımını 5 yıldan 10 yıla kadardır. Failin eylemi sarkıntılık düzeyinde kalmış ise cinsel saldırı suçunun yaptırımını 2 yıldan 5 yıla kadardır.

Cinsel saldırı suçunun organ ve sair sokmak suretiyle işlenmesi durumunda fail 12 yıldan az olmamak koşuluyla cezalandırılır. Madde metninde cezanın üst sınırı belirlenmemiştir. 5237 sayılı TCK'nın 49. Maddesi kapsamında süreli hapis cezaları en fazla 20 yıl olacağından cezanın üst sınırı en fazla 20 yıl belirlenebilecektir. Fail en fazla 20 yıl, en az 12 yıl hapis cezası ile cezalandırılacaktır. Mağdurun bitkisel hayata girmesi veya ölmesi durumunda suçun yaptırımını ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasıdır. 6545 sayılı yasa ile beden ve ruh sağlığının bozulması durumundaki ağırlaştırıcı hal yasa metninden çıkartılmış ancak cezalar eski yasaya oranla artırılmıştır. Bu kapsamda 18.06.2014 tarihinden önce işlenen suçlar kapsamında 6545 sayılı yasa öncesi ve sonrası kanun maddeleri uygulanarak failin lehine olan ceza uygulanacaktır. Ayrıca cinsel saldırı suçu işlenirken kasten yaralamanın ağırlaştırıcı halleri işlenmişse ayrıca fail kasten yaralamanın ağırlaştırıcı hali kapsamında cezalandırılacaktır.

IV. SONUÇ

Cinsel saldırı suçu 5237 sayılı TCK'da kişilere karşı suçlar bölümünde düzenlenmiştir. Eski Türk Ceza Kanunu'nda ise Adabı Umumiye ve Nizamı Aile aleyhine işlenen suçlar başlığı altında düzenlenmekte idi. Daha önce de değindiğimiz üzere 5237 sayılı yasa bireyin kişisel özgürlüğünü korumaktadır. Eski yasa genel anlamda aile düzeni ve ahlakı korumayı ön planda tutarken, yeni yasa bireylerin cinsel özgürlüğünü korumayı ön planda tutmuştur. Yeni yasanın sistematiği bu anlamda daha yerindedir.

Cinsel saldırı suçu 5237 sayılı TCK'nın 102. maddesinde düzenlenmiştir. Cinsel saldırı suçu basit hali, nitelikli hali, daha ağır cezayı gerektiren halleri ve netice sebebiyle ağırlaşan haller olmak üzere 4 ana kısımdan oluşmaktadır. Cinsel saldırının basit hali; bir kişinin bir başka kişi üzerinde cinsel duygularını tatmin etmek amacıyla organ sokmaya varmayan vücut dokunulmazlığının ihlal edilmesidir. Basit cinsel saldırı suçunda dikkat edilecek hususlar; mağdurun vücut dokunulmazlığının mutlaka ihlal edilmesi, bu ihlal edilmenin cinsel arzuları tatmin amacına yönelik olması ve mağdurun vücuduna organ sokmaya varmamasıdır.

765 sayılı TCK'da bulunan ancak 5237 sayılı TCK'nın ilk halinde kısmen yer alan sarkıntılık suçu 18.06.2014 tarihli 6545 sayılı yasa ile vücut dokunulmazlığı ihlali şeklinde işlenen sarkıntılık suçu yeniden Türk ceza Kanunu'nda düzenlenmiştir. Bu kapsamda basit cinsel saldırı suçunu iki kısımdan oluşmaktadır. Sarkıntılık kişinin başka bir kişi üzerinde cinsel arzularını tatmin amacıyla devam arz etmeyen, ani hareketle vücut dokunulmazlığını ihlal etmesidir. Burada basit cinsel saldırıdan ayıran en önemli özellik; sarkıntılıkta failin eylemi devam arz etmemesi, ani bir dokunuş ile eylemini tamamlayıp son vermesidir. Yine sarkıntılıkta da failin eyleminin organ sokma derecesine varmaması gerekmektedir. Basit cinsel saldırı ve sarkıntılık suçunun faili kadın veya erkek olabilir.

Nitelikli cinsel saldırı suçu ise gerekçesinde de belirttiği üzere cinsel arzuları tatmin amacı olmasa bile failin vajinal, anal veya oral yoldan mağdurun

vücuduna organ veya sair cisim sokmasıdır. Nitelikli cinsel saldırıyı basit cinsel saldırıdan ayıran en önemli özellikler; mağdurun vücuduna organ veya sair cisim sokulması ve bu organ veya sair cisim sokmanın cinsel arzuları tatmine yönelik olması zorunlu değildir.

Eşe karşı da nitelikli cinsel saldırı suçu işlenebilir. Ancak soruşturma ve kovuşturma eşin şikayetine bağlıdır. Doktrindeki çoğu yazar eşe karşı basit cinsel saldırı suçunun işlenemeyeceğini savunmaktadır. Ancak bizim de katıldığımız görüşe göre cinsel saldırı suçunun basit halinin de eşler arasında da işlenebilir. Yine nitelikli halinde de olduğu gibi soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlıdır. Anayasa Mahkemesi 27.05.2015 tarihli ve 2014/36 E – 2015/51 K. sayılı ilamında resmi nikah olmadan dini nikah yaptıran ve yapan kişileri cezalandıran 5237 sayılı TCK'nın 230. Maddesinin 5. ve 6. Maddesini anayasaya aykırı bularak iptal etmiştir. Bu kapsamda imam nikahı ile birlikte yaşamanın önünü açmıştır. İmam nikahlı birlikte yaşayan eşler arasında basit cinsel saldırı suçu oluşabilirken, resmi nikahla birlikte yaşayanlar arasında bu suçun oluşmaması hakkaniyete uygun düşmemektedir. Bu kapsamda yasa koyucunun resmi nikahlı eşi korumasız bırakması düşünülemez. Nitelikli cinsel saldırı suçunun da faili veya mağduru erkek veya kadın olabilir. Yasa koyucu basit cinsel saldırı suçunun da eşler arasında işlenebileceği şeklinde yasal düzenleme yaparak tereddütleri gidermelidir.

6545 sayılı yasa ile 5237 sayılı TCK'nın 102. maddesinin ilk halinde artırım olarak düzenlenmeyen yeni durumlar gelmiştir. Vesayet ilişkisinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanma ve üvey baba, üvey ana, üvey kardeş, evlat edinen veya evlatlık tarafından işlenmesi halleri 6545 sayılı yasa ile getirilen yeni artırım maddeleridir. Yine insanların toplu olarak bir arada yaşama zorunluluğunda bulunduğu ortamların sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle işlenmesi de yeni artırım maddesidir.

6545 sayılı yasa öncesi failin cinsel saldırı sırasındaki uyguladığı cebir savunmasını kırarak ölçünün ötesinde ise ayrıca kasten yaralamadan cezalandırılmasını öngörüyordu. Burada failin cebiri sonucu mağdurun yaralanması basit tıbbi müdahale ile giderilemeyecek bir yaralanma olması

gerekmektedir. Daha önce değindiğimiz üzere TCK.m.86/1 kapsamında yaralanma olması gerekmektedir. TCK.m.86/2 kapsamındaki yaralamalardan ayrıca kasten yaralamadan fail cezalandırılmaz. 6545 sayılı yasa sonrası ise bu madde yeniden düzenlenmiştir. Yeni düzenlemeye göre; cinsel saldırı için başvurulmuş cebir ve şiddetin kasten yaralama suçunun ağır neticelerine neden olması halinde ayrıca kasten yaralama suçundan cezalandırılır, şeklinde düzenlemiştir. Yeni düzenleme TCK.m.87 kapsamındaki yaralamalardan ayrıca faili sorumlu tutacağını öngörmüştür. Yani TCK.m.86/1 veya 86/2 kapsamındaki yaralanmalarda fail ayrıca sorumlu tutulmayacaktır.

Yasa koyucu Beden veya ruh sağlığının bozulmasının tanımını yapmamıştır. Hal böyle olunca Beden ve ruh sağlığının bozulup bozulmadığına ilişkin üniversite hastanelerinde usulüne uygun oluşturulmuş heyetveya Adli tıp kurumundan alınacak rapor ile belirlenmelidir. 6545 sayılı yasa ile beden veya ruh sağlığının bozulması artırım maddesi olmaktan çıkarılmıştır. Yeni düzenleme yerinde olmuştur. Çünkü basit cinsel saldırı düzeyinde kalan eylemlerde de mağdurun beden veya ruh sağlığı bozulabiliyordu ve fail ağır cezalarla karşı karşıya kalıyordu. Bu artırım maddesinin kaldırılması yerinde olmuştur. 6545 sayılı yasa ile cezalar artırılmıştır. 6545 sayılı yasa öncesi işlenen suçlarda önceki yasa ve sonraki yasa uygulanarak failin lehine olan cezaya hükmedilecektir.

6545 sayılı yasa ile cinsel saldırı suçları ağırlaştırılmıştır. Bazı durumlarda failin aldığı cezalar hakkaniyete aykırı durumlar oluşturmaktadır. Nitelikli cinsel saldırı suçu şikayete bağlı olmadığı için mağdurun şikayetinden vazgeçmesi önem arz etmemektedir. Mağdur şikayetinden vazgeçse bile fail fahiş cezalar ile karşı karşıya kalmaktadır. Bu hakkaniyete aykırı durumu gidermek için yasa koyucu bir takım yasal düzenlemeye gitmelidir. Fail ile mağdurun evlenmesi durumunda failin cezasını cezaevi dışında çekmesi veya cezasının ertelenmesi gibi yasal düzenlemeler yapılması yerinde olacaktır. Fail ile mağdurun evliliğinin gerçek bir evlilik olup olmadığı, failin mağdura kötü davranıp davranmadığı hususunun belli süre aralıklarla etkin bir şekilde denetleyecek mekanizmanın da kurulması gerekmektedir. Failin denetime aykırı davranması halinde cezasının hapse çevrilmesi şeklinde yasal düzenleme yapılması yerinde olacaktır.

EŖe karŖı basit cinsel saldırı suçunun iŖlenip iŖlenmeyeceęi hususu doktrinde tartiŖma yaratmaktadır. Bu tartiŖmaya son vermek için basit cinsel saldırı suçunun da eŖe karŖı iŖlenebileceęi Ŗeklinde yasa koyucu tarafından yasal bir düzenleme yapması yerinde olacaktır.

Onsekiz yaŖından küçük eŖe karŖı iŖlenen cinsel eylemin cinsel saldırı suçunu mu yoksa cinsel istismar suçunu mu oluŖturacaęı doktrinde tartiŖma yaratmaktadır. Bu tartiŖmalara son vermek için 18 yaŖından küçük eŖe karŖı iŖlenen cinsel eylemin cinsel saldırı suçunu oluŖturacaęı Ŗeklinde yasal düzenlemeye gidilmesi yerinde olacaktır.

V. KAYNAKÇA

AKSAKAL, ENVER; Reşit Olmayan İle Cinsel İlişki Suçu, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt.88, Sayı.2, 2014

ALTAŞ, EBRU; Çocukları Cinsel İstismarı, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, İzmir, 2009

APAYDIN, CENGİZ; Taksirle Yaralama Suçu, Ankara Barosu Dergisi, Sayı.1, 2011

ARSLAN, ÇETİN; AZİZAĞAOĞLU, BAHATTİN; Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi, Asil Yayınevi, Ankara, 2004

ARTUÇ, MUSTAFA; Kişilere Karşı Suçlar, Adalet Yayınevi, Ankara, 2008

ARTUK, MEHMET EMİN; GÖKCEN, AHMET; YENİDÜNYA, AHMET CANER; Ceza Hukuku Özel Hükümler, 10. Baskı, Ankara, 2010

ARTUK, MEHMET EMİN; GÖKCEN, AHMET; YENİDÜNYA, AHMET CANER; Ceza Hukuku Genel Hükümler, 5. Baskı, Ankara, 2011

ARTUK, MEHMET EMİN ; Cinsel Taciz Suçu, Çalışma ve Toplum Dergisi, S.4, 2006

ATAÇ, ASIYE SELCEN; Ceza Hukuku ve Enstest Fiiller Arasındaki İlişkiye Genel Bir Bakış, Prof. Dr. Nur Certel'e Armağan, Cilt.19, Sayı.2, İstanbul, 2013

BAKICI, SEDAT; Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler, Adalet Yayınevi, Ankara, 1994

BAKICI, SEDAT; Sarkıntılık Suçu ve Unsurlar, Ankara Barosu Dergisi, Sayı.4, 1989

BAYTEMİR, ERDAL; Cinsel Dokunulmazlığa Kişi Hürriyetine ve Genel Ahlaka Karşı Suçlar, Adalet Yayınevi, Ankara, 2007

BEYAZIT, ÖZGÜR; Reşit Olmayanla Cinsel İlişki, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Nisan, 2010

CENTEL, NUR; 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Saldırı Suçu Ve Cinsel Suçlar Değişiklik Tasarısı'nın Değerlendirilmesi,Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Mart – Nisan, Sayı:99, 2012

ÇALIŞKAN, SUAT; Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013

ÇAYLI, ERDİNÇ; 2006 – 2010 Yılları Arasında Süleyman Demirel Üniversitesi Tıp Fakültesi Adli Tıp Anabilim Dalına Başvuran Vakalarda Ve Ülke Genelinde Cinsel Saldırı Ve İstismar Olgularının Ruh Sağlığı Açısından Değerlendirilmesinde Karşılaşılan Sorunlar Ve Çözüm Önerileri, Adli Tıp Anabilim Dalı Uzmanlık Tezi, Isparta, 2011

ÇAKMUT, YENERER ÖZLEM; İstanbul Barosu Sağlık Merkezi “Sağlık Hukuku Makaleleri”, Eylül, 2011

Nişancı, Doğan; 6545 Sayılı Kanun İle Getirilen Yenilikler Işığında 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Çocukların Cinsel İstismar Suçu, TBB Dergisi, S.120, 2015

DONAY, SÜHEYL; Türk Ceza Kanunu Şerhi, Beta Yayınevi, İstanbul, 2007

ERCAN, İSMAİL; Ceza Hukuku Özel Hükümler, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2012

ERDOĞDU, ZEYNEP; Cinsel Suç Mağdurlarının Sosyodemografik ve Klinik Özellikleri İle Ruh Sağlığını Etkileyen Etmenler, Psikiyatri Uzmanlık Tezi, İstanbul, 2011

EROL, HAYDAR; Yeni Türk Ceza Kanunu, Yayın Matbaacılık, Ankara, 2005

GERÇEKER, HASAN; Yorumlu – Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, I.Cilt, Ankara, 2011

GÖREN, SAMİ; 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2012

GÜNDEL, AHMET; Yeni Türk Ceza Kanunu Açıklaması, Seçkin Yayınevi, II. Cilt, Ankara, 2009

GÜNDEL AHMET, 5237 Sayılı TCK’da Cinsel Saldırı- Cinsel İstismar- Cinsel Taciz- Rızaen Irza Geçme- Hürriyeti Kısıtlama- Alıkoyma- Fuhuş Ve Müstehcen Yayın Suçları, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2009

GÜRKAN, ŞEREF; UĞUZ, AHMET; Yeni Ceza Yasamızda Cinsel Suçlar, Adalet Dergisi, Sayı:27, Ocak 2007

HAFIZOĞLU, ZEKİ; ÖZEN MUHARREM; Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar, U.S.A Yayıncılık, Ankara, 2010

HAFIZOĞULLARI, ZEKİ; Eşitli, A.Ezgi; Kesintisiz Suçlar, <http://www.baskent.edu.tr/~zekih/uygulamaci/bolum2.doc>

KANDEMİR, FERHAN; 2005-2012 Yılları Arasında Düzce Üniversitesi Tıp Fakültesi Adli Tıp Anabilim Dalı'na Başvuran Vakalarda Cinsel Saldırı Olgularının İlk Ve İkinci Gelişlerinde Ruh Sağlığı Açısından Değerlendirilmesi Ve Mahkeme Kararları, Tıpta Uzmanlık Tezi, Düzce, 2013

KAYA, AHSEN; Aktaş, Ekin Özgür; Yargı Kararları Işığında Ruh Sağlığının Bozulması Kavramı, Türk Psikiyatri Dergisi, Sayı.25, 2014, s.137

KAYMAZ, SEYDİ; 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 87/4. maddesinde düzenlenen netice sebebiyle ağırlanmış yaralama suçu, TBB Dergisi, sayı.58, 2005

KAYMAZ, SEYDİ; BOZBAYINDIR, ALİ EMRAH; Neticesi Sebebiyle Ağırlaşan Yaralama Suçundan Sorumluluk ve Bu Konudaki Bazı Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt. LXVIII, Sayı.1-2, 2010

KILIÇ, ABBAS; Cinsel Hakimiyet Ve Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Saldırı Suçu, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Eylül – Ekim, Sayı: 78, 2008

KOCA, MAHMUT; ÜZÜLMEZ, İLHAN; Kasten Yaralama Sonucu Ölüme Neden Olma, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C.LXXI, S.1, 2013

KONAN, BELKIS; Osmanlıda tecavüz suçu, Ankara Üniversitesi Osmanlı Tarihi Araştırma ve Uygulama Merkezi dergisi, s. 29, 2011

KORKUSUZ, GÜLŞAH; Cinsel Saldırı Suçu, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. LXXI, S. 1

MALKOÇ, İSMAİL; Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler, Turhan Kitapevi, Ankara, 2001

MALKOÇ, İSMAİL; Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar, Malkoç Yayınevi, Ankara, 2009

MALKOÇ, İSMAİL; Yeni Türk Ceza Kanunu, Malkoç Yayınevi, Birinci Cilt, Ankara, 2008

MERAN, NECATİ; Kişilere Karşı Suçlar, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2008

MERAN, NECATİ; Yeni Türk Ceza Kanunu, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2007

NİŞANCI, DOĞAN; 6545 Sayılı Kanun İle Getirilen Yenilikler Işığında 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Çocukların Cinsel İstismar Suçu, TBB Dergisi, S.120, 2015

ÖZBEK, VELİ ÖZER; KANBUR, MEHMET NİHAT; DOĞAN, KORAY; BACAKSIZ, PINAR; TEPE, İLKER; Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, 4. Baskı, Ankara, 2012

ÖZBEK, VELİ ÖZER; TCK İzmir Şerhi Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı, Seçkin Yayıncılık, II. Cilt, Ankara, 2008

PARLAK, ŞAFAK; Organ Bağıışı ve Organ Naklinde Ortaya Çıkan Sorunlar, Türkiye Barolar Birliğı, S.83, 2009

PARLAR, ALİ; HATİPOĞLU, MUZAFFER; 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu, Seçkin Yayınevi, 2. Cilt, Ankara, 2008

PARLAR, ALİ; HATİPOĞLU, MUZAFFER; Ağır Ceza Davaları, Adalet Yayınevi, Ankara, 2007

POLAT, HALİL; POLAT, AYNUR ARSLAN; Ceza Hakiminin Başvuru Kitabı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010

SEVÜK; HANDAN YOKUŞ; 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Saldırı Ve Cinsel Taciz Suçları, Türkiye Barolar Birliğı Dergisi, Mart – Nisan, Sayı: 57, 2005

SOYASLAN, DOĞAN; Ceza Hukuku Özel Hükümler, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2006

ŞEN, ERSAN; Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, Vedat Yayınevi, I. Cilt, İstanbul, 2006

ŞEN, ERSAN; Evlilik Birliğinde Basit Cinsel Saldırı Suçu, <http://www.adalet.org/makale.htm>

ŞEN, ERSAN; Cinsel Saldırı Suçları, <http://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/1638926-cinsel-saldiri-suclari>

ŞİŞMAN, SEFA; Cinsel Saldırı Suçu, Yüksek Lisans Tezi, Konya, 2010

TEPEHAN, SELMA; Beyin Ölümü Ve Organ Naklinin Sağlık Personeli Ve Hukuki Mevzuat Açısından İncelenmesi, İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü Sosyal Bilimler Anabilim Dalı Doktora Tezi, İstanbul, 2012

TEZCAN, DURMUŞ; ERDEM, M.RUHAN; ÖNOK, MURAT; Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuk, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2013

TUĞRUL, AHMET CEYLAN; Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar ve Ensest İlişkiler, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010

ÜZÜLMEZ, İLHAN; Cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar, <http://www.cezabb.adalet.gov.tr/makale.htm>

VEYSAL, ÇETİN; Sevgi ve Aşkın Diyalektiği, Felsefe ve Sosyal Bilimler Dergisi, Cinsellik, S.9, 2010

YAŞAR, OSMAN; Gökcan, Hasan Tahsin; Artuç, Mustafa; Türk Ceza Kanunu, Adalet Yayınevi, III. Cilt, Ankara, 2010

YENİDÜNYA, A. CANER; 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, Legal Hukuk Dergisi, Eylül, 2005

YERDELEN, ERDAL; Mütemudi Suç, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S.18, 2014

YURTCAN, ERDENER; Yargıtay Kararları Işığında Cinsel Suçlar, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, Nisan 2009

ÖZGEÇMİŞ

KİŞİSEL BİLGİLER

Soyisim, İsim : Deniz Hüseyin

Uyruğu : T.C.

Doğum Tarihi ve Yeri : 12.03.1987 Ünye

Medeni Hali : Bekar

Telefon Numarası : 0537 485 52 96

E-posta : hakimhuseyindeniz@hotmail.com

EĞİTİM

Derece	Kurum	Mezuniyet Yılı
Lisans	Dokuz Eylül Üniversitesi	2009
Lise	Ünye Anadolu Lisesi	2005

İŞ DENEYİMİ

Yıl	Yer	Pozisyon
2011- Halen	Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu	Hakim

HOBİLER

Fotoğraf Çekmek, Kitap Okumak, Gezmek,