

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

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

KAHRAMAN SERHAT KARSLI

OCAK 2014

Tez Başlığı :5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar
Tezi Hazırlayan :Kahraman Serhat KARSLI

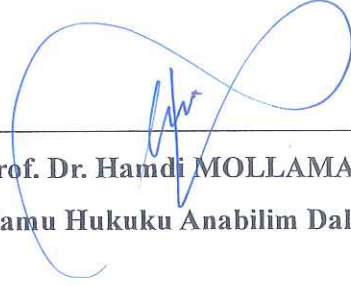
Sosyal Bilimler Enstitüsü Onayı



Prof. Dr. Mehmet YAZICI

Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdür Vekili

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



Prof. Dr. Hamdi MOLLAMAHMUTOĞLU

Kamu Hukuku Anabilim Dalı Başkanı

Bu tez tarafımdan incelenmiş olup yüksek lisans tezi olarak uygun bulunmuştur.



Prof. Dr. Doğan SOYASLAN

Tez Danışmanı

Tez Juri Tarihi : 24.01.2014

Tez Juri Üyeleri :

Prof. Dr. Doğan SOYASLAN (Çankaya Üniv.)



Doc. Dr. Devrim GÜNGÖR (Ankara Üniv.)



Yard. Doc. Dr. Elvan KEÇELİOĞLU (Çankaya Üniv.)



ÇANKAYA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜ'NE

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

Adı, Soyadı: Kahraman Serhat KARSLI

İmzası:



Tarih:

07.01.2014

ÖZET

5237 SAYILI TÜRK CEZA KANUNU'NDA CİNSEL DOKUNULMAZLIĞA KARŞI SUÇLAR

KARSLI, Kahraman Serhat

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

Ocak 2014, 155 sayfa

Cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar, ilk çağ uygarlıklarında bile mevcut olan, insanların ahlaki değerlerine, şerefine, özgürlüğüne ve vücut bütünlüğüne karşı gerçekleştirilen ve şahsın yanında aynı zamanda toplumsal ahlak değerlerine zarar veren, suça maruz kalan kişi üzerinde maddi ve manevi mağduriyete yol açan bir suç çeşididir.

Çalışmamızın amacı 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun ikinci kitabının "*Kişilere Karşı Suçlar*" kısmının altıncı bölümünde "*Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar*" başlığı altında 102. maddede cinsel saldırı, 103. maddede çocukların cinsel istismarı, 104. maddede reşit olmayanla cinsel ilişki ve 105. maddede cinsel taciz madde başlıklarıyla düzenlenen suçların oluşumundan sona ermesine ve neticelerine ilişkin açıklamak, söz konusu maddeler üzerinde tartışarak, eksiklikleri ve çelişkileri tespit etmektir.

Anahtar Kelimeler : Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, Cinsel Saldırı, Taciz, İstismar

ABSTRACT

THE CRIMES AGAINST SEXUAL IMMUNITY IN THE 5237 NUMBERED TURKISH PENAL CODE

KARSLI, Kahraman Serhat

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

January 2014, 154 pages

The crimes against sexual immunity that even exist in the ancient times civilizations societies, is a kind of crime that is realized against persons moral values, honour, freedom and physical integrity and also that harms the societies moral values and lead the moral and material effects on victim.

The purpose of this job of work, making explanations, debate and fix the deficiencies and contradictions about on related crimes' process of formations and finalizations that is put in order in the titles of "*the sexual assault*" in article 102, "*the sexual missuse of children*" in article 103, "*the sexual intercourse with infant one*" in article 104 and and as last one "*the sexual harrassment*" in article 105 are located in the "turkish punishment law no 5237's second book's "*crimes against person*" part's sixth section, in the name of "*the crimes against sexual immunity*".

Keywords: crimes against sexual immunity, the sexual assault, sexual missuse of children, harrassment

TEŞEKKÜR

Yüksek lisans eğitimim süresince desteğini, bilgi ve tecrübesini benden esirgemeyen, bu çalışmamda bana her türlü kolaylığı sağlayan ve farklı bakış açıları kazandıran tez danışmanım Sayın Prof. Dr. Doğan SOYASLAN'a,

Sahip olduklarıma erişmemi sağlayan ve hayatımın her aşamasında bana yol gösteren, ellerinden gelen hiçbir yardımı esirgemeyen annem Melek KARSLI ve babam Ş.Kaptan KARSLI'ya, çalışmam sırasında verdiği tüm destek ve uğraşları nedeni ile kardeşim Serdar KARSLI'ya,

Ve son olarak bu çalışmamın tüm safhalarında hem kendisine ayıramadığım zamanlar için bana tahammül gösteren hem de çalışmam sırasında fikirleri ve eleştirileri ile destek veren sevgili eşim Meltem KARSLI'ya, kendisi uzun süre bunların farkında olamayacak olsa da bir gülüşü ile tüm yorgunluğumu alarak destek olan oğlum Dağhan'a,

Teşekkürlerimi sunarım.

Bu çalışma, bu hayattan erken kopan ancak bana bıraktığı anılar ve güzellikler ile hala dünyayı daha güzel bir yer olarak görmemi sağlayan değerli meslektaşım ve dostum Didem YAYLALI'ya ithaf edilmiştir. Kendisini özlemle anıyorum.

İÇİNDEKİLER

İNTİHAL BULUNMADIĞINA İLİŞKİN YAZI.....	<i>iii</i>
ÖZET.....	<i>iv</i>
ABSTRACT.....	<i>v</i>
TEŞEKKÜR.....	<i>vi</i>
İÇİNDEKİLER.....	<i>vii</i>
KISALTMALAR.....	<i>xiv</i>
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

GENEL AÇIKLAMALAR

1.1. CİNSEL ÖZGÜRLÜK.....	3
1.1.1 Kavramlar.....	3
1.1.2 Cinsel Özgürlük.....	4
1.2. TARİHSEL GELİŞİM.....	8
1.3. MUKAYESELİ HUKUKTA CİNSEL DOKUNULMAZLIĞA KARŞI SUÇLAR.....	13

1.4. 765 SAYILI TÜRK CEZA KANUNUNDA CİNSEL DOKUNULMAZLIĞA KARŞI SUÇLARA GENEL BAKIŞ.....	16
1.5. 5237 SAYILI TÜRK CEZA KANUNUNDA CİNSEL DOKUNULMAZLIĞA KARŞI SUÇLARA GENEL BAKIŞ.....	23

İKİNCİ BÖLÜM

CİNSEL SALDIRI SUÇU

2.1. GENEL AÇIKLAMA.....	25
2.2. KORUNAN HUKUKİ MENFAAT.....	28
2.3. SUÇUN UNSURLARI.....	31
2.3.1. Suçun Maddi Unsurları.....	31
2.3.1.1. Fail.....	31
2.3.1.2. Mağdur.....	33
2.3.1.3. Konu.....	35
2.3.1.4. Fiil.....	36
2.3.1.4.1. Basit Cinsel Saldırı.....	36
2.3.1.4.2. Nitelikli Cinsel Saldırı.....	46
2.3.1.4.2.1. Eş Olmayan Kişilere Karşı Cinsel Saldırı.....	46
2.3.1.4.2.2. Eşe Karşı Cinsel Saldırı.....	50
2.3.1.4.2.3. Cezada Arttırım Sebepleri.....	51
2.3.1.4.2.3.1. Suçun Beden veya Ruh Bakımından Kendisini Savunamayacak Durumda Bulunan Kişiye Karşı İşlenmesi.....	51
2.3.1.4.2.3.2. Kamu Görevinin veya Hizmet İlişkisinin Sağladığı Nüfuz Kötüye Kullanılmak Suretiyle Suçun İşlenmesi.....	55

2.3.1.4.2.3.3. Üçüncü derece dahil kan veya kayın hısımlığı ilişkisi içinde bulunan bir kişiye karşı Suçun İşlenmesi.....	58
2.3.1.4.2.3.4. Suçun Silahla İşlenmesi	61
2.3.1.4.2.3.5. Suçun Birden Fazla Kişi Tarafından Birlikte İşlenmesi.....	62
2.3.1.4.2.4. Mağdurun Direncinin Kırılmasını Sağlayacak Ölçünün Ötesinde Cebir Kullanılması.....	65
2.3.1.4.2.5. Cinsel Saldırı Suçunun Netice Sebebiyle Ağırlaşmış Halleri	66
2.3.1.4.2.5.1. Mağdurun Beden veya Ruh Sağlığının Bozulması	68
2.3.1.4.2.5.2. Mağdurun Bitkisel Hayata Girmesi veya Ölmesi....	72
2.3.1.4.2.6. Suçun Özel Görünüş Biçimleri.....	74
2.3.1.4.2.6.1. Teşebbüs.....	74
2.3.1.4.2.6.2. İştirak.....	76
2.3.1.4.2.6.3. İçtima.....	78
2.3.2. Suçun Manevi Unsuru.....	80
2.3.3. Hukuka Aykırılığı Ortadan Kaldıran Sebebin Yokluğu.....	82
2.4. SUÇUN SORUŞTURULMASI VE KOVUŞTURULMASI, GÖREVLİ MAHKEME, YAPTIRIM.....	85
2.4.1. Suçun Soruşturulması ve Kovuşturulması.....	85
2.4.2. Görevli Mahkeme.....	87
2.4.3. Yaptırım.....	88

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ÇOCUKLARIN CİNSEL İSTİSMARI

3.1. GENEL AÇIKLAMA.....	89
3.2. KORUNAN HUKUKİ MENFAAT.....	93
3.3. SUÇUN UNSURLARI.....	95
3.3.1. Suçun Maddi Undurları.....	95
3.3.1.1. Fail.....	95
3.3.1.2. Mağdur.....	95
3.3.1.3. Konu.....	99
3.3.1.4. Fiil.....	100
3.3.1.4.1. Çocuğun Basit Cinsel İstismarı.....	100
3.3.1.4.2. Çocuğun Nitelikli Cinsel İstismarı.....	104
3.3.1.4.3. Cezada Arttırım Sebepleri.....	105
3.3.1.4.3.1. Suçun Üstsoy, İkinci veya Üçüncü Derecede Kan Hısmı, Evlat Edinen veya Üvey Baba Tarafından İşlenmesi.....	107
3.3.1.4.3.2. Suçun Çocuğun Vasisi, Eğiticisi, Öğreticisi, Bakıcısı, Çocuğa Sağlık Hizmeti Veren, Çocuğa Karşı Koruma ve Gözetim Yükümlülüğü Altında Bulunan Diğer Bir Kişi Tarafından İşlenmesi.....	109
3.3.1.4.3.3. Suçun Hizmet İlişkinin Sağladığı Nüfuz Kötüye Kullanılmak Suretiyle İşlenmesi.....	111
3.3.1.4.3.4 Suçun Birden Fazla Kişi Tarafından İşlenmesi.....	111
3.3.1.4.3.5 Birinci fıkranın "a" bendindeki çocuklara karşı cebir veya tehdit kullanmak suretiyle gerçekleştirilmesi	112

3.3.1.4.4 Cebir ve Şiddetin Kasten Yaralama Suçunun Ağır Neticelerine Neden Olması.....	112
3.3.1.4.5 Çocuğun Cinsel İstismarı Suçunun Netice Sebebiyle Ağırlaşmış Halleri	114
3.3.1.4.5.1 Mağdurun Beden veya Ruh Sağlığının Bozulması.....	114
3.3.1.4.5.2 Mağdurun Bitkisel Hayata Girmesi veya Ölmesi.....	116
3.3.1.4.6 Suçun Özel Görünüş Biçimleri : Teşebbüs, İştirak ve İctima.....	117
3.3.2 Suçun Manevi Unsuru.....	118
3.3.3 Hukuka Aykırılığı Ortadan Kaldıran Sebebin Yokluğu.....	119
3.4. SUÇUN SORUŞTURULMASI VE KOVUŞTURULMASI, GÖREVLİ MAHKEME, YAPTIRIM.....	120
3.4.1 Suçun Soruşturulması ve Kovuşturulması.....	120
3.4.2 Görevli Mahkeme.....	120
3.4.3 Yaptırım.....	121

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

REŞİT OLMANLA CİNSEL İLİŞKİ SUÇU

4.1. GENEL AÇIKLAMA.....	123
4.2. KORUNAN HUKUKİ MENFAAT.....	125
4.3. SUÇUN UNSURLARI.....	125
4.3.1 Suçun Maddi Unsurları.....	125
4.3.1.1 Fail.....	125
4.3.1.2 Mağdur.....	127

4.3.1.3 Konu.....	129
4.3.1.4 Fiil.....	129
4.3.2 Suçun Manevi Unsuru.....	131
4.3.3. Hukuka Aykırılığı Ortadan Kaldıran Sebebin Yokluğu.....	131
4.4. SUÇUN SORUŞTURULMASI VE KOVUŞTURULMASI, GÖREVLİ MAHKEME, YAPTIRIM.....	132

BEŞİNCİ BÖLÜM

CİNSEL TACİZ SUÇU

5.1. GENEL AÇIKLAMA.....	134
5.2. KORUNAN HUKUKİ MENFAAT.....	135
5.3. SUÇUN UNSURLARI.....	136
5.3.1. Suçun Maddi Unsurları.....	136
5.3.1.1. Fail.....	136
5.3.1.2. Mağdur.....	136
5.3.1.3. Konu.....	137
5.3.1.4. Fiil.....	138
5.3.1.4.1. Suçun Temel Şekli.....	138
5.3.1.4.2. Cezada Arttırım Sebepleri.....	140
5.3.1.4.3. Suçun Neticesi Sebebiyle Ağrılaştırmış Halleri.....	141
5.3.1.4.4. Suçun Özel Görünüş Biçimleri : Teşebbüs, İştirak, İçtima.....	141
5.3.2. Suçun Manevi Unsuru.....	142

5.3.3. Hukuka Aykırılığı Ortadan Kaldıran Sebebin Yokluğu.....	142
5.4. SUÇUN SORUŞTURULMASI VE KOVUŞTURULMASI, GÖREVLİ MAHKEME, YAPTIRIM.....	143
SONUÇ.....	144
KAYNAKÇA.....	147
ÖZ GEÇMİŞ.....	154

KISALTMALAR

A.e.	: Aynı Eser
A.g.m.	: Adı Geçen Makale
bkz.	: Bakınız
CD.	: Ceza Dairesi
CGK.	: Ceza Genel Kurulu
Çev.	: Çeviren
ÇKK	: Çocuk Koruma Kanunu
E	: Esas
K	: Karar
m	: Madde
Nakl.	: Nakleden
örn.	: Örneğin
S	: Sayı
SBE	: Sosyal Bilimler Enstitüsü
sf	: Sayfa
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
TCK	: Türk Ceza Kanunu
TMK	: Türk Medeni Kanunu
v.b.	: Ve Benzeri
v.d.	: Ve Devamı

ÖNSÖZ

Cinsel dokunulmazlık kişisel özgürlüklerin en önemlileri arasında yer almaktadır. Bu özgürlüğün kapsamı kişinin cinsel davranışta bulunmak istediği kişi ile cinsel ilişkiye girmesi ve kendi isteği dışında bir başkası ile cinsel ilişkiye girmemesidir. Cinsellik insanın dürtülerinden biridir, bu nedenle de insanın özü ile alakalı bir durumdur. Kişiyeye gerçekleştirilen cinsel bir saldırı sonucu özü zarar görür. Buna bağlı olarak insanda öz saygı eksilmesi meydana gelir ve mağdur kendisini değersiz hisseder. Şu halde cinsel suç mağduru için öz saygı duygusu zarar görmüş kişi diyebiliriz. Bir cinsel suçun mağduru durumuna düşen insan, hem iç dünyasında hem de toplum içerisinde bir mücadelenin ortasında kalmaktadır. Bu suç, etkileri düşünüldüğünde diğer suçlardan farklı olarak insanı çok uzun süre mağdur etmeye devam etmektedir. Bu sebeplerle kişilerin bu suçları işlemesini engellemek amacıyla devletler bu suç tiplerine kanunlarda öngörülen diğer suç tiplerinden daha ağır cezalar öngörmüşlerdir.

765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 01.06.2005 tarihinde yerini 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'na bırakması ile Türk Ceza Hukukunda esaslı değişiklikler de beraberinde gelmiştir. Cinsel dokunulmazlığa karşı suçlarda bu değişiklikten nasibini almış kanun koyucu ciddi değişiklikler yoluna gitmiştir. Öncelikle 765 sayılı TCK'da "*genel ahlakı ve aile nizamını*" yönelik suç olmaktan çıkartılarak, "*kişilere karşı suçlar*" kapsamına alınmıştır. Yine terimsel olarak da söz konusu suçların isimleri değişmiş, değişiklikten önce kullanılan ırza geçme, ırza tasaddi, söz atma ve sarkıntılık terimleri yerine cinsel saldırı, cinsel istismar, cinsel taciz gibi kavramları kullanmıştır. Söz konusu kanun değişikliği ile yetmiş dokuz yıllık yerleşmiş uygulamalar bir anda değişmek zorunda kalmış ve pek tabii olarak beraberinde bir çok eksiklik oluşmuştur. Söz konusu eksikliklere ilgili kısımlar incelenirken ayrıca ve ayrıntılı olarak değinilecektir.

Ülkemizde 5237 sayılı TCK'da bu suç tiplerine ilişkin düzenlemeler Türk Ceza Kanunu'nun İkinci Kitabının "*Kişilere Karşı Suçlar*" başlıklı İkinci Kısım altında yer almıştır. Cinsel dokunulmazlık, kişilerin vücudu üzerinde rıza dışı cinsel davranışlarda bulunulması suretiyle ihlal edilir. Bu davranış fiziken gerçekleşebileceği gibi sözlü veya görsel şekilde de gerçekleşebilir. Bu bölümde yer alan suçlarla korunan ortak hukuki değer, kişilerin cinsel dokunulmazlığıdır. Bu bölümde yer alan suçlar, temelde kişiye karşı işlenmiş suçlardır.

Bu çalışmada Türk Ceza Kanunu'nda yer alan Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlara ilişkin açıklamalar, öğretide getirilen eleştiriler ve kişisel görüşlerim yer almaktadır.

BİRİNCİ BÖLÜM

CİNSEL ÖZGÜRLÜK

1.1. CİNSEL ÖZGÜRLÜK

1.1.1. Kavramlar

Cinsel, kelime olarak "*Cinsiyetle ilgili, cinsi, eşeyssel, seksüel.*"¹ olarak tanımlanmıştır. Cinsellik ise "*Cinsel özelliklerin bütünü, Sevişme duygusu*" olarak tanımlanmıştır.

Cinsel veya cinsellik denilince genellikle ilk akla gelen kadın ve erkeğin fiili birleşmesi olsa da bu kavramlar fiili birleşmeyi çağrıştıran ve bu duyguyu uyandıran her türlü davranışı da kapsamaktadır. Cinsellik sözcüğünden farklı anlamlar çıkarılmaktadır. Cinsellik sadece üreme anlamında veya cinsel yoldan uyarılmış bireyde gözlenen davranışlar olarak tanımlandığı gibi; bireyin kendi cinsel kimliğini kabul etmesi, cinsinin gereği olarak karşı cinsle ilgilenmesi, araması, birlikte olmaktan ve cinsel ilişkiden bedensel olduğu kadar ruhsal bir haz ve doygunluk elde etmesi olarak da tanımlanmaktadır.²

Toplumsal düzeyde cinsellik, toplumun değer yargıları, yasal kuralları, insanların yaşam biçimi, farklı cinse verilen roller, cinselliğe bakışı, eş seçimi ve

1 Güncel Türkçe Sözlük, <http://www.tdk.gov.tr/i>, Erişim Tarihi 04.10.2013

2 İbrahim Ethem Özgüven, Cinsellik ve Cinsel Yaşam, Pdrem Yayınları, Ankara 1997, s. 2., Nakl. Kemal Vuraldoğan, "Cinsel Özgürlük Üzerine", <http://www.inisiyatif.net/document/72.pdf>, 01.10.2013

evlenme tercihleri ile ilgilidir.³

Cinselliğin insanın diğer ihtiyaçlarından farkı yoktur. İnsan bu ihtiyacını da gidermek istemektedir. Bu nedenle insanın olduğu her yerde cinsellikten bahsetmek mümkündür.

5237 sayılı TCK düzenlemesinde de kanun koyucu, “*cinsel*” kavramını olabildiğince geniş anlamda kullanmıştır. Bir davranış sınırlaması yapmadan bu duyuyu tatmin amacı taşıyan her türlü davranışı cinsel davranış olarak kabul etmiştir. Genel olarak kanun koyucunun bu suç tipleri için cinsel amaçlı davranışı temel unsur olarak belirlemişse de fiili birleşme hali ve vücuda sair cisim sokulması halinde cinsel amaç olmasa dahi cinsel amacın varlığını karine olarak kabul etmiştir. Bu hususa suç tipleri incelenirken ayrıca değinilecektir.

Şu halde 5237 sayılı TCK bakımından cinsel ve cinsellik kavramının sevişme duyusu ile alakalı olduğu ve geniş yorumlanarak bu duyguyu uyandıran her türlü davranışı kapsadığını söylemek yanlış olmayacaktır.

1.1.2. Cinsel Özgürlük

Özgürlük kavramı ve özgürlük olgusu, insanlık tarihinin çok eski dönemlerinden beri dikkat çeken, özlenen ve irdelenen değerleri olarak her zaman göz önünde olmuştur.⁴

Özgürlüğün tanımlamalarını yapan düşünürlerden bazılarına değinmekte fayda vardır. Pek tabii özgürlük açıklamalarında Montesquieu önemli bir yer tutar. Montesquieu'ya göre özgürlük, yasalarla yönetilen bir toplumda yapmanız gereken şeylerin tümünü yapabilmenizden ve hoşunuza gitmeyen şeyleri yapmaya

3 a.e sf. 1-2 ; nakleden Vuraldoğan., a.g.m

4 Ergun Önen; "Geçmişten Günümüze Özgürlük"
http://www.iku.edu.tr/EN/iku_gunce/HukukC1S1_2/HukukGunceC1S1_114.pdf, 05.09.2013

zorlanmamaktan ibarettir.⁵ En az Montesquieu kadar önemli bir başka düşünür Rousseau da özgürlük konusu üzerinde fazlasıyla durmuştur. Ona göre özgürlük, *“bir kişinin istediğini yapabilmesinden çok başkasının iradesine tabi olmaması anlamına gelmektedir. Özgürlük, başkasının iradesini kendisinininkine tabi kılma ise hiç değildir. Yasalar olmadan özgürlük olamayacağı gibi yasaların üzerinde de bir özgürlük olamaz.”*⁶

Özgürlük kavramını her düşünür farklı şekilde açıklamış, kişi sayısı kadar özgürlük tanımı ortaya çıkmıştır. Tarihin ilk zamanlarından beri düşünülmüş zaman geçtikçe de üzerinde en çok durulan konulardan birisi olmuştur. Hatta Montesquieu bu durum için şu sözü söylemiştir : *"Hiç bir kavram yoktur ki, özgürlük kavramı kadar kendisine değişik anlamlar verilmiş ve düşüncelere çeşitli biçimlerde yansımış olsun"*

Görüldüğü gibi tanımlamalar, arada farklılıklar olsa da temelde aynı şeyi söylemektedir. Özgürlük, başkalarının özgürlük alanına dokunmadan kişilerin istediklerini yapabilmesi istemediklerini yapmaya zorlanmaması anlamına gelir. Yine farklı bir deyişle, insanın bilinçli ve amaçlı olarak harekete geçme potansiyelini, serbestçe seçim yapma kapasitesini ifade eder.⁷

Cinsel özgürlüğü de bu tanımla açıklamak mümkündür. Kişi başkalarının cinsel dokunulmazlığını ihlal etmeden başkaları ile cinsel ilişkiler yaşayabilmesi, cinsel ilişki kurmaya zorlanmaması ve özgürce cinsel tercih yapabilmesi⁸ cinsel özgürlüğü oluşturur. Cinsel özgürlüğün yanında dokunulmazlığın bulunması da

5 Mehmet Semih Gemalmaz, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 4. Baskı, İstanbul, Beta yayınları, 2003, sf.57

6 Tuğçe Türkmenoğlu, Jean Jacques Rousseau'da Özgürlük sorunu, Yüksek Lisans Tezi, 2004 Ankara Sosyal Bilimler Enstitüsü, <http://acikarsiv.ankara.edu.tr/browse/288/> , 12.07.2013

7 Enver Bozkurt, Uluslararası İnsan Hakları Hukuku, 2.Baskı, Ankara, Asil Yayın Dağıtım, 2006 sf.14

8 Yener Ünver, Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, AnkaraSeçkin Yayınevi 2003, sf. 1031

önemlidir, temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması mümkündür ancak dokunulmazlık bulunması tüm keyfi müdahalelerden korunma hakkını⁹ da bireye verecektir.

Dünya Cinsel Sağlık Birliği, 26.08.1999 tarihinde Hong Kong'da düzenlemiş olduğu 14. Dünya Seksoloji Kongresinde, Evrensel Cinsel Haklar Bildirisi adı altında cinsel özgürlüğe ilişkin ilkeler getirmiştir. Bildiriye göre; Cinsellik her insanın kişiliğinin ayrılmaz bir parçasıdır. Cinselliğin tam olarak gelişimi, temas arzusu, mahremiyet, duygusal ifade, zevk, şefkat ve aşk gibi temel insan gereksinimlerinin karşılanmasına bağlıdır. Cinsellik bireyle sosyal yapılar arasındaki etkileşim aracılığıyla oluşur. Cinselliğin tam gelişimi için, bireysel kişiler arası ve toplumsal iyilik esastır. Cinsel haklar, bütün insanlar için özgürlük, insanlık onuru ve eşitlik gibi temel haklara dayalı evrensel insan haklarıdır.¹⁰ Bu bildiri ile cinsel özgürlüğün bireylere tanıdığı haklara da değinilmiştir. Bildiriye göre bu haklar: Cinsel özgürlük hakkı, Cinsel otonomi, cinsel bütünlük ve beden güvenliği hakkı, Cinsel mahremiyet hakkı, Cinsel eşitlik hakkı, Cinsel haz hakkı, Cinselliğin duygusal ifadesi hakkı, Özgürce cinsel ilişkiler oluşturma hakkı, Üremeye ilgili özgür ve sorumlu seçim yapabilme hakkı, Bilimsel araştırmaya dayalı cinsel bilgi edinme hakkı, Kapsamlı cinsellik eğitimi hakkı, Cinsel sağlık hizmeti haklarıdır.

Cinsel özgürlük kaynağını insan haklarından almaktadır. İnsanın insan haklarına sahip olabilmesi için tek yapması gereken doğmak ve hayata başlamaktır ancak bu durum tabii ki her zaman bu şekilde olmamıştır. Verilen mücadeleler ve uğraşlar sonucu dünya tarihine kıyasla çok kısa bir süre önce dünya devletleri tarafından kabul edilmiş bir olgudur.

9 Gözübüyük, A.Ş. ve Gölcüklü, F. (2004). Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması AİHM İnceleme ve Yargılama Yöntemi. 11. Ek Protokole Göre Hazırlanıp Genişletilmiş 5. Bası. Ankara. Sf.223

10 Evrensel Cinsel Haklar Deklarasyonu, <http://www.spod.org.tr/turkce/eskisite/wp-content/uploads/2012/03/Evrensel-Cinsel-Haklar-Deklarasyonu.pdf> , 12.08.2013, orjinal metin için bkz: <http://www.worldsexology.org/resources/declaration-of-sexual-rights/> 12.08.2013

Ceza hukuku anlamında, cinsel özgürlük denildiğinde doğal olarak söz konusu özgürlüğün getirmiş olduğu haklara istenmeyen bir müdahale gerçekleştirildiğinde müdahaleyi gerçekleştirene yaptırım uygulanması ve kişilerin bu tip bir müdahaleden caydırılması akla gelmektedir. Hukukumuzda, kişi cinsel hayatını evlilik içerisinde yaşayabileceği gibi evlilik birliği olmadan da yaşayabilir. Yeter ki kanunun koymuş olduğu sınırlar dahilinde ve karşı tarafın rızası ile olsun. Erişkinlik ve rıza dahilinde gerçekleşen cinsel ilişki yakın akrabalar arasında olsa dahi suç oluşturmayacaktır. Şu halde reşit kişi cinsel anlamda tamamen özgür ve dokunulmazdır.¹¹

Türk Ceza Hukuku siteminde kanunun korumuş olduğu menfaatin ihlali için fiziksel müdahale şartı aranmamış, her türlü müdahale bu kapsamda yer almıştır. Buna göre fail cinsel özgürlüğe temasla, sözle, görsellikle veya yazı ile müdahalede bulunabilir. Bu müdahalenin cinsel bir amaçla gerçekleştirilmiş olması Türk Ceza Kanunu anlamında cinsel dokunulmazlığa karşı gerçekleştirilmiş bir fiil olarak kabul edilir. Cinsel amaç taşımayan benzeri hareketler bu suçu oluşturmayacak kanunda düzenlenmiş diğer suç tiplerine girebilecektir.

Her türlü cinsellik, cinsel ilişkiye katılanların eş zamanlı ve karşılıklı istem ve rızalarını gerektirir. Aksi takdirde sahip olunan cinsel özgürlük zedelenmiş olur. Modern toplumlarda aksi davranışlar yaptırma bağlanmıştır. Bu özgürlüğün yansıması olarak "*cinsel dokunulmazlık*" kavramı ortaya çıkmaktadır. Kişilerin istedikleri kişi ile cinsel ilişki yaşayabilme hakkının yanı sıra kendilerine yönelik gerçekleşme ihtimali bulunan cinsel davranışlardan korunmayı isteme hakkına da sahip olacaktır. Cinsel dokunulmazlık da sınırsız değildir, toplumun ar ve haya duygularına yönelik gerçekleşen cinsel bazı davranışlar genel ahlaka karşı suçlar (örn. Hayasızca hareketler, müstehcenlik) kapsamındadır.¹²

11 Doğan Soyaslan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Gözden Geçirilmiş 9. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2012, sf.227

12 Doğan Soyaslan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, sf.227

Söz konusu özgürlüğün önemi ve bu özgürlüğe gerçekleştirilen saldırıların insanlık öz saygısını¹³ yaralaması nedeni ile cinsel dokunulmazlığa karşı suçlara hemen her toplumda ağır yaptırımlar öngörülmüştür.

1.2. TARİHSEL GELİŞİM

Eski çağlarda cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar ancak hür ya da efendi olarak nitelendirilen kimselere karşı işlenebilmekteydi. Kölelere karşı bu tür fiillerin işlenmesi suç oluşturmamakta, kadın ya da erkek kölelerin efendilerinin cinsel isteklerini karşılama görev ve yükümlülükleri bulunmaktaydı.¹⁴

Bu hususa rağmen genel olarak bireyin cinsel özgürlüğünü ve dokunulmazlığını ihlal eden, ailenin toplum nezdinde saygınlığına zarar veren fiiller, eskiden beri cezalandırılmıştır.

Bilinen en eski tabletlerden olan Asurlulara ait Milattan önce 2100-2050 yıllarında Sümerce yazılmış olan Ur-Nammu Kanununda¹⁵ ¹⁶ cinsel dokunulmazlığa karşı suçlara yer verilmiştir.¹⁷ Yine Orta Asur Kanunlarında sarkıntılık ve tecavüz suçlarına yer verilmiştir.¹⁸ Söz konusu düzenlemeler evli kadınlara yapılan saldırıları

13 Cahit Can, Toplumsal İnsanın Evrensel Doğası ve Cinsel Suçlar, Ankara, Siyasal Kitapevi, 2002, sf.485

14 Moses I. Finley, Die Sklaverei in der Antike. Geschichte und Probleme, Fischer, 1881, sf.114, Nakl., İbrahim Dülger, "Irza Geçme Suçunun Tarihi Gelişimi", <http://www.sosyalbil.selcuk.edu.tr/dergi/sayi1-8/6/5.pdf> 06.05.2013

15 http://tr.wikipedia.org/wiki/Ur-Nammu_Kanunlar%C4%B1, 17.10.2013

16 Ur-Nammu tableti hakkında detaylı bilgi ve İngilizce Çevirisi için bkz. <http://amar.hsclib.sunysb.edu/mwg-internal/de5fs23hu73ds/progress?id=E/mRPqK9Su>, 17.10.2013

17 Örneğin : "Eğer bir adamın bakire kölesinin birkini bir adam ...düşmanca bozarsa o adam 5 şegel tartacaktır. (ödeyecektir)" Belkıs Konan, "Osmanlı Hukukunda Tecavüz Suçu", <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/19/1682/17941.pdf>, 21.09.2013

18 Orta Asur kanunlarında sarkıntılık suçu: "Eğer bir adam, bir adamın karısına elini götürüp (sarkıntılık edip), (ona)genç bir çocuk gibi muamele ederse, onu suçlarlar ve ispat ederlerse bir parmağını kesecekler eğer onu öperse (kadını) alt dudağını baltanın ucuna çecekler ve

düzenlemiştir. Bunların dışında, Orta Asur Kanunlarında, bakire olan kadınlarla ilgili hükümler de bulunmaktadır. Asur'da bir kıza tecavüz eden kişinin karısı, kızın babasına verilir ve baba da tecavüzcünün karısına aynı fiili yapardı. Eğer fail evli değilse, ağır tazminat öderdi.¹⁹

Roma hukukunda VIII. yüzyıla kadar cinsel dokunulmazlığa karşı suçlardan dolayı cezalandırma aile babasının cezai yetkisine veya Censoslara bırakılmıştı. Daha sonraları ise ahlaka karşı eylemleri cezalandıran "*Lex Julia de Adulteris*" yürürlüğe girmiş ve bu Kanun'la zina ve çok evlilik, ensest eylemleri suç olarak kabul edilip cezalandırılmıştır.²⁰ 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.²¹ Bu suç için ölüm cezası öngörülmüştür.²²

Roma hukukunda kural olarak köle ile özgürler arasındaki cinsel ilişkiler cezalandırılmamış olmakla birlikte Constantin zamanında özgür kadın ile kölesi arasındaki cinsel ilişkiler her iki tarafında ölüm cezasıyla çarptırılmasıyla sonuçlanmaktadır. Her kamu davasında olduğu gibi suçtan şikayetçi olma hakkı Roma vatandaşlarına aittir.²³

keseceklerdir."

Tecavüz suçu : "*Eğer bir adamın karısı, meydandan geçerken, bir başka adam onu yakalar ve "seninle yatayım mı? derse kadın razı olmaz ve kendini korursa (direnirse) , zorla onu yakalar ve onunla yatarsa, ister adamı kadının üzerinde yakalasınlar, ister kadının yattığını şahitlerle ispatlasınlar o adamı öldüreceklerdir, kadın için ise suç yoktur."*

19 Belkıs Konan, a.g.m

20 Handan Yokuş Sevik, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Taciz ve Cinsel Saldırı Suçları", TBBD, Sayı: 57, 2005, s. 244

21 Belkıs Konan, a.g.m

22 Can, a.e, sf.362

23 Theodore Mommsen, Le Droit Penal Romain Tr: L. Duquesne,C.II, Paris,1907, sf. 407, dipnot 1., Nakl. Can, a.e, sf.361

İslamiyet öncesi Türk Devletlerinin hukuk sistemlerinde de cinsel dokunulmazlığa karşı suçlara yer verilmiştir. Bu dönem Türk Devletlerinde Ceza Hukukunun en önemli prensibi, cezalandırmanın intikam şeklinde olmayıp yetkinin devlette olmasıdır.²⁴ Çin kaynaklarına göre, Göktürklerde evli kadına tecavüz etmenin cezası ölümdü, ayrıca genç kızları baştan çıkaranlar da hem ceza alır hem de baştan çıkardığı kızla evlenmeye mecbur tutulurlardı.²⁵

Orta Çağ'da da ferdi ahlaklaşmayı sağlamak ve genel ahlakı korumak amacıyla cinsel özgürlüğe yönelik eylemler suç sayılmıştır. Bu dönemde ceza kanunlarının cinsel suçlarla ilgili bölümlerinde dinsel bir düzenleme kendini hissettirmiştir. Suç ile günah arasında kesin bir sınır çizilmemekte ve bu iki kavram iç içe düşünülmekteydi. Bu nedenle ahlaksızlığı bir günah olarak kabul eden Kanonik hukuktaki, cinsel suçların içeriği ile bugünkü cinsel suçların içeriği farklıdır.²⁶

Bu dönemde ırza geçme, adam öldürme, vatana ihanet suçları ile aynı seviyede görülmüş ve ölüm cezası ile cezalandırılmıştır.²⁷

Cinsel suçlar İslam Hukukunda ayrı bir suç olarak yer almamış ve hadd cezası²⁸ ile cezalandırılan zina suçu içinde yer almıştır. İslam Hukukunun ana kaynağı olan Kuran'da, tecavüz suçunun da içinde yer aldığı zina, topluma yönelik

24 Halil Cin, Gül Akyılmaz, Türk Hukuk Tarihi, Konya, Sayram Yayınevi, 2003, sf.43

25 Coşkun Üçok , Ahmet Mumcu, Gülnihal Bozkurt, Türk Hukuk Tarihi, Ankara, Turhan Kitapevi, 2002, sf.27

26 Yarsuvat, s. 116-117. , Nakl. Sevük, agm., sf. 245

27 Emile Dukheim, "Ceza Evriminin İki Kanunu," (Çev: Hamide Topçuoğlu), Ankara Hukuk Fakültesi 40. yıl Armağanı Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No. 210 Ankara, 1966 <http://auhf.ankara.edu.tr/auhf-yayinlari-arsivi/armaganlar/40-yil-armagani/durkheim.pdf>, 21.06.2013

28 Miktarları belirtilmiş olan cezalardır. Şari'in tayin ettiği ve miktarını belirttiği cezalardır. Hakimin bu cezaları hiç noksanlaştırmadan ve arttırmadan aynen uygulaması gerektiği gibi, bu cezaları her hangi bir şekilde diğer cezalarla değiştirmeye de yetkisi yoktur. Bu çeşit cezaları düşürmeye ve affetmeye devlet başkanı da yetkili değildir. Bkz: İbrahim Çalışkan, "İslam Hukukunda Ceza Kavramı ve Hadd Cezaları", <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/37/775/9915.pdf> , 13.09.2013

bir suç olarak nitelendirilmiş ve hadd cezası öngörülmüştür. İslam Hukukuna göre zina suçunu evli olanlar işleyebileceği gibi bekar olanlar da işleyebilir. Bu yönüyle batı hukukundan ayrılır.²⁹ İslam Hukukunda zina suçuna yüz sopa ve bir yıl sürgün cezası verilirdi.³⁰ Ancak suçlular muhsan ise yani başından bir evlilik geçmiş olan kimse ise verilecek ceza recmdir. Muhsan olmak için zina sırasında evli olma şartı aranmaz, suçlu daha önce evlenip boşanmışsa da cezası recm olacaktır.³¹ Suçluların cezalandırılması için en az dört erkeğin şahitliği ya da suçluların dört kez suçlarını ikrar etmeleri gerekmektedir. Bu sebeple de söz konusu cezaların uygulamasına pek sık rastlanılmamıştır.³² Zinanın cezalandırılmasının temelinde evlenmenin kamu kurumu sayılması, sadakat yükümlülüğünün ihlali, halk efkari³³, ceza siyaseti mülahazaları, boşanma ile zina arasındaki ilişki, cinsiyet farklılıkları yatmaktadır.³⁴

Zina, kocanın karısı üzerindeki mülkiyet haklarının bir nevi ihlali gibi kabul edilmiş ve bu görüş modern hukuk sistemlerinde de izler bırakmıştır.³⁵ Zina suçu ülkemizde uzun yıllar varlığını sürdürmüş nihayetinde en son 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun İkinci Kitabının Sekizinci Babının Beşinci Faslında beş madde olarak düzenlenen zina suçu Anayasa Mahkemesi tarafından değişik tarihli kararları ile iptal edilmiştir.³⁶

29 Cin, a.e, sf.220-221

30 a.e, sf. 221

31 Üçok, a.e, sf.79

32 a.e

33 Efkar-ı Umumiyye : "*Halkın, umumun düşüncesi, endişesi*". Bkz., Ferit Develioğlu, Osmanlıca-Türkçe Lügat. Ankara.17.Baskı.2000, sf.205

34 Faruk Erem, "Zina", <http://auhf.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv/AUHF-1961-18-01-04/AUHF-1961-18-01-04-Erem2.pdf>, 17.08.2013

35 Sulhi Dönmezer, "X. Milletlerarası Ceza Hukuku Kongresi ve Cinsiyet Ahlakına Karşı Suçlar," İstanbul ,İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 30, sayı3-4 1964, sf.456

36 440.madde, AYM., 1998/3 E.,1998/28 K., 23/06/1998 Tarihli Kararı ile, 441.madde, AYM., 1996/15 E., 1996/34 K.,23/09/1996 Tarihli Kararı ile, 442.madde, AYM., 1994/24 E., 1999/30 K.,13/07/1999 Tarihli Kararı ile, 442.madde, AYM., 1994/24 E., 1999/30 K.,13/07/1999 Tarihli Kararı ile, 443.madde, AYM., 1994/24 E., 1999/30 K.,13/07/1999 Tarihli Kararı ile,

Orta Çağ sonrası Avrupa'ya genel olarak baktığımızda aile düzenine karşı işlenen suçlara birinci dünya savaşına kadar, ceza hukukçularının fazla önem vermedikleri ileri sürülmektedir. Aile, özel hukuk kurumlarından biri olarak görülmüş ve Ceza Hukukunun alanı dışında kalması gerekli bir kurum olarak sayılmıştır. Gerçekten ilkel bir sosyal grup, bir sosyalleştirme ajanı, sosyolojik bir gerçek teşkil eden aile grubunun, sosyal bir sistem olarak işleyebilmesi için, ceza yaptırımına ihtiyacı olmadığı uzun zamanlar kabul edilmişti.³⁷

Osmanlı Döneminde cinsel suçlar İslam Hukuku kuralları gereğince zina suçu kapsamında cezalandırılmakla birlikte, zaman zaman Padişah kanunnamelerinde bu kapsamın dışında cezalandırma yoluna gidildiği de görülmüştür. Tanzimat sonrası dönemde ise, 1858 tarihli Ceza kanunnamesi'ne göre kürek ve hapis şeklinde cezalar verilerek bir düzenleme getirilmiştir.³⁸

Günümüz Türkiye'sinde ise, Cumhuriyetin kurulması ile birlikte gelişmiş dünya ülkelerinde yer alan düzenlemeler ile paralel düzenlemeler hukukumuzda yerini almıştır. Cumhuriyetin ilk ceza kanunu³⁹ olan 765 sayılı Türk Ceza Kanunu, 1889 tarihli İtalyan Ceza Kanunu'ndan iktibas yolu ile edinilerek uzunca bir süre yürürlükte kalmıştır. Gelişen ihtiyaçlar doğrultusunda yeni bir kanun konusunda 1984'de başlayan çalışmalar sonucunda ilk taslak 1987'de oluşturulmuş ve 14.04.2003 tarihinde Bakanlar Kurulu tarafından kabul edilerek 12.05.2003 tarihinde tasarısı olarak TBMM Başkanlığı'na gönderilmiştir. Gönderilen tasarı TBMM Adalet Komisyonu'nda yapılan çalışmalar neticesinde değişikliğe uğratarak 03.08.2004 tarihinde TBMM Başkanlığı'na sunulmuştur. Böylece 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, 26.09.2004 tarihinde kabul edilmiştir. Yeni kanun ile özellikle "*cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar*" konusunda köklü değişiklikler yoluna gidilmiştir.

37 Dönmezer, A.g.m

38 Konan, a.g.m

39 Aslında Cumhuriyet döneminin ilk Ceza Kanunu 765 sayılı Türk Ceza Kanunu değildir. 765 sayılı Türk Ceza Kanunu 01.03.1926 tarihinde TBMM de kabul edilip, 13.01.1926 tarihinde Resmi Gazetede yayımlanana kadar 1858 tarihli Ceza Kanunnamesi yürürlükte kalmış ve Türkiye Cumhuriyetinin ilk Ceza Kanunu olmuştur.

1.3. MUKAYESELİ HUKUKTA CİNSEL DOKUNULMAZLIĞA KARŞI SUÇLAR

Almanya'da geniş ölçüde 1851 Prusya Ceza Kanunu'ndan etkilenen 1871 tarihli Alman Ceza Kanunu'nun "*ahlaka karşı cürüm ve cünhalar*" bölümü, 1960'lı yıllara kadar önemli bir değişikliğe uğramamıştır. Bununla birlikte 1960'lı yıllarda mevcut düzenlemeye yönelik eleştiriler giderek artmıştır. Bunun sonucu olarak 1969 yılında yapılan değişiklikle zina, basit eş cinsellik, hayvanlarla cinsel ilişki ve ırza geçmeyi kolaylaştırma fiilleri suç olmaktan çıkarılmıştır. 1973 yılında yapılan değişiklikle de bağımlılık ilişkisinin cinsel açıdan kötüye kullanılması, müstehcen yazıların yayınlanması konusundaki hükümlerin uygulama alanı daraltılmış, uzun tartışmalardan sonra bölüm başlığı "*cinsel özerkliğe karşı suçlar*" biçiminde değiştirilmiştir.⁴⁰

Alman Ceza Kanununda cinsel suçlar başlığı "*kişisel cinsel karar verme hakkına yönelik suçlar*" olan 13. bölüm altında 174. ve 184. maddeler arasında düzenlenmektedir. Almanya'da cinsel dokunulmazlığa karşı suçları düzenleyen hükümler toplam on paragraftan oluşmaktadır. Cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçları iki büyük grup altında incelenebilir. Bunlardan ilki fiilin ergin olanlara karşı, diğeri ise ergin olmayan veya himaye altında olanlara karşı işlenmesidir. Alman ceza mahkemeleri, bu fiillerin ergin olmayanlara veya himaye altında olan birisine karşı işlenmiş olmasında ceza oranlarını üst seviyede tutmaktadır. Ergin olmayan birisinin gözü önünde cinsel hareketlerde bulunmak suç teşkil etmektedir. Ergin olmayan bir kimseye cinsel taciz veya tecavüz etmek cezai yaptırım açısından, cinayet suçluyla aynı seviyede tutulmaktadır. Kanun, mahpus, akıl hastası, öğrenci gibi, bir kimsenin otoritesi ve korunması altında olanlarla, bunları koruyan ve/veya yönetenlerin cinsel ilişkisini suç saydığı gibi on altı yaşından küçük kızların "*baştan çıkarılması*" da suç oluşturmaktadır. Ancak baştan çıkararak yirmi bir yaşın altındaysa ilişki suç olmaktan çıkmaktadır. Alman yasaları on dört yaşını doldurmamışlarla cinsel ilişki kurulmasını

40 Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan/ Önok, Murat, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununa Göre Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Seçkin Yayınları, 6.Baskı, Ankara, 2008, s.214.

da yasa dışı saymaktadır. Tecavüzün cezasını altı aydan beş yıla kadar hapis cezası olarak belirleyen Alman kanunları, fahişeliği, her tür pornografiyi ve on sekiz yaşın altında olmamak kaydıyla eşcinselliği suç saymamaktadır.⁴¹

Alman Ceza Kanununda cinsel taciz ile ilgili bağımsız bir hükme rastlanmamaktadır. Ancak öğretilerde örneğin teşhircilik, çocukların cinsel istismarı, terbiye, nezaret veya muhafazası altında bırakılan kişiyi cinsel açıdan kötüye kullanma, görevin kötüye kullanılması suretiyle cinsel istismar ve alenen hayasızca hareketlerin cinsel taciz olduğu ileri sürülmüştür.⁴²

Norveç, Danimarka ve İsveç'te cinsellikle ilgili kanunlar büyük benzerlik göstermektedirler. Bu ülkelerde de en büyük cinsel suç tecavüz olup, cezası duruma göre, ömür boyu hapse kadar ağırlaşmaktadır. On beş yaşın altındakilerle cinsel ilişki kurmanın suç olduğu söz konusu ülkelerde, yaşları on sekizin üstünde olma durumunda akraba ilişkileri de suç sayılmaktadır. Buna karşılık, zina, anal ilişki, hayvanlarla ilişki konusunda cezai bir yaptırım söz konusu değildir. Eşcinsel ilişkiler ancak on altı yaşın altında olmamak kaydıyla serbesttir. Fahişeliğe de yasal engel koymayan İskandinav ülkeleri, ancak zührevi hastalık durumlarında fahişeliğe kanuni yaptırım öngörmektedir.⁴³

İngiltere'de 2003 tarihli Cinsel Suçlar Kanunu (Sexual Offences Act) ile çocuğun cinsel istismarı suçu çok geniş şekilde düzenlenmiştir. Rıza dışında gerçekleşen her tür cinsel davranış suç olarak tanımlanmıştır. Ancak bu Kanunda, çocukların yaş grubu on üç yaş esas alınarak belirlenmiştir. Kanunda, çocuklara karşı bakım ve gözetimden, eğitim ve öğretimden kaynaklanan cinsel istismar, ağırlaştırıcı neden olarak düzenlenmiştir. Ayrıca, akrabalık ilişkilerinin sağladığı kolaylıktan

41 Erkan Ataman, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya, 2011 sf. 35

42 Mehmet Emin Artuk, Cinsel Taciz Suçu (madde 105), <http://www.calismatoplum.org/sayi11/artuk.pdf>, 11.06.2013

43 Ataman, a.e, sf.35

yararlanmak suretiyle istismarda bulunmak da arttırım sebebi olarak kabul edilmiştir.⁴⁴

Fransa'da; Fransız Ceza Kanununun İkinci kitabı "*kişilere karşı işlenen cürüm ve cünhaları*"; bu kitapta ikinci kısım ise "*vücut bütünlüğüne karşı işlenen suçları*" içermektedir. Bu çerçevede ikinci kısmın ikinci bölümü "*fiziki bütünlüğe ve psikolojik bütünlüğe saldırılar*" başlığını taşımaktadır. Üçüncü alt başlıkta ise "*cinsel saldırılar*" düzenlenmektedir.⁴⁵ Fransız Ceza Kanununda ırza geçme ve benzeri suçlar, "*genel ahlak ve adap aleyhine cürümler*" başlığı altında doğrudan düzenlenmeyip, "*vücut bütünlüğüne ve psikolojik bütünlüğe karşı işlenen suçlar*" başlığı altında bir alt bölüm olarak düzenlenmiştir.⁴⁶

İsviçre'de ırza geçme suçuna ilişkin hükümler İsviçre Ceza Kanunu'nun "*Özel Hükümler*" başlıklı ikinci kitabının, "*Cinsel Özgürlük ve Cinsel Haysiyete Karşı Saldırılar*" başlıklı beşinci babında, 187. ve 193. maddeler arasında düzenlenmiştir. "*Çocuklarla Cinsel Fiiller*" başlıklı 187. maddenin birinci fıkrasına göre, "*her kim on altı yaşından küçük bir çocuğa karşı cinsel bir fiilde bulunursa veya çocuğu böyle bir fiile teşvik ederse veya böyle bir fiilin içinde yer aldırırsa beş yıla kadar hapis ya da hücre hapsiyle cezalandırılacaktır.*" denilmektedir.

ABD'nin bütün eyaletlerinde de, diğer ülkelerde olduğu gibi zorla ve şiddete dayanan cinsel davranışlar suç olarak tanımlanmıştır. Tecavüzün cezası eyaletine göre bir yıldan ömür boyu hapse kadar uzanabiliyor. Ancak eyaletlerin birçoğunda kanunlar sadece erkeğin kadını iğfalini cezalandırırken, saldırganın kadın olması

44 Ş.Cankat Taşkın, "Çocuğun Cinsel İstismarı Suçu," <http://www.google.com.tr/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=8&ved=0CGUQFjAH&url=http%3A%2F%2Fwww.toplumsalbilinc.org%2Fforum%2Findex.php%3Faction%3Ddlattach%3Btopic%3D18730.0%3Battach%3D3272&ei=XI2dUuCqK8ml0QXukICACw&usg=AFQjCNEOtWenf7sRhLerT4t50CAfS4el-A&sig2=CCSzd2b5rSrLPsfSu3ACg&bvm=bv.57155469.d.d2k>

45 Gülfem Pamuk, "Fransız ve Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Taciz Suçu (Kanunilik İlkesi Bakımından Bir Değerlendirme)" , Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi , Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, Yıl: 2013 Cilt: 19 Sayı: 2, sf.1456

46 Sefa Şişman, Cinsel Saldırı Suçu, Yüksek Lisans Tezi, Konya, Selçuk Üniversitesi, 2010 sf.43

halinde herhangi bir ceza öngörülmemiştir. Böyle bir durum tecavüzden de sayılmamaktadır. Akıl hastası kadınlarla cinsel ilişki, zor kullanılmadığı , kadının onayı olduğu durumlarda bile tecavüz olarak değerlendirilmektedir. Çocuklarla cinsel ilişki ağır cezaya tabi tutulmuş ve suçun failleri psikopat olarak polis kayıtlarına geçirilmektedir. Bu tür durumlarda çocuğun onayının olup olmamasının bir önemi yoktur. Çocuk tanımı her eyalette farklı şekilde yapılmıştır. Bazı eyaletlerde çocuk yaşı on altı iken bazılarında on sekiz yaşın altındakiler çocuk sayılmıştır.⁴⁷

1.4. 765 SAYILI TÜRK CEZA KANUNUNDA DÜZENLENEN CİNSEL DOKUNULMAZLIĞA KARŞI SUÇLARA GENEL BAKIŞ

765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar, cürüm ve kabahatlerin yer aldığı İkinci Kitabının "*Adabı Umumiye ve Nizamı Aile Aleyhine Cürümler*" başlıklı sekizinci babın "*Cebren Irza Geçen, Küçükleri Baştan Çıkaran ve İffete Taarruz Edenler*" başlıklı birinci faslında düzenlenmiştir. 765 sayılı TCK'da cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar genel olarak; "*ırza geçme*" (m.414,416/1), "*ırz ve namusa tasaddi*" (m.415,416/2) , "*reşit olmayan 15 yaşını bitirmiş küçüklerle rızaen cinsel münasebet*" (m.416/3), "*ırza geçme*" ve "*ırza tasaddi*" suçlarına ilişkin şahsa ve fiile bağlı ağırlaştırıcı haller (m.417, 418), "*söz atma,sarkıntılık*" (m.421) ve "*evlenme vaadiyle kızlık bozma*" (m.423) suçu şeklinde düzenlenmiştir.

Irza geçme suçu, 765 sayılı TCK'nın 414. ve 416. maddelerinde mağdurun yaşı esas alınarak düzenlenmiştir. On beş yaşını tamamlamamış olan küçüklere karşı işlenen ırza geçme suçu TCK 414. maddede "*Her kim 15 yaşını bitirmeyen bir küçüğün ırzına geçerse beş seneden aşağı olmamak üzere ağır hapis cezasına mahkûm olur. Eğer fiil cebir ve şiddet veya tehdit kullanılmak suretiyle veya akıl veya beden hastalığından veya failin fiilinden başka bir sebepten dolayı veya failin kullandığı hileli vasıtalarla fiile mukavemet edemeyecek bir halde bulunan bir küçüğe karşı işlenmiş olursa ağır hapis cezası on seneden aşağı olamaz*" şeklinde, on

47 Ataman, a.e, sf.35

beş yaşını tamamlamış kişilere karşı işlenen ırza geçme suçu TCK 416. maddede *"Onbeş yaşını bitiren bir kimsenin cebir ve şiddet veya tehdit kullanmak suretiyle ırzına geçen veyahut akıl veya beden hastalığından veya kendi fiilinden başka bir sebepten veya kullandığı hileli vasıtalarından dolayı fiile mukavemet edemeyecek bir halde bulunan bir kimseye karşı bu fiili işleyen kimse yedi seneden aşağı olmamak üzere ağır hapis cezası ile cezalandırılır"* şeklinde düzenlenmiştir.

Irza tasaddi suçu da, 765 sayılı TCK'nın 415. ve 416. maddelerinde, mağdurun yaşı esas alınarak düzenlenmiştir. On beş yaşını tamamlamamış olan küçüklere karşı işlenen tasaddi suçu 765 sayılı TCK'nın 415. maddesinde *"Her kim 15 yaşını bitirmeyen bir küçüğün ırz ve namusuna tasaddiyi mutazammın bir fiil ve harekette bulunursa iki seneden dört seneye ve bu fiil ve hareket yukarıki maddenin ikinci fıkrasında yazılı şartlar içinde olursa üç seneden beş seneye kadar hapsolünür"* şeklinde, on beş yaşını tamamlamış olanlara karşı işlenen ırza tasaddi suçu ise 765 sayılı TCK'nın 416. maddesinin ikinci fıkrasında on beş yaşını tamamlayan bir kimseye yönelik ırza tasaddi suçu ise *"Yine bu suretle ırz ve namusa tasaddiyi tazammun eden diğer bir fiil ve harekette bulunursa üç seneden beş seneye kadar hapsolünür"* şeklinde düzenlenmiştir.

Mağdurun on beş yaşından küçük olması durumunda mefruz cebir söz konusuydu ve suçun 765 sayılı TCK'nın 414/2 maddesinde belirtilen araçlardan biri ile gerçekleştirilmesi ağırlaştırıcı neden oluşturmaktaydı. Buna karşın, mağdurun on beş yaşını bitirmiş olması durumunda, eğer fiile rıza göstermiş ise, ırza tasaddi suçu oluşmuyordu.

Reşit olmayan bir kimse ile rızasıyla cinsel ilişki suçu 765 sayılı TCK'nın 416. maddesinin üçüncü fıkrasında *"Reşit olmayan bir kimse ile rızasıyla cinsi münasebette bulunan, fiil daha ağır cezayı müstelzim bulunmadığı takdirde altı aydan üç seneye kadar hapis cezası ile cezalandırılır"* şeklinde düzenlenmiştir. Suçun oluşumu için mağdurun reşit olmaması ve on beş yaşından büyük olması gerekmektedir. Suçun maddi unsurunu ancak cinsel ilişki sayılabilecek fiiller oluşturur. Tasaddi sayılabilecek hareketler suçun maddi unsurunu oluşturmaz.

Mağdurun on beş yaşından küçük olması halinde mağdura yönelik cebir, tehdit olmasa bile mefruz cebir kabul edilerek eylem 765 sayılı TCK'nın 414. maddesinin birinci fıkrası kapsamında değerlendirilmekteydi.

765 sayılı TCK'da ırza geçme ve tasaddi fiillerinde ortak ağırlaştırıcı nedenler 417. ve 418. maddelerinde düzenlenmişti. 765 sayılı TCK'nın 417. maddesinde, ırza geçme ve ırza tasaddi suçlarının, birden fazla kişi tarafından işlenmesi ve failin şahsına bağlı olarak; üstsoy, veli, vasi, eğitici ve öğretmenler, hizmetkarlar, mağdurun terbiye, gözetim ve korunmasından sorumlu kimseler ve mağdurun üzerinde hüküm ve nüfuzu olan kimseler tarafından işlenmesi ağırlaştırıcı hal olarak kabul edilmişti.

765 sayılı TCK'nın 418. maddesinde ise ırza geçme ve tasaddi suçunda, fiil neticesinde, mağdurun ölümüne neden olunması, bir hastalığın bulaştırılması, mağdurun sağlığında büyük bir eksiklik meydana gelmesi, mağdurun sakatlığına neden olunması, mağdurun ayıplı kalmasına neden olunması fiilin neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış halleri olarak kabul edilmişti.

765 sayılı TCK'da 434. maddesine göre faillerden birinin ırza geçme veya tasaddi suçunun mağduru ile evlenmesi halinde fiile iştirak edenler hakkında dava ve cezanın düşmesi, fail hakkında ise cezanın ertelenmesi sonucu doğmaktaydı.

Sarkıntılık suçu, 765 sayılı TCK'nın 421. maddesinde *"Kadınlara ve (...) erkeklere söz atanlar üç aydan bir seneye ve sarkıntılık edenler altı aydan iki seneye kadar hapsolünür "* şeklinde düzenlenmişti. Sarkıntılık, *"bir kimseye karşı onun rızası olmamasına rağmen cinsel tatmin ve tahrik içerikli ırza geçme ve ırza tasaddi ya da bunlara teşebbüs seviyesine varmayan, söz atma sınırını aşan edep ve iffete karşı saldırılar"* olarak tanımlanmıştı.

Evlenme vaadiyle kızlık bozma suçu 765 sayılı TCK'nın 423. maddesinde *"Her kim onbeş yaşını dolduran bir kızı alacağı diye kandırıp kızlığını bozarsa altı aydan iki seneye kadar hapsolünür"* şeklinde düzenlenmişti.

1997 Türk Ceza Kanunu ön tasarısında cinsel dokunamazlığa karşı işlenen suçlar, "*Topluma Karşı İşlenen Suçlar*"ı düzenleyen ikinci kısım içerisinde, altıncı bölümde ve "*Cinsel Özgürlüğe ve Edep Törelerine Karşı İşlenen Suçlar*" başlığı altında düzenlenmişti. 1997 Türk Ceza Kanunu ön tasarısında yer alan cinsel suçlara ilişkin suç tipleri ile 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda yer alan cinsel suçlara ilişkin suç tipleri benzerlikler arz etmekteydi.

1997 Türk Ceza Kanunu ön tasarısında "*ırza geçme*" suçu tasarınının 310. maddesinde düzenlenmişti. Maddenin son fıkrasında ırza geçme, "*hangi nitelikte olursa olsun bir kişiye cinsiyet uzvunun ithalidir.*" şeklinde tanımlanmıştı. Madde ile cebir ve şiddet veya tehdit kullanmak suretiyle veya akıl veya beden hastalığından veya kendi fiilinden başka bir sebepten veya kullandığı hileli vasıtalardan dolayı fiile karşı koyamayacak bir halde bulunan bir kimsenin ırzına geçilmesi yaptırım altına alınmıştı. Reşit kişiler hakkında kovuşturma şikayete bağlı tutulmuştu.

Tasarıda "*küçüklerin ve çocukların ırzına geçilmesi*" suçu 311. maddede düzenlenmişti. Maddenin birinci fıkrasında on beş yaşını bitirmiş olup da, henüz on sekiz yaşını doldurmamış olan bir küçüğün rızası ile ırzına geçme, maddenin ikinci fıkrasında ise on beş yaşını bitirmemiş olan bir çocuğun, rızası ile ırzına geçme yaptırım altına alınmıştı.

Tasarının, 312. ve 313. maddelerinde "*ırza tasaddi*" suçu düzenlenmişti. Tasarının 312. maddesinde, cebir ve şiddet veya tehdit kullanmak suretiyle veya akıl veya beden hastalığından veya kendi fiilinden başka bir sebepten veya kullandığı hileli vasıtalardan dolayı fiile karşı koyamayacak bir halde bulunan bir kimsenin ırzına tasaddisi yaptırım altına alınmıştı. Tasarının 313. maddesinde ise, on beş yaşını bitirmiş olup da, henüz on sekiz yaşını doldurmamış olan küçüğün ve on beş yaşını bitirmemiş olan bir çocuğun rızası ile ırzına tasaddi suçu "*küçüklerin ve çocukların ırzına tasaddi suçu*" başlığı altında düzenlenmişti.

Tasarının 314. maddesinde, tasarının, 315. ve 318. maddelerinde yer alan suçlara ilişkin "*ortak ağırlatıcı nedenler*" düzenlenmişti. Buna göre cinsel suçlarla

ilgili olarak fail sayısına göre; suçun en az iki kişi tarafından işlenmesi, fail ve mağdur arasında ilişkiyi nazara alarak; üstsoy, veli, vasi, eğitici, öğretmen, hizmetkarlar, terbiye ve gözetim veya muhafazaları altına bırakılan veya buna duçar olanlar, sağlık ve tedavi kurumlarında görevli olanlar, ceza infaz kurumları ve tutukevlerinde bulunan tutuklu veya hükümlüler üzerinde hüküm ve nüfuzu olan kimseler tarafından işlenmesi ayrıca fiilin neticesine bağlı olarak; suçun sonucunda mağdura bir hastalığın geçmesi, mağdurun sağlığında diğer büyük bir noksan meydana gelmesi, mağdurun sakatlığına ve mağdurun ayıplı kalmasına neden olunması hallerinde cezada artırım öngörülmüştür. Mağdurun ölümü halinde ise müebbet hapis cezası verileceği belirtilmişti.

Tasarıda *"evlenme vaadiyle kızlık bozma"* suçu 315. maddede düzenlenmişti. Düzenleme ile failin, on sekiz yaşını doldurmuş bir kızı alacağım diye kandırarak elde edilen cinsel ilişki sonucu kızlığın bozulması suç kabul edilmişti. Tasarıda ayrıca hayasızca hareketler başlığı altında 316. maddede *"alenen hayasızca durum takınanlar veya harekette bulunanlar veya başkaca ar ve haya duygularını incitecek davranışlara girişenler veya her ne suretle olursa olsun halkın edep ve nezahatine saldıranlar"* şeklinde düzenlenmişti.

Tasarıda *"söz atma"*, *"sarkıntılık"*, *"cinsel taciz"* suçu, 317. maddede düzenlenmişti. Madde ile kadınlara veya erkeklere söz atma, sarkıntılık etme yaptırım altına alınmış ayrıca, eylem mağdurun hüküm ve nüfuzu altında bulunduğu kimsenin cinsel tacizi şeklinde gerçekleşirse cezayı arttıran bir hal olarak kabul edilmişti. 1997 ön tasarısında 765 sayılı TCK'da yer alan ve 434. maddede düzenlenen tecil müessesesine benzer şekilde, dava ve cezanın ertelenmesini gerektiren pişmanlık hali olarak 326. madde yer almıştı.

2001 Türk Ceza Kanunu Tasarısı 21.12.1999 tarihinde kurulan üçüncü komisyon tarafından hazırlanarak Türkiye Büyük Millet Meclisine gönderilmiş ancak kanunlaşmamıştır. 2003 yılında, 2001 Tasarısı'na yönelik eleştirilerin değerlendirilmesi için bir komisyon oluşturulmuştu. Adalet Bakanlığı'nca oluşturulan komisyonun hazırladığı 502 maddeden oluşan tasarı 765 sayılı Türk Ceza Kanunu ile

1994 tarihli Fransız Ceza Kanunu'na dayanıyordu. Buna karşın TBMM'de Komisyonlarda yapılan çalışmalarda başta Almanya olmak üzere, İsviçre, İspanya, Polonya, Rusya Federasyonu gibi çeşitli ülkelerin kanunlarından alıntılar yapılmıştı.⁴⁸ TBMM'ye sunulan 2003 yılı Tasarısında cinsel suçlar, tasarının ikinci kısmın "*Topluma Karşı Suçlar*"ı düzenleyen altıncı bölümde, "*Cinsel Bütünlüğe ve Edep Törelerine Karşı Suçlar*" olarak düzenlenmişti. Tasarının 315. maddesinde "*zorla ırza geçme*" suçu düzenlenmişti.

Tasarıda "*küçüklerin ve çocukların rızası ile ırzına geçilmesi*" suçu 316. maddede düzenlenmişti. Maddenin birinci fıkrasında on beş yaşını bitirmiş olup da, henüz on sekiz yaşını bitirmemiş olan bir küçüğün rızası ile ırzına geçme, maddenin ikinci fıkrasında ise on beş yaşını bitirmemiş olan bir çocuğun rızası ile ırzına geçme yaptırım altına alınmıştı.

Tasarıda "*zorla ırza tasaddi*" suçu ise 317. maddede düzenlenmişti. Cebir ve şiddet veya tehdit kullanmak suretiyle veya akıl veya beden hastalığından veya kendi fiilinden başka bir nedenden veya kullandığı hileli vasıtalarından dolayı fiile karşı koyamayacak bir halde bulunan kişiye karşı tasaddi suçu yaptırım altına alınmıştı. Tasarının 318. maddesinde ise "*on beş yaşını bitirmemiş olan bir çocuğun rızası ile ırzına tasaddi*" suçu düzenlenmişti.

Tasarının 320. maddesinde "*hayasızca hareketler*" başlığı altında "*alenen hayasızca durum takınanlar veya eylemlerde bulunanlar veya başkaca edep duygularını incitecek davranışlara girişenler veya her ne suretle olursa olsun halkın edep ve ahlak temizliğine saldırma*" yaptırım altına alınmıştı.

Tasarının 321. maddesinde ise "*söz atma*", "*sarkıntılık*" suçu düzenlenmişti. Maddenin ilk fıkrasında suçun temel hali, ikinci fıkrasında ise nitelikli hali düzenlenmişti. Suçun her iki hali şikayet koşuluna bağlanmıştı.

48 Nur Centel, "Yeni Türk Ceza Yasası ve Kadın", Polis Dergisi, Nisan-Mayıs-Haziran, S.44, 2005, s.64

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenen cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar ile 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun düzenlemeleri arasında bir çok farklılık bulunmaktadır.

Öncelikle düzenleniş yerleri bakımından 765 sayılı Türk Ceza Kanununda cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar "*Adabı Umumiye ve Nizamı Aile aleyhine Cürümler*" bölümünde düzenlenmişken, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda "*Kişilere Karşı Suçlar*" bölümünde düzenlenmiştir. Uygulama açısından bu husus pek önemli olmasa da kanun koyucunun bakış açısını göstermektedir. Kanun koyucu bu yeni düzenleme şekli ile esas olarak toplumu değil bireysel özgürlükleri daha ön plana almıştır.⁴⁹

765 sayılı Türk Ceza Kanunun'dan farklı olarak 5237 sayılı Türk Ceza Kanunun'da "*evlenme vaadiyle kızlık bozma suçuna*" yer verilmemiştir. Evlenme vaadiyle kızlık bozma suçu, kadınların evlenme vaadiyle cinsel yönden istismarını önlemenin dışında, bekareti korumayı amaçlıyordu. Mağdur kadınlar arasında, bakire olan ve bakire olmayan ayrımı yapılarak, sadece bakire olanların korunması söz konusuydu.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda ayrıca 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'ndan farklı ve çağdaş gelişmelere uygun olarak, açık bir şekilde evlilik içi cinsel saldırı, suç olarak düzenlenmiştir. Bu düzenleme ile aralarında evlilik birliği bulunan eşlerin de cinsel dokunulmazlığı kanunen tanınmış, eşlerin bu konuda birbirlerini zorlayarak özgürlüklerine müdahale etmelerinin önü kapatılmıştır.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu fail bakımından da bazı değişiklikler getirmiştir. 765 sayılı Türk Ceza Kanununda yer alan düzenlemenin aksine cinsel saldırı suçunun faili herkes olabilir. Kanun koyucu fail bakımından mevcut ayrımı ortadan kaldırmıştır. Yeni düzenleme ile fail bakımından bulunan cinsiyet ayrımı ortadan kaldırılmıştır.

49 Ziya Koç, "Alman Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı İşlenen Suçlar alanında son gelişmeler", Adalet Dergisi, 35. sayı, 2009, sf. 244

Görüldüğü gibi kanun koyucu cinsel dokunulmazlığa karşı suçlarda köklü bir değişikliğe gitmiş, bu suç tipinde farklı bir yaklaşım sergilemiştir. Kapsamlı değişikliklerin doğal sonucu olarak ve kanımca bu denli insan hayatını ilgilendiren ve insan hayatında geri getirilemez sonuçlar yaratmaya müsait bir kanunun aceleye getirilmesi nedeni ile bir çok aksaklık meydana gelmiştir. Bu aksaklıklara ilerleyen bölümlerde değinilecektir.

1.5. 5237 SAYILI TÜRK CEZA KANUNUNDA DÜZENLENEN CİNSEL DOKUNULMAZLIĞA KARŞI SUÇLARA GENEL BAKIŞ

Cinsel suçlarla ilgili kanun koyucunun düzenleme yaparken karşılaşıcağı güçlükler diğer suçlara oranla daha fazladır. Cinsel suçlarla ilgili tartışmaya hukuk ahlak, hukuk töre, toplumsal hassasiyetler, aile düzeni, çocukların korunması gibi değerler de ortak olmaktadır.⁵⁰ 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda cinsel suçlar ayrımı yapılmadan, cinsel suçlarla, cinsellikle ilgili suçlar hep birlikte ele alınmış ve içinde cinsellik olan her suç tipi bir tek hukuki değere, cinsel dokunulmazlığa karşı bir suç kabul edilerek düzenleme yapılmıştır. Cinsel suçlar bir bütün olarak ele alındıkları, bir taraftan cinsel hayatı düzenleme ve tercih ve ilişki özgürlüğünü, bir taraftan da cinsel ilişkinin saygınlık ve itibarını, ar, haya ve iffet duygularını ve son olarak aile hayatına ilişkin değerleri korurlar.⁵¹

Kanun koyucu, cinsel suçlardan bazılarını kişilere karşı suçlar arasında (cinsel saldırı, cinsel istismar gibi), bazılarını ise genel ahlaka karşı suçlar arasında (hayasızca hareketler gibi) düzenlemiştir. Örneğin, failin cinsel saldırıyı herkesin görebileceği bir yerde alenen gerçekleştirmesi durumunda, hem kişilere karşı suçlardan olan cinsel saldırı suçu, hem de 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 225. maddesinde düzenlenen, genel ahlaka karşı suçlardan olan hayasızca hareketler suçu

50 Öykü Didem Aydın, "Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar", http://www.turkhukuk sitesi.com/makale_175.htm, 25.07.20013

51 Soyaslan, a.e, sf.227

oluşacaktır. Bu durumda fail, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 44. maddesi uyarınca fikri ıçtım hüğümlerine göre cezalandırılacaktır.⁵²

Karşılaştırmalı hukuka bakıldığında cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar, İsviçre Ceza Kanunu'nda "*Cinsel Bütünlüğe Karşı Suçlar*", Alman Ceza Kanunu'nda "*Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*", Fransız Ceza Kanunu'nda "*Cinsel Saldırılar, Vücut Bütünlüğüne ve Psikolojik Bütünlüğe Karşı Suçlar*", Polonya Ceza Kanunu'nda ise "*Cinsel Dokunulmazlığa Karşı suçlar*" şeklinde düzenleme yeri bulmuştur.⁵³

Cinsel dokunulmazlık, kişilerin vücudu üzerinde cinsel davranışlarda bulunması suretiyle ihlal edilir. Daha önce de bahsettiğim gibi kanun koyucu cinsel davranışı geniş yorumlamış ve fiil sınırlaması getirmemiştir. Bu bölümde yer alan suçlarla korunan ortak hukuki değer, kişilerin cinsel dokunulmazlığıdır. Bu bölümde yer alan suçlar, esasen kişiye karşı işlenmiş olan suçlar olması itibarıyla, İkinci Kitabın "*Kişilere Karşı Suçlar*" başlıklı İkinci Kısım altında düzenlenmişlerdir.⁵⁴ Kanun koyucu 5237 sayılı Türk Ceza Kanun ile cinsel dokunulmazlığa karşı suçları; Cinsel saldırı, cinsel istismar, reşit olmayanla cinsel ilişki ve cinsel taciz olarak düzenlemiştir.

Temel olarak 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun cinsel dokunulmazlığa karşı suçlara ilişkin düzenlemesini erginlere karşı ve ergin olmayanlara karşı ikiye ayırmakta mümkündür. 102. maddede düzenlenen cinsel saldırı suçu ancak ergin kişilere karşı işlenebilirken 103. madde de düzenlenen cinsel istismar ve 104. maddede düzenlenen reşit olmayanla cinsel ilişki suçu ergin olmayan kimselere karşı işlenebilir.⁵⁵

52 a.e, sf.228

53 Centel, a.g.m, s.68

54 TCK'nın 102.Maddesinin gerekçesinden

55 Soyaslan, a.e sf.228-229

İKİNCİ BÖLÜM

CİNSEL SALDIRI SUÇU

2.1. GENEL AÇIKLAMA

Cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar denilince ilk akla gelen suç tipi "*Cinsel Saldırı*" suçudur. Cinsel suçlarla ilgili tarihten günümüze kadar söylenmiş, tartışılmış, açıklanmış konuların büyük bir çoğunluğu aslında bu suç tipi düşünülerek, temel anılarak oluşturulmuştur. İlk bölümde bahsettiğim gibi tarih öncesi dönemde, ilk çağ ve orta çağ dönemlerinde uygulanan düzenlemelerde cinsel dokunulmazlığa karşı suçları aslında cinsel saldırı suçu oluşturmaktadır.

Cinsel Saldırı suçu 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 102. maddesinde düzenlenmiştir.

Bu maddeye göre;

"Cinsel davranışlarla bir kimsenin vücut dokunulmazlığını ihlal eden kişi, mağdurun şikayeti üzerine, iki yıldan yedi yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

Filinin vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle işlenmesi durumunda, yedi yıldan on iki yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. Bu fiilin eşe karşı işlenmesi halinde, soruşturma ve kovuşturmanın yapılması mağdurun şikayetine bağlıdır.

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) Silahla veya birden fazla kişi tarafından birlikte,

İşlenmesi halinde, yukarıdaki fıkralara göre verilen cezalar yarı oranında artırılır.

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

Suçun sonucunda mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması halinde, on yıldan az olmamak üzere hapis cezasına hükmolunur.

Suç sonucu mağdurun bitkisel hayata girmesi veya ölümü halinde, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükmolunur.⁵⁶

56 Maddenin Gerekçesi :Cinsel dokunulmazlık, kişilerin vücudu üzerinde cinsel davranışlarda bulunulması suretiyle ihlal edilir. Bu bölümde yer alan suçlarla korunan ortak hukuki değer, kişilerin cinsel dokunulmazlığıdır. Bu Bölümde yer alan suçlar, esasen kişiye karşı işlenmiş olan suçlar olması itibarıyla, İkinci Kitabın "Kişilere Karşı Suçlar" başlıklı İkinci Kısım altında düzenlenmişlerdir.

Maddenin birinci fıkrasında, cinsel saldırı suçunun temel şekli tanımlanmıştır. Bu suçun oluşabilmesi için, cinsel arzuları tatmin amacına yönelik davranışlarla kişinin vücut dokunulmazlığının ihlal edilmesi gerekir.

Suçun temel şekline ilişkin maddi unsuru, kişinin vücudu üzerinde gerçekleştirilen, cinsel arzuları tatmin amacına yönelik ve fakat cinsel ilişkiye varmayan cinsel davranışlar oluşturmaktadır. Suçun oluşması için, gerçekleştirilen hareketlerin objektif olarak şehvi nitelikte bulunmaları yeterlidir; failin şehvi arzularının fiilen tatmin edilmiş olması gerekmez.

Söz konusu suç, farklı cinsten kişiye karşı işlenebileceği gibi, aynı cinsten kişiye karşı da işlenebilir.

Suçun temel şekline ilişkin olarak soruşturma ve kovuşturmanın yapılması, mağdurun şikayetine bağlı tutulmuştur.

Maddenin ikinci fıkrasında, cinsel saldırının vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi, bu suçun nitelikli hali olarak tanımlanmıştır. Suçun bu nitelikli hali 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 fıkarda tanımlanan nitelikli halinin oluşabilmesi için, gerçekleştirilen davranışın cinsel arzuların tatmini amacına yönelik olması şart değildir.

Cinsel saldırı suçunun nitelikli halini oluşturan bu fiiller, eşe karşı da işlenebilir. Evlilik birliği, eşlere sadakat yükümlülüğünün yanı sıra, karşılıklı olarak birbirlerinin cinsel arzularını tatmin yükümlülüğü de yüklemektedir. Buna karşılık, evlilik birliği içinde bile, cinsel arzuların tatminine yönelik talepler açısından tıbbi ve hukuki sınırların olduğu muhakkaktır. Bu sınırların

Cinsel saldırı suçuna ilişkin 5237 sayılı TCK'nın 102. maddesinin ilk fıkrası 765 sayılı TCK'da düzenlenen "ırza tasaddi" ve "sarkıntılık" suçlarına⁵⁷, ikinci fıkrası ise "ırza geçme" suçuna denk gelmektedir.⁵⁸

Açıklamalardan önce bu suçun mağdurunun kanunun düzenlemesine göre on sekiz yaşını tamamlamış olan kimselerden oluştuğunu belirtmek gereklidir.

Cinsel saldırı suçu adından da anlaşılacağı üzere kişinin sahip olduğu cinsel özgürlüğüne gerçekleştirilen bir kötülük, yıpratıcı davranış, doğrudan doğruya silahlı veya silahsız bir eylem, hücum, taarruz veya tecavüzdür.⁵⁹

ihlali suretiyle eş üzerinde gerçekleştirilen ve cinsel saldırı suçunun nitelikli halini oluşturan davranışlar; ceza yaptırımını gerekli kılmaktadır. Ancak, bu durumda soruşturma ve kovuşturmanın yapılması, mağdur eşin şikayetine bağlı tutulmuştur.

Üçüncü fıkrada, bu suçun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli unsurları tanımlanmıştır. Buna göre, suçun, a) beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı, b) kamu görevinin veya hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle, c) üçüncü derece dahil kan veya kayın hısımlığı ilişkisi içinde bulunan bir kişiye karşı, d) silahla veya birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi halinde, verilecek cezanın belirtilen oranda artırılması gerekmektedir. (d) bendinde, cinsel saldırının birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi, bu suçun icra hareketlerinin müşterek fail olarak sorumluluğu gerektirecek şekilde gerçekleştirilmesini ifade etmektedir. Bu bakımdan, söz konusu suçun örneğin bir başkası tarafından azmettiren veya yardım eden sıfatıyla iştirak ederek işlenmesi halinde, sadece bu nedenle (d) bendi hükmüne istinaden cezada artırım yapılamayacaktır.

Cinsel saldırı suçunun özelliği, bu suçu oluşturan fiillerin mağdurun iradesi dışında gerçekleştirilmesidir. Mağdura karşı cebir veya tehdit ya da hile kullanılabilmesi gibi, örneğin bilincinin yitirilmesine neden olmak veya örneğin uyku hali dolayısıyla bilincinin kapalı olmasından yararlanmak suretiyle de bu suçlar işlenebilirler. Maddenin dördüncü fıkrasına göre, bu suçun işlenmesi sırasında mağdurun direncinin kırılmasını sağlayacak ölçünün ötesinde cebir kullanılması durumunda, ayrıca kasten yaralama suçundan dolayı cezaya hükmetmek gerekecektir.

Beş ve altıncı fıkralarda cinsel saldırı suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış halleri düzenlenmiştir. Bu itibarla, cinsel saldırı suçunun işlenmesi suretiyle mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulmasına neden olunması, daha ağır ceza ile cezalandırılmayı gerektirmektedir. Keza, cinsel saldırı sonucunda mağdurun bitkisel hayata girmesi veya ölümü halinde, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükmolunacaktır. Ancak, bu durumlarda, netice sebebiyle ağırlaşmış suçlar dolayısıyla sorumluluk için aranan koşulların gerçekleşmesi gerekir.

57 Tüm sarkıntılık suçları bu kapsamda değildir sadece fiziki temas içeren sarkıntılık suçlarını 102. madde kapsamındadır.

58 Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen, Ahmet Caner Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 12. Tıpkıbası, Ankara, Adalet Yayinevi,,2012, sf.164

59 TDK, Güncel Sözlük, <http://www.tdk.gov.tr/>

Madde metniyle beraber bu tanımı değerlendirecek olursak, kişilerin vücut dokunulmazlığını ihlal edecek şekilde mağdurun vücutu üzerinde cinsel dürtü ve arzuları harekete geçiren, bir hareket sınırlaması olmayan bir takım fiillerin fail tarafından yapılması ile cinsel saldırı suçu meydana gelir.⁶⁰ Ancak pek tabii olarak bu davranışın mağdurun rızası sonucu gerçekleşmemiş olması gerekmektedir, mağdurun rızası söz konusu ise burada cinsel dokunulmazlığın ihlalden söz edilemez. Hukuken geçerli bir rıza varsa hukuka aykırılık teşkil eden bir fiil yoktur.

2.2. KORUNAN HUKUKİ MENFAAT

765 sayılı TCK' da cinsel dokunulmazlığa karşı suçların "*Adabı Umumiye ve Nizamı ile Aleyhinde Cürümler*" babında düzenlendiği dikkate alındığında, cinsel dokunulmazlığa karşı suçlarda korunan hukuki menfaatin genel ahlak ve aile düzeni olduğu ortadadır. Bu düzenleme ile genel ahlak ve ailenin korunması amaçlanmıştır.

Daha önce de değindiğim gibi kanun koyucu 5237 sayılı TCK'da cinsel suçları 765 sayılı TCK'dan farklı olarak "*Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar*" bölümü altında düzenlemiştir. Kanun koyucu korunan hukuki menfaati bu yolla dile getirmiş ve cinsel dokunulmazlık kavramını bu suç tiplerinin hukuki menfaati olarak belirlemiştir. Aynı zaman da cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar bölümüne, kişilere karşı işlenen suçlar kısmında yer vermiştir. Adalet komisyonu hazırladığı raporunda⁶¹ bu düzenlemeye gerekçe olarak şu hususa yer vermiştir ;

"Bazı suçlar bağlamında, bunların Tasarı sistematiğindeki yeri itibarıyla, Genel Gerekçede belirtilenin aksine, bireyin korunması ikinci planda kalmıştır.

60 Soyaslan, a.e, sf.229

61 Adalet Komisyonu Raporu için bkz. <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/mevzuat/komisyonrapor.doc>

Örneğin, kişinin cinsel dokunulmazlığına karşı fiiller, Tasarının İkinci Kitabının "Topluma Karşı Suçlar" başlığını taşıyan İkinci Kısımın Altıncı Bölümü altında düzenlenmiştir. Buna karşılık, Komisyonumuzda yapılan çalışmalarda, bu suçlar İkinci Kitabın "Kişilere Karşı Suçlar" başlıklı Birinci Kısımın Sekizinci Bölümünde, içerik ve sistematik bakımından yeniden tanımlanmışlardır. Bu yeni düzenlemede, kişinin vücut dokunulmazlığı ve özellikle cinsel dokunulmazlığı daha etkin bir şekilde koruma altına alınmıştır. "

Karşılaştırmalı hukuk incelendiğinde korunan hukuki menfaat için cinsel dokunulmazlık kavramı yerine cinsel özgürlük kavramının ön plana çıkarıldığı görülmektedir. Örneğin; İsviçre Ceza Kanunu'nda başlık cinsel bütünlüğe karşı suçlar iken⁶², Alman Ceza Kanunu'nda başlık "*kişisel cinsel özgürlüğe karşı suçlardır*".⁶³ Fransız Ceza Kanunu'nda cinsel saldırılar, "*kişinin fiziksel ve ruhsal bütünlüğüne karşı suçlar*" bölümünde düzenlenmiştir.⁶⁴ Polonya Ceza Kanunu ise cinsel dokunulmazlığa karşı suçları, cinsel ilişkinin bireyin kişisel özgür tercihi ve ihtiyacı olduğu anlayışına dayalı olarak düzenlemiştir.⁶⁵

Kanunlarda kullanılan kavramlar kanun koyucunun ilgili suç bakımından hangi hukuki değeri korumak istediği hakkında fikir verme ve uygulamayı yönlendirme işlevini görmektedir; bu nedenle dikkatli seçilmeleri gerekir.⁶⁶

Cinsel saldırı suçunda korunan hukuki menfaatin ne olduğu konusu öğretide yoğun şekilde tartışılmıştır. Kanun koyucunun menfaati cinsel dokunulmazlık olarak düzenlemesinin karşısında bu hususa eleştiriler getirilmiş, aslında korunan hukuki

62 Nuhoğlu, A.g.m, sf.609

63 Koç, a.g.m, sf. 244 , Nuhoğlu, A.g.m, sf.609

64 Gülfem Pamuk, a.g.m, 1456

65 Yener Ünver, a.e, s.f 1034

66 Nur Centel, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Saldırı Suçu ve Cinsel Suçlar Değişiklik Tasarısı'nın Değerlendirilmesi ,Türkiye Barolar Birliği Dergisi , 2012/99, sf.271

menfaatin cinsel özgürlük olduğuna vurgu yapılmıştır.⁶⁷ Gerçekten de eğer söz konusu korunan hukuki menfaat kişilerin özgürlüğü ise bu sefer rıza ve şikayet konusunda bu haklar mağdur edilene ait olacaktır.⁶⁸

Cinsel özgürlük ile cinsel dokunulmazlık eş anlamlı kavramlar değildir. 5237 sayılı TCK'da cinsel suçların "*cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar*" başlığı altında toplanması, korunan hukuki değerın insanın fiziki varlığı, bedeni olduğu algılanmasına sebebiyet vermektedir. Oysa beden bütünlüğü ile vücut dokunulmazlığı yaralama suçları tanımlarıyla korunmaktadır.⁶⁹

Şahsi kanaatimce 5237 sayılı TCK ile belirlenen cinsel suçların düzenlenme yeri, eski kanuna nazaran daha isabetli olmuştur. Bir cinsel suç neticesinde meydana gelen mağduriyet kişi üzerinde daha fazla etki yaratabilmekte, toplum açısından ise daha sınırlı bir etkiye sahip olmaktadır. Bu nedenle düzenleme ile kişi hakkının daha değerli olduğu gösterilmiştir.

Özgürlük mü yoksa dokunulmazlık mı tartışması açısından ise müdahalenin bir hakka veya özgürlüğe yönelik olarak gerçekleştirilebileceği düşünüldüğünde düzenlemenin "*cinsel özgürlüğe karşı suçlar*" başlığı altında düzenlenmesi daha uygun gibi gözükebilir ancak cinsel özgürlüğün kapsamının genişliği dikkate alındığında, madde metninde yaptırıma bağlanan fiillerin cinsel özgürlük kavramında çok sınırlı bir yer tuttuğu bu nedenle de dokunulmazlık kavramının daha uygun olacağı kanaatindeyim. Örneğin kişinin istediği insan ile cinsel ilişki yaşayabilmesi

67 Ahmet Ceylani Tuğrul, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar ve ensest ilişkiler, Ankara, Adalet Yayınevi, 2013, sf.44; Fahri Gökçen Taner, Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2013, sf.67; Artuk, Gökçen, Yenidünya, a.e sf.166; Soyaslan, a.e, sf.228 , Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Murat Önok, Terorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 9.Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2013, sf. 306

68 İsmail Malkoç, Yeni Türk Ceza Kanunu'nun da Cinsel Saldırı Suçları, Ankara, Malkoç Kitabevi 2005 s.5

69 Nur Centel, "5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Saldırı Suçu ve Cinsel Suçlar Değişiklik Tasarısı'nın Değerlendirilmesi", sf.271

cinsel özgürlük kavramı içerisinde açıklanabilir. Bu kişinin istediği insan ile cinsel ilişki yaşayabilmesinin engellenmesi, cinsel suç kapsamında değerlendirilemez, şartları taşıması halinde kanunda öngörülmuş başka bir suçta konu olabilir. Bu nedenle de her cinsel özgürlüğe yönelik gerçekleşen her eylem cinsel suç sayılamaz.

Kişilerin cinsel dokunulmazlığının yanında, eylemin vücut bütünlüğüne yönelik bir fiile gerçekleştirilmesinin suçun oluşumu için gerekli olduğunu da düşünürsek burada anlatılan cinsel dokunulmazlığın kişilerin vücut dokunulmazlığını da içerdiğini söylemek yanlış olmaz. Şu halde cinsel suçlar bakımından korunan iki ayrı hukuki menfaat bulunmaktadır ancak menfaatlerden toplumca daha önemli görülen cinsel dokunulmazlığın tercih edilmesi daha mantıklıdır.

2.3. SUÇUN UNSURLARI

Suçun oluşabilmesi için zorunlu olan şartlara suçun unsurları adı verilir. Unsur yoksa veya birisi eksikse ortada suçun varlığından söz edilemez.⁷⁰

2.3.1 Suçun Maddi Undurları

2.3.1.1 Fail

Öncelikle suçun oluşumu için kanunlar vasıtasıyla devlet tarafından konulmuş yasağı ihlal eden bir kişinin varlığı gereklidir. Faile suçun aktif süjesi de denilebilir.⁷¹ Şu halde cinsel saldırı suçu bakımından fail bir başkasının cinsel dokunulmazlığına ve özgürlüğüne haksız bir müdahale de bulunan kişidir.

70 Doğan Soyaslan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Güncelleştirilmiş 2. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınevi, 2003, sf.203

71 Doğan Soyaslan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, sf.215

765 sayılı TCK bakımından ırza tasaddi suçunun failinin kadın veya erkek; buna karşılık ırza geçme suçunun failinin ise yalnızca bir erkek olabileceği kabul edilmekteydi. Fakat 5237 sayılı TCK'nın 102. maddesi uyarınca gerek suçun temel hali ve gerekse nitelikli hali bakımından cinsel saldırı suçunun faili erkek olabileceği gibi kadın da olabilir. Failin yaşayan bir insan olması yeterlidir. 765 sayılı TCK'da bulunan bu cinsiyet ayrımcılığına hem basit cinsel saldırı açısından hem de nitelikli cinsel saldırı açısından 5237 sayılı TCK'da yer verilmemiştir. Kadın mağdurun faili bir erkek, erkek mağdurun faili de bir kadın olabilir. Fail ile mağdurun farklı cinsiyetlerde olmasının da bir önemi bulunmamaktadır. Hemcinsler arasında da bu suç işlenebilir. Erkek mağdura yöneltilen fiilin faili erkek, kadın mağdura yöneltilen fiilin faili bir kadın olabilir.⁷² Failin küçük olması da mümkündür.⁷³ Failin küçük olması sadece 5237 sayılı kanunun 31. maddesinin ilgili fıkrasının uygulanma imkanını doğurur.

Suçun oluşumu için failde özel bir nitelik aranmaz ancak failin cezalandırılabilmesi açısından dikkat edilmesi gerekli tek nitelik, failin cinsel saldırı suçunun hukuki anlam ve sonuçlarını anlayabilecek düzeyde akıl hastalığına yakalanmamış olması gerekliliğidir. İşlediği fiilin anlam ve sonuçlarını anlayamayacak derecede akıl hastası olan bir kişi de bu suçu işleyebilir ancak kovuşturma neticesinde fiilleri gerçekleştirdiğinin sabit olması halinde bu kişiye ceza verilemeyecek, sadece güvenlik tedbiri uygulanabilecektir. Bu derecede akıl hastası olmayan ancak algılama yeteneği zayıflamış kişilere de ceza miktarında indirim yapılacaktır.

Görüldüğü gibi cinsel saldırı suçunun tamamlanabilmesi için failin şahsi bir özelliğe sahip olması gerekmemekte, bu suçun faili herkes olabilmektedir. Ancak eşe karşı gerçekleştirilen cinsel saldırı suçu konusunda faillik bakımından tartışılmaya müsait bir durum bulunmaktadır. Bu duruma ilerleyen başlıklarda değinileceğinden

72 Doğan Soyaslan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, sf.229

73 Nur Centel, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Saldırı Suçu ve Cinsel Suçlar Değişiklik Tasarısı'nın Değerlendirilmesi" , sf.272

burada sadece belirtmekle yetinmekteyim.

765 sayılı TCK döneminde, failin memur olması ve görev esnasında suçun işlenmesi halinde Memurun Muhakematı Hakkında Kanunu Muvakkat hükümlerine göre soruşturma yapılması gerekmekteydi. Ancak söz konusu kanunun yerini 02.12.1999 tarihinde kabul edilerek yürürlüğe giren 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanuna bırakması neticesinde, ilgili kanunun 2. maddesi gereğince, memurlar ve diğer kamu görevlilerinin sadece görevleri sebebiyle işledikleri suçlardan dolayı yargılanmaları için izin alınması söz konusu olmuştur. Şu halde cinsel saldırı suçu memurların görevleri ile ilgili bir suç olmadığından bu suçu işleyen fail hakkında genel hükümlere göre soruşturma yapılacaktır.⁷⁴ Ancak kişinin memur olması zaten suçun oluşumu açısından değil soruşturulabilirliği açısından önem arz etmekteydi. 4483 sayılı kanun sonrasında bu hususunda bir önemi kalmamıştır.

102. maddesini üçüncü fıkrasında daha ağır cezayı gerektiren nitelikli haller düzenlemiştir. Bu fıkra bakımından faillik durumu değerlendirildiğinde, mağdur üzerinde nüfuz sağlayan bir kamu görevi üstlenen, aralarında hizmet ilişkisi nedeni ile mağdur üzerinde nüfuzunu kullanan, mağdur ile aralarında üçüncü derece dahil kan veya kayın hısımlığı ilişkisi bulunan veya birden fazla kişi ile birlikte cinsel saldırı suçunu oluşturan fiilleri işleyen failer hakkında kanun verilecek cezada arttırım yapılmasını öngörmüştür.

2.3.1.2 Mağdur

Suçun pasif süjesi müdahalenin zarar verdiği değer sahibidir.⁷⁵

74 Erdal Baytemir, Açıklamalı – İçtihatlı Cinsel Dokunulmazlığı, Kişi Hürriyetine ve Genel Ahlakla Karşı suçlar, 2.Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2009, sf.8

75 Doğan Soyaslan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, sf.216

Cinsel saldırı suçunun mağduru bakımından da kanun koyucu, 5237 sayılı TCK düzenlemesi ile fail için bulunan cinsiyet ayrımcılığına gitmeme yoluna bu suçun mağduru içinde gitmemiştir. Ancak cinsel saldırı suçunun mağduru on sekiz yaşını doldurmuş bir kişi olmalıdır eğer mağdur on sekiz yaşını doldurmamışsa 103. maddede düzenlenen cinsel istismar suçu meydana gelecektir.

Şu halde cinsel saldırı suçun mağduru on sekiz yaşını doldurmuş ve başka bir özellik gerektirmeyen canlı bir insandır. Fail ölmüş bir insanın vücudu üzerinde 102. maddede düzenlenen suçu oluşturacak fiiller gerçekleştirirse, bu sefer 5237 sayılı TCK'nın 130. maddesinde düzenlenen kişinin hatırasına hakaret suçu söz konusu olur. Fail ölmüş bir insanın bedeni üzerinde bu fiilleri aleni olacak bir yerde gerçekleştirirse bu sefer de 225. maddede düzenlenen hayasızca hareketler suçu oluşacaktır.⁷⁶ Bu fiillerin bir hayvana yönelik olarak gerçekleşmesi halinde Hayvan Koruma Kanuna aykırılık oluşur.⁷⁷

Mağdurun on sekiz yaşını doldurmuş olması şarttır, buradaki kasıt erginlik hali değildir. Erginlik Türk Medeni Kanunu'na göre normal ve erken erginlik olmak üzere iki çeşittir. Normal erginlik, on sekiz yaşın doldurulduğu anda kazanılır. Kanun bu yaştan önce kişilerin ayırt etme gücüne sahip olmak şartıyla kendi fiilleri ile hak ve borçlar yaratabilmesi için gerekli olan olgunluğa erişebileceklerini gözden uzak tutmamış ve bazı hallerde kişilerin ya evlenmekle ya da mahkeme kararı ile erginliğe erişebileceklerini öngörmüştür. Bu ikinci hale de erken erginlik adı verilir.⁷⁸ Ancak cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar bakımından esas alınan ifade "*çocuk*" tur. 5237 sayılı TCK'nın 6. maddesinin birinci fıkrasının "c" bendi uyarınca on sekiz yaşını doldurmamış kişi çocuktur. 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanununun 3. maddesinin birinci fıkrasının "a" bendi uyarınca da daha erken yaşta ergin olsa bile, on sekiz yaşını doldurmamış kişi çocuktur. Bu iki hüküm birlikte değerlendirildiğinde; on

⁷⁶ Doğan Soyaslan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, sf.230

⁷⁷ Baytemir, a.e sf.16

⁷⁸ Jale G. Akipek, Turgut Akıntürk, Türk Medeni Hukuku Yeni Medeni Kanuna uyarlanmış, Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, Birinci Cilt, Yenilenmiş Beşinci Bası, İstanbul, Beta Yayınları, 2004, sf.311

sekiz yaşını doldurmamış her insan çocuk sayılmıştır. Kişi on sekiz yaşından önce ergin olsa da çocuk sayılmaya devam edecektir. Bu anlamda; 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 11. maddesinde erginlik yaşı on sekiz olarak kabul edilmiş, 12. maddesinde on beş yaşını doldurmuş kişinin anne ve babasının rızası ile ve mahkemenin onayı ile ergin kılınabileceği kabul edilmiş, yine on altı yaşını doldurmuş kişinin hakim kararı ile, on yedi yaşını doldurmuş kişinin ise anne ve babasının rızası ile evlenebileceği kabul edilerek evlenmenin kişiyi ergin kılacağı belirlenmiş ise de, bu durumlarda dahi ergin kılınan kişinin çocuk olma hali devam edecektir. On altı yaşında evlenmiş ve bu nedenle ergin sayılmış kişi ile on beş yaşında yargı kararı ile ergin kılınmış kişi TCK ve ÇKK bakımından çocuk olmaya devam edecektir.⁷⁹

Bu suçun mağdurunun kadın, erkek, evli, bekar, dul, bakir veya bakire olmasının da bir önemi bulunmamaktadır.

Suçun oluşumu için önemli olmasa da mağdur ile belli derecede yakınlık hali ile mağdurun beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunması halleri fiile bağlanan cezanın arttırılmasına neden olmaktadır.

2.3.1.3. Konu

Kanun kuralı ile korunan ve suçun ihlal ettiği hak veya menfaati ifade etmek üzere suçun hukuki konusu terimi kullanılmaktadır.⁸⁰ Her suç tipinin bir konusu olmak zorundadır. Konusuz suç olmaz.⁸¹ Genel olarak suçun konusuna, hareketin yöneldiği kişi veya şey⁸² diyebileceğimiz gibi, hukuk tarafından himaye edilen

79 Mehmet Akarca, Çocukların Ceza Hukukundaki Yeri ve Çocukların Korunması, http://www.anayasa.gov.tr/files/insan_haklari_mahkemesi/sunumlar/ym_4/Akarca.pdf 11.09.2013

80 Faruk Erem, "Suçun konusu ve Hümanist Doktrin", <http://auhf.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv/AUHF-1968-25-01-02/AUHF-1968-25-01-02-Erem.pdf> , 12.07.2012

81 İzzet Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2006 sf.187

82 Hakan Hakeri, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8. Baskı, Ankara,Seçkin Yayınevi, 2009, s.119

menfaat⁸³ de diyebiliriz. Cinsel saldırı suçunun konusu, üzerinde cinsel saldırı gerçekleştirilen kimsenin vücudu ve cinsel bütünlüğüdür.⁸⁴

2.3.1.4. Fiil

Ceza hukuku kişinin iç dünyasında meydana getirdiği fiiller ile ilgilenmez. Kişinin dış dünyaya yansıtmadığı hiç bir fiilin ceza hukuku anlamında bir önemi yoktur. Dış dünyaya yansıtılan fiil ihmali veya icrai nitelikte olabilir.⁸⁵ Ancak cinsel saldırı suçu bakımından bu fiil icrai niteliktedir. İhmali davranış sonucu bu suç oluşmaz. Cinsel saldırı suçu bakımından suçun maddi unsuru olan fiili "*basit cinsel saldırı*" ve "*nitelikli cinsel saldırı*" olmak üzere iki ana başlık altında incelemekte fayda vardır.

2.3.1.4.1. Basit Cinsel Saldırı

Cinsel saldırı suçunun basit hali ilk fıkrada düzenlenmiştir. Bu fıkra göre cinsel davranışlarla bir kimsenin vücut dokunulmazlığını ihlal eden kişi, mağdurun şikayeti üzerine, iki yıldan yedi yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Ayrıca bu suç tipinde mağdurun on sekiz yaşını tamamlamış olması gerekmektedir. Aksi takdirde bu suç değil 103. maddede düzenlenen "*çocuğun cinsel istismarı*" suçu oluşabilir.

Cinsel saldırının basit hali, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda elle sarkıntılık ve ırza tasaddi suçuna karşılık olarak gelmektedir.

Suçun basit halinden söz edebilmek için mağdurun vücut dokunulmazlığının ihlal edilmesi ancak bu ihlalin tam cinsel birleşme aşamasına varmaması gerekmektedir. Cinsel birleşme halinde bu fıkra değil ikinci fıkra uygulama alanı

83 Doğan Soyaslan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, sf.219

84 Artuk, Gökçen, Yenidünya, a.e, sf.171

85 Doğan Soyaslan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, sf.213

bulmaktadır. Eğer temas olmazsa, sözlerle veya başka şekilde cinsel bir davranışla gerçekleşirse cinsel saldırı suçu oluşmaz, 5237 sayılı TCK'nın 105. maddesinde düzenlenen cinsel taciz suçu oluşur. Yargıtay da bu görüşü benimsemiş olup, failin cinsel organını göstermek suretiyle temas etmeden yaptığı davranışı cinsel taciz suçu olarak nitelendirmiştir.⁸⁶

Dolayısıyla, vücut dokunulmazlığını ihlal etmeyen cinsel davranışlarla bu suçun işlenmesi mümkün değildir. Madde başlığında yer alan "*cinsel saldırı*" ifadesindeki "*saldırı*" kavramı ile vurgulanmak istenen suçun oluşu için bu fiillerin mağdurun bilgisi ve iradesi dışında gerçekleşmesi gerektiğidir.

Burada bahsi geçen cinsel ilişkiye varmayan bir temas olduğu için, failin iradesini saptamak çok önemlidir. Her hangi bir temas bu suç için yeterli olmayacaktır. Bu temasın cinsel bir amaç uğruna yapılması gerekmektedir. Bu amacı saptamak her zaman kolay olmaz bu nedenle failin dışa yansıyan davranışlarını iyi saptamak gerekir. Yargıtay uygulamasında ; failin "*müştekinin belinden tutmak şeklinde gerçekleştirdiği fiilin*"⁸⁷, "*mağdurenin yanaklarından öpmek şeklindeki fiilin*"⁸⁸, "*cinsel amaçla mağdurenin elini tutma fiilinin*"⁸⁹, "*mağdurenin omzundan tutmak suretiyle cinsel tacizde bulunma şeklindeki fiilinin*"⁹⁰, "*mağdurenin omzuna dokunarak gezmek istiyorsan seni ben gezdireyim*" şeklindeki eylemin"⁹¹, "*eliyle kalçasını ve cinsel organını ellediği şeklinde kabul edilen eylemlerin*"⁹² "otobüs durağında katılanın yanına oturup başını katılanın omzuna koyduğu kabul edilen

86 Yarg. 5.CD., 2009/5763 E., 2009/5363 K., 06.05.2009 Tarihli Kararı

87 Yarg. 5.CD., 2006/1965 E., 2010/1825 K., 04.03.2010 Tarihli Kararı

88 Yarg. 5.CD., 2006/1946 E., 2010/1698 K., 02.03.2010 Tarihli Kararı

89 Yarg. 5.CD., 2009/8277 E., 2010/1464 K., 23.02.2010 Tarihli Kararı

90 Yarg. 5.CD., 2010/726 E., 2010/1411 K., 22.02.2010 Tarihli Kararı

91 Yarg. 5.CD., 2008/11202 E., 2009/11742 K., 27.10.2009 Tarihli Kararı

92 Yarg. 5.CD., 2009/810 E., 2009/11293 K., 08.10.2009 Tarihli Kararı

eylem"⁹³, "*mağdurenin vücudunun değişik yerlerini okşama eylemlerinin*"⁹⁴, "*mağdurenin göğüslerine dokunmak eylemlerinin*"⁹⁵, basit cinsel saldırı suçunu oluşturduğu kabul edilmektedir.

Cinsel saldırı, cinsel davranışlarla bir kimsenin vücut dokunulmazlığını ihlal olarak ifade edildiğine göre cinselliğin objektif olarak, vücutta dokunulan bölgeye göre belirlenmesi ya da nitelenmesi de olanaklıdır. Bir kadının koluna dokunmak ya da tutmak cinselliğin ifade biçimi veya şehvani bir davranışla vücut dokunulmazlığının ihlali olarak değerlendirilmeyebilir. Ancak kadının kalçası ya da göğüs bölgesini veya belini tutmak cinsel davranışla vücut dokunulmazlığını ihlal olarak nitelendirilmelidir. Aynı şekilde bir kadını öpmek, yanağını sıkmak vb. eylemler de bu türden sayılabilir. Erkekler için bu davranışlar farklı görünüşlerde olabilir. Bir erkeğin, omzuna el atmak, kalçasından yakalamak, yanağından öpmek, poposuna çimdik atmak, cinsel organını tutmak vb. eylemler erkeğe karşı cinsel orijinli davranışlardır. Ancak somut olayda, eylemin, gerçekleşme şekline göre bir saldırı ya da bir nezaket gösterisi mi olduğu, yoksa günlük hayatta herkesin yaptığı olağan bir davranış olarak mı karşılandığı ayrı ayrı değerlendirilmelidir.⁹⁶

Mağdurun, kendisine karşı işlenen fiile rıza göstermemesi suçun oluşumu için şarttır. Mağdur kendine karşı işlenen veya işlenmek üzere olan cinsel saldırı suçuna karşı ciddi anlamda bir isteksizlik sergilemelidir. Mağdurun basit bir isteksizliği durumunda işlenen fiile rıza göstermediğinden söz edilemez.⁹⁷ Rıza mağdura yönelik eylemin başlamasından sona ermesine kadar varlığını sürdürmelidir. Rızanın varlığı, suç oluşmadan önce veya suçun işlenmesi sırasında aranır. Mağdur, failin kendisine

93 Yarg. 5.CD., 2009/874 E., 2009/11284 K., 08.10.2009 Tarihli Kararı

94 Yarg. 5.CD., 2008/2352 E., 2009/11080 K., 06.10.2009 Tarihli Kararı

95 Yarg. 5.CD., 2007/11623 E., 2009/9299 K., 06.07.2009 Tarihli ve 2007/2765 E., 2009/7023 K., 09.06.2009 Tarihli Kararları

96 Necati Meran, *Kişilere Karşı Suçlar, Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş*, 2. Baskı, Ankara Seçkin Yayınevi, 2008, sf. 317

97 İsmail Malkoç, *Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar*, Ankara, Malkoç Kitabevi, 2009, sf.19

yönelik olarak birinci fıkra kapsamında bir fiile başlangıçta gösterdiği rızasından fiillerin gerçekleştiği esnada vazgeçmesi halinde vazgeçme anından sonra gerçekleşen fiiller nedeni ile fail cinsel saldırı suçundan sorumlu olur. Eğer mağdur fiiller gerçekleştikten sonra rızasından vazgeçerse bu vazgeçme hukuken bir anlam taşımaz, geçerli rıza varlığını korur.

Daha önceki açıklamalarımda bahsettiğim gibi basit cinsel saldırı suçu bakımından mağdur ve fail herkes olabilir. Kanun koyucu bu konuda sadece mağdurun on sekiz yaşını tamamlamış kişilerden olabileceğini belirtmiştir. Ancak mağdur konusunda, failin mağdurun eşi olması halinde fiillerin bu fıkra kapsamında kalıp kalmayacağını incelemek gerekecektir.

Basit cinsel saldırı suçunun oluşumu için cinsel arzuları doğrultusunda hareket eden failin, cinsel arzularının tatmin edilmiş olması gerekmez; mağdurun vücudu üzerinde cinsel birleşmeye varmayan cinsel davranışların yapılmasıyla birlikte suç tamamlanır.⁹⁸

Cinsel arzuları tatmin amacı olmayan kaza sonucu gerçekleşen fiiller cinsel saldırı suçunu oluşturmaz. Örneğin, otobüste kaza ile cinsel organın mağdurun poposuna sürülmesi, asansörde yanlışlıkla kolun göğse değmesi, ayakkabı satın alırken tezgahların kişinin ayağını tutması eylemlerinde cinsel saldırı suçu oluşmaz. Bu ve benzeri hallerde failin kastını ispat zorluğu ortaya çıkmaktadır. Failin söz konusu eylemi birden fazla gerçekleştirmesi halinde failin cinsel nedenlerle eylemi gerçekleştirdiği sonucuna varılabilmeye mümkündür.⁹⁹ Ancak failin eylemi cinsel arzuları tatmin amacıyla yaptığının ispatı halinde tek dokunma dahi cinsel saldırı suçunu oluşturur.¹⁰⁰

98 Nur Centel, "5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Saldırı Suçu ve Cinsel Suçlar Değişiklik Tasarısı'nın Değerlendirilmesi", sf. 271

99 Mustafa Artuç, *Kişilere Karşı Suçlar*, Ankara, Adalet Yayınevi, 2008, sf.576

100a.e

Basit cinsel saldırı suçunun oluşabilmesi için, hareketin mağdurun bedeni üzerinde gerçekleşmiş olması şarttır. Failin, cinsel tatmin niteliği taşıyan bir hareketi, kendi vücudu üzerinde ancak mağdurun karşısında gerçekleştirmesi bu fıkradaki suçu oluşturmaz. Çünkü failin, mağdurun vücudu üzerinde ve mağdura temas yoluyla gerçekleştirdiği bir davranış yoktur. Kişinin bir başkasına yönelik olarak kendi vücudu üzerinde yaptığı cinsel davranışlar 5237 sayılı TCK'nın 102. maddesinin birinci fıkrası uyarınca cezalandırılmaz.¹⁰¹ Bu tip davranışlar bir başka kişiye yönelik olarak yapılıyorsa 5237 sayılı TCK'nın 105. maddesinde düzenlenen cinsel taciz suçunu oluşturur. Örneğin failin mağdurun karşısına geçip mastürbasyon yapması ve bunu mağdura izletmesi olayında cinsel saldırı suçu değil cinsel taciz suçu vardır.

Fiil, icrai bir davranışla işlenebilir. İhmali davranışla suçun işlenebilmesi mümkün değildir.

Cinsel saldırının basit halinin cebir, tehdit veya hile kullanılarak işlenebileceği kanuni düzenleme de yer almamışsa da kanun koyucu madde gerekçesinde bu duruma değinerek düşüncesini açıklamıştır. Madde gerekçesinde bu husus şu şekilde belirtilmiştir ; "*Cinsel saldırı suçunun özelliği, bu suçu oluşturan fiillerin mağdurun iradesi dışında gerçekleştirilmesidir. Mağdura karşı cebir veya tehdit ya da hile kullanılabileceği gibi, örneğin bilincinin yitirilmesine neden olmak veya örneğin uyku hali dolayısıyla bilincinin kapalı olmasından yararlanmak suretiyle de bu suçlar işlenebilirler.*" Ayrıca 102. maddenin dördüncü fıkrasında, suçun işlenmesi sırasında mağdurun direncinin kırılmasını sağlayacak ölçünün ötesinde cebir kullanılması hali düzenlenmiş olup bu halde ceza arttırımına gidilmiştir. Bu düzenleme ile kanun koyucu cebir halini cinsel saldırı suçunun unsuru olarak düzenlemiştir. Cebir hukukta iki şekilde kendisini gösterir; maddi cebir ve manevi cebir. Cinsel saldırı anlamında 102. maddenin dördüncü fıkrasında düzenlenen cebir, maddi cebirdir. Ancak gerekçe ile birlikte değerlendirecek olursak manevi cebirinde suçun işlenmesinde araç olarak kullanılması mümkündür.

101 Meran, a.e, sf. 318

Maddi cebir; Mağdur üzerinde uygulanan kuvvetin etkisi ile mağdurun kontrol imkanının kaybedilmesine yönelik hareketlerdir.¹⁰² Cebir mutlak ve zorlayıcı olmalıdır.¹⁰³

Cebrin suçun icrası boyunca devam ettirilmesi şart değildir. Mağdurun direncini kırma anına kadar varlığını sürdürmesi yeterlidir. Mağdurun direnci kırıldıktan sonra yapılan sadistçe hareketler cinsel saldırı suçunu oluşturmaz, derecesine göre kasten yaralama suçu kapsamında değerlendirilir. Bu durumda fail iki suçtan sorumlu olur ve ayrı ayrı cezalandırılır.¹⁰⁴

Cebrin neticesinde cinsel saldırı suçu gerçekleşmeli, cebir ile cinsel saldırı arasında illiyet bağı bulunması gereklidir. Mağdur, cebirle failin cinsel arzularını tatmin zorunda bırakılmalıdır. Cebir gerçekleştirilmeden önce mağdur, failin arzularını tatmin etmek istememelidir. Mağdurun cebirden önce düşüncesi farklı olmalıdır.¹⁰⁵

Burada bahsi geçen maddi cebir, bizzat mağdurun direncini kırmak için gerçekleştirilen fiziken zor kullanmadır.¹⁰⁶ Bu anlamda mağdurun değer verdiği bir başkasına karşı uygulanan cebir veya eşyaya yönelik gerçekleştirilen cebir bu anlamda cebir sayılmaz. Ancak mağdur bu fiiller nedeni ile kendisine de benzer bir cebrin uygulanacağı düşüncesine düşmüş ve bu korku ile direnci kırılmış ise cebir direnci kırmak için bir araç olarak kabul edilebilir.¹⁰⁷ Cebir 5237 sayılı Türk Ceza

102 Özgür Küçüktaşdemir, Türk Ceza Hukukunda Maddi ve Manevi Cebir, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2012, sf.63

103 Artuk, Gökçen, Yenidünya, a.e, sf.168

104 Doğan Soyaslan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, sf.231

105 a.e

106 Artuç, a.e, sf.578

107 Veli Özer Özbek, Mehmet Nihat Kanbur, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, İlker Tepe, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 4. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınları, 2012, sf.321

Kanunu'nda 108. madde de düzenlenmiştir. Hem madde metninden hem de gerekçeden anlaşıldığı üzere cebir aslında “*kasten yaralama*” suçunun farklı bir görünümüdür. Kasten yaralama suçunu oluşturan fiillerin mağdurun bir şeyi yapmasını veya yapmamasını sağlamak adına gerçekleştirilmesi cebir suçuna vücut verecektir ve kasten yaralama suçuna öngörülen cezada artırım yoluna gidilecektir. Şu halde kanun koyucu “*cebir*” suçunu “*kasten yaralama*” suçundan daha ağır bir suç olarak düzenlemiştir. Cinsel saldırı suçu bakımından değerlendirecek olursak, fail cinsel saldırı suçunu işleyebilmek adına kasten yaralama fiillerini gerçekleştirmesi zaten failin amacı düşünüldüğünde cebir suçuna vücut verecektir. Cezalandırma aşamasında ise direnci kırmanın ötesinde meydana gelen cebir nedeni ile cebir suçundan daha hafif cezayı gerektiren kasten yaralama suçu esas alınacaktır.

Manevi cebir ise “*tehdit*” dir. Tehdit 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda 106. maddede düzenlenmiştir. Bu maddeye göre tehdit bir başkasını, kendisinin veya yakınının hayatına, vücut veya cinsel dokunulmazlığına yönelik bir saldırı gerçekleştireceğinden bahisle korkutmaktır. Cinsel saldırı bakımından ise bu şekilde bir korkutma gereklidir ancak buradaki korkutmanın kişi üzerinde cinsel saldırıdan daha ağır sonuçlar doğurabilecek nitelikte olması veya mağdur açısından bu nitelikte olabileceğinin zannedilmesi gereklidir. Yani mağdurun bu duruma boyun eğmesini sağlayacak nitelikte olmalıdır.¹⁰⁸

Maddi cebir uygulanması halinde mağdur iradi olmayan bir şekilde cinsel saldırıya maruz kalmaktadır. Ancak tehditte yani manevi cebirde mağdur iradi olarak hareket eder, tehdit hareketin iradiliğini ortadan kaldırmaz.¹⁰⁹ Hür irade tehdit ile sakatlanmıştır. Yine de her iki halde de geçerli bir rızadan söz edilemez. Bu farklılık suçun oluşumuna etki etmez.

108 Artuk, Gökçen, Yenidünya, a.e, sf.169

109 Küçüktaşdemir, a.e, sf.75

Cebir ile tehdidin arasındaki başka bir fark da tehdidin, cebirden farklı olarak kime yöneltiğinin bir önemi olmamasından kaynaklanmaktadır.¹¹⁰ Örneğin fail, mağdura kendisi ile öpüşmemesi halinde kardeşini döveceğini söyler ve mağdur da bu baskı altında fail ile öpüşürse cinsel saldırı suçu oluşacaktır.

Mağdurun iradesini kırabilecek araçlardan diğeri hiledir. Hile mağdurun cinsel davranışa yönelik rızayı sağlamak için mağdurun iradesini yönlendirmeye elverişli olmalıdır.¹¹¹ Fail hileli hareketleri ile mağduru aldatmak suretiyle mağdurun vücut bütünlüğünü cinsel davranışları ile ihlal edebilir. Burada da tehditte olduğu gibi bir irade mevcuttur ve irade fail tarafından hileli hareketler sonucu sakatlanmıştır. Örneğin kendisini doktor olarak tanıtan failin mağdurun vücudunun çeşitli yerlerini muayene bahanesi ile cinsel amaç doğrultusunda ellemesi halinde cinsel saldırı suçu oluşacaktır.¹¹²

Kanun koyucu suçta kullanılan araçları madde gerekçesinde de belirttiği üzere sınırlamamış, benzeri nitelikte örnekleme ile genişletilebileceğini göstermiştir.

Öğreti ve uygulamada, eşlerin eşlerine karşı basit cinsel saldırı suçunu işleyemeyeceği konusunda baskın bir görüş birliği vardır. Kanaatimce bu bir yanıştır. Madde metinini inceleyecek olursak 102. maddenin ikinci fıkrasında fiillerin eşe karşı işlenmiş olması halinin şikayete tabi olduğu karşımıza çıkar, birinci fıkraya baktığımızda ise eşe ilişkin özel bir şikayet düzenlemesine rastlamamaktayız. Şu halde ikinci fıkra kapsamında eşe karşı nitelikli cinsel saldırı suçunun şikayete tabi kılınması vurgusunun zaten şikayete tabi olan basit cinsel saldırı suçunda belirtilmesine gerek olmadığını düşünmekteyim. Yani, mağdurun eş olması hali sadece şikayet kurumu açısından değerlendirilmiştir. Bir suçun şikayete tabi olup olmamasından yola çıkarak suçun zaten şikayete tabi olan basit halinde bu durumdan bahsedilmemiş olması bu suçun oluşumuna engel teşkil etmemelidir. Bu durum

110 Artuk, Gökçen, Yenidünya, a.e, sf.169

111 Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız, Tepe, a.e, sf.321

112 Artuç, a.e, sf.579

mağdur eşe karşı basit cinsel saldırı suçu işlenemeyeceği anlamına gelmemelidir. Sanki eşe karşı cinsel saldırı gerçekleştirilemeyeceği gibi bir karine yaratılmıştır. Bu durum eşler aleyhine bir düzenlemedir. Pek tabi evliliğin doğal sonuçlarından birisi cinsel ilişkidir. Ancak eşler, evlilik bağıyla yalnızca karşılıklı rızanın olduğu bir cinsel ilişkiyi kabul etmişlerdir. Rızanın olmadığı bir cinsel ilişki kişinin cinsel özgürlüğüne karşı yapılmış bir saldırdır ve evlilik bağı, zorla cinsel ilişkiyi suç olmaktan çıkaramaz.¹¹³

Öğreti ve uygulayıcılar basit cinsel saldırı oluşturacak fiillerin eşe karşı işlenmesi halinde, basit cinsel saldırı suçu oluşmasa da 5237 sayılı TCK 232. maddesinde düzenlenen kötü muamele suçunun oluşacağını ifade etmektedirler. Ancak bu hususta da başka bir sorun ortaya çıkmaktadır. 5237 sayılı TCK 232. madde de düzenlenen suçta cinsellik içermeyen davranışlardan bahsedilmektedir. Bu uygulama da evrensel kanunilik ilkesine ters düşecektir.

Yargıtay CGK, 1996 tarihli bir kararında¹¹⁴; *"ırza geçmede cinsel ilişkinin meşru olmaması gerektiği, evlilik içi ırza geçmenin cezalandırılmasının, faille mağdurun sonradan evlenmesi ile kovuşturmanın ortadan kaldırılmasını veya verilmiş cezanın infazının durdurulmasını sağlayan 765 sayılı TCK'nun 434.¹¹⁵maddesini ortadan kaldırarak yasanın bütünlüğünü bozacağı,434'ün varlığının, kocanın bu tarz fiillerinin zorla ırza geçme sayılamayacağını göstergesi*

113 Scully Jr.J., (2001) The National Medical Series for Independent Study 4th Edition Psychiatry, pp.22-29, Lippincot Wiliams and Wilkins, Maryland, USA, Nakl., Sabahat Erler, Kadın Eşe karşı yapılan cinsel saldırı suçu, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Entitüsü, 2008, sf.44

114 Yarg. CGK., 4/191-251, 26.11.1996 Tarihli Kararı

115 765 sayılı TCK madde 434 metni : - (Değişik madde: 11/06/1936 - 3038/1 md.)

"Kaçırılan veya alikonulan kız veya kadın ile maznun veya mahkumlardan biri arasında evlenme vukuunda koca hakkında hukuku amme davası ve hüküm verilmiş ise cezanın çektirilmesi tecil olunur. (Bu fıkra Anayasa mah. 2001/478 E, 2004/38 K. ve 25/3/2004 tarihli kararı ile TCK 430 maddesinin ikinci fıkrası yönünden iptal edilmiştir.)

Müruru zaman haddine kadar erkek tarafından haksız olarak vukua getirilmiş bir sebeple boşanmaya hükmedilirse takibat yenilenir. Evvelce hüküm verilmiş ise ceza çektirilir.

Bu madde hükümleri 414, 415 ve 416 ncı maddeler hakkında da caridir.

Evlenen maznun veya mahkum hakkında hukuku amme davasının veya cezanın tecilini müstelzim olan haller fiilde methali olanlar hakkında dava ve cezanın düşmesini müstelzimidir."

olduğu, aksi takdirde bu cezalandırmanın m.434 ile aile kurmayı teşvik eden kanun koyucunun amacına ters düşeceği" gerekçesi ile ırza geçme suçunun oluşumu için cinsel ilişkinin meşru olmaması gerektiğini, yani meşru bir evlilik içinde meydana gelen cinsel ilişkinin bu suça vücut vermeyeceğini belirtmiştir. Eskiye dayalı bu düşünce 765 sayılı TCK'da ki madde 434 ile açıklanmıştır. Ancak 5237 sayılı TCK bu hükme yer vermediğinden evlilik birliği içinde gerçekleşen rıza dışı cinsel eylemleri de suç olarak kabul etmemiz gerekmektedir.

Evlilik birliğinin, eşlere sadakat yükümlülüğünün yanı sıra, karşılıklı olarak birbirlerinin cinsel arzularını tatmin yükümlülüğü yüklediği bir gerçektir ancak hukukumuzda tanınmış olan yükümlülükleri ihlal hallerinde bu uyuşmazlıkların mahkemeler aracılığı ile çözülmesi öngörülmüşken eşlerin birbirlerine olan cinsel arzularını tatmin yükümlülüğünü yerine getirilmemesi halinde eşlere kendi imkanları ile bu yükümlülüğü yerine getirtmeye zorlama hakkı verilmiştir. Pek tabi böyle bir yükümlülüğün mahkeme kanalı ile sağlanması mümkün olmasa da bu durum zaten mevcut olan boşanma kurumuna vücut vermelidir. Yani bu yükümlülüğü yerine getirmeyen eşe karşı cinsel şiddet uygulama hakkı verilmemelidir.

Konuya başka bir açıdan bakıp basit cinsel saldırı suçunu eşlerin işleyemeyeceğini kabul edecek olursak bunun bir nevi şahsi cezasızlık sebebi olduğunu düşünmemiz gereklidir. Ancak 5237 sayılı kanunda "*Adliyeye Karşı Suçlar*" ve "*Malvarlığına Karşı Suçlar*" bakımından şahsi cezasızlık sebeplerine ilişkin düzenleme mevcutken "*Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar*" bakımından benzeri bir düzenlemenin yer almadığını görürüz. Bu nedenle de şahsi cezasızlık sebebi etkisi doğuran bu uygulamanın hatalı olduğunu düşünmekteyim.

Özetle; Fail, cinsel arzularını tatmin etme doğrultusunda hareket ederek, on sekiz yaşını doldurmuş mağdurun rızası dışında vücuduna organ veya sair cisim sokmaksızın vücut dokunulmazlığını ihlal eder ise basit cinsel saldırı suçunu işlemiş olur. Fail fiilleri, vücuda organ veya sair bir cisim sokarak gerçekleştirirse 102. maddenin ikinci fıkrasında düzenlenen nitelikli cinsel saldırı suçunu, on sekiz yaşını doldurmamış bir kişiye yöneltirse 103. madde de düzenlenen cinsel istismar suçu,

vücut dokunulmazlığını ihlal etmez ise 105. maddede düzenlenen cinsel taciz suçu oluşur.

2.3.1.4.2. Nitelikli Cinsel Saldırı

2.3.1.4.2.1. Eş Olmayan Kişilere Karşı Cinsel Saldırı

765 sayılı TCK'da ırza geçme suçu olarak tanımlanan fiil 5237 sayılı TCK'da nitelikli cinsel saldırı suçu olarak ifade edilmiş ve 5237 sayılı TCK'nın 102. maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenmiştir. 5237 sayılı TCK'nın 102. maddesinin ikinci fıkrasında tanımlanan nitelikli cinsel saldırının 102. maddenin birinci fıkrasında belirtilen cinsel davranışlarla mağdurun vücut dokunulmazlığının, vücuda organ veya sair bir cisim sokmak suretiyle ihlal edilmesi durumunda oluşacağı ifade edilmiştir.

Türk Ceza Kanunu'nun 102.maddesinin ikinci fıkrası cinsel saldırı suçunun nitelikli hali düzenlenmiştir. Bu fıkra göre; *"Füilin vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle işlenmesi durumunda, yedi yıldan oniki yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. Bu fiilin eşe karşı işlenmesi halinde, soruşturma ve kovuşturmanın yapılması mağdurun şikayetine bağlıdır."*

Maddenin ikinci fıkrasında, cinsel saldırının vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi, bu suçun nitelikli hali olarak tanımlanmıştır. Suçun bu nitelikli hali 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 halinin oluşabilmesi için, gerçekleştirilen davranışın cinsel arzuların tatmini amacına yönelik olması şart değildir.¹¹⁶ Fail; kin, intikam ve benzeri güdüler ile de hareket etmiş olsa

116 102 .maddenin gerekçesinden

bu suç oluşacaktır.¹¹⁷

Bu eylem 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'ndaki ırza geçme suçunun karşılığı olan bu suç önceki düzenlemeden daha geniş kapsamlıdır. Çünkü, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu döneminde ırza geçme suçunda normal veya anormal yoldan cinsel ilişki, yani cinsel organı sokma esas alınmaktaydı. Yargıtay cinsel organ dışındaki bir organın veya cismin cinsel organa sokulmasını "*ırza tasaddi*" olarak nitelendirmekteydi. Buna karşılık, yeni düzenlemede herhangi bir vücut boşluğuna cinsel veya diğer bir organ sokmanın yanı sıra cisim sokulması da bu suç oluşturacaktır.¹¹⁸

Mağdurun vücuduna organ veya sair cismin girmesi suçun oluşumu için yeterlidir. Kanun koyucu bu suç tipinde diğer cinsel dokunulmazlığa karşı suçlardan farklı olarak cinsel tatmin amacı aramamıştır. Organın veya sair cismin ne kadarlık kısmının girdiğinin de önemi yoktur. Kanun koyucu madde metninde sair bir cisim veya organ girmesini düzenlemiş ancak burada kastedilen organ ve sair cismi açıklamamıştır.

5237 sayılı TCK bütünü ile ele alındığında, vücudun parçası olan "*organ*" teriminin 80. madde de "*İnsan Ticareti*" suçunda, 87. madde de "*netice sebebiyle ağırlaşmış kasten yaralama*" suçunda, 89. maddede "*Taksirle Yaralama*" suçunda, 91. maddede (vd. maddelerinde) "*organ veya doku ticareti*" suçunda, 95. maddede "*netice sebebiyle ağırlaşmış işkence*" suçunda, ve cinsel dokunulmazlığa karşı suçlarda kullanıldığını görüyoruz.

Cinsel dokunulmazlığa karşı suçlarda yer alan organ terimi yukarıda belirtmiş olduğum diğer suç tiplerinden farklı olarak daha dar biçimde kullanılmıştır. Diğer suç tiplerinde "*organ*"dan kasıt; vücudun, belirli bir görev yapan ve sınırları kesin

117 Soyaslan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, sf.234

118 Nur Centel, "5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Saldırı Suçu ve Cinsel Suçlar Değişiklik Tasarısı'nın Değerlendirilmesi" , sf.275

olarak belirlenmiş bölümü, uzuv¹¹⁹ iken cinsel dokunulmazlığa karşı suçlarda kanun koyucu organ kavramının içeriğini madde gerekçesi ile daraltma yoluna gitmiştir. Ancak gerekçenin bağlayıcı niteliğinin olmadığı düşünüldüğünde kanun koyucunun bu şekilde bir daraltmaya madde metninde yer vermesi gerekirdi.

Kanun koyucunun kastının, bu nitelikli halinin oluşumu için vücuda vajinal ya da anal yoldan bir organ veya sair cismin sokulması olduğu açıktır. Oral yoldan penisin sokulması hali de bu suça vücut verecektir.¹²⁰ Nitekim Yargıtay'ın 5. Ceza Dairesi de bu hususa değinerek, penisin ağza sokulmasının organ sokma olduğunu belirtmiştir.¹²¹

Vücuda sokulan şey penis, parmak¹²², dil gibi organlar olabileceği gibi, organ dışındaki cisimler, örneğin yapay penis, patlıcan, muz, şişe, sopa gibi şeyler de olabilir. Kanun koyucu madde metninde sair cisim ifadesine yer vermiş, ancak sair cisim konusunda her hangi bir kısıtlamaya gitmemiştir. Sair cisim katı halde olabileceği gibi sıvı halde de olabilir.¹²³ Oral yoldan vücuda penis sokma nasıl bu suçu oluşturuyorsa yine oral yoldan bir kadının veya bir erkeğin ağzına sokması ile de bu suç oluşabilir.¹²⁴ Failin sokacağı organın kendisine ait olması da şart değildir,

119 TDK, Güncel Türkçe Sözlük, <http://www.tdk.gov.tr/>

120 Süheyl Donay, Türk Ceza Kanunu Şerhi, İstanbul, Beta Yayınları, 2007, sf.162

121 Y. 5CD., 2006/743 E., 2006/1004 K., 22/02/2006 Tarihli Kararı :

"İddianame, mahkumiyet kararı ve dosya içeriğine göre; sanığın iddia ve kabul edilen diğer şehevi davranışlarının yanında cinsel organını mağdurenin ağzına koyma eyleminin vücuda organ sokma niteliğinde olması nedeniyle 5237 Sayılı Yasanın 102/2. maddesinde düzenlenen nitelikli cinsel saldırı suçunu oluşturacağı ve bu suçla ilgili duruşma açıp yargılama ve uyarlama yapma görevinin üst dereceli Ağır Ceza Mahkemesine ait bulunduğu nazara alınıp görevsizlik kararı verilmesi gerektiğinin gözetilmemesi,

Kanuna aykırı, hükümlünün temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülmuş olduğundan sair yönleri incelenmeyen kararın belirtilen nedenle 5320 sayılı Kanununun 8/1. maddesi gözetilerek CMUK.nun 321.maddesi uyarınca (BOZULMASINA), 22.2.2006 tarihinde oybirliğiyle karar verildi."

122 Y. 5CD., 2006/743 E., 2006/1004 K., 22/02/2006 Tarihli Kararı

123 Baytemir, a.e, sf.67

124 Artuç, a.e, sf.581

fail mağdura bir başkasının organını da zorla sokabilir.¹²⁵ Ancak sokulmaya çalışılan cisim veya organ ile vücutta sokunulmasına çalışılan organ arasında cinsel bir bağ veya ilişki bulunması gereklidir.¹²⁶ Bu kurulan bağ veya ilişkinin failde bulunması ve/veya genel kabulde bu şekilde anlaşılması yeterlidir. Bunu şu şekilde açıklamak mümkündür. Örneğin erkek failin kadının vajinasına organ sokması halinde kadının vajinası ile sokulan organ arasında bir cinsel bağ bulunur. Yine failde bulunan cinsel bir amaç ile de kadının cinsel olmayan bir bölgesine organ sokması halinde de bu suç oluşacaktır. Örneğin fail cinsel bir amaç gütmeyen mağdurun kulağına parmağını sokarsa burada cinsel bir bağ bulunmadığından bu suç oluşmayacaktır ancak şartları varsa kasten yaralama suçu oluşabilir. Failin cinsel amaç güderek kulağa parmak sokması halinde de basit cinsel saldırı suçunun oluştuğunun kabulü gereklidir.

Fiilin tamamlanabilmesi için boşalma şart değildir. Organın veya cismin mağdurun vücuduna sokulmuş olması yeterlidir.

Suç esasen mağdurun rızasının yokluğuna dayandığından, vücuda organ veya sair cisim sokmak cebir kullanılarak suretiyle gerçekleştirilebileceği gibi tehdit ve korkutma ile de sağlanabilir. Cebir, tehdit veya korkutma zorunlu olarak fiilin içinde bulunduğundan ayrıca kasten yaralama ve tehdit suçları oluşmaz.¹²⁷ Yine daha önceki anlatımlarımızda olduğu gibi suçun hile ile de işlenmesi mümkündür.

İncelenmesi gereken diğer bir husus da failin mağdurun vücuduna bir organ veya sair cisim sokmaya mecbur bırakılması halidir. Fail tarafından cebir tehdit kullanılmak suretiyle bu suçu mağdura da işletebilir. Bu halde fail iştirak hükümleri uyarınca nitelikli cinsel saldırı suçunu işlemiş olur.¹²⁸

125 Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız, Tepe, a.e, sf.324

126 a.e.

127 Zeki Hafizoğulları, Muharrem Özen, Türk Ceza Hukuku, Özel Hükümler, Kişilere Karşı Sıçlar, Yenilenmiş ve Genişletilmiş 3. baskı, Ankara U.S.A ;Yayıncılık, Ankara, 2013, sf.162

128 Artuk, Gökçen, Yenidünya, a.e, sf.169 ; Artuç, a.e, sf.581 ; Tezcan, Erdem, Önok, a.e, sf.327

2.3.1.4.2.2. Eş Karşı Cinsel Saldırı

Eş kavramı Türk Dil Kurumu'nca, "*karı kocadan her biri*" şeklinde tanımlanmaktadır.¹²⁹

Burada geçen eş kavramından kastedilen resmi nikahlı olan eştir, imam nikahı veya birlikte yaşama hallerinde bu madde hükmünün uygulanması mümkün değildir.¹³⁰

Geçen uzun yıllar içerisinde, modern dünyada gelişen akımlar ve kadın, erkek eşitliğinin daha çok kabul görmesi nedeni ile 01.01.2002 tarihinde yürürlüğe giren 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nda evlilik kurumu içerisinde her iki tarafa da aynı değerin verildiğinin göstergesi olarak evlilik birliğinin tarafları olan kadın ve erkeği belirten iki kelime yerine, cinsiyet belirtmeyen "*eş*" kelimesi kullanılmıştır. Eş kelimesinin 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nda, karı koca kelimesinin karşılığı olarak kullanıldığı hususu, söz konusu kanunun genel gerekçesinde de açıkça belirtilmiştir.¹³¹

Türk Hukuku'nda, özellikle 765 sayılı TCK'nın yürürlükte olduğu dönemde, cinsel saldırı suçunun eşler arasında işlenip işlenmeyeceği hususunda hakim görüş cinsel ilişkinin hukuka uygun olup olmamasını baz alarak, eşlerin birbirlerine karşı ırza geçme suçunun faili olamayacağı yönünde idi. O dönem için bu fikrin kanunun 434. maddesine dayandığı düşünüldüğünde çokta yanlış olmadığı ortadadır. Faille mağdurun cinsel saldırı sonrası evlenmesi ile kovuşturmanın ortadan kaldırılmasını veya verilmiş cezanın infazının durdurulmasını sağlayan 765 sayılı TCK'nın 434. maddesi bu düşünceyi haklı çıkarmaktadır.

129 TDK Büyük Türkçe Sözlük, <http://www.tdk.gov.tr/>

130 Osman Yaşar, Hasan Tahsin Gökcan, Mustafa Artuç; Yorumlu – Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Cilt III, Ankara, Adalet Yayınevi, 2010, sf. 3233

131 Eda Salman, Eş Karşı Cinsel Saldırı, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2009, sf.14

5237 sayılı Türk Ceza Kanunun'da 765 sayılı TCK'da yer alan 434. madde benzeri bir düzenleme yer almamış olması ve 5237 sayılı TCK'nın 102. maddesinin ikinci fıkrasında da açıkça eşe karşı işlenebileceğinin düzenlenmesi karşısında nitelikli cinsel saldırı suçunun eşe karşı işlenebileceği açıktır.

Nitelikli cinsel saldırıyı düzenleyen 5237 sayılı TCK'nın 102. maddesinin ikinci fıkrasının son cümlesinde, söz konusu fiilin eşe karşı işlenmesinin mağdur eşin şikayet halinde nitelikli cinsel saldırı suçunu oluşturacağı belirtilmiştir.

Yeni kanun ile eşlere bu hakkın tanınmış olması insan hak ve özgürlükleri konusunda ileri bir adımdır, ancak aynı adımın cinsel saldırı suçunun basit hali için öngörülmemiş olması da bu niyete gölge düşürmektedir.

Eşe karşı cinsel saldırı suçunun oluşumu için öngörülen fiiller ile nitelikli cinsel saldırı suçunun oluşumu için öngörülen fiiller aynıdır. Yani fail eş mağdur eşin rızası olmadan vücuduna organ veya sair cismi sokması ile suç oluşacaktır. Yine suçun oluşumu için cinsel tatmin amacı aranmamıştır. Organ veya sair cismin vücuda girmesi yeterli olup, organın veya sair cismin ne kadarlık kısmının girdiğinin de önemi yoktur.

Görüldüğü gibi nitelikli cinsel saldırı suçunun eşe karşı işlenmesi halinde tek fark, fiilin soruşturulması ve kovuşturulmasının mağdur eşin şikayetine bağlı olmasından kaynaklanmaktadır.

2.3.1.4.2.3. Cezada Arttırım Sebepleri

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

Kanun koyucu bu fıkra ile mağdurun kendisini savunma hakkını kullanamayacak kişilere karşı cinsel saldırı suçunu işlemiş olması halini düzenlemiştir. 5237 sayılı TCK bu hususu 102. maddenin üçüncü fıkrasının "a"

bendinde düzenlemiştir. Madde metninde "*Suçun; Beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı, işlenmesi halinde, yukarıdaki fıkralara göre verilen cezalar yarı oranında artırılır.*" denilmektedir. 765 sayılı TCK'nın 416. maddesinde unsur olarak yer bulmuş bu hal bu maddede hem basit cinsel saldırı hem de nitelikli cinsel saldırı suçunun ağırlaştırıcı nedeni olarak kabul edilmiştir.

Kişilerin kendilerini savunma hakkı evrensel ceza ilkelerinden gelmektedir. Hemen hemen tüm toplumlarda kişinin kendisini koruyabilmesi adına "*meşru müdafaa*" kurumuna yer verilmiştir. 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda da 25. maddenin ilk fıkrasında "*meşru savunma*" adı altında düzenlenmiştir. Kişilere hukuk tarafından tanınan bu hakkı kullanamayacak durumda olan kişilere karşı cinsel saldırı suçunun işlenmesi, faile suçun işlenmesinde bir kolaylık sağlar. İşte kanun koyucu, failin bu kolaylığı kullanarak kişilerin cinsel dokunulmazlığına saldırması halinde cinsel saldırı suçunun basit ve nitelikli hali için öngörülen cezanın attırılması yoluna gitmiştir.

Burada, birinci ve ikinci fıkralara nazaran mağdurun belirli özelliklere sahip olması halini cezanın ağırlaştırılmasını gerektiren bir nitelikli hal olarak kabul etmiştir.¹³²

Ancak kanun koyucu, mağdurdaki niteliği beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda olunması olarak belirlemiş fakat hangi hallerin bu niteliği ortaya çıkaracağına değinmemiştir. Bu nedenle burada mağdurun kendisini savunamayacak duruma düşüren nedenleri geniş yorumlamamız gerekecektir.

İhtiyarlık ve sakatlık hallerinin mağdurda mevcut olması halinde fail için öngörülecek cezanın bu fıkra kapsamında arttırılması gerekecektir.¹³³

132 Artuk, Gökçen, Yenidünya, a.e, sf.176

133 Soyaslan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, sf.234

Genel olarak, mağdurda bulunan yaşlılık, sakatlık, bedensel hastalık, akıl hastalığı gibi nedenlerle mağdurun kendisini savunma imkanı bulunmaması hallerinde bu fıkra hükmü uygulanabilir. Bazı yazarlar, failin hileli hareketler ile mağduru uyku durumuna sokmuş olması halinde de bu cezayı ağırlaştırıcı sebebin uygulanabileceği belirtilmiştir.¹³⁴ Ancak bu kanımca mümkün değildir, bu kapsamda değerlendirilen mağdurdaki niteliklerin, failin fiillerine başlamadan önce mağdurda var olması gereklidir. Fail tarafından bir takım hareketler ile mağdur kendisini savunamayacak hale geldi ise bu nitelikli hal uygulanamayacak, fiillerin kapsamına göre 102. maddenin birinci veya ikinci fıkrası uygulanabilecektir. Birinci ve ikinci fıkrada düzenlenen cinsel saldırı suçunun oluşumu için zaten failin mağdurda bulunan direnci kırabilecek nitelikte ki davranışları sergilemesi bu suçların unsurunu oluşturur. Ancak mağdurdan veya fail ile aralarında iştirak iradesi bulunmayan üçüncü bir kişiden kaynaklanmış mağdurda bulunan uyku, baygınlık veya bilinç kaybı hallerinde de bu bendin uygulanması mümkündür.

Yukarıda da belirttiğimiz gibi mağdurda bulunan akıl hastalığı bu bendin fail hakkında uygulanmasına yol açar. Ancak akıl hastalığı boyutuna ulaşmayan akıl zayıflığı durumlarında da bu bendin uygulama alanı bulması mümkündür. Bu bendin uygulanması için getirilen kıstas mağdurun kendisini savunamayacak durumda bulunması olduğundan mağdurda bulunan akıl zayıflığı mağdurun kendisini savunamayacak durumda olmasına sebebiyet veriyorsa bu bent uygulama alanı bulacaktır.

Failin mağduru kendisini savunamayacak duruma getiren sebeplerin varlığını suçun işlenmesinden önce bilmesi gereklidir. Aksi takdirde failin kastı bu bent anlamında bulunmayacağından cezalandırma failin fiiline göre birinci veya ikinci fıkra kapsamında yapılmalıdır.¹³⁵ Fail burada hatasından faydalanacak hakkında 5237 sayılı TCK'nın 30. maddesinin uygulanması imkanı doğacaktır. Aynı şekilde bu

134 Donay, a.e, sf.162

135 Suat Çalışkan, Türk Ceza Kanununda Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar ve Cinsel Amaçlı Hürriyetten yoksun kılma suçu, Ankara, Adalet Yayınevi, 2013, sf. 39

bendin uygulanabilmesi için failin eylemini ruh ve beden bakımından kendisini savunamayacak durumda olduğunu düşündüğü kimseye karşı gerçekleştirmesi yeterlidir. Mağdurun kendisini savunabilecek güce sahip olmasının önemi bulunmamaktadır. Bu durum suç kastı içinde değerlendirilmelidir.¹³⁶

Failin mağdurda bu bentte belirtilen şekilde bir niteliğe sahip olduğundan kuşkulması halinde, yine de bu fiili gerçekleştirirse olası kast ile hareket ettiği söylenebilir.¹³⁷

Yargıtayın uygulamalarında mağdurda sadece akıl zayıflığı veya akıl hastalığı bulunması bu bendin uygulanabilmesi için yeterli görülmemiş bu hususun fail tarafından anlaşılıp anlaşılamayacağını araştırılması gerektiği vurgusu yapılmıştır.¹³⁸

Yargıtayın mağdurun akıl hastalığı veya akıl zayıflığı nedeni ile beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda olup olmadığı konusunda raporların Adli Tıp Kurumu İlgili İhtisas Kurulundan alınması gerektiği yönünde

136 Meran, a.e, sf. 322

137 a.e

138 Yarg. 5.CD., 2011/379 E., 2011/3225 K., 17.03.2011 tarihli kararı : *"Adli tıp Kurumu Ordu Şube Müdürlüğüne düzenlenen 18.02.2010 günlü raporda orta derecede mental retardasyon denilen akıl zayıflığı bulunduğu sağıtanan mağdurenin TCK'nun 102/3.a maddesinde öngördüğü biçimde beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunup bulunmadığı ve ifadelerle itibar edilip edilemeyeceği konularında Adli Tıp Kurumu ilgili İhtisas Kurulundan rapor alınması ve oluşacak tüm kanıtların irdelenmeden karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir."*

Yarg.14.CD., 2011/14203 E., 2011/3697 K., 18.11.2011 Tarihli Kararı : *" Adli Tıp Kurumu 6. İhtisas Kurulunun 23.10.2009 tarihli raporunda, mağdurda orta derecede zeka geriliğinin bulunduğu, kendisinde saptanmış olan ve hayatının ilk yıllarından başlayıp ömrü boyunca sürecek olan bu zeka geriliği nedeni ile olayın hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamayacağı bildirilmiş ise de mağdurun bu durumunun hekim olmayanlarca anlaşılıp anlaşılmayacağı ve TCK'nun 102/3-a maddesinde belirtilen beden veya ruha bakımından kendisini savunamayacak durumda olup olmadığı husularının tespiti için Dosyanın Adli Tıp Kurumuna Gönderilerek ek rapor aldırılması ve bundan sonra tüm deliller birlikte değerlendirilerek sonuca göre sanığın hukuki durumunun tayin ve takdiri gerekirken bu husus yerine getirilmeden eksik inceleme ile hükme varılması bozmayı gerektirmiştir."*

Yarg. 5.CD., 2010/1628 E. , 2010/5991 K. , 06/07.2010 Tarihli Kararı : *" . . . Mağdurenin hükme esas alınan ve oluşa uygun düşen beyanlarının içeriğine göre bedensel yönden fiile mukavemet edebildiği anlaşıldığı halde oluşa ve dosya kapsamına uygun düşmeyen rapora itibar edilerek TCK.nun 102/3.a maddesinin tatbikiyle sanık hakkında fazla ceza tayini bozmayı gerektirmiştir."*

yerleşmiş içtihatları vardır.¹³⁹

Bu konuda bahsedilmesi gereken diğer bir hususta mağdurun çocuk olması halidir. Gerçekten de yaşına göre çocukların kendisini savunamayacak durumda olması mümkündür. Ancak her ne kadar yaşına göre bazı çocukların kendisini savunamayacak durumda olması bir gerçek olsa da mağdurun çocuk olması hali 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 103. maddesinde düzenlenen "*çocuğun cinsel istismarı*" suçunun oluşumuna sebebiyet verecektir. Bu nedenle mağduru çocuk olan cinsel saldırı suçunun failleri hakkında bu madde değil, 103. madde uygulama alanı bulacaktır.

Mağdurda bulunan saflık ve deneyimsizlik bu bent kapsamına girmez.¹⁴⁰

2.3.1.4.2.3.2. Kamu Görevinin veya Hizmet İlişkisinin Sağladığı Nüfuz Kötüye Kullanılmak Suretiyle Suçun İşlenmesi

Hem basit hem nitelikli cinsel saldırı suçlarının işlenmesi bakımından kamu görevinin veya hizmet ilişkisinin sağlamış olduğu kolaylık arttırım sebebi olarak kabul edilmiştir. Bu bent ile kanun koyucu aslında iki arttırım sebebinin birlikte düzenlemiştir. Birincisi suçun kamu görevinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılarak işlenmesi , ikincisi ise hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuzun kötüye kullanılarak işlenmesi halleridir. Burada fail ile mağdur arasındaki ilişkilerin varlığı arttırım nedeni olarak kabul edilmiştir.¹⁴¹ Madde metninde hangi davranışların bu tip bir kolaylık sağlayacağı belirtilmemiştir. Ancak görev sınırlarını aşan ya da görevle ilgisi olmayan her davranış nüfuzun kötüye kullanılması olarak değerlendirilmelidir.¹⁴²

139 Yarg. 5. CD. , 2008/14919 E. , 2009/1833 K. , 18.02.2009 Tarihli Kararı : "*Mağdurun beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda olup olmadığı ve durumunun hekim olmayanlarca anlaşılıp anlaşılamayacağı hususlarında Adli Tıp Kurumu İlgili İhtisas Kurulundan rapor alınmadan Adli Tıp Kurumu Denizli Şube Müdürlüğüne düzenlenen raporla yetinilmek suretiyle ve noksan araştırmayla yazılı şekilde hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir.*"

140 Malkoç, Yeni Türk Ceza Kanunu'nun da Cinsel Saldırı Suçları, sf.5

141 Baytemir, a.e, sf.132

142 Meran, a.e, sf. 323

Kamu görevi hem maddi hem de manevi anlamda kişiye güç verir. Kişi bu görevin kendisine vermiş olduğu yetki ile kendisinin güçlü, karşı tarafın da zayıf olduğunu düşünür. Ayrıca kamu gücü suçun işlenmesinde kolaylık sağlar mesela gözaltında bulunan kişi üzerinde cinsel saldırı suçunun işlenmesine failin bir kolaylık sağladığı açıktır.¹⁴³

Kamu görevlisi 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 6. maddesinde tanımlanmıştır. Buna göre kamu görevlisi deyiminden; kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi, anlaşılır. Madde gerekçesinde kamu görevi ile ilgili olarak şu açıklamalar yapılmıştır; "765 sayılı Türk Ceza Kanunundaki "memur" tanımının doğurduğu sakıncaları aynen devam ettirecek nitelikte olan tanım, Tasarı metninden çıkarılarak; memur kavramını da kapsayan "kamu görevlisi" tanımına yer verilmiştir. Yapılan yeni tanıma göre, kişinin kamu görevlisi sayılması için aranacak yegane ölçüt, gördüğü işin bir kamusal faaliyet olmasıdır.

Bilindiği üzere, kamusal faaliyet, Anayasa ve kanunlarda belirlenmiş olan usullere göre verilmiş olan bir siyasal kararla, bir hizmetin kamu adına yürütülmesidir. Bu faaliyetin yürütülmesine katılan kişilerin maaş, ücret veya sair bir maddi karşılık alıp almamalarının, bu işi sürekli, süreli veya geçici olarak yapmalarının bir önemi bulunmamaktadır. Bu bakımdan, örneğin mesleklerinin icrası bağlamında avukat veya noterin kamu görevlisi olduğu hususunda bir tereddüt bulunmamaktadır. Keza kişi, bilirkişilik, tercümanlık ve tanıklık faaliyetinin icrası kapsamında bir kamu görevlisidir. Askerlik görevi yapan kişiler de kamu görevlisidirler. Bu bakımdan örneğin bir suç vakasına müdahil olan, bir tutuklu veya hükümlünün naklini gerçekleştiren jandarma subay veya erleri de, kamu görevlisidirler.

143 Soyaslan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, sf.234

Buna karşılık, kamusal bir faaliyetin yürütülmesinin ihaleye dayalı olarak özel hukuk kişilerince üstlenilmesi durumunda, bu kişilerin kamu görevlisi sayılmayacağı açıktır. "

Madde gerekçesinden de anlaşılacağı üzere 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ile kanun koyucu, kamu görevlisini tanımlarken oldukça geniş yorum getirmiş ve "*kamusal faaliyete katılma*" eylemini kamu görevlisini açıklamak için kullanmıştır.

Şu halde, bu bentte yer alan kamu görevlisi deyiminden kamusal faaliyete katılan kişi anlamamız gereklidir.

Bu nitelikli halin uygulanması için failin kamu görevlisi olması tek başına yeterli değildir. Fail aynı zamanda kamu görevlisi olmanın kendisine sağladığı "*nüfuz*"u da kötüye kullanmalıdır. Failin yerine getirdiği kamu görevinin suçun işlenmesinde özel bir kolaylık sağlaması ve kamu görevi nedeniyle mağdur üzerinde egemenlik kurulabilecek durumda olması zorunludur.¹⁴⁴

Hizmet ilişkisinde ise, hizmet ilişkisinin sujelerinden işveren işin sahibi olması gereği üstün konumda yer almaktadır. Nedeni ise ortadadır. Bir tarafta iş ve para sahibi olan işveren varken diğer tarafta işsiz veya işsizlik tehlikesi altında bulunan ve paraya ihtiyacı olan kişi bulunmaktadır. Klasik bir örnek verecek olursak, patronun sekreteri üzerinde cinsel duyuları tatmin amacı ile saldırı gerçekleştirilmesinde failin fiiline göre basit veya nitelikli cinsel saldırı suçundan alacağı ceza bu bent uyarınca arttırılacaktır.

Madde metninde bahsedilen hizmet ilişkisini kamu görevlisinin açıklanmasında olduğu gibi geniş yorumlayarak açıklamak gereklidir. Hizmet ilişkisinin kamusal veya özel bir kuruma bağlı olarak yerine getirilmesinin önemi bulunmamaktadır. Yine hizmet ilişkisi ücretli-ücretsiz, geçici-sürekli, kadrolu-sözleşmeli olarak sağlanabilir. Önemli olan fail ile mağdur arasında bir bağlılık

144 Tezcan, Erdem, Önok, a.e, sf. 306,

bulunması ve failin bu bağıllığın sağladığı kolaylığı kullanarak suçu işlemesidir.¹⁴⁵ Salt aynı işyerinde çalışıyor olmanın faile suçu işlemesinde bir kolaylık sağlaması bu nitelikli halin oluşumu için yeterli olmayacaktır.

Fail kendisinden hiyerarşik olarak alt konumdaki kişinin, iş şartlarını ve çalışmasına bağlı olan haklarını düzenleme yetkisine sahip olmalıdır. Fail bu yetkilere sahip olmayıp ta kendisinin bu yetkilere sahip olduğu konusunda mağduru inandırmış ise bu nitelikli halin oluşmayacağını düşünmekteyim. Bu durumda failin, mağdur üzerinde hile kullanmış olduğunu ve fiiline göre birinci fıkra veya ikinci fıkra uyarınca sorumlu olduğunu söylemek yanlış olmaz.

Bu nitelikli hal için uygulamadan örnekler verecek olursak; Yargıtay, Başsavcı vekili olarak görev yapmakta olan failin, kendisi ile birlikte çalışmak üzere görevlendirilmiş ve bu nedenle çeşitli sebeplerle odasına girmek zorunda olan zabıt katibesi mağdureye yönelik olarak sözle taciz etmek, okşamak ve öpmek şeklindeki eylemlerinin zincirleme olarak kamu görevinin veya hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanarak cinsel saldırıda bulunmak suçunu oluşturacağını,¹⁴⁶ pasta ustası ve çırak ilişkisinin hizmet ilişkisi olarak kabul edildiğini,¹⁴⁷ ev sahibi ile hizmetçisi arasında hizmet ilişkisi olduğunu¹⁴⁸, aynı iş yerinde birlikte çalışan kişilerin arasında hizmet ilişkisi olmadığını,¹⁴⁹ karara bağlamıştır.

2.3.1.4.2.3.3 Üçüncü derece dahil kan veya kayın hısımlığı ilişkisi içinde bulunan bir kişiye karşı Suçun İşlenmesi

765 sayılı TCK'nın 417. maddesinde, yakın akraba olarak üstsoy ile veli ve vasiden söz edilmiş iken, 5237 sayılı TCK'nın 102. maddesinin üçüncü fıkrasının "c"

145 Baytemir, a.e, sf.133

146 Yarg. CGK. 2008/5.MD-2009/128 E.,K., sayılı, 26.05.2009 tarihli kararı, Tuğrul, a.e, sf.85

147 Yarg. 5.CD., 1995/551 E. , 1995/3489 K. , 14.03.1995 Tarihli Kararı

148 Yarg. 5.CD., 1995/2797 E. , 1995/2797 K. , 01.11.1995 Tarihli Kararı

149 Yarg. 5.CD., 1997/2890 E. , 1997/3433 K. , 13.10.1997 Tarihli Kararı

bendinde, "üçüncü derece dahil kan veya kayın hısımlığı ilişkisi içinde bulunan bir kişi"den söz edilerek suçun ağırlaştırıcı nedeni için öngörülen akrabalık derecesi, sadece mağdurun üstsoyu veya velisi ya da vasisi olmaktan çıkarılıp, üçüncü derecede dahil kan hısımlığı yanında aynı derecede kayın hısımlığı da bu artırıcı nedenden sayılmış ve akrabalık kapsamı genişletilmiştir. Ancak eski düzenlemede var olan vasilik ilişkisi bu artırıcı neden içerisine alınmamıştır. Şayet vasi bir hizmet ilişkisi içerisinde bu görevi yerine getiriyor ise o takdirde bir önceki bent gereğince ceza ağırlaştırıcı neden olarak kabul edilebilir.¹⁵⁰

Kanun koyucu bu düzenleme ile akrabadan ne kastedildiği açıklamamıştır Bu nedenle bentte belirtilen akrabaların kimlerden oluştuğu Türk Medeni Kanunun ilgili hükümlerince belirlenmesi zorunluluğu doğmaktadır.

Kan hısımlığı 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 17. maddesinde, düzenlenmiştir. Bu maddeye göre derece hesabı doğum sayısına göre belli olur. Şu halde cinsel saldırı suçu, anne, baba, büyük babalar, büyük anneler, büyük büyük anneler, büyük büyük babalar, çocuk, torun, torun çocukları, kardeş, kardeş çocukları, dayı, amca , hala ve teyzeye karşı işlenirse bu arttırım nedeni uygulanacaktır.

Kayın hısımlığı, Türk Medeni Kanununun 18. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre eşlerden biri ile diğer eşin kan hısımları, aynı tür ve dereceden kayın hısımları olur. Kayın hısımlığı, kendisini meydana getiren evliliğin sona ermesiyle ortadan kalkmaz. Bu nedenle de cinsel saldırı suçu eş tarafından bu sayılan kişilere karşı işlenmesi halinde de bu nitelikli hal fail hakkında uygulanacaktır. Evlilik birliği kalksa bile kayın hısımlığı ortadan kalkmayacağından boşanmış olan eşlerin yukarıda sayılan akrabalarına karşı cinsel saldırı suçu işlenirse bu nitelikli hal de uygulama alanı bulacaktır.¹⁵¹ Boşanma durumunda diğer eşe karşı suçun işlenmesi

150 Baytemir, a.e., sf.137

151 Karşı Görüş için Bkz. : Artuç, a.e, sf.584 :Kanun koyucu, evlilik ortadan kalksa bile böyle bir hususun, hısımlıktan doğan durumun devam etmesini istiyorsa Kanun maddesinde bu durumu vurgulamaktadır. Örneğin CMK'nın 45. maddesindeki tanıklıktan çekinebilecekler sayılırken "kayın hısımlığı meydana getirmiş evlilik sona erse bile" şüpheli veya sanığın eşi, TMK'nın 129.

durumunda nitelikli bir hal söz konusu olmayacak iken onun yakınlarına karşı nitelikli halin oluşması bir çelişkidir. Zira eş, hısımlık veya akraba değil sadece eştir ve boşanma ile eşler arasında hiçbir ilişki kalmaz. İçtihatla da aşılması zor olan bu durum herhalde bir kanun değişikliği gerektirecektir ve Anayasa'ya aykırılık sorunu yapılacaktır.¹⁵²

Bu nitelikli halin düzenlenmesinin sebebi aralarında akrabalık ilişkisi bulunan kişilere karşı bu ilişkinin suçun işlenmesinde bir kolaylık sağlamasıdır.

Bu düzenleme aslında ensest kavramının 5237 sayılı TCK'ya yansımış halidir. Ensest kelime anlamı olarak "*aile içi yasak ilişki*" demektir.¹⁵³ Kavram olarak ta kanunen evlenmesine izin verilmeyen iki kişi arasındaki cinsel ilişki veya aile ilişkileri çerçevesi içinde uygunsuz cinsel davranışı tarif eder.¹⁵⁴ Genellikle ensest, aynı genetik bağa sahip insanlar arasındaki cinsel ilişkiye atıfta bulunur.¹⁵⁵

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ensesti suç olarak tanımlamamıştır. Bu nedenle rızaya dayalı olarak yakın akrabaların birbirleri ile cinsel ilişki yaşamaları bir suç oluşturmayacaktır. Ancak ensest ilişkinin zorla gerçekleştirilmesi hali 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 102. maddesini üçüncü fıkrasının "c" bendinde bendinde cinsel saldırı suçu için cezada artırım sebebi olarak düzenlenmiştir. Bir kişinin on sekiz yaşını doldurmuş olan kendi öz çocuğuyla dahi cinsel ilişki yaşamayı karşılıklı rıza halinde her hangi bir suçu oluşturmayacaktır.

maddesinde evlenme engelleri sayılırken "kayın hısımlığı meydana getirmiş evlilik sona erse bile" denmektedir. Şayet kanun koyucu burada da evliliğin sona ermesi halinde bu artırım nedeninin uygulanacağını belirtmek istese bu hususu örnek verilen hükümlerdeki gibi ayrıca vurgulayabilirdi. Aynı zamanda hısımlık nedeni ile failin mağdur üzerinde sağlayacağı kolaylık da evliliğin sona ermesiyle ortadan kalkacağından böyle bir artırım nedeninin uygulanması gerekçesi de kalmayacaktır.

152 Malkoç, Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar, sf.74

153 TDK, Güncel Türkçe Sözlük, <http://www.tdk.gov.tr>

154 Figen Şahin, Medine Aysin Taşar, "Cinsel istismar ve ensest", <http://www.turkpediatriarsivi.com/sayilar/127/buyuk/159-164.pdf> , 12.20.2013

155 Aylin Görgün, Baran, Nüket Paksoy Erbaydar, "Yasak Cinsel İlişki : Ensest", <http://www.huksam.hacettepe.edu.tr/Turkce/SayfaDosya/ensest08012009.pdf> , 04.08.2012

Bu bentte düzenlenen cezayı ağırlaştırıcı sebebin uygulanabilmesi için failin mağdur ile üçüncü derece dahil kan veya kayın hısımlığı ilişkisi içinde olduğunu biliyor olması gereklidir. Eğer fail böyle bir ilişkiden haberdar değilse bu arttırım sebebi fail hakkında uygulanamaz. Fail 5237 sayılı TCK'nın 30. maddesi uyarınca hatasından yararlanır.

Ayrıca kanun koyucu 102. maddenin üçüncü fıkrasının "b" bendinde öngörmüş olduğu ilişkinin sağladığı nüfuzun mağdur üzerinde kullanılması şartını bu bent için aramamış, fail ile mağdur arasında bentte belirtilen ilişkinin varlığını yeterli saymıştır.

Bu bendin uygulanabilmesi için Medeni Kanun hükümleri uyarınca soybağının kurulması ile alakalıdır. Medeni kanunun 36. maddesi uyarınca kişisel durum bu amaçla tutulan resmi sicille belirlenir. Şu halde bu akrabalık ilişkisinin tespiti için mahkemede nüfus kayıtları incelenmelidir.¹⁵⁶ Ancak akrabalık ilişkisinin fiiliyatta bulunup da resmi sicillerde yer almaması halinde nasıl bir uygulama yapılacağı belirsizdir. Kanımca mahkeme, gerçek durumu tespit edip sicil düzeltildikten sonra bu bent uyarınca arttırım uygulamalıdır.

2.3.1.4.2.3.4 Suçun Silahla İşlenmesi

Silahın tanımı 5237 sayılı TCK'nın 6. maddesinde yapılmıştır. Maddeye göre silah deyiminden; Ateşli silahlar, Patlayıcı maddeler, Saldırı ve savunmada kullanılmak üzere yapılmış her türlü kesici, delici veya bereleyici alet, Saldırı ve savunma amacıyla yapılmış olmasa bile fiilen saldırı ve savunmada kullanılmaya elverişli diğer şeyler, Yakıcı, aşındırıcı, yaralayıcı, boğucu, zehirleyici, sürekli hastalığa yol açıcı nükleer, radyoaktif, kimyasal, biyolojik maddeler anlaşılır.

156 Meran, a.e, sf. 324

Suçun silahla işlenmesi hali, suçun işleniş şekli ile alakalı bir arttırım nedenidir. Fail silahın yaratmış olduğu korku ile mağdurun direncini kırmaktadır. Failin kendisine sağlamış olduğu bu kolaylık nedeni ile bu husus bir arttırım nedeni olarak düzenlenmiştir. Burada silahın failin üzerinde bulunması yetmez, silahı en azından direnci kırma aracı olarak kullanması gerekmektedir. Kullanma her şekilde gerçekleşebilir. Örneğin tabanca gösterilmesi hükmün uygulanması için yeterlidir. Silahın, bilfiil somut olayda kullanılması gerekmez.¹⁵⁷ Silahın mağdur tarafından görünecek şekilde kılıf içinde bulunması bu arttırım sebebinin uygulanmasına engel teşkil etmez. Yine gerçeğine benzeyen kuru sıkı veya oyuncak tabanca, mağdurun direncini kırarak şekilde gösterilirse bu arttırıcı sebep uygulanmalıdır.¹⁵⁸

Cinsel saldırı suçu gerçekleştikten sonra silah kullanılması bu arttırım sebebinin uygulanması sonucunu doğurmaz. Cinsel saldırı gerçekleştikten sonra silah kullanımı silahın kullanım şekline göre tehdit veya kasten yaralama suçuna vücut verebilir. Fail bu durumda hem cinsel saldırı hem de oluşan diğer suçtan ayrı ayrı cezalandırılır.

2.3.1.4.2.3.5. Suçun Birden Fazla Kişi Tarafından Birlikte İşlenmesi

Cinsel saldırı suçunun, birden fazla kişi ile birlikte işlenmesinin cinsel saldırı suçunun ağırlaştırıcı nedeni olarak kabul edilmesinin sebebi, mağdurun direncinin kırılmasında faillere sağladığı kolaylıktır. Kanun maddesinde suçun ağırlaştırıcı nedenini "*birden fazla kişi ile birlikte işlenmesi*" şeklinde ifade edilmiştir. Bu nedenle hükmün uygulanabilmesi için, faillerin en az iki kişi olması ve aynı amaç doğrultusunda iştirak iradesi altında hareket etmeleri gerekmektedir. Azmettirme halinde bu ağırlaştırıcı neden uygulanamaz. Aynı şekilde yardım eden sıfatıyla suça etki edilmesi halinde de bu arttırım nedeni uygulanamaz.¹⁵⁹ Bu hüküm ancak

157 Nur Centel, "5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Saldırı Suçu ve Cinsel Suçlar Değişiklik Tasarısı'nın Değerlendirilmesi", sf. 279

158 Artuk, Gökçen, Yenidünya, a.e, sf.179

159 Artuk, Gökçen, Yenidünya, a.e, sf.179

müşterek failer hakkında uygulanabilir.

5237 sayılı yasanın 37. maddesinde asli iştirak düzenlenmiştir.¹⁶⁰ Müşterek faillikten söz edilebilmesi için, birlikte suç işleme kararı ve fiil üzerinde ortak hakimiyet gereklidir. Eğer fiilin icrası ve sonuç alınması faillerden her birinin elinde ise fiil üzerinde hakimiyet kurulmuş demektir. Ayrıca hareket ile netice arasında

160 Madde Gerekeşi : "765 sayılı Türk Ceza Kanununda "asli" ve "fer'i iştirak" ayırımı kabul edilmiştir. "Asli iştirak", "asli maddi iştirak" ve "asli manevi iştirak" olarak ikiye ayrılmıştır. Bu ayırimda "fiili irtikap etme" ve "doğrudan doğruya beraber işleme", "asli maddi iştirak" şekilleri olarak öngörülmüştür. Buna karşılık azmettirme, "asli manevi fail" olmayı gerektirmektedir. Tek tek sayılmak suretiyle belirlenen "fer'i iştirak" hallerinde ise, cezanın indirilmesi gerekirken, "zorunlu fer'i iştirak"ın "asli iştirak" olarak cezalandırılması öngörülmüştür.

Bu sistemin en önemli sakıncası, kişinin suçun işlenişine katkısının, gerçekleştirilen suçun bütünlüğü içerisinde değil, ondan bağımsız olarak ele alınmasıdır. Örneğin bir işyerinde işlenen silahlı yağma suçunda, dışarıda gözcülük yapan kişinin fiili yağma suçunun bütününden bağımsız olarak değerlendirilmektedir. Bu nedenle, gözcülük yapan uygulamada bazen "asli fail" bazen "fer'i fail" olarak sorumlu tutulmaktadır. Bu sistemde, suçun işlenişine iştirak eden kişilerin çoğu zaman "asli fail" olarak mı yoksa "fer'i fail" olarak mı sorumluluğu gerektirdiği duraksamaya yer vermeyecek bir biçimde saptanamamaktadır. Halbuki, örnek olayda gözcülük yapma fiilinin diğer kişilerle birlikte işlenen yağma suçunun gerçekleşmesine olan etkisi bir bütün olarak değerlendirildiğinde; gözcülük yapan kişinin de diğer suç ortaklarıyla birlikte suçun işlenişinde ortak hakimiyet kurduğu sonucuna ulaşılır. Bu durumda ise gözcülük yapan kişinin de fail olarak sorumlu tutulması gerekir.

Hükümet Tasarısında da benimsenen "asli iştirak", "fer'i iştirak" ayırımının adil ve eşit olmayan bir cezalandırmayı sonuçlaması ve uygulamada zorluk ve duraksamalara neden olması dolayısıyla, bu ayırımı esas alan düzenleme tasarıdan çıkarılmıştır. Yeni yapılan düzenlemeyle, iştirak şekilleri, fiilin işlenişinde kurulan hakimiyet ölçü alınarak belirlenecektir. Bu sistemde birer sorumluluk statüsü olarak öngörülen iştirak şekilleri ise, faillik, azmettirme ve yardım etmeden ibarettir.

Yeniden düzenlenen maddenin birinci fıkrasına göre suçun kanuni tanımında öngörülen fiili gerçekleştirilen kişi fail olup; suçun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi durumunda, bu kişilerin her biri müşterek fail olarak sorumlu tutulacaklardır.

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

Suç ortaklarının iştirak katkılarının karşılıklı olarak birbirlerini tamamlamadığı durumlarda da müşterek faillik mümkündür. Bazı hallerde failer, her biri suçun kanuni tanımındaki bütün unsurları tek başına gerçekleştirmek üzere, bir anlaşmaya varabilir. Örneğin bir kişiyi öldürmek için aralarında anlaşmış olan beş kişi, amacın gerçekleşme ihtimalini daha da yükseltmek için, aynı anda mağdurun üzerine ateş ederler. Ateşlenen mermilerden bir kısmı mağdura isabet eder, bir kısmı ise etmez. Bu örnek olayda bütün suç ortakları ortak bir suç işleme kararına dayanarak birlikte hareket etmektedirler. Bu beş suç ortağının ateşlediği mermilerden sadece bir tanesinin mağdura isabet edip ölümüne neden olması halinde dahi, tamamlanmış kasten adam öldürme suçundan dolayı bu kişilerden her biri müşterek fail olarak sorumlu

illiyet bağının bulunması gerekmez.¹⁶¹ Müşterek failliğin varlığı için iştirakçilerden her birinin tipik fiili gerçekleştirmiş olması gerekmez. Davranışları ile tipik fiilin gerçekleşmesini sağlayan, 765 sayılı TCK'nın ifadesi ile "*fiili irtikap eden*" kişinin yanı sıra doğrudan doğruya beraber işleyen kişi de faildir.¹⁶²

Müşterek faillikte, birlikte suç işleme kararının yanı sıra, fiil üzerinde ortak hakimiyet kurulduğu için, her bir suç ortağı faillik sıfatına sahiptir. Ortak hakimiyetin kurulup kurulmadığının saptanmasında suç ortaklarının suçun icrasındaki rolleri ve katkılarının taşıdığı önem göz önünde bulundurulur. Bu durumda fiilin icrası veya sonuçsuz kalması ortak faillerden her birinin elinde bulunmaktadır. Örneğin suç ortaklarından birinin cebir veya tehdit kullanarak mağduru etkisiz hale getirmesi, diğerinin ise mağdur üzerinde cinsel saldırı eylemini gerçekleştirmesi durumunda her iki suç ortağının suçun işlenişine yaptıkları katkı, suçun icrası açısından birbirini tamamlayıcı niteliktedir. Dolayısıyla, her iki suç ortağı, suçun işlenişinde ortak bir hakimiyet kurmaktadır.¹⁶³

Müşterek faillik bakımından zorunlu diğer bir koşul, failler arasında birlikte suç işleme kararının varlığıdır. Belli bir hareketin icrasına ve neticenin meydana gelmesine ilişkin olan birlikte suç işleme kararı, kast kapsamında düşünülmelidir. Suç ortaklarının suçun işlenişine ilişkin kastlarının doğrudan veya olası kast gibi

tutulacaktır.

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

Bir suçun failine, onun haberi olmaksızın, tek taraflı iradeyle, suçun işlenmesine başlamadan önce veya suçun icrası sırasında yardım edilmesi halinde, müşterek fail olarak değil, yardım eden olarak sorumlu tutulmak gerekir. "

161 Mehmet Tan Yıldız, "5237 Sayılı Yasa Hükümlerine Göre Müşterek Faillik", http://www.turkhukuk sitesi.com/makale_1200.htm, 13.09.2013

162 Devrim Aydın, Türk Ceza Hukukunda İştirak, Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi SBE, Ankara, 2008, sf. 213

163 Meran, a.e, sf. 327

farklılık göstermesinin, müşterek fail olarak sorumlulukları üzerinde bir etkisi yoktur.¹⁶⁴

Bu bent kapsamında gerçekleştirilen fiiller nedeni ile faillerden her biri 102. maddenin üçüncü fıkrasının "d" maddesi uyarınca nitelikli cinsel saldırı suçunu işlemiş olur, bu durumda cinsel saldırı sayısınca suç vardır. Söz konusu halde failer hakkında maddi içtima hükümleri uygulanacaktır.¹⁶⁵

2.3.1.4.2.4 Mağdurun Direncinin Kırılmasını Sağlayacak Ölçünün Ötesinde Cebir Kullanılması

5237 sayılı TCK'nın 102. maddesinde suçta kullanılan araç olarak cebir, tehdit ve hileden söz edilmemiş olsa da hem 102. maddenin gerekçesinde hem de 102. maddenin dördüncü fıkrasında suçun işlenmesi sırasında mağdurun direncinin kırılmasını sağlayacak ölçünün ötesinde cebir kullanılması hali düzenlendiğinden cebrin cinsel saldırı suçunun unsuru olduğu açıktır.

102. maddenin dördüncü fıkrasında, cinsel saldırı suçunun oluşumu için gerekli olan cebrin ötesinde cebir kullanılması halinde cinsel saldırı suçunun yanında ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümlerin uygulanacağı öngörülmüştür.

Bu hususta karşımıza açıklanması gereken mağdurun direncini kırarak ölçünün ötesinde cebir kullanılması kavramı ortaya çıkmaktadır. Kanımca bu hususun her maddi olayda ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu hususta mağdurun direncine etki eden tüm haller değerlendirilmelidir. Örneğin genç bir kadın ile genç bir erkeğin kendilerine yönelik olarak gerçekleşen cinsel saldırı eylemlerine göstereceği direnç farklı olacaktır. Mağdurun direncine etki eden hallerin tespit ve değerlendirmesinde uzman bilirkişilerin görüşlerinin alınması gerekebilir.¹⁶⁶

164 Meran, a.e, sf. 327

165 Soyaslan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, sf.236

166 Malkoç, Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar, sf. 79

Mağdurun direncini kıracak ölçünün ötesinde cebrin hangi derecede olduğu da önem arz etmektedir. 102. madde metninde "*kasten yaralama*" suçundan bahsedildiği için kasten yaralama suçuna ilişkin düzenlemelerin değerlendirilmesi gerekmektedir. Kasten yaralama suçuna ilişkin düzenleme, 5237 sayılı TCK'nın 86. maddesinde yer almıştır. Madde metnine göre kasten yaralama, başkasının vücuduna acı verme veya sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulmasına neden olma kavramları ile açıklanmıştır. Failin fiillerinin mağdurun direncini kıracak ölçünün ötesinde cebir kullanması halinde mağdurda meydana gelen yaralanmanın ölçüsüne göre basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek nitelikte ise 86. maddenin ikinci fıkrası, giderilemeyecek durumda ise birinci fıkrasından başlanarak hüküm kurulması gerekecektir.

Ancak somut olaya göre mağdurun direncini kıracak nitelikte cebrin 86. maddenin ikinci fıkrasında düzenlenen basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek nitelikte bir yaralama sonucu doğurması da mümkündür. Bu halde, cebrin basit tıbbi müdahale ile giderilemeyecek durumda olması halinde kasten yaralamaya ilişkin hüküm uygulanabilir. Kanun koyucunun bu belirsiz düzenlemesi nedeni ile ortaya saptanması gereken ve her olayda farklı olabilecek mağdurdaki direnç sorunu ortaya çıkmaktadır. Hakikatten de mağdurda bulunan direnci kırabilmek için belkide kasten yaralama suçunun nitelikli hali bile yeterli gelmeyebilir.

2.3.1.4.2.5. Cinsel Saldırı Suçunun Netice Sebebiyle Ağırlaşmış Halleri

Kanun koyucu 5237 sayılı TCK'da "*neticesi sebebi ile ağırlaşmış suç*" kavramını 23. madde ile açıklamıştır. Madde metni şu şekildedir ;

*"Bir fiilin, kastedilenden daha ağır veya başka bir neticenin oluşumuna sebebiyet vermesi halinde, kişinin bundan dolayı sorumlu tutulabilmesi için bu netice bakımından en azından taksirle hareket etmesi gerekir."*¹⁶⁷

167Madde Gerekçesi : "*Kişi suç teşkil eden bir fiili işlerken, kastettiği neticeden daha ağır veya başka bir netice gerçekleşmiş olabilir. Bu gibi durumlarda netice sebebiyle ağırlaşmış suç söz konusudur. Örneğin, basit yaralamada bulunulmak istenirken, kişi görme, işitme yeteneğini*

Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç kavramı failin kastettiği neticeden ağır veya başka bir neticenin meydana gelmesi halinde söz konusu olur. Temel suçla korunması amaçlanan hukuki yarar ile meydana gelen netice ile ihlal edilen hukuksal yararın aynı olduğu ancak sözü edilen hukuksal yarara verilen zararın oranında bir artışın bulunduğu hallerde ağır netice bulunmaktadır. Kast edilenden farklı bir hukuki yararın zarar gördüğü suçlarda ise başka neticeden bahsedilir. Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçların tamamında failin cezası, kast etmiş olduğu suçun cezasına göre ağırlaşmaktadır. Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda gerçekleşen neticenin kural olarak fail tarafından istenmeyen bir netice olması gerekir. Eğer gerçekleşen netice bakımından failin kastı varsa ve bu netice kanunda başka bir suçun unsuru ise neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçtan bahsedilemez.¹⁶⁸

Kanun koyucu, cinsel saldırı suçu bakımından 102. maddenin beşinci ve altıncı fıkralarında üç adet neticesi sebebiyle ağırlaşmış hal öngörmüştür. Maddenin beşinci fıkrasında, mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması hali, altıncı fıkrasında ise mağdurun bitkisel hayata girmesi veya ölmesi hali düzenlenmiştir.

yitirmiş olabilir. Yaralama fiili gerçekleştirilirken, genellikle bunun sonucunda ağır bir neticenin meydana gelebileceği düşünülür. Örneğin gözüün, kulağın üzerine sert bir biçimde vuran kişi, bu yumruk neticesinde mağdurun görme veya işitme yeteneğini yitirebileceği olasılığını göz önünde bulundurur. Ağır neticenin ortaya çıkacağı bu şekilde öngörüldüğü durumlarda, meydana gelen ağır netice açısından fail olası kastla hareket etmektedir.

Buna karşılık, yaralama fiili sonucunda kişinin öngörmediği ağır bir netice de meydana gelmiş olabilir. Örneğin canının biraz yanması için mağdurun karın boşluğuna hafif bir biçimde vurulması halinde mağdurun inhibisyon sonucu ölebilir. Bu gibi durumlarda ise fail, yaralama fiilini işlerken, mağdurun ölebileceğini tahmin etmemiş olabilir. 765 sayılı Türk Ceza Kanununda ve Hükümet Tasarısının bazı hükümlerinde, kişi gerçekleştirmeyi kastetmediği böyle neticelerden objektif olarak sorumlu tutulmaktadır.

Belirtmek gerekir ki, bu tür sorumluluk, ortaçağ kanonik hukukunun kalıntısı olan "versari in re illicita", yani hukuka aykırı bir durumda olan bunun bütün neticelerine katlanır anlayışının ürünü olup, çağdaş ceza hukuku bu anlayışı çoktan terk etmiştir. Çünkü kusurun aranmadığı objektif sorumluluk halleri kusursuz ceza olmaz ilkesiyle açıkça çelişmektedir. Ülkemiz ceza hukuku öğretisinde uzun süredir objektif sorumluluk hallerinin ceza mevzuatından çıkarılması gerektiği ifade edilmektedir. Bu talebin yerine getirilmesi, Anayasada öngörülen kusur ilkesinin zorunlu bir sonucudur.

Madde metnindeki düzenlemeyle, meydana gelen ağır netice açısından kişinin sorumlu tutulabilmesi için, söz konusu neticeye ilişkin olarak en azından taksir dolayısıyla kusurlu bulunması gerekmektedir. Bu hükümle, meydana gelen kastedilenden başka ve ağır netice açısından sorumluluğun, kusura dayalı bir sorumluluk olması sağlanmak istenmiştir. "

168 Nazmiye Özenbaş, Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlarda Ceza Sorumluluğunun Esası, Doktora Tezi, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Eskişehir, 2012 sf.4

2.3.1.4.2.5.1. Mağdurun Beden veya Ruh Sağlığının Bozulması

Gerek basit cinsel saldırı gerekse nitelikli cinsel saldırı fiillerinin neticesinde mağdurun beden veya ruh sağlığı bozulursa 102. maddenin beşinci fıkrasının uygulanma imkanı doğar.

765 sayılı TCK'nın 418/2 maddesindeki "*Eğer bu fiil ve hareketler bir marazın sirayetini veya mağdurun sıhhatine sair büyük bir nakisa irasını veya malüliyet veya mayubiyetini müstelzim olursa*" ibarelerinin yerine, 5237 sayılı TCK ile "*mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması*" ibaresi kullanılmıştır.¹⁶⁹

Cinsel saldırının neticesi sebebiyle ağırlanmış bu hali için fail, basit veya nitelikli cinsel saldırı fiilini gerçekleştirme konusunda sahip olduğu kasıt ile hareket etmelidir. Failin kastı mağdurun beden veya ruh sağlığını bozmak olmamalıdır. Eğer fail bu niyet ile cinsel saldırı suçunu gerçekleştiriyorsa failin hareketleri hem cinsel saldırı suçunu hem de fiiline göre başka bir suç oluşturacaktır.

Kanun koyucu beden veya ruh sağlığının bozulması deyimlerinden tam olarak ne kastettiğini açıklamamıştır. Madde gerekçesinde de bu hususa ilişkin açıklama yapmamıştır.¹⁷⁰ Mağdurun beden veya ruh sağlığında meydana gelen her türlü bozulma bu fıkra kapsamında değerlendirilmemelidir. Cinsel saldırı sırasında mağdurda meydana gelen bozulma, cinsel saldırı suçunun unsuru olan cebir niteliğinde ise bu fıkranın uygulanmaması gereklidir.

169 Tuğrul, a.e, sf.94

170 Fıkranın gerekçesi : "*Beş ve altıncı fıkralarda cinsel saldırı suçunun neticesi sebebiyle ağırlanmış halleri düzenlenmiştir. Bu itibarla, cinsel saldırı suçunun işlenmesi suretiyle mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulmasına neden olunması, daha ağır ceza ile cezalandırılmayı gerektirmektedir. Keza, cinsel saldırı sonucunda mağdurun bitkisel hayata girmesi veya ölümü halinde, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükmolunacaktır. Ancak, bu durumlarda, netice sebebiyle ağırlaştırılmış suçlar dolayısıyla sorumluluk için aranan koşulların gerçekleşmesi gerekir.*"

Yargıtay, yerleşmiş içtihatları ile mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulup bozulmadığının tespiti için Adli Tıp Kurumu'ndan rapor alınması gerektiğini belirtmiştir.¹⁷¹

Failin cinsel saldırı suçuna vücut veren hareketleri neticesinde, failin taşıdığı bir hastalığı mağdura bulaştırması, mağdurun çocuk yapma yeteneğinin kaybolmasına neden olması ya da mağdurda ağır psikolojik travma meydana gelmesi mümkündür. Mağdurun frengi hastası olması veya çocuk yapma kabiliyetini yitirmesi durumunda bu hüküm uygulanır.¹⁷²

Mağdurun beden veya ruh sağlığının geçici ya da kalıcı olarak bozulmasının bir önemi yoktur. Bir hastalığın tedavisinin uzun bir süreci gerektirmesi durumunda bu fıkradaki halin varlığından söz edilebilir. Mağdurun hastalığı failde bulunan bir hastalıktan bulaşma yoluyla almış olması da gerekmez. Failin cinsel saldırı eylemi nedeniyle mağduru yatırdığı yerin bulaşıcı hastalığa sahip bir kişiye ait olması nedeni ile mağdurun verem hastalığına yakalanmış olması durumunda da bu fıkra uygulanabilir.¹⁷³

Yargıtay Ceza Genel Kurulu, vermiş olduğu bir kararında¹⁷⁴ mağdurda meydana gelen beden veya ruh sağlığı bozukluğunun kalıcı olması gerektiğini belirtmiştir. Kanımca bu karar pek isabetli olamamıştır. Madde metninde bozukluğun kalıcı veya geçici olması gerektiğine ilişkin bir kayıt yer almamaktadır. Yargıtay Ceza Genel Kurulunun bu şekilde bir karar vermesi madde kapsamının daraltılması anlamına gelmektedir. Yargı kararı ile kanun koyucunun iradesinin daraltılması veya genişletilmesi mümkün değildir.

171 Yarg. 5. CD. ,2005/19291 E. , 2006/186 K. , 25.1.2006 Tarihli Kararı

172 Ali Parlar, Muzaffer Hatipoğlu, Açıklamalı – Yeni İçtihatlarıyla 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu, 2. Cilt. Ankara, Seçkin Yayınevi, 2008, sf.1612

173 Meran, a.e, sf. 331-332

174 Yarg. CGK 20.11.2007/240

Mağdurun sağlığını bozan eylemler cinsel saldırı suçunun icra hareketlerinden kaynaklanabileceği gibi kullanılan cebirden veya uygulanan tehditten de meydana gelebilir.

765 sayılı TCK'dan farklı olarak kızlık zarının bozulması tek başına beden sağlığının bozulması anlamına gelmez. Ancak kızlık zarı bozulan mağdurenin ahlaki kirlenmişlik duygusuna kapılarak sağlığının bozulması söz konusu olabilir. Bu halde beden veya ruh sağlığının bozulup bozulmadığı Adli Tıp Kurumundan aldırılacak raporlarla tespit ettirilmelidir. Bu konuda kesin rapor verilmesi için olay tarihinden en az altı aylık süre geçmesi koşulunun arandığı bilinmektedir.¹⁷⁵

Cinsel suçların mağdur üzerinde psikolojik bir travma yaratması muhtemeldir. Ancak cezanın artırılmasını gerektiren "*ruh sağlığı bozukluğu*" kavramına ilişkin kriterler kanunda ayrıntılı olarak belirtilmemiştir. Cinsel saldırılardan sonra travma sonrası stres bozukluğu, akut stres bozukluğu, depresyon başta olmak üzere birçok psikiyatrik rahatsızlık görülebilmektedir.¹⁷⁶

Mağdurun ruh sağlığı cinsel saldırı suçunu oluşturan fiillerden önce bozulmuşsa bu fıkra hükmü uygulanamaz. Ancak bu hususun saptanması kişinin daha önce tıbbi bir kaydı yoksa mümkün olmamaktadır. Yine bir ihtimal mağdurun ruh sağlığının cinsel saldırı suçunun işlenmesinden sonra bozulmadığını ancak yargılama sırasında bu hususta rapor düzenlenmesinden önce başka bir sebepten bozulmuş olduğunu farzederseniz bu durumda da bu husus anlaşılamayacağından fail hakkında uygulanmaması gereken bu hüküm uygulanmak durumunda kalacaktır. Çünkü bu hususunda fark edilmesi mümkün olmayacaktır.

Cinsel saldırı suçu mağdur üzerinde yarattığı etki düşünüldüğünde diğer suç tiplerinden ayrılmaktadır. Cinsel saldırıya maruz kalan mağdurun ruhsal çöküntü

175 Yarg. 5.CD. , 2008/7911 E. , 2008/9021 K. , 28/10/2008 Tarihli Kararı

176 Kenan Karbeyaz, Cinsel Suç Mağdurlarında "Beden veya Ruh Sağlığında Bozulma Kavramı", Bu Hususta Düzenlenen Adli Raporların Yargı Kararı Üzerindeki Etkinliği, Doktora Tezi, Eskişehir Osmangazi Üniversitesi, Adli Tıp Anabilim Dalı, Eskişehir, 2009, sf.7

yaşaması normaldir. Toplumumuzda bulunan namus algısı burada da kendisini hissettirir. Mağdurun kirlenmişlik düşüncesi pek tabii olarak bu suçtan görmüş olduğu zararın miktarını arttırır. Mağdurda meydana gelen ruh sağlığı bozukluğu kişiden kişiye farklı düzeylerde gerçekleşir. Kimi mağdur bu suçtan dolayı ruhsal olarak etkilenmeyebilirken -ki bu durumun mümkün olmadığı kanaatindeyim- kimi az miktarda kimi de yaşamını idame ettiremeyecek kadar etkilenebilir. Hatta ruh sağlığının geçici veya sürekli olarak da bozulması halinde de bu fıkra hükmü uygulanabilir. Ancak kanun koyucu bu durumları göz önünde bulundurmadan mağdurun ruh sağlığının bozulması halinde cezanın on yıldan az olamayacağını belirtmekle yetinmiştir. Cezanın fiille orantılı olması gerektiği düşünüldüğünde bu düzenleme orantılılık ilkesine aykırı düşmektedir. Kanun koyucu bu şekilde bir sınır belirlemekle mağdurda gerçekleşen geçici ve/veya hafif ruh sağlığı bozukluğu ile sürekli ve/veya ağır ruh sağlığı bozukluğuna neden olan faile aynı cezayı öngörmüştür. Kanaatimce mağdurun ruhsal sağlığının bozulacağını bir karine olarak kabul edilip ceza miktarlarının bu karineye uygun olarak düzenlenmesi en doğru yaklaşım olacaktır. Yine de kanun koyucu bu hususu düzenleyecek idiyse de düzenleme yapılırken "*ceza on yıldan az olamaz*" demek yerine mağdurda meydana gelen ruh sağlığı bozukluğunun boyutlarına göre bir arttırım sebebi olarak düzenleyip bu konuda hakime takdir hakkı kullanabilmesi için bir oran aralığı belirlemeliydi.

Mağdurun ruh beden veya ruh sağlığının bozulması ile ilgili olarak bu neticesi sebebiyle ağırlaşmış halinin hem basit cinsel saldırı hem de nitelikli cinsel saldırı suçunun işlenmesi neticesinde uygulanabileceğini belirtmiştir. İşte bu noktada hakkaniyetsizlik oluşturduğunu düşündüğüm başka bir durum ortaya çıkmaktadır. Kanun koyucu bu neticenin gerçekleşmesi halinde faile verilecek cezanın on yıldan az olamayacağını belirlemiştir. Örnekle açıklayacak olursak failin fiil neticesinde beden veya ruh sağlığı bozulan mağdurun bacağına dokunması halinde de , saatlerce organ sokmak suretiyle gerçekleştirdiği fiilinde de failin cezası aynı olacaktır. Bu hususun uygulamada sıkıntı yaratacağı ortadadır.

2.3.1.4.2.5.2. Mağdurun Bitkisel Hayata Girmesi veya Ölmesi

102. maddenin altıncı fıkrasında da cinsel saldırı suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış halleri düzenlenmiştir. Fıkranın uygulanması açısından failin kastı oldukça önem taşır. Fail işlemeye kast ettiği cinsel saldırı suçunun neticesi olarak mağdurun ölümünü veya bitkisel hayata girmesini istememiş olmalıdır. Fakat bu netice bakımından 5237 sayılı TCK 23. madde de ifade edildiği üzere failin taksir derecesinde bir kusurunun bulunması gerekir.¹⁷⁷

Failin kastı kasten öldürme ise bu durumda fail hem nitelikli cinsel saldırı hem de kasten öldürme suçlarından sorumlu olacaktır. Fail işlemiş olduğu cinsel saldırı suçunu gizlemek, delillerini ortadan kaldırmak, işlenmesini kolaylaştırmak ya da yakalanmamak amacıyla mağduru öldürürse veya cinsel saldırı suçunu elinde olmayan nedenler yüzünden kendisinde meydana gelen infialle mağduru öldürürse fail hem cinsel saldırı (ikinci hal için cinsel saldırıya teşebbüsten sorumlu olacaktır.) hem de nitelikli kasten öldürme suçlarından sorumlu olacaktır.

MERAN'a göre : "Failin cinsel saldırıda bulunduğu mağdura AIDS hastalığını bulaştırması söz konusu olabilir. Fail bu hastalığın tedavisinin bulunmadığını bilmekte ve bunu bilerek mağdurun bu nedenle ölebileceğini öngörerek cinsel saldırı fiillerini gerçekleştirmektedir. AIDS hastalığını bulaştırmak mağduru öldürmek değildir. Ancak mağdurun sonuçta öleceğini kesin olarak bildiği halde cinsel saldırı eylemini gerçekleştirmesi nedeni ile bu fıkra uyarınca doğrudan kastı bulunduğu kabul edilerek cezalandırılmalıdır."¹⁷⁸ Kanımca bu düşünce yanlıştır. Öncelikle şunu belirtmekte fayda var. Cinsel ilişkiye girme neticesinde AIDS olan kişinin virüsü karşı tarafa bulaştırmış olması ihtimali vardır, burada bir kesinlik yoktur. Cinsel ilişki sonrası HIV virüsü cinsel ilişkinin karşı tarafına bulaşmayabilir.¹⁷⁹ Bu nedenle failin

¹⁷⁷ Tezcan, Erdem, Önok, a.e, sf. 336

¹⁷⁸ Meran, a.e, sf. 333-334

¹⁷⁹ HIV pozitif bir kişiyle girilen yalnızca tek bir korunmasız cinsel ilişki bile bulaşma tehlikesi teşkil eder. Birleşmeler ne kadar sık olursa, HIV'nin kişiye bulaşma ihtimali de o derece artar. http://www.unhcr.org.tr/uploads/root/hiv-aids_hakk%C4%B1nda_temel_bilgiler.pdf

doğrudan kastettiği fiil öldürmek olmasa da failin olası kast ile hareket ettiğini söylemek yanlış olmaz. Fail burada olursa olsun zihniyetiyle hareket ettiğinden ve bu nedenle olası kastı bulunduğundan gerçekleştirmiş olduğu fiilleri netice sebebi ile ağırlaştırılmış suç kapsamında değerlendiremeyiz.

Kanun koyucu fıkroda mağdurun bitkisel hayata girmesini de netice sebebiyle ağırlaştırılmış hal olarak düzenlemiştir. Ancak kanun koyucu bitkisel hayatın ne demek olduğunu açıklamadığından bu kavramın tıp biliminde açıklanması gereklidir.

Bitkisel hayattaki hastalar, kendileri ve çevreleri hakkında bir farkındalığa sahip değildirler, istemli olarak yorumlanabilecek motor hareketlerde bulunmazlar, iletişim kuramazlar ve sürekli tekrarlanan uyarılara karşı yanıt veremezler. Buna karşılık uyku-uyanıklık döngüsüne sahiptirler. Refleksleri neredeyse tamamen korunmuştur. Bitkisel hayat bazı hastalarda kalıcı bir hal alır, bu duruma sürekli bitkisel hayat adı verilir. Ancak belirli bir düzeyde iyileşmeyle bitkisel hayattan minimal bilinçlilik durumuna varan hastalar, hatta tamamıyla iyileşen hastalar da bulunmaktadır.¹⁸⁰

Bitkisel hayat ile beyin ölümü aynı anlamda değildir. Hukukumuzda beyin ölümü gerçekleşmiş bulunan bir kimse artık ölü kabul edildiğinden¹⁸¹ beyin ölümü halinde fıkra metninde düzenlenen "*ölüm*" hali anlaşılmalıdır. Bitkisel hayatta ise kişi ölmüş kabul edilmez kaldı ki bitkisel hayatta bulunan kişinin sağlığına kavuşması mümkündür.

Fıkranın uygulanması bakımından mağdurun bitkisel hayatta geçirdiği sürenin bir önemi yoktur. Mağdur bir anlığına dahi bitkisel hayata girse bile bu fıkra uygulama alanı bulacaktır. Bu husus fail bakımından adaletsiz bir duruma yol açar.

180 Taha Hanoğlu, "Bitkisel Hayattaki Hastalarda Bilinçlilik Sorunu", <http://hayatsaglik.org/anasayfa/wp-content/uploads/Bitkisel-Hayattaki-Hastalarda.pdf> 13.08.2013

181 Hakan Hakeri, "Beyin Ölümü ve Hukuk", <http://www.medimagazin.com.tr/authors/hakan-hakeri/tr-beyin-olumu-ve-hukuk-72-64-2175.html> 21.10.2013

Mağdurun ölümünün veya bitkisel hayata girmesinin cinsel saldırı sırasında veya hemen ardından gerçekleşmesi gerekmez. Cinsel saldırı ile mağdurun ölmesinin veya bitkisel hayata girmesi arasındaki illiyet bağı bulunduğu sürece neticenin gerçekleşmiş olması yeterlidir. Netice çok uzun süreler sonra gerçekleşmiş olsa bile sonuç değişmez.

2.3.1.4.2.6. Suçun Özel Görünüş Biçimleri

2.3.1.4.2.6.1. Teşebbüs

Teşebbüs kurumu 5237 sayılı TCK'nın 35. maddesinde düzenlenmiştir. Madde metnine göre; Kişi, işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaz ise teşebbüsten dolayı sorumlu tutulur.

Cinsel saldırı suçu, mağdurun vücut dokunulmazlığını ihlal niteliği taşıyan herhangi bir davranışın gerçekleştirilmesiyle birlikte tamamlanır. Bunun için ayrıca failin cinsel arzularını tatmin etmiş olması gerekmez.¹⁸²

Cinsel saldırı suçunun hem basit, hem de tüm nitelikli halleri kural olarak teşebbüse elverişlidir. Fail, işlemeyi amaçladığı cinsel saldırı suçunun basit veya nitelikli halini gerçekleştirmeye yönelik elverişli hareketlerini doğrudan doğruya icraya başlamasına rağmen elinde olmayan nedenlerden gerçekleştirememesi halinde teşebbüs hükümlerine göre cezalandırılacaktır.

Ancak bazı yazarlar cinsel saldırı suçunun basit halinin sırf hareket suçu niteliğinde olmasından ötürü teşebbüse elverişli olmadığını savunmaktadırlar.¹⁸³ Kanımca suça konu olan fiillerin bölünmesi mümkün ise cinsel saldırının basit hali için teşebbüs söz konusu olabilir. Örneğin bir otobüste mağdurun kalçasına

¹⁸² Soyaslan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, sf.233

¹⁸³ Meran, a.e, sf. 318

dokunmak üzere elini uzatmasını görenlerin faili engellemesi halinde teşebbüs söz konusu olabilir. Çünkü burada fail icra hareketlerine başlamış ancak elinde olmayan sebeplerden ötürü neticeyi gerçekleştirememiştir.

Teşebbüs aşamasında kalmış cinsel saldırı suçunun nitelikli hali ile gerçekleşmiş cinsel saldırının basit halini ayırabilmek için failin hareketlerine bakmamız gerekmektedir, eğer failin hareketleri neticesinde nitelikli halin gerçekleşeceği belli oluyorsa bu eylemi cinsel saldırının nitelikli haline teşebbüs olarak anlaşılmalıdır. Bu fikrin aksini savunan yazarlarda bulunmaktadır. Bu yazarlara göre 102. maddenin ikinci fıkrasında düzenlenen halin ayrı bir suç olarak tanımlanmamış olması birinci fıkranın nitelikli halini oluşturuyor olması nedeni ile nitelikli halin sair bir sebeple gerçekleşmemesi halinde teşebbüsten bahsedilemez.¹⁸⁴ Yargıtay, nitelikli hale de teşebbüsün mümkün olduğuna işaret etmiştir.¹⁸⁵

Neticesi sebebiyle ağırlaşmış cinsel saldırı suçlarına teşebbüs mümkün değildir.¹⁸⁶ Ancak cinsel saldırı fiilleri teşebbüs aşamasında kalmış olmasına rağmen neticesi sebebiyle ağırlaşmış haller meydana gelirse neticesi sebebiyle ağırlaşmış halden ceza verilmeli ancak cinsel saldırıya teşebbüs üzerinden hüküm kurulmaya

184 Artuk, Gökçen, Yenidünya, a.e, sf.185

185 Yarg. 5. CD., 2007/11586 E., 2008/161 K., 22.01.2008 Tarihli Kararı : "*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 ölüne 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 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,..... bozulmasına 22/01/2008 tarihinde oy birliğiyle karar verildi."*

186 Yarg. 5. CD., 2007/528 E., 2007/2851 K., 16.04.2007 Tarihli Kararı: "*Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda failin bu ağır neticeden ancak onun gerçekleşmesi halinde sorumluluğu kabul edildiğinden, ağır neticeye yönelik taksir derecesinde bir kusur aranması nedeniyle teşebbüsün suç işleme kastına ilişkin şartının gerçekleşmesi mümkün olmadığından ve meydana gelen sonuç istenmediğinden keza Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 18.12.1989 gün ve 1989/314 esas, 1989/399 sayılı kararı içeriğine göre de, neticesi sebebiyle ağırlaşmış bu suçların teşebbüse elverişli bulunmadığı gözetilmeden sanığa cinsel saldırı suçundan verilen cezadan TCK.nun 35. maddesi ile indirim yapılması bozmayı gerektirmiştir."*

başlanılmalıdır.¹⁸⁷

5237 sayılı TCK'nın 36. maddesi gereği, 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. Örneğin; fail cinsel ilişkide bulunmak isterken vazgeçerse, o zamana kadarki eylemler cinsel saldırının temel şeklini oluşturabilir.¹⁸⁸

2.3.1.4.2.6.2 İştirak

Suçun kanuni tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştiren kişilerden her biri, fail olarak sorumlu olur (TCK m. 37). Suçun kanuni tanımında öngörülen cinsel davranışlarla bir başkasının vücut dokunulmazlığın ihlal eylemini gerçekleştiren kişi fail olup; suçun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi durumunda, bu kişilerin her biri müşterek fail olarak sorumlu tutulacaktır. Müşterek faillikte, birlikte suç işleme kararının yanı sıra, fiil üzerinde ortak hakimiyet kurulduğu için, her bir suç ortağı fail statüsünde olup, ortak hakimiyetin kurulup kurulmadığının saptanmasında suç ortaklarının suçun icrasındaki rolleri ve katkılarının taşıdığı önem göz önünde bulundurulur.¹⁸⁹ Örneğin; cinsel saldırı suçunu işlemek isteyen suç ortaklarından birinin cebir veya tehdit kullanarak mağdurun direncini kırdığında, diğerinin de kişiye cinsel saldırı suçunda bulunması halinde, her iki suç ortağının suçun işlenişine yaptıkları katkı, suçun icrası açısından birbirini tamamlayıcı niteliktedir. Dolayısıyla, her iki suç ortağı, suçun işlenişini üzerinde ortak bir hakimiyet kurduğu için, suçun faili olarak cezalandırılacaktır.^{190 191} Bu kişilerin aynı amaca yönelik farklı fiiller

187 Artuk, Gökçen, Yenidünya, a.e, sf. 186

188 Sevük, A.g.m, sf.253

189 Madde Gereğesinden

190 Sevük, a.g.m, sf. 255

191 Yarg. 5.CD. 2008/650 E., 2008/3485 K., 15.04.2008 Tarihli Kararı: "... 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

gerçekleştirmeleri sonucu değiştirmez, yine de fail gibi sorumlu olurlar.¹⁹²

Kural olarak cinsel saldırı suçuna azmettiren veya yardım eden sıfatıyla iştirak mümkündür. Azmettirme, hiç bir şeklide suç işleme kararı bulunmayan bir kişiye suç işleme kararı verdirilerek suçun işletilmesidir. Azmettirme öncesinde azmettirilende suç işleme iradesi bulunmaz. Azmettiren ise herhangi bir şekilde suçun icrasına katılmamaktadır. Niteliği itibariyle cinsel saldırı suçları azmettirmeye elverişlidir ve azmettiren işlenen cinsel saldırı suçunun cezası ile cezalandırılacaktır. Yardım etme; fiil üzerinde bir hakimiyeti bulunmadan suçun icra hareketlerine katılıp, suçun işlenmesinde faile kolaylık sağlayan kişi yardım eden sıfatıyla sorumlu olur.

Cinsel saldırı suçunun en az iki kişi tarafından birlikte işlenmesi halinde 102. maddenin üçüncü fıkrasının "d" bendi uyarınca kişiler suçun müşterek faili olarak cezalandırılacak ve cezaları bu nitelikli hal nedeniyle ayrıca artırılacaktır.

Suçta iştirak kurumundan söz edebilmemiz için öncelikle kasten işlenmiş bir fiilin varlığı gereklidir. Doğal olarak da fiilin hukuka aykırı olması gereklidir. Suçta iştirak kurumunda faillerden birinde bulunan şahsi cezasızlık sebebi sadece ilgili fail hakkında uygulanabilir. Ayrıca iştiraktan bahsedebilmemiz için suçun en azından teşebbüs aşamasına varmiş olması gereklidir.

Cinsel saldırı suçu bakımından iştirak kurumu bir özellik göstermediği, bu nedenle de iştirakin her halinin mümkün olacağı açıktır.¹⁹³

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'nın 37/1. maddesi kapsamında müşterek fail olarak katıldığı gözetilmeyerek yazılı şekilde (nitelikli cinsel saldırıya yardım etme) hüküm kurulması aleyhe temyiz olmadığından bozma nedeni yapılmamıştır..."

192 Baytemir, a.e, sf.44

193 Taner, a.e, sf. 227

2.3.1.4.2.6.3 İçtima

Suçların içtimalı kapsamında, 5237 sayılı TCK'nın 42. maddesinde "*bileşik suç*", 43. maddesinde "*zincirleme suç*" ve 44. maddede "*fikri içtima*" hallerine yer verilmiştir.

Biri diğerinin unsurunu veya ağırlaştırıcı nedenini oluşturması dolayısıyla tek fiil sayılan suça bileşik suç denir. Bu tür suçlarda içtima hükümleri uygulanmaz. Cinsel saldırı suçu açısından bakarsak failin uygulamış olduğu cebir, tehdit bu suçun unsuru olduğundan ötürü ayrıca cebir ve tehdit suçlarından fail cezalandırılmaz. Ancak suçun işlenmesi sırasında mağdurun direncinin kırılmasını sağlayacak ölçünün ötesinde cebir kullanılması durumunda kişi ayrıca kasten yaralama suçundan dolayı cezalandırılır. Bu durumda gerçek içtima hükümleri uygulanacaktır.

5237 sayılı TCK'nın 94. maddesinde düzenlenen işkence suçu kapsamında cinsel saldırı suçu işlenmiş ise gerçek içtima kurallarına göre her bir fiile ayrı ayrı ceza verilmelidir. Çünkü 5237 sayılı TCK'nın 94. maddesinin üçüncü fıkrasında, işkencenin cinsel yönden taciz şeklinde gerçekleşmesi halinde, on yıldan on beş yıla kadar hapis cezası hükmolunacağı öngörülmüştür. Kanun metninde bilinçli olarak cinsel taciz ifadesine yer verildiğinden cinsel saldırı suçunu oluşturan fiillerin işkence suçu kapsamında işlenmesi halinde gerçek içtima hükümleri gereğince hem cinsel saldırı hem işkence suçu oluşacaktır.

Benzer şekilde 5237 sayılı TCK'nın 109. maddesinde düzenlenen kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu bakımından da kanun koyucu maddenin beşinci fıkrası ile bu suçun cinsel amaçla işlenmesi halini bir arttırım sebebi olarak belirlemiştir. Kanun koyucu madde metninde "*cinsel amaç*" ifadesine yer verdiği için, failin cinsel saldırıya varan fiilleri mevcutsa hem bu nitelikli halden hem de cinsel saldırı suçundan sorumlu olacaktır.

5237 sayılı TCK'nın 77. maddesinin birinci fıkrasına göre, cinsel saldırıda bulunma, siyasal, felsefi, ırki veya dini saiklerle toplumun bir kesimine karşı bir plan

doğrultusunda sistemli olarak işlenirse, insanlığa karşı suç oluşturur. Kanununun 42. maddesinin birinci fıkrasına göre; biri diğerinin unsurunu veya ağırlaştırıcı nedenini oluşturması dolayısıyla tek fiil sayılan suça bileşik suç denilip, bu tür suçlarda içtima hükümleri uygulanmayacağı için, burada bileşik suç söz konusu olup, suçu oluşturan araç suç olan cinsel saldırıdan dolayı ayrıca ceza verilmez.¹⁹⁴

Cinsel saldırı suçunun işlenmesi maksadıyla aynı zamanda konut dokunulmazlığının ihlal edilmesi halinde de iki ayrı suç oluşacaktır.¹⁹⁵

Zincirleme suç hükümleri 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda 43. maddede düzenlenmiştir. 29.06.2005 tarihli değişiklikten önce "*Kasten öldürme, kasten yaralama, işkence, cinsel saldırı, çocukların cinsel istismarı ve yağma suçlarında*" zincirleme suç hükümlerinin uygulanamayacağı belirtilmişken bu fıkra meydana gelen değişiklik ile "*cinsel saldırı*" ve "*çocukların cinsel istismarı*" suçları madde metninde çıkarılarak bu suçlarda zincirleme suç hükümlerinin uygulanabileceğini öngörmüştür.

Cinsel saldırı suçunun bir suç işleme kararı ile aynı mağdura farklı zamanlarda birden fazla kez işlenmesi halinde zincirleme şekilde işlenen cinsel saldırı suçu oluşacaktır. Eğer fail farklı mağdurlara karşı cinsel saldırı eylemi gerçekleştirirse bu sefer her bir fiil bakımından ayrı ayrı cezalandırılacak zincirleme suç hükümleri uygulanamayacaktır. Mağdura yönelik gerçekleşen zincirleme cinsel saldırı suçunun neticesinde kanunda öngörülmüş ağırlaştırılmış hallerin de oluşması halinde zincirleme suça ilişkin arttırımın basit veya nitelikli hal üzerinden yapılması gerekmektedir.¹⁹⁶

Failin tek bir fiil ile birden fazla mağdura yönelik cinsel saldırı suçunu işleyemeyeceğinden 5237 sayılı TCK'nın 43. maddesinin ikinci fıkrasının cinsel

194 Sevük, a.g.m, sf.264

195 Artuk, Gökçen, Yenidünya, a.e, sf.189

196 Artuk, Gökçen, Yenidünya, a.e, sf.188

saldırı suçu bakımından uygulanamayacağı kanaatindeyim.

Cinsel saldırı suçunun basit hali ile cinsel saldırı suçunun nitelikli hali arasında zincirleme suç hükmünün uygulanması mümkündür. Buna göre fail tarafından aynı suç işleme kararı kapsamında aynı kişiye yönelik farklı zamanlarda cinsel saldırı suçunun basit hali ve nitelikli hali gerçekleştirildiğinde zincirleme suça ilişkin hüküm uygulanabilir.¹⁹⁷

2.3.2 Suçun Manevi Unsuru

Manevi unsur, insan hareketlerine kusurlu bir iradenin karışması biçiminde açıklayabiliriz Bu unsura "*kusurluluk*" adı da verilebilir. Ancak, manevi unsur, failde kusurlu bir iradenin varlığı olarak anlarsak onu dar anlamda ele almış oluruz. Kusurlu bir iradenin, yani kusurluluğun var olabilmesi için, failin kusurlu davranabilme yeteneğine de sahip olması gerekir. Böyle bir yeteneğe sahip olmayan bir kimseden kusurlu bir hareket beklenemez.¹⁹⁸

Kanunun suç saydığı bir eylem dolayısıyla kişinin cezalandırılabilmesi için, kural olarak eylemin kasten işlenmiş olması gerekir. Ancak, kanunda bir eylemin taksirle dahi işlenmesinin suç olarak tanımlanması halinde, taksirle gerçekleştirilen eylemler de cezalandırılabilirler.

Cinsel saldırı suçu bakımından manevi unsur kast oluşturur, taksirle bu suçun işlenmesi mümkün değildir. Failin suçu oluşturan tüm unsurları bilerek ve isteyerek gerçekleştirmesi gerekmektedir. Bu suçun birinci fıkrada düzenlenen basit halinin işlenebilmesi için de ayrıca failin cinsel amaçlı hareket etmesi gerekmektedir. Bu nedenle basit cinsel saldırı için kanun koyucunun özel kast aradığını söylemek yanlış olmaz.

197 Meran, a.e,sf. 318-319

198 Uğur Alacakaptan, Suçun Unsurları, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No. 372, Ankara, Sevinç Matbaası, sf.197

Nitelikli cinsel saldırı bakımından kanun koyucu madde metninde özel bir amaç öngörmediği için genel kast bu suçun manevi unsurunu oluşturur.

Ancak yine de nitelikli cinsel saldırı suçunun oluşumu için fiilin cinsel içerikli olması gerekmektedir. Bu hususa yukarıdaki anlatımlarımda değinmiş olduğum için burada tekrar yer vermeyerek bir örnek ile açıklamayı yeterli buluyorum. Örneğin vajinal veya anal yoldan mağdura organ veya sair cisim sokulması halinde eylemin cinsel içerikli olduğu açıktır. Failde bulunan kastı incelememiz gerekmez. Buna karşılık bir kimseye oral yoldan zorla sağlığını bozacak sıvı veya katı maddeler yedirilmesi halinde nitelikli cinsel saldırı suçu oluşmaz.¹⁹⁹ İşte bu noktada failde bulunan kastın kasten yaralama suçuna mı yoksa cinsel saldırı suçuna mı ilişkin olduğunun saptanması gerekecektir.

Basit cinsel saldırıda özel kast aranması, failin cinsel arzuları tatmin amacıyla eylemi gerçekleştirmediği hallerde suçun kasten yaralama veya hakaret sayılması sonucunu doğuracaktır. Vücuda organ veya sair cisim sokmada ise cinsel arzuları tatmin amacı bulunmasa da failin eylemi bilerek ve isteyerek hareket etmiş olması bu suçun oluşması için yeterli görülecektir. Suçun işlenmesinde sadece doğrudan kastın mı aranacağı yoksa olası kastın da yeterli mi olacağı konusunda da öğretide farklı görüşler bulunsa da bu suç olası kastla işlenebilir.²⁰⁰

Neticesi sebebiyle ağırlaşmış cinsel saldırı suçları bakımından ise failinin kastedilenden daha ağır bir neticeden sorumlu tutulabilmesi için en azından taksirle hareket etmiş olması gereklidir. Fail ölüm neticesini öngörmüş ve kabullenmiş ise bu halde de hem cinsel saldırı hem de öldürme suçundan sorumlu olacaktır.²⁰¹

199 Artuk, Gökçen, Yenidünya, a.e, sf.181

200 Centel, "5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Saldırı Suçu ve Cinsel Suçlar Değişiklik Tasarısı'nın Değerlendirilmesi", sf.277

201 Artuk, Gökçen, Yenidünya, a.e, sf.sf.181

Cinsel saldırı suçunda, mağdurun, beden ve ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişilerden olması ve üçüncü derece dahil kan veya kayın hısımlığı ilişkisi içinde bulunan kişilerden olması cezada arttırımı gerektiren nitelikli hal olarak düzenlenmiştir. Cinsel saldırı suçunda mağdurun, ceza da arttırım yapılmasını gerektiren niteliklerinin fail tarafından bilinmesi gerekmektedir. Ancak bu halde failin arttırım sebepleri için kastından söz edilebilir.

2.3.3. Hukuka Aykırılığı Ortadan Kaldıran Sebebin Yokluğu

Fail tarafından gerçekleştirilen fiilin cezalandırılabilmesi için öncelikle, fiilin hukuka aykırı olması gereklidir. Hukuka aykırılık, sadece ceza kanunları bakımından değil tüm hukuk normları açısından değerlendirilir. Ancak cezaların kanuniliği ilkesi gözden uzak tutulmamalıdır. Failin eylemi hukuka aykırı değilse cezalandırılması olanaksızdır.

5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda yer verilen hukuku uygunluk sebepleri ; 24. maddede düzenlenen "*kanun hükmü ve amirin emri*", 25. maddede düzenlenen "*meşru savunma ve zorunluluk hali*", 26. maddede düzenlenen "*hakkın kullanılması ve ilgilinin rızası*" dır.

Rıza geçerli olmalıdır. Gerekçede bu şart "*ehil olmak*" olarak ifade edilmiştir.²⁰² Geçerli bir rıza açıklaması için mağdurun temyiz kudretine sahip olması gereklidir. Temyiz kudretine sahip olan kişi kendi menfaatine karşı yapılacak olan saldırının anlamını idrak edebilecek durumdadır. Bu nedenle mağdur fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama ve davranışları yönlendirme yeteneğine sahip olmalı, akıl hastası olmamalıdır.²⁰³

202Zeki Hafizoğulları , Hukuka Uygunluk Nedenleri, <http://www.abchukuk.com/cezahukuku/hukuka-uygunluk.html> 12.10.2013

203 Doğan Soyaslan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Güncelleştirilmiş 4. Baskı, Ankara, 2012, sf.384

Söz konusu hukuka uygunluk nedeninin varlığı için, rızanın kişinin üzerinde mutlak surette tasarrufta bulunabileceği bir hakka ilişkin olması da gerekir.²⁰⁴ Burada bahsi geçen mutlak kavramı, bir hukuksal değer üzerinde, o hukuksal değer sahibinin serbestçe, kural olarak herhangi bir hukuki sınırlama ile karşılaşmadan tasarruf edebilmesini karşılar.²⁰⁵ Bu açıklamadan yola çıkarak cinsel özgürlük için kişinin üzerinde mutlak tasarruf edebileceği bir hak diyebiliriz. Ancak kanun koyucu kişinin cinsel bütünlüğü üzerindeki hakkın kullanımını belirli bir yaş sınırına bağlamıştır. Cinsel suçlar bakımından rıza ehliyeti, temyiz kudretine sahip olma şartı ile on beş yaş olarak belirlenmiştir.²⁰⁶

Üzerinde mutlak surette tasarruf edilebilecek haklar; Malvarlığı hakkı, şeref üzerindeki hak, hürriyeti üzerindeki hak, cinsel özgürlük olarak sayılabilir. Yaşama hakkı, vücut bütünlüğü, devlete ve aileye ilişkin haklarda bireyin mutlak surette tasarruf imkanı yoktur.

Mağdurun rızası üzerine yapılan hareketin haksızlık oluşturmayacağı hukukun temel ilkelerindedir. Kişi hukuk düzeninin kendisine tanıdığı hakkını kullanıp kullanmamakta serbesttir. Hukuk düzeni belli koşullarla kişinin hakkı üzerinde tasarrufta bulunma imkanı sağlar.²⁰⁷

Cinsel saldırı suçu bakımından sadece "*ilgilinin rızası*" hali hukuka aykırılığı ortadan kaldırmaktadır. Diğer sebeplerin cinsel saldırı suçunda uygulanma imkanı bulunmamaktadır.

204 26. maddenin gerekçesinden

205 Meral Ekici Şahin, Ceza Hukukunda Rıza, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2012, sf.112

206 Hamide Zafer, Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m.1-75, 2. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları, 2011, sf.292

207 Hamide Zafer, a.e, sf.288

Daha önceki açıklamalarımda da bahsettiğim gibi, mağdurun, kendisine karşı işlenen fiile rıza göstermemesi cinsel saldırı suçunun oluşumu için şarttır. Bu durum cinsel saldırı suçunun hem basit hali hem de nitelikli hali için geçerlidir. Mağdur, kendi bedeni üzerinde gerçekleşecek cinsel fiillere ilişkin rızasını bu fiillerin başlamasından önce göstermeli ve bu rızasını fiillerin sona ermesine kadar sürdürmelidir. Mağdur, failin kendisine yönelik olarak cinsel saldırı suçu oluşturabilecek nitelikte bir fiile başlangıçta gösterdiği rızasından fiiller gerçekleşirken vazgeçmesi halinde, fail fiillerine devam eder ise, fail rızanın kalktığı andan cinsel saldırı suçundan sorumlu olur.

Mağdurun başlangıçta rızası bulunmamasına rağmen kendisine yönelik gerçekleşen cinsel saldırı suçuna ilişkin olarak sonradan rıza göstermesi mümkün değildir, artık suç tamamlanmıştır. Mağdurun bu aşamadan sonra şikayetçi olmaması suçun oluşumu için değil soruşturulması ve kovuşturulması açısından önem taşır. Basit cinsel saldırı ve eşe karşı nitelikli cinsel saldırıda rızası bulunmayan mağdur şikayetçi olmasa bile ortada tamamlanmış bir cinsel saldırı suçu olacaktır.

Mağdurun göstermiş olduğu rızanın kapsamı da önemlidir. Mağdurun cinsel davranışa gösterdiği rıza sadece cinsel amaçlı bedensel teması kapsıyor ve vücuda organ veya cisim sokmayı kapsamıyorsa, failin mağdurun vücuduna organ veya cisim sokması halinde, cinsel saldırı suçunun nitelikli hali oluşur. Mağdur rızasını açıkça gösterebileceği gibi zımnî olarak da gösterebilir. Zımnî rıza kendisini gerçekleşen fiile itiraz etmeme şeklinde gösterebilir.²⁰⁸

208 Soyaslan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2012, sf.379

Şikayet süresi 5237 sayılı TCK'da altı ay olarak belirlenmiştir. Bu altı aylık sürenin başlangıcı, suçtan zarar görenin "*fiil ve faili*" öğrendiği günden başlar. Mağdurun hem fiili hem de faili öğrenmesi ile süre başlayacağından sadece failin öğrenilmesi ya da sadece fiilin öğrenilmesi durumlarında öngörülen bu altı aylık süre başlamayacaktır. Bu durum mağdurun faili veya fiili öğrenememesi halinde şikayet hakkını kullanamayacağı anlamına gelmez. Mağdur fiili veya faili öğrenmeden de şikayet hakkını kullanabilir.

Şikayetin ne şekilde yapılacağına ilişkin kurallar 5271 sayılı CMK'nın 158. maddesinde düzenlenmiştir. Maddeye göre suça ilişkin ihbar veya şikayet Cumhuriyet Başsavcılığı'na veya kolluk makamlarına yapılabilir. Valilik veya kaymakamlığa ya da mahkemeye yapılan ihbar veya şikayet, ilgili Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilir. Yurt dışında işlenip, ülkede takibi gereken suçlar hakkında Türkiye'nin elçilik ve konsolosluklarına da ihbar veya şikayette bulunulabilir. Bir kamu görevinin yürütülmesiyle bağlantılı olarak işlendiği iddia edilen bir suç nedeniyle, ilgili kurum ve kuruluş idaresine yapılan ihbar veya şikayet, gecikmeksizin ilgili Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilir. İhbar veya şikayet yazılı veya tutanağa geçirilmek üzere sözlü olarak yapılabilir.

Hukuken geçerli bir şikayetin Cumhuriyet Başsavcılığına ulaşması halinde derhal soruşturmaya başlanılacaktır. Cumhuriyet savcısının suçun işlendiği yönünde yeterli şüpheye ulaşılması halinde iddianame düzenlenerek kovuşturma aşamasına geçilecektir.

Cinsel saldırı suçunun temel biçimi olan basit cinsel saldırının soruşturulması ve kovuşturulması mağdurun şikayetine bağlı tutulmuştur. Ancak basit cinsel saldırının 5237 sayılı TCK'nın 102. maddesinin üçüncü, dördüncü, beşinci ve altıncı fıkraları kapsamında işlenmesi durumunda soruşturma resen yapılacaktır.

Cinsel saldırı suçunun nitelikli halinde ise soruşturma resen yürütülecektir. Bu durumda Cumhuriyet savcısı suçun işlendiği haberini alır almaz soruşturmaya

başlayacaktır. Cinsel saldırı suçunun nitelikli halinin eşe karşı işlenmesi halinde suçun soruşturulması ve kovuşturulması eşin şikayetine bağlı tutulmuştur. Eşe karşı işlenen nitelikli cinsel saldırının 102. maddenin üçüncü, dördüncü, beşinci ve altıncı fıkraları kapsamında işlenmesi durumunda soruşturma resen yapılacaktır.

Basit cinsel saldırı ve eşe karşı cinsel saldırı suçunun takibi şikayete bağlı olmasına karşın, bu suçla ilgili uzlaşma hükümleri uygulanamaz. Çünkü 5271 sayılı CMK'nın 253/3. maddesinde, "*cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlarda uzlaşma hükümleri uygulanmaz*" hükmü yer almaktadır.

2.4.2. Görevli Mahkeme

5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri İle Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev Ve Yetkileri Hakkında Kanun'un 8. maddesine göre ceza mahkemeleri, sulh ceza, asliye ceza ve ağır ceza mahkemeleri ile özel kanunlarla kurulan diğer ceza mahkemelerinden oluşur. Aynı kanunun 10. maddesi sulh ceza mahkemelerinin, 11. maddesi asliye ceza mahkemelerinin, 12. maddesi ise ağır ceza mahkemelerinin görevleri belirlenmiştir.

5235 sayılı Kanunun ilgili hükümleri dikkate alındığında; 5237 sayılı TCK'nın 102. maddenin birinci fıkrasında düzenlenen basit cinsel saldırı ve basit cinsel saldırının 5237 sayılı TCK'nın 102. maddesinin üçüncü ve dördüncü fıkrası kapsamında işlenmesi durumunda, suçların kovuşturulmasında görevli mahkeme asliye ceza mahkemesidir. Basit cinsel saldırının 5237 sayılı TCK'nın 102. maddesinin beşinci ve altıncı fıkraları kapsamında işlenmesi durumunda ise görevli mahkeme ağır ceza mahkemesidir. 5237 sayılı TCK'nın 102. maddenin ikinci fıkrasında düzenlenen vücuda organ veya sair cisim sokmak suretiyle işlenen cinsel saldırının kovuşturulmasında görevli mahkeme ağır ceza mahkemesidir.

2.4.3. Yaptırım

5237 sayılı TCK'nın 102. maddesinin birinci fıkrasında düzenlenen, basit cinsel saldırı suçu için kanun koyucu iki yıldan yedi yıla kadar hapis cezası öngörmüştür.

Maddenin ikinci fıkrasında düzenlenen, vücuda organ veya sair cisim sokmak suretiyle cinsel saldırı suçunun işlenilmesi halinde faile yedi yıldan on iki yıla kadar hapis cezası verilecektir.

Failin hem cinsel saldırı suçunun basit hali hem de nitelikli halini oluşturan fiillerinin üçüncü fıkra kapsamında olması halinde verilecek cezanın yarı oranında arttırılacağı öngörülmüştür.

Failin fiillerinin dördüncü fıkra kapsamında olması halinde ayrıca kasten yaralama suçundan cezalandırılacağı belirtilerek gerçek içtima kuralının uygulanacağı belirtilmiştir.

Failin fiilleri neticesinde beşinci fıkrada düzenlenen ağırlaşmış hallerin meydana gelmesi halinde de faile on yıldan az olmayacak şekilde hapis cezasının verileceği düzenlenmiştir.

Failin fiilleri neticesinde altıncı fıkrada düzenlenen ağırlaşmış hallerin meydana gelmesi halinde faile ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası verileceği düzenlenmiştir.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ÇOCUKLARIN CİNSEL İSTİSMARI

3.1. GENEL AÇIKLAMA

Kanun koyucu aslında cinsel saldırının bir yansıması olan bu düzenleme ile çocuklara karşı cinsel saldırı suçunun işlenmesi halini ayrı bir madde ile daha ağır cezalar öngörerek düzenlemiştir. Pek tabii bu düzenlemenin nedeni çocukların yetişkinlere oranla çok daha fazla korunmaya muhtaç olmalarıdır.

Kanun koyucu yetişkin kişilerin vücut bütünlüğünün cinsel amaçlarla ihlal edilmesi hali için "*cinsel saldırı*" ifadesini kullanmışken, aynı fiillerin çocuklara yönelmesi halinde "*istismar*" ifadesini tercih etmiştir.

Cinsel dokunulmazlığa karşı suçlarda özellikle çocukların korunması, neredeyse tüm dünya devletlerin önem sıralamasında üst sıralarda yer almaktadır. Bu hususta uluslararası hukukta bir çok düzenleme mevcuttur.²¹⁴

1982 Anayasasının 41. maddesinin üçüncü fıkrasında "*Devlet, her türlü istismara ve şiddete karşı çocukları koruyucu tedbirleri alır*" denmektedir. Benzer bir düzenleme olan sözleşmenin 19. maddesi ve 34. maddesi taraf devletlere çocukların korunmasını sağlama yükümlülüğü getirmiştir.

214 B.M. Çocuk Haklarına Dair Sözleşme, Çocuk Haklarına Dair Sözleşmeye ek Çocukların Satışı, çocuk fahişeliği ve çocuk pornografisi ile ilgili İhtiyari Protokol, Avrupa Konseyi B.M. Çocuk Haklarına Dair Sözleşmenin Uygulanmasına Dair Avrupa Sözleşmesi

Konuya ilişkin açıklamalarda bulunmadan "*çocuk*" ifadesine bir açıklık getirmek gerekmektedir. Çocuk kavramına ilişkin birbirinden farklı açıklamalar yapmak mümkündür.

Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından 20.11.1989 tarihinde kabul edilerek 02.09.1990 tarihinde yürürlüğe konulan ve temel hak ve hürriyetlere ilişkin bir sözleşme niteliğinde olması nedeni ile iç hukukumuzun bir parçası haline gelen Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 1. maddesinde; "*Bu sözleşme uyarınca çocuğa uygulanabilecek olan kanuna göre daha erken yaşta reşit olma durumu hariç, on sekiz yaşına kadar her insan çocuk sayılır.*" denilmektedir.

Daha önceki anlatımlarımda da belirttiğim gibi, çocuk, 5237 sayılı TCK'nın 6. maddesinin birinci fıkrasının "c" bendi uyarınca on sekiz yaşını doldurmamış kişidir. Yine 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanununun 3. maddesinin ilk fıkrasının "a" bendinde de daha erken yaşta ergin olsa bile, on sekiz yaşını doldurmamış kişinin çocuk olduğu belirtilmiştir.

Görüldüğü gibi Türk Ceza Hukuku sisteminde yer alan çocuk tanımı ile Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin çocuk tanımı arasında farklılık vardır. 1982 Anayasasının 90. maddesinin son fıkrasının son cümlesinde; "*Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır.*" denilmektedir. Bu hükme göre Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesinde yer alan tanımın esas alınması gerekir gibi gözüküyorsa da iç hukukumuzda yer alan düzenlemenin sözleşmede yer alan düzenlemeden daha geniş bir koruma getirmesi nedeni ile 5237 sayılı TCK'da ki ve 5395 sayılı ÇKK'da ki çocuk tanımını esas almamız gerekmektedir.

Şu halde on sekiz yaşını doldurmamış her insanı cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar bakımından çocuk kabul etmemiz gerekecektir.

103. madde ile ilgili açıklanması gereken diğer bir hususta "istismar" kavramıdır. İstismar kelime anlamı olarak "Birinin iyi niyetini kötüye kullanma, sömürme, sömürü" demektir.²¹⁵ Geniş anlamda çocuğun istismarı ise çocuğa yönelik gerçekleşen her türlü şiddettir. İstismar; fiziksel, cinsel, duygusal şiddet ve ihmal olarak karşımıza çıkmaktadır.²¹⁶

Dünya Sağlık Örgütü, çocuk istismarını, "çocuğun sağlığını, fiziksel ve sosyal gelişimin olumsuz yönde etkileyen bir yetişkin, toplum veya ülke tarafından bilerek veya bilmeyerek yapılan davranışlar" biçiminde tanımlamıştır.²¹⁷

Cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar kapsamında kalan istismar çocukların cinsel istismarıdır. Çocukların cinsel istismarı suçu 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 103. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre;

Çocuğu cinsel yönden istismar eden kişi, üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

Cinsel istismar deyiminden;

a) Onbeş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayma 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.

Cinsel istismarın vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi durumunda, sekiz yıldan on beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

(Değişik: 29/6/2005 – 5377/12 md.) Cinsel istismarın üstsoy, ikinci veya

215 TDK, Güncel Türkçe Sözlük, <http://www.tdk.gov.tr>

216 Oğuz Polat, Tüm Boyutlarıyla Çocuk İstismarı, Tanımlar 1, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2007, sf.24

217 Nezih Ahmet Kök, "Çocuğun Cinsel İstismarında Adli Tıp Uygulamaları", Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (EÜHFD), 2006, C. X, S. 3-4, , s. 3

üçüncü derecede kan hısmı, üvey baba, evlat edinen, vasi, eğitici, öğretici, bakıcı, sağlık hizmeti veren veya koruma ve gözetim yükümlülüğü bulunan diğer kişiler tarafından ya da hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle veya birden fazla kişi tarafından birlikte gerçekleştirilmesi halinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza yarı oranında artırılır.

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

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

Suçun sonucunda mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması halinde, on beş yıldan az olmamak üzere hapis cezasına hükmolunur.

Suçun mağdurun bitkisel hayata girmesine veya ölümüne neden olması durumunda, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükmolunur.²¹⁸

218 Madde metninde çocukların cinsel istismarı fiilleri suç olarak tanımlanmıştır. Erişkin kişilere karşı işlenen fiiller açısından cinsel saldırı ifadesi kullanılmasına rağmen, çocuklar açısından cinsel istismar ifadesi kullanılmıştır. Erişkin kişilere karşı gerçekleştirilen cinsel davranışların kişinin rızasına aykırı olması gerekir. Aksi takdirde, yani kişinin rızasının bulunması halinde, ceza hukuku sorumluluğunu gerektiren davranışlardan söz edilemez. Erişkin kişilere karşı gerçekleştirilen cinsel davranışlar açısından rızanın varlığı, ceza sorumluluğunu ortadan kaldırmaktadır. Buna karşılık, onbeş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan çocuklara karşı gerçekleştirilen cinsel davranışlar açısından, rızanın varlığı ceza sorumluluğunu ortadan kaldırmamaktadır. Başka bir deyişle, kendisine karşı gerçekleştirilen cinsel davranışlar açısından bu çocuğun rıza açıklamasında bulunması, fiili suç olmaktan çıkarmayacak ve kişinin ceza sorumluluğunu ortadan kaldırmayacaktır. Bu bakımdan, onbeş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte maruz kaldığı fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan kişilere karşı gerçekleştirilen her türlü cinsel davranış, cinsel istismar olarak kabul edilmiştir.

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

Maddenin birinci fıkrasında, cinsel istismar suçunun temel şekli açısından ceza yaptırımını belirlenmiştir. İkinci fıkrada ise, bu suçun işleniş tarzı itibarıyla nitelikli hali tanımlanmıştır. Buna göre, cinsel istismarın vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi, suçun temel şekline nazaran daha ağır ceza ile cezalandırılmayı gerektirmektedir. Suçun bu nitelikli haline ilişkin açıklama için, cinsel saldırı suçunun gerekçesine bakılmalıdır.

Üçüncü fıkraya göre; cinsel istismarın çocukla aralarında belli akrabalık ilişkisi bulunan

5237 sayılı yeni Türk Ceza Kanunu, 103. maddede düzenlenen "*Çocukların Cinsel İstismarı*" suçuna ilişkin fiiller, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 414, 415, 416, 417, 418. maddelerinde düzenlenmiştir. 5237 sayılı TCK'nın 102. maddede düzenlenen cinsel saldırı suçunun oluşumuna sebebiyet verecek olan fiillerin on beş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan çocuklara karşı veya on beş yaşını tamamlamış olmakla beraber cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilmesi hallerinde bu suç oluşacaktır.

3.2. KORUNAN HUKUKİ MENFAAT

765 sayılı TCK'da yer alan düzenlemelerde cinsel saldırı ve istismar suçları; genel ahlak ve aile düzeni aleyhine işlenen bir suç olarak düzenlenmiştir. Buna göre 765 sayılı TCK'da çocuğun cinsel istismarı suçunun hukuki yararı genel ahlak ve aile düzenidir.²¹⁹

kişiler tarafından, çocuğun vasisi, eğiticisi, öğreticisi, bakıcısı, çocuğa sağlık hizmeti veren, çocuğa karşı koruma ve gözetim yükümlülüğü altında bulunan diğer bir kişi tarafından veya hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle gerçekleştirilmesi, daha ağır ceza ile cezalandırılmayı gerektirmektedir.

Dördüncü fıkrada, cinsel istismarın, onbeş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte maruz kaldığı fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan kişilere karşı cebir veya tehdit kullanılmak suretiyle gerçekleştirilmesi, cezanın artırılmasını gerektiren bir nitelikli hal olarak kabul edilmiştir. Ancak, bunun için, uygulanan cebrin en fazla kasten yaralama suçunun temel şeklini oluşturacak boyutta olması gerekir. Bu bakımdan, beşinci fıkraya göre, cinsel istismar için başvurulacak cebir ve şiddetin kasten yaralama suçunun ağır neticelerine neden olması halinde, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanacaktır.

Altı ve yedinci fıkralarda söz konusu suçun neticesi sebebiyle ağırlaşmış halleri düzenlenmiştir. Bu itibarla, söz konusu suçun işlenmesi suretiyle mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulmasına neden olunması, daha ağır ceza ile cezalandırılmayı gerektirmektedir. Keza, söz konusu suçun işlenmesi sonucunda mağdurun bitkisel hayata girmesi veya ölümü halinde, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükmolunacaktır. Ancak, bu durumlarda, netice sebebiyle ağırlaşmış suçlar dolayısıyla sorumluluk için aranan koşulların gerçekleşmesi gerekir.

219 Murat Aydın, *Çocuğun Cinsel İstismarı ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişki*, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2012, sf.17

On beş yaşını doldurmamış olan çocuklar mutlak olarak cinsel özgürlüğe sahip değildir. On beş yaşını doldurmuş ancak on sekiz yaşını doldurmamış olan çocuklar ise nispi bir cinsel özgürlüğe sahiptirler.²²⁰

765 sayılı TCK'da çocuğun cinsel istismarı suçuna karşılık gelen maddeler de korunan hukuki değer, genel ahlak ve aile düzeni iken, 5237 sayılı TCK ile bu suçlar "*kişilere karşı işlenen suçlar*" içerisinde ve "*cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar*" başlığı altında düzenlenmiş ve böylece korunan hukuki menfaatin çocuğun cinsel dokunulmazlığı olduğunu göstermiştir. Bu suç tipinde cinsel özgürlük ve dokunulmazlık yanında kanun koyucu fiil için istismar ifadesini seçerek çocukların cinsel gelişiminin korunması amacını gütmüştür.²²¹ İstismar ifadesinin kullanılmasının bir diğer sebebi ise küçükler bu ilişkilerde başkaları tarafından kullanılmakta, başkalarının cinsel arzularını tatmin eden bir kişi durumunda sayılması, ayrıca failin mağdur çocuk üzerinde bilgi, görgü, yaşı ve konumu itibariyle otoriteye sahip olmasından dolayı bu fiili işlemedir.²²²

Bu suçla korunan hukuki menfaat, mağdur çocuğun yararidir. Kanun koyucu cinsel istismar suçunda mağdur çocuğu hem dışarıya karşı hem de kendisine karşı korumuş ve cinsel davranışlara muhatap olmaması için on beş yaşından küçüklerin rızasına itibar etmemiştir.²²³

Cinsel istismar suçunda korunan hukuki menfaatin cinsel saldırı suçundan daha geniş bir anlam ifade etmesinin nedeni bu suçun mağduru olan çocuğun yaş veya içinde bulunduğu durum itibariyle kendisine yönelik davranışın cinsel içerikli olduğunu dahi genellikle algılayamayacak durumda olmasıdır.²²⁴

220 Soyaslan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, sf.241

221 Tezcan, Erdem, Önok, a.e, sf. 338-339

222 Soyaslan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2012, sf.241

223 Artuk, Gökçen, Yenidünya, a.e, sf.192

224 Baytemir, a.e, sf.186

3.3. SUÇUN UNSURLARI

3.3.1. Suçun Maddi Undurları

3.3.1.1. Fail

Çocukların cinsel istismarının faili de herkes olabilir. Kanun koyucu cinsel saldırı suçunda olduğu gibi bu suçun oluşumu bakımından failde özel bir nitelik aramamıştır.

Çocukların cinsel istismar suçunun faili kadın veya erkek olabilir. Suçun hemcinsler arasında da işlenmesine bir engel bulunmamaktadır.

Kanun koyucu failin yaşı ile ilgili bir düzenleme de getirmediğinden dolayı çocukların cinsel istismarı suçunun failinin de bir çocuk olmasına engel bulunmamaktadır. Failin çocuk olması cinsel saldırı suçuna ilişkin açıklamalarda değindiğim gibi sadece 5237 sayılı TCK'nın 31. maddesinin ilgili fıkrasının uygulanma imkanını doğurur.

Tezin ikinci bölümünde fail için cinsel saldırı suçuna ilişkin yapılan açıklamalar cinsel istismar suçu içinde geçerlidir. Bu bakımdan çocukların cinsel istismarı ile cinsel saldırı suçlarının faili aynı özellikleri sergilemektedir.

3.3.1.2. Mağdur

5237 sayılı TCK'nın 103. maddesinde düzenlenen çocukların cinsel istismarı suçunun mağduru madde başlığında da anlaşılacağı üzere çocuktur. Çocuk kavramı ceza hukuku açısından hem 5237 sayılı TCK'da hem de 5395 sayılı ÇKK'da tanımlanmıştır. Bu tanımlarda daha öncede açıklandığı gibi çocuğun on sekiz yaşını doldurmamış kişi olduğu açıktır. Mağdurun erken erginliğe sahip olması onun çocuk

olma durumunu değiştirmez.

103. madde ile kanun koyucu bu suçun mağduru bakımından bir ayrıma gitmiştir. Kanun koyucu çocuk kavramını ikiye ayırarak açıklamıştır. Bu düzenleme çocukların cinsel istismarı suçunun mağduru olan çocuğun on beş yaşını tamamlamış olması hali ve on beş yaşını tamamlamış ancak on sekiz yaşını tamamlamamış çocukların farklı şartlar altında mağdur olabileceğini öngörmüştür. Kanun koyucu on beş ve on sekiz yaş aralığında bulunan çocuklar bakımından da ikili bir ayrıma giderek bu gruptaki çocukların gerçekleştirilen fiillerin hukuki anlam ve sonuçlarını anlayabilmelerine göre farklı şartlar altında mağdur olabileceğini düzenlemiştir.

Bu açıklamaya göre bu suçun mağduru aşağıdaki şekillerde ortaya çıkabilir;

– **On beş yaşını tamamlamamış çocuklar:** Bu gruptaki çocukların mağdur olabilmeleri için kendilerine cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir neden olmaksızın istismar eyleminde bulunulması gereklidir. Ayrıca bu çocukların fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını anlayabilecek durumda olup olmadığına bakılmaz. On beş yaşını tamamlamamış olan çocuk fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını anlayabilecek durumda olsa bile kendisine yönelik gerçekleştirilen istismar suçunun mağduru olarak kabul edilir.

– **On beş yaşını tamamlayıp on sekiz yaşını tamamlamamış çocuklar:** Bu gruptaki çocuklardan kendilerine yönelik gerçekleşen istismar eyleminin hukuki anlam ve sonuçlarını anlayamayacak durumda olanlarının mağdur olabilmeleri için kendilerine cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir neden olmaksızın istismar eyleminde bulunulması gereklidir. Mağdur çocuk eğer kendisine yönelik gerçekleşen eylemin hukuki anlam ve sonuçlarını anlayabilecek durumda ise kendisine cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir neden ile direnci kırılırsa bu suçun mağduru olabilecektir.

5237 sayılı kanununun 103. maddesinin birinci fıkrasının "a" bendinde ifade edilen çocukların, kendilerine karşı gerçekleştirilen cinsel davranışlar açısından,

kanun koyucu bu gruptaki çocuklar açısından cinsel özgürlük tanımadığından mağdurun rıza açıklamasında bulunması, fiili suç olmaktan çıkarmaz ve failin ceza sorumluluğunu ortadan kaldırmaz.²²⁵ Başka bir ifade ile, fail, kendi vücudu üzerinde 103. maddesinin birinci fıkrasının "a" bendinde tanımlanan bir çocuk tarafından cinsel davranışlarda bulunulmasına rıza göstermiş, direnmemiş olsa bile çocuğa karşı cinsel istismar suçu gerçekleşecektir. Bu yaş grubundaki çocuklara karşı cinsel istismar suçunun işlenmesi için ayrıca fail tarafından cebir, tehdit veya hileye başvurulmasına gerek yoktur. Bu yaş grubundaki çocuklara karşı cinsel saldırı suçunu işlemek amacıyla kullanılan cebir veya tehdit maddenin dördüncü fıkrası da suçun arttırım sebebi olan nitelikli hali olarak sayılmış ve faile daha fazla ceza verilmesi ön görülmüştür.

On beş yaşını tamamlamış ancak on sekiz yaşını tamamlamamış çocuklar bakımından ise cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka nedenlerin mağdur üzerinde kullanılması suçun unsurunu oluşturur. İradeyi etkileyen başka nedenlerin ne olduğu konusunda bir açıklık bulunmamaktadır. Bununla anlatılmak istenen, *"geçici bir nedenle"* ya da *"alkol veya uyuşturucu madde etkisiyle"* mağdurun davranışlarını yönlendirme yeteneğinin ortadan kalkması veya azalmasıdır. Dikkat edilmelidir ki, bu araçların çocuğun direncini tümüyle kaldıracak ölçüde olması aranmamış; bunların iradeyi etkilemiş olması yeterli sayılmıştır.²²⁶

Görüldüğü gibi çocuğun cinsel istismarı suçunun oluşumu için mağdur yaşı ve fiilin hukuki anlam ve sonucu anlayabilecek kapasitede olup olmaması önem kazanmaktadır.

Mağdurun yaşının tespiti hususunda mağdura ait nüfus kayıtları incelenmeli yaş hususu bu kayıtlara göre belirlenmelidir.²²⁷ Yaş suçun unsurudur. Bu nedenle

225 Haydar Erol, Türk Ceza Kanunu, Gerekçeli ve Açılmalı, 2. Cilt, Ankara, sf.1992

226 Artuk, Gökçen, Yenidünya, a.e, sf.194

227 Yarg. 5. CD. , 2003/2451 E., 2003/3412 K., 02.06.2003 Tarihli Kararı
Yarg. 5. CD. , 2006/3709 E., 2006/4917 K., 05.06.2006 Tarihli Kararı
Yarg. 5. CD. , 2006/3892 E., 2006/6164 K., 28.06.2006 Tarihli Kararı

mağdurun, nüfus müdürlüğünden onaylı nüfus kaydının getirilmesi ve nüfus kaydı ile mağdurun fiziki durumu değerlendirilerek, yargılama aşamasında nüfus kaydının gerçeği yansıtmadığı şüphesi oluşmuşsa mağdura ait aile nüfus kayıt tablosu ve doğum tutanakları getirilmek suretiyle resmi bir kurumda doğmadığının anlaşılması halinde tam teşekküllü resmi bir sağlık kurumundan kemik film ve grafileri de çektilerik mutlakla röntgen uzmanının da bulunduğu sağlık kurulu raporu alınmalı, yeterli görülmez ise Adli Tıp Kurumu ilgili ihtisas dairesine gönderilmeli ve gerçek yaşının tespiti yapılmalıdır. Bu gerçek yaş eğer nüfus kayıtları ile örtüşmüyorsa 5271 sayılı CMK'nın 218. maddesi uyarınca yaş düzeltilmesi yapılmalıdır.²²⁸ Yargıtay da aynı hususa kararlarında yer vermiştir.²²⁹

Mağdurun, fiilin hukuki anlam ve sonucu anlayabilecek kapasitede olup olmadığının tespitininde ise kural olarak on beş yaşını doldurmuş mağdur hakkında bu durumun araştırılması gerekli değildir.²³⁰ Ancak bu yönde bir iddia veya şüphe oluşursa adli tıp uzmanından bu konuda rapor alınması gereklidir.²³¹

5237 sayılı TCK'da kişinin "*fiilin hukuksal anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğini*" ortadan kaldıran veya azaltan nedenler, fail bakımından "*yaş küçüklüğü*", "*akıl hastalığı*" ve "*sağır ve dilsizlik*" olarak belirtilmiştir. 5237 sayılı TCK 103. maddesinin birinci fıkrasının "a" bendi anlamında algılama yeteneğinin gelişmesini engelleyen neden olarak yaş küçüklüğünden söz etmek olanaksızdır. Çünkü kanun, on beş yaşına kadar olan çocuklarda zaten algılama yeteneğinin gelişmemiş olduğunu varsaymaktadır. Bu yüzden mağdurun algılama yeteneğinin gelişmesini engelleyen nedenlerin olsa olsa sağır ve dilsizlik ile akıl hastalığı olabileceğini düşünmek mümkündür. Şu halde on beş yaşını tamamlamamış olan çocuklarda algılama yeteneğinin gelişmiş olup olmadığı konusunda bir araştırma yapılmasına gerek yoktur. Kanun, on beş yaşını tamamlamamış olan çocukların algılama

228 Erol, a.e, sf.1991-1992

229 Yarg. 5. CD., 2006/1499 E., 2006/4274 K., 22.05.2006 Tarihli Kararı

230 Tuğrul, a.e, sf.260

231 Artuç, a.e, sf.644

yeteneğinin gelişmemiş olduğunu, çürütülmesine olanak bulunmayan bir karine olarak kabul etmektedir. Ancak mağdurun on beş on sekiz arası yaş grubu içerisinde yer alması durumunda algılama yeteneğinin gelişmiş olup olmadığını araştırılabilecektir.²³²

Mağdurun sıfatı suçun oluşumu bakımından önemli değildir ancak maddenin üçüncü fıkrasında düzenlenen arttırım sebebinin uygulanması mağdurun sıfatı ile ilgilidir. Bu hususa suçun arttırım sebebi olan nitelikli hallerinin açıklanması esasında değinilecektir.

Çocuğun cinsel istismarı suçunun mağduru bakımından incelenmesi gereken diğer bir hususta mağdura yönelik gerçekleşen istismar eyleminin evlilik birliği içerisinde gerçekleşmesi halidir. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu 124. maddesi ile evlenme yaşını düzenlemiştir. Madde metnine göre evlenme yaşı olarak on yedi yaşın doldurulması öngörülmüş ancak hakim in olağanüstü durumlarda ve pek önemli bir sebeple on altı yaşını doldurmuş olan erkek veya kadının evlenmesine izin verebileceğini düzenlenmiştir. Şu halde on altı ve on yedi yaşını doldurmuş olan çocukların evlenmesi mümkündür. Fail on altı veya on yedi yaşını doldurmuş olan eşine yönelik olarak istismar eylemini gerçekleştirirse çocukların cinsel istismarı suçundan sorumlu olması gerekmektedir. Bu durumda mağdur on beş yaşını tamamlamış çocuklar hakkında ki hükme tabi olacaktır ve kendisine cebir, tehdit, hile vb. araçlarla cinsel istismar eylemi gerçekleştirilirse bu suçun mağduru olacaktır.

3.3.1.3. Konu

Çocuğun cinsel istismarı suçunun hukuki konusu, üzerinde cinsel istismar fiilleri gerçekleştirilen çocuğun yararı, vücut bütünlüğü ve cinsel dokunulmazlığıdır.

²³² Tezcan, Erdem, Önok, a.e, sf. 338

3.3.1.4 Fiil

3.1.4.1 Çocuğun Basit Cinsel İstismarı

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 103.maddesinin 1.fikrası cinsel istismarın basit halini düzenlemiştir.

5237 sayılı TCK'nın 103. maddesinin birinci fıkrasına bakıldığında, çocukların cinsel istismarı suçunun basit halini, henüz on beş yaşını tamamlamamış veya on beş yaşını tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuksal anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan çocuklara karşı gerçekleştirilen cinsel davranış; ve on beş yaşını tamamlamış ve fiilin hukuksal anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmiş olan çocuklara, cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilen cinsel davranış oluşturur.

Kanun koyucu istismar deyimini, her türlü cinsel davranış olarak belirlemiştir. Ancak bu cinsel davranışın kapsamı belirtilmemiştir. Cinsel saldırı suçunu düzenleyen 102. maddeye bakıldığında suçun oluşumu için vücut dokunulmazlığının ihlalini şart koştuğunu görürüz. Ancak kanun koyucu 103. madde içeriğinde sadece cinsel davranış deyimine yer vermiştir.

Davranış kelimesi; "*Davranma işi, tutum, davranım, muamele, hareket, dıştan gözlemlenebilecek tepkilerin toplamı, organizmanın uyarılar karşısındaki tepkilerinin bütünü.*" olarak Türk Dil Kurumunca tanımlanmıştır.²³³ Bu tanımdan yola çıkacak olursak cinsel duyguları tatmin amacıyla gerçekleştirilen her türlü insan fiili cinsel davranıştır diyebiliriz.

Öğretide bu husus oldukça tartışmalıdır.

233 TDK, Güncel Türkçe Sözlük, <http://www.tdk.gov.tr>

ÖZBEK'e göre "Kanaatimizce (a) bendindeki "her türlü cinsel davranış" ibaresi dar yorumlanmalı ve suç tipinin kapsamını suçla korunan hukuki değer ve orantılılık ilkesi aşılmamak şartıyla kapsamı belirlenmelidir. Kanaatimizce ibareyi geniş yorumlayarak yoğunluğu ne olursa olsun içerdiği cinselliğin önem ve anlamına bakılmaksızın her türlü cinsel hareketi cinsel istismar suçu olarak değerlendirmek doğru olamayacaktır."²³⁴

TEZCAN'a göre ; "Cinsel saldırı suçundan farklı olarak, cinsel istismar suçunun oluşması için çocuğa yönelik olarak "*cinsel davranış*"ın gerçekleşmesi yeterli görülmüş, bunun aynı zamanda "*vücut dokunulmalığı*"nı da ihlal etmiş olması gibi zorunluluk aranmamıştır. Bu durumda TCK m. 105 kapsamında "cinsel taciz" niteliğindeki davranışların çocuğa karşı gerçekleştirilmesi durumunda çocukların cinsel istismar suçu oluşacaktır."²³⁵

ARTUK'a göre ; "Kanaatimizce 103 üncü maddenin 1 inci fıkrasında yer alan cinsel davranış, cinsel ilişki boyutuna ulaşmayan ancak mağdurun vücuduna temas etmek suretiyle gerçekleştirilen cinsel arzuların tatminine yönelik hareketlerdir. 105 inci madde de düzenlenen cinsel taciz niteliğindeki eylemler bu kapsamda değerlendirilemez."²³⁶

MERAN'a göre ; "Cinsel davranış kavramından, failin, cinsel tatmin amacına yönelmiş olmasa da mağdurun vücudu üzerinde gerçekleştirilen, objektif olarak cinsellik ve cinsel arzuların dış dünyaya fiili olarak açıklanması veya ifade edilmesi niteliği taşıyan davranışların anlaşılması gerekir."

ARTUÇ'a göre ; "5237 sayılı TCK'nın 103. maddesine göre on beş yaşını doldurmuş ancak anlam ve algılama yeteneği gelişmiş olan çocuklara yönelik "cinsel davranışlar" cinsel istismar suçunu oluşturacağı belirtilirken, on beş yaşını

234 Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız, Tepe, a.e, sf.339

235 Tezcan, Erdem, Önok, a.e, sf. 342

236 Artuk, Gökçen, Yenidünya, a.e,sf.193

tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş çocuklara karşı gerçekleştirilen "*her türlü cinsel davranış*" tan söz edilmektedir. Kanaatimizce yasa koyucu bu ayrımı bilerek yapmıştır. Bizim kanaatimize göre 5237 sayılı TCK'nın 103. maddesi ile on beş yaşını tamamlamış ve fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmiş çocuklara karşı gerçekleştirilen eylemler çocuğun rızasının geçerli olması ve ancak rızaya aykırı davranışın suç oluşturması nedeniyle tamamen TCK'nın 102. maddesinde düzenlenen cinsel saldırı suçu ile aynı özellikleri taşımaktadır. Bu ayrımı yasa koyucu da aynı 102. maddede ki gibi "*cinsel davranışlarla*" bu suçun işleneceğini öngörerek ortaya koymuştur. O halde bizim düşünüş tarzımıza göre, bir eylemin on beş yaşını tamamlamış ve fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmiş çocuklara karşı işlenmesi halinde cinsel istismar sayılması için, vücut dokunulmazlığı ihlal edilerek, cinsel davranışın mağdurun vücudu üzerinde gerçekleştirilmesi gerekir. Bu durumda bir eylemin on beş yaşını tamamlamış ve fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmiş çocuklara karşı cinsel istismar suçunu oluşturabilmesi için mutlaka mağdurun vücuduna bir temas gereklidir. Mağdurun vücuduna temas olmaksızın sözle yapılan davranışlar ve uzaktan uzağa dokunma olmaksızın yapılan hareketler, örneğin cinsel organı gösterme ve kendi kendini tatmin etme eylemi cinsel istismar suçunu değil cinsel taciz suçunu oluşturacaktır.

Ancak on beş yaşını tamamlamamış ve fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş çocuklara karşı gerçekleştirilen her türlü cinsel davranış bu suç oluşturacaktır. Kanaatimizce bu durumda olan kimselere karşı gerçekleştirilen cinsel davranışların cinsel istismar suçunu oluşturması için ; vücut dokunulmazlığını ihlal etmiş olması gibi bir zorunluluğu yoktur. 5237 sayılı TCK'nın 105. maddesinde düzenlenen cinsel taciz suçu bile bu durumda olan çocuklara karşı gerçekleştirildiğinde cinsel istismar suçu oluşturacaktır."²³⁷

237 Artuç, a.e, sf.648

SOYASLAN'a göre "*Kanun cinsel davranış terimini bilinçli olarak kullanmış olup, buna cinsel taciz dışında her türlü cinsel hareketi kapsar şekilde anlam vermek istemiştir.*"²³⁸

PARLAR'a göre ; "103/1. fıkrada yer alan cinsel davranış cinsel ilişki boyutuna ulaşmayan ancak mağdurun vücuduna temas etmek suretiyle gerçekleştirilen cinsel arzuların tatminine yönelik hareketlerdir. 105. maddede düzenlenen cinsel taciz niteliğinde ki eylemler bu kapsamda değerlendirilemez."²³⁹

Kanımca çocuklara yönelik gerçekleştirilen her türlü dokunma, okşama gibi vücut dokunulmazlığını ihlal eden fiiller cinsel davranış olabileceği gibi, sözle veya bir şey göstermek suretiyle gerçekleştirilen her türlü fiil de cinsel davranış olarak kabul edilmelidir. Kanun koyucu 102. madde ile vücut dokunulmazlığının ihlali şartını 103. maddede aramamış olması cinsel istismar suçunun sözle işlenmesine de imkan tanımıştır. Davranış kavramını olduğu gibi almamız anlamını daraltarak kabul etmemiz gerekir. Öğretide temas olmadan gerçekleştirilen fiillerin cinsel taciz suçunun oluşturduğunu düşünenlerin dayanak olarak cinsel taciz suçunda mağdur bakımından bir ayırım yapılmamasını göstermektedirler. Ancak cinsel saldırı suçunu incelediğimizde de benzer bir durumu görüyoruz. Kanun koyucu 102. maddenin metninde de mağdur bakımından bir ayırma gitmemiştir.

Kanun koyucunun iradesinin, temas içermeyen cinsel davranışların "*Cinsel Taciz*" suçunu oluşturacağı olduğunu düşünürsek. 102. madde kapsamında olan fiillerin mağdurunun çocuk olması halinde 103. madde ile daha ağır cezalar öngörmüşken 105. maddede düzenlen cinsel taciz suçunun hem çocuklara hem de erişkinlere karşı işlenmesi halinde cezanın aynı şekilde öngörülmüş olması da bir haksızlık olarak ortaya çıkaracaktır. Bu hususta cezaların orantılılığı ilkesine aykırı düşmektedir. Neticede çocuklara yönelik sözlü veya görsel cinsel davranış çocukları, erişkinlere oranla daha fazla etkileyecek, ortaya daha büyük mağduriyet çıkacaktır.

238 Soyaslan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, sf. 240

239 Parlar, Hatipoğlu, a.e, sf.1650

Yukarıdaki anlatımlarda görüldüğü gibi bu konuda baskın olan görüş çocuklara yönelik temas içermeyen cinsel davranışların cinsel taciz suçunu oluşturacağı yönündedir. Bu görüşe göre 103. maddenin birinci fıkrasında düzenlenen çocukların cinsel istismarı suçunun oluşumu için 102. maddenin birinci fıkrasında olduğu gibi cinsel bir amaçla çocuğun vücut dokunulmazlığının ihlal edilmesi gerekmektedir. Yargıtay da cinsel taciz niteliğindeki fiillerin çocuklara yönelik olarak gerçekleştirilmesi halinde cinsel istismar suçunun oluşmayacağı, fiillerin cinsel taciz suçuna vücut vereceği cinsel istismarın basit hali için bedensel temasın gerektiği yönünde karar vermiştir.²⁴⁰

Cebir ve tehdit, 102. maddede düzenlenen cinsel saldırı suçunun unsuru olarak kabul edilmesine karşılık 103. maddenin 1. fıkrasının "a" bendinde bahsedilen çocuklara karşı kullanılan cebir ve tehdit suçun unsuru değil, suçun ağırlaştırıcı bir nedeni olarak 103. maddenin dördüncü fıkrasında düzenlenmiştir. 103. maddenin 1. fıkrasının "b" bendinde yer alan çocuklara karşı işlenmesi halinde cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedenin bulunması suçun unsurunu oluşturmaktadır. Fıkranın "b" bendi kapsamında olan çocuklar on beş yaşını doldurmuş ve kendilerine yönelik gerçekleşen fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmiş olan çocuklardır. Bu düzenleme ile on beş yaşını doldurmuş ve fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmiş olan çocukların cinsel özgürlüğünü kabul ederek rızalarıyla girdikleri cinsel yaşamlarının istismar niteliğinde olmayacağı kabul olunmuştur.

3.3.1.4.2. Çocuğun Nitelikli Cinsel İstismarı

765 sayılı TCK'da ırza geçme suçu olarak tanımlanan suç 5237 sayılı TCK'da çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçu olarak ifade edilmiş ve 5237 sayılı TCK 103.

240 Yarg. 5.CD., 2008/38 E., 2008/2115 K., 18.03.2008 Tarihli Kararı : "Okula gitmekte olan çocuk mağdurelere sokak üzerinde hiçbir bedensel temasta bulunmaksızın cinsel organını çıkarıp göstermekten ibaret eylemin TCK'nın 105. maddesinde düzenlenen cinsel taciz suçunu oluşturduğu gözetilmeden, suç niteliğinde yanılığa düşerek yazılı biçimde basit cinsel istismardan mahkumiyetine karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir."

maddenin ikinci fıkrasında düzenlenmiştir. 5237 sayılı TCK 103. maddenin ikinci fıkrasında tanımlanan çocuğun nitelikli cinsel istismarın 103. maddenin birinci fıkrasında belirtilen cinsel davranışlarla mağdurun vücut dokunulmazlığının, vücuda organ veya sair bir cisim sokmak suretiyle ihlal edilmesi durumunda oluşacağı ifade edilmiştir. Burada vücut sözcüğünden cinsellik açısından organ veya sair bir cismin girmesine müsait olan vajinal, anal ve oral vücut boşlukları olarak anlamak gerekir. 103. maddenin birinci fıkrasının "a" bendinde ifade edilen çocuklar, bu nitelikli eyleme rıza gösterebilir bile bu suç oluşacaktır. Ancak 103. maddenin birinci fıkrasının "b" bendinde ifade edilen çocuklara karşı nitelikli cinsel istismar suçunun oluşabilmesi için fiilin rıza dışında gerçekleştirilmesi gerekmektedir.

102. maddenin ikinci fıkrasında düzenlenen nitelikli cinsel saldırı ile 103. maddenin ikinci fıkrasında düzenlenen çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçu düzenleme mantığı itibari ile birbirinin aynısıdır. Düzenlemenin içerdiği tek fark cezaların miktarıdır. Doğal olarak çocuklara yönelik gerçekleştirilen nitelikli istismar eyleminin ceza daha ağır olarak düzenlenmiştir.

Özetle; Fail tarafından, on beş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan çocuklara karşı mağdurun rızasına bakılmaksızın, on beş yaşını tamamlayıp on sekiz yaşını tamamlamamış ve fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan çocuklara karşı gerçekleştirilen vücuda organ veya sair cisim sokulması halinde bu suç oluşacaktır.

Nitelikli cinsel saldırı konusunda "*fiil*" başlığı altında yapmış olduğumuz açıklamalar çocuğun nitelikli cinsel istismarı açısından da geçerlidir. Her iki suç da aynı fiillerin gerçekleştirilmesi suretiyle işlenmektedir.

3.3.1.4.3. Cezada Arttırım Sebepleri

Çocukların cinsel istismarı suçuna ilişkin cezada arttırım yapılmasını gerektiren sebepler 5237 sayılı TCK'nın 103. maddesinin üçüncü fıkrasında

sayılmıştır. Kanun koyucu bu arttırım sebeplerini 102. madde de olduğu gibi, bent bent saymak yerine bir cümle içerisinde yer vermiştir. Ancak bu husus uygulama açısından önem arz etmemektedir.

Bu arttırım sebepleri, çocuğun cinsel istismarı suçunun hem basit hali hem de nitelikli hali için uygulanabilir.

Çocukların cinsel istismarı suçunun, çocukla aralarında belli akrabalık ilişkisi bulunan kişiler tarafından, çocuğun vasisi, eğiticisi, öğreticisi, bakıcısı, çocuğa sağlık hizmeti veren, çocuğa karşı koruma ve gözetim yükümlülüğü altında bulunan diğer bir kişi tarafından veya hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle veya birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi, çocukların cinsel istismarı suçunun arttırım sebepleri olarak karşımıza çıkar.

102. madde ve 103. maddeyi arttırım sebepleri bakımından karşılaştırmalı olarak incelersek; 102. madde düzenlemesinde yer alan *"Beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı"* işlenmesi haline 103. madde içerisinde yer verilmemiştir. Çocukların gerek fiziksel gerek ruhsal açıdan kendilerini yetişkinler kadar savunamayacak durumda oldukları ortadadır. Ancak bu çocukların bedensel veya ruhsal açıdan kendilerini savunamayacak durumda oldukları anlamına gelmez. Örneğin on altı yaşındaki bir çocuğun nispeten kendisini savunabilecek kudreti bulunmaktadır. On altı yaşında akıl hastası olan bir çocuğun ise kendisini ruhsal olarak savunabilecek kudreti olmadığını kabul etmek gerekir. Kanımca bu bir eksikliklerdir. Bu halin de bir arttırım sebebi olarak düzenlenmesi gerekirdi.

Bu düzenlemede dikkat çeken bir husus daha vardır. Failin, fiillerin icrası sırasında silah kullanması hali cinsel saldırı suçu bakımından arttırım sebebi olarak düzenlenmişken, korunmaya çok daha fazla muhtaç olan çocuklara yönelik aynı fiillerin gerçekleşmesi sırasında silah kullanılması hali arttırım sebebi olarak düzenlenmemiştir. Kanımca bu da bir eksiklik oluşturmaktadır

Kanun koyucu çocuğun cinsel istismarına ilişkin arttırım sebeplerini belirlerken çocukların buldukları özel durumu da dikkate alarak 102. madde de sayılan halleri biraz daha genişletilerek *"üstsoy, ikinci veya üçüncü derecede kan hısmı, üvey baba, evlat edinen, vasi, eğitici, öğretici, bakıcı, sağlık hizmeti veren veya koruma ve gözetim yükümlülüğü bulunan diğer kişiler tarafından "* işlenmesi hali de 103. maddenin üçüncü fıkrasında düzenlenmiştir. Bu şekilde bir düzenlemenin yerinde olduğunu düşünmekteyim.

3.3.1.4.3.1. Suçun Üstsoy, İkinci veya Üçüncü Derecede Kan Hısmı , Evlat Edinen veya Üvey Baba Tarafından İşlenmesi

Kanun koyucu bu maddenin içeriğinde de cinsel saldırı suçunda olduğu gibi akrabadan ne kastedildiği açıklamamıştır. Bu nedenle bu suç bakımından da fıkra da belirtilen akrabaların kimlerden oluştuğu Türk Medeni Kanunun ilgili hükümlerince belirlenmesi zorunluluğu doğmaktadır.

Kan hısımlığı, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 17. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre derece hesabı doğum sayısına göre belli olur. Şu halde çocuğun cinsel istismarı suçu, anne, baba, büyük babalar, büyük anneler, büyük büyük anneler, büyük büyük babalar, kardeş, kardeş çocukları, dayı, amca , hala ve teyzeye karşı işlenirse bu arttırım nedeni uygulanacaktır.

Kanun koyucu madde düzenlemesinde kayın hısımlığına yer vermemiştir. Bu nedenle çocuğun kayın hısımları bakımından bu arttırım sebebinin uygulanması mümkün değildir. İlk bakışta çocukların kayın hısımlığı ilişkisi içerisinde yer alamayacağı akla gelse de daha önce de açıkladığımız gibi, çocukların olağan üstü sebeplerin varlığı halinde on altı yaşını tamamlamış ise mahkmeden izin alarak veya yasal temsilcilerinin izni ile on yedi yaşını doldurmakla evlenebilmeleri ve dolayısıyla kayın hısımlığı ilişkisine girebilmeleri mümkündür. Kanunun bu eksik düzenlemesi nedeni ile erişkinlere karşı işlenmesi hali bile düzenlenmiş bu arttırım sebebi çocuklar için düzenlenmeyerek büyük bir eksikliğe yol açmıştır.

Bu arttırım sebebinin fail hakkında uygulanabilmesi için failin mağdur ile kanunda öngörülen şekilde bir akrabalık ilişkisi içinde olduğunu biliyor olması gereklidir. Eğer fail böyle bir ilişkiden haberdar değilse bu arttırım sebebi fail hakkında uygulanamaz. Fail 5237 sayılı TCK'nın 30. maddesi uyarınca hatasından yararlanır.

Mağdurun üvey babası, mağdurun annesinin, kendi öz babası dışında evlendiği erkektir. Mağdurun annesinin evlilik birliği olmadan başka bir erkek ile birlikte yaşaması halinde bu kişi üvey baba olarak kabul edilmez.²⁴¹ Burada da üvey annenin bu kapsama alınmamış olması bir eksikliklerdir. Üvey annesinde bu suçu işlemesi mümkündür.²⁴² Ancak üvey annenin de " *koruma ve gözetim yükümlülüğü bulunan diğer kişiler*" arasında yer aldığı kabulü karşısında bu eksiklik uygulamada sorun yaratmayacaktır.

Faile mağdur arasındaki ilişkinin evlat edinmeye dayanması halinde; evlat edinenlerin evlatlık karşısındaki durumları 4721 sayılı TMK'nın 314. maddesinde düzenlenmiştir. Bu hükme göre, evlat edinme ilişkisinin devamı müddetince, ana, babaya ait hak ve vazifeler, evlat edinen kimseye geçer.²⁴³

4721 sayılı TMK'nın 315. maddesinin birinci fıkrası hükmü evlatlık ilişkisinin mahkeme kararıyla birlikte kurulabileceğini öngördüğünden evlat edinmeye ilişkin mahkeme kararının bulunması gerekir. Bu konuda kesinleşmiş bir mahkeme kararı olmadan bir kimsenin evlat edinen olduğundan söz edilerek cezası bu fıkra uyarınca arttırım uygulanamaz.²⁴⁴

241 Aydın, a.e, sf.37

242 Artuk, Gökçen, Yenidünya, a.e, sf.197

243 Artuk, Gökçen, Yenidünya, a.e, sf.197

244 Meran, a.e,sf. 354

3.3.1.4.3.2. Suçun Çocuğun Vasisi, Eğitici, Öğretici, Bakıcısı, Çocuğa Sağlık Hizmeti Veren, Çocuğa Karşı Koruma ve Gözetim Yükümlülüğü Altında Bulunan Diğer Bir Kişi Tarafından İşlenmesi

Sayılan kişilerin bu sığata sahip olmaları bu arttırım sebebinin uygulanması için yeterlidir. Bu kişilerin sayılan sıfatlardan birine sahip olmaları dışında özel bir nitelik aranmamıştır.

Vasi, bir takım sebeplerden ötürü velayet altında olmayan kişilere vesayet makamı olan sulh hukuk mahkemesi tarafından atanan kişidir. Vesayet, velayet altında bulunmayan küçüklerin ve istisnai olarak, velayet altına alınmamış bazı erginlerin korunması amacıyla kabul edilen bir hukuki kurumdur. Bu hukuki kurum sayesinde, kişisel ve mali menfaatlerini koruma gücünden yoksun olan küçüklerin ve ergin oldukları halde, velayet altına alınmamış, ancak özel bakım gerektiren kişilerin bakılması ve temsil edilmesi ile onlara özen gösterilmesi, vesayet makamı (sulh hukuk mahkemesi) ile denetim makamının (asliye hukuk mahkemesi) gözetiminde olan gerçek kişilerce sağlanır.²⁴⁵ Vasiliğe atanmış kimse, vasilikten kaçınmış veya atanmasına itiraz etmiş olsa bile olsa yerine başkası atanıncaya kadar vasilik görevine devam zorundadır. Bu süre içinde dahi olsa vasinin cinsel istismar suçunu işleme halinde bu fıkra hükmü uygulanacaktır.²⁴⁶

Eğitici, öğretici, bakıcı, sağlık hizmeti veren veya koruma ve gözetim yükümlülüğü bulunan kişiler tarafından da cinsel istismar suçu işlenmiş olabilir. Bu kişilerin resmi bir kuruma bağlı olarak çalışmasının ya da söz konusu görev ya da hizmeti ücretsiz olarak yapmasının bu arttırım sebebinin uygulanabilmesi için bir önemi bulunmamaktadır. Bu kişilerle çocuk arasında hizmetin veya görevin yerine getirilmesinden kaynaklanan bir yakınlık ve güven duygusu oluşmakta ve bu güven bağı, söz konusu kişilere suçun işlenmesinde kolaylık sağladığından fıkranın uygulanma nedenini oluşturmaktadır. Bu kişilerle çocuk arasında bir güven duygusu

245 Nevzat Koç, "Türk Medeni Kanunundaki Düzenlemeler Işığında Vesayet Hukukuna Genel Bir Bakış", <http://web.deu.edu.tr/hukuk/dergiler/DergiMiz7-ozel/PDF/koc6.pdf> , 24.10.2013

246 Meran, a.e, sf. 354

ve yakınlık bulunmasa dahi bu fıkra hükmü uygulanmalıdır.²⁴⁷

Eğitici çocuğun terbiyesi ve eğitimi ile ilgilenen kişiyi ifade eder. Bu kişinin ücretli veya ücretsiz çalışmasının bir önemi bulunmamaktadır. Eğitici ifadesi genellikle çocuğa okul dersleri dışında spor, sanat gibi aktiviteleri öğreten kişiler için kullanılmaktadır.

Öğretici ise çocuğa dersleri ile ilgili bilgiler öğreten kişi olarak tanımlanabilir. Okul öğretmenleri, özel ders veren öğretmenler, dershane veya kurs öğretmenleri bu kapsamda değerlendirilir. Öğreticinin resmi bir görevi olması gerekmez. Kanımca arada böyle bir ilişkinin varlığı arttırım sebebinin uygulanması için yeterlidir.

Sağlık hizmeti veren kişiler doktor, sağlık memuru, ebe, hemşire gibi çocuğu muayene ve tedavi eden kimselerdir. Sağlık kuruluşu özel ve resmi bir sağlık kuruluşu olabilir. İstismarın bu sağlık hizmeti verilirken gerçekleşmesi gerekir.

Çocuğa karşı koruma ve gözetim yükümlülüğü altında bulunan diğer bir kişi tarafından işlenmesi hali de arttırım sebebi öngörülmüş ancak kanun koyucu bu düzenleme ile ne kastettiğini açıklamamıştır. Kanımca bu bir torba hüküm olup, çocukla ilişki kurmasını sağlayan her hangi bir görevi yerine getiren kişilerin bu suç işlemesini, bu görevin kendilerine sağlamış oldukları kolaylık nedeni ile arttırım sebebi olarak düzenlenmiştir. Yargıtay, evlerine misafir olarak gelen karısının yeğenine karşı ev sahibinin gerçekleştirdiği cinsel istismar suçunu bu kapsam içine alarak karar vermiştir.²⁴⁸ Bu arttırım sebebinin uygulanabilmesi için failin mağdurun üzerindeki koruma ve gözetim yükümlülüğünün nereden kaynaklandığının ortaya konulması gereklidir.²⁴⁹

247 Meran, a.e, sf. 354

248 Yarg. 5.CD., 2007/5306 E., 2007/6361 K., 18.09.2007 Tarihli Kararı

249 Aydın, a.e, sf.42

3.1.4.3.3. Suçun Hizmet İlişkisinin Sağladığı Nüfuz Kötüye Kullanılmak Suretiyle İşlenmesi

Hizmet ilişkisi gereği mağdur üzerinde egemenlik kurabilecek kişilerin işlediği cinsel istismar, suçu bu nitelikli hal kapsamına girmektedir. Hizmet ilişkisinin 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.²⁵⁰

Hizmet ilişkisi, vasilik, eğitici, öğretici, bakıcı veya sağlık hizmetlerinin alınmasından kaynaklanıyorsa burada ayrıca nüfuz kullanılması aranmamıştır. Yukarıda sayılanların dışındaki hizmet ilişkilerinin sağladığı nüfuzun kötüye kullanılarak cinsel istismar suçunun işlenmesi durumunda üçüncü fıkranın uygulanması gerekecektir.²⁵¹

Cinsel saldırı suçunun arttırım sebebi olan nitelikli hallerinden "*Kamu görevinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle*" işlenmesi hali, çocuğun cinsel istismar suçu bakımından öngörülmemiştir. Kanımca bu şekilde bir düzenlemenin de kanunda yer alması gerekliydi. Bu halin, cinsel saldırı suçu bakımından arttırım sebebi olarak düzenlenmiş olmasına rağmen çocukların cinsel istismar suçu bakımından düzenlenmemiş olması büyük bir eksikliklerdir.

3.1.4.3.4 Suçun Birden Fazla Kişi Tarafından İşlenmesi

Bu hususa ilişkin olarak cinsel saldırı suçunun anlatımı kapsamında yapılan tüm açıklamalar aynı şekilde geçerlidir.

Çocuğun cinsel istismarı fiilinin, birden fazla kişi ile birlikte işlenmesi çocuğun cinsel istismarı suçu açısından bir arttırım nedeni olarak öngörülmüştür. Bu hususun arttırım nedeni olarak kabul edilmesinin sebebi, mağdur üzerinde yaratacağı

250 Tezcan, Erdem, Önok, a.e, sf. 331

251 Ahmet Gündel, 5237 sayılı TCK'da Cinsel Saldırı, Cinsel İstismar, Cinsel Taciz, Rızaen Irza Geçme, Hürriyeti Kısıtlama, Alkoyma, Fuhuş ve Müstehcen Yayın Suçları, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2009, sf.74

etkinin artması ve mağdurun direncinin kırılmasında faillere sağladığı kolaylıktır. Hükümün uygulanabilmesi için, faillerin en az iki kişi olması ve aynı amaç doğrultusunda iştirak iradesi altında hareket etmeleri gerekmektedir. Azmettirme halinde bu ağırlaştırıcı neden uygulanamaz. Aynı şekilde yardım eden sıfatıyla suça etki edilmesi halinde de bu arttırım nedeni uygulanamaz. Bu hüküm ancak müşterek failer hakkında uygulanabilir.

3.3.1.4.3.5 Birinci fıkranın "a" bendindeki çocuklara karşı cebir veya tehdit kullanmak suretiyle gerçekleştirilmesi hali

Bu arttırım sebebinin çocuğun cinsel istismarı suçunun hem basit hem de nitelikli hali için uygulanması mümkündür. Ancak mağdur bakımından uygulama alanı daraltılmıştır. Bu fıkra hükmü ancak on beş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan çocuklara karşı cinsel istismar suçunun işlenmesi halinde uygulanma alanı bulacaktır. Bu kapsama girmeyen çocuklar bakımından cebir ve tehdit, suçun unsuru sayıldığından faile bu arttırım maddesi uygulanamaz.

3.3.1.4.4. Cebir ve Şiddetin Kasten Yaralama Suçunun Ağır Neticelerine Neden Olması

Cinsel saldırı suçu kapsamında bu konu ile ilgili açıklanan hususlar çocukların cinsel istismar suçu bakımından da bir fark dışında aynen geçerlidir. 5237 sayılı TCK'nın 103. maddenin beşinci fıkrasında cinsel istismar için başvuru alanı ve şiddetin ancak kasten yaralama suçunun 5237 sayılı TCK'nın 87. maddesinde²⁵²

252 5237 sayılı TCK madde 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.

(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,

öngörülen ağır sonuçlara yol açması halinde ayrıca kasten yaralama suçundan ceza verileceği hükme bağlanmıştır.²⁵³

Failin kastı, sadece cinsel istismarı değil de yaralama fiilini de içeriyorsa ve neticede kasten yaralama suçunun netice sebebiyle ağırlaşmış hali ortaya çıkmışsa faile hem cinsel istismar hem de Türk Ceza Kanunu'nun 87. maddesi uyarınca ceza vermek gerekecektir.²⁵⁴

Cinsel saldırı suçuna ilişkin düzenlemeye bakıldığında, kanun koyucu, erişkinlere yönelik olarak direnci kırmaya yetecek ölçünün ötesinde cebir kullanılması durumunda ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümlerin uygulanacağını hükme bağlamışken, eyleme direnme yetenekleri yetişkinlere oranla daha az gelişmiş olan çocuklar için bu arttırım sebebinin gerçekleşmesini daha ağır bir şarta bağlayarak bir çelişkiye düşmüştür.

103. maddenin dördüncü fıkrası ile 103. maddenin birinci fıkrasının "a" bendinde sayılan çocuklara karşı cinsel istismar eyleminde bulunmak için cebir ve tehdit kullanılması durumunda cezanın arttırılarak hükmolünmesinin öngörülmesine karşılık, birinci fıkranın "b" bendinde sayılan çocuklar için dördüncü fıkrada bir arttırım öngörülmemesi; beşinci fıkrada ise, cinsel istismar için başvuru olan cebir ve şiddetin ancak yaralamanın ağırlaşmış sonuçlarına yol açması halinde, failin ayrıca kasten yaralama suçundan cezalandırılmasının öngörülmüş olması, 86. maddenin birinci fıkrası ile öngörülen kasten yaralama biçiminde gerçekleşen cebir ve şiddet

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.

(3) (Değişik fıkra: 06/12/2006 - 5560 S.K.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 hükmolünür.

253 Meran, a.e, sf. sf. 359

254 Yaşar, Gökcan, Artuç, a.e, sf.3344

davranışlarına karşı, birinci fıkranın 103. maddenin "b" bendinde sayılan çocukları korumasız bırakmaktadır.²⁵⁵

3.3.1.4.5 Çocuğun Cinsel İstismarı Suçunun Netice Sebebiyle Ağırlaşmış Halleri

Kanun koyucu 5237 sayılı TCK'nın 103. maddesinin altıncı ve yedinci fıkraları ile basit ve nitelikli cinsel istismar suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerini düzenlemiştir. Bu fıkralara göre, çocuğun cinsel istismarı suçunu oluşturan fiillerin neticesinde mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması ya da mağdurun bitkisel hayata girmesi veya ölmesi, cinsel istismar suçunun ağırlaştırıcı nedenleri olarak kabul edilmiştir.

Görüldüğü gibi bu düzenlemeler cinsel saldırı suçunda yer alan düzenleme ile birbirine paralel niteliktedir. Bu nedenle, cinsel saldırı suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerine ilişkin olarak yapılan açıklamalar, bu konuda da aynen geçerlidir. Uygulama sırasında her hangi bir fark bulunmamaktadır. Gereksiz tekrarlama olmaması adına bu başlıklar altında kısa açıklamalar yapmakla yetineceğim.

3.3.1.4.5.1. Mağdurun Beden veya Ruh Sağlığının Bozulması

Çocuğun cinsel istismarının neticesi sebebiyle ağırlaşmış bu hali için fail, basit veya nitelikli istismar fiillerini gerçekleştirme konusunda sahip olduğu kasıt ile hareket etmelidir. Failin kastı, mağdurun beden veya ruh sağlığını bozmak maksadıyla çocuğun cinsel istismarı suçunu gerçekleştiriyorsa failin hareketleri hem çocuğun cinsel istismarı suçunu hem de fiiline göre başka bir suçu oluşturacaktır.

Kanun koyucu, beden veya ruh sağlığının bozulması deyimlerinden tam olarak ne kastettiğini bu fıkra ile de açıklamamıştır. Yine madde gerekçesinde de bu hususa ilişkin açıklama yapılmamıştır.²⁵⁶

255 Meran, a.e, sf. 359

256 Fıkranın gerekçesi : "*Altı ve yedinci fıkralarda söz konusu suçun neticesi sebebiyle ağırlaşmış*

Mağdurun beden veya ruh sağlığında meydana gelen her türlü bozulma bu fıkra kapsamında değerlendirilmemelidir. Çocuğun cinsel istismarı suçunun işlenmesi sırasında mağdurda meydana gelen bozulma, çocuğun cinsel istismarı suçunun unsuru olan cebir niteliğinde ise bu fıkranın uygulanmaması gereklidir. Ancak 103. maddenin birinci fıkrasının "a" bendinde gruplandırılan çocuklara karşı cebir, suçun unsuru sayılmadığından bu ağırlaşmış sebebin uygulanan cebirden kaynaklanması mümkündür.

Yargıtay, yerleşmiş içtihatları ile mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulup bozulmadığının tespiti için Adli Tıp Kurumu'ndan rapor alınması gerektiğini belirtmiştir.²⁵⁷

Yine cinsel saldırı suçunda olduğu gibi failin, çocuğun cinsel istismarı suçunu oluşturan hareketleri neticesinde, bir hastalığı mağdura bulaştırması, mağdurun çocuk yapma yeteneğinin kaybolmasına neden olması ya da mağdurda ağır psikolojik travma meydana getirmesi halleri, bu neticesi sebebi ile ağırlaşan halin uygulanmasını gerektirir.

Mağdurun, beden veya ruh sağlığının geçici ya da kalıcı olarak bozulmasının bir önemi yoktur. Bir hastalığın tedavisinin uzun bir süreci gerektirmesi durumunda bu fıkradaki halin varlığından söz edilebilir. Ancak daha önce de değindiğim gibi, Yargıtay, mağdurda meydana gelen bozulmanın kalıcı olması gerektiğine, anılan kararında değinmiştir.²⁵⁸

halleri düzenlenmiştir. Bu itibarla, söz konusu suçun işlenmesi suretiyle mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulmasına neden olunması, daha ağır ceza ile cezalandırılmayı gerektirmektedir. Keza, söz konusu suçun işlenmesi sonucunda mağdurun bitkisel hayata girmesi veya ölümü halinde, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükmolunacaktır. Ancak, bu durumlarda, netice sebebiyle ağırlaşmış suçlar dolayısıyla sorumluluk için aranan koşulların gerçekleşmesi gerekir."

257 Yarg. 5. CD. ,2005/19291 E. , 2006/186 K. , 25.1.2006 Tarihli Kararı

258 Yarg. CGK 20.11.2007/240

Kızlık zararının bozulması, bu kapsamda değerlendirilemez ancak bu sebeple mağdurun ruh veya beden sağlığında bozulma meydana gelirse bu hükmün uygulanması mümkündür.

Mağdurun ruh sağlığı, çocuğun cinsel istismarı suçunu oluşturan fiillerden önce bozulmuşsa bu fıkra hükmü uygulanamaz.

3.3.1.4.5.2. Mağdurun Bitkisel Hayata Girmesi veya Ölmesi

103. maddenin yedinci fıkrasında çocuğun cinsel istismarı suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerinden "*mağdurun bitkisel hayata girmesi veya ölmesi*" hali düzenlenmiştir. Fıkranın uygulanması açısından, failin kastı oldukça önem taşır. Fail, işlemeye kast ettiği çocuğun cinsel istismarı suçunun neticesi olarak mağdurun ölümünü veya bitkisel hayata girmesini istememiş olmalıdır. Fakat bu netice bakımından, 5237 sayılı TCK 23. maddesinde de ifade edildiği üzere, failin taksir derecesinde bir kusurunun bulunması gerekir.²⁵⁹

Failin kastı, kasten öldürme ise bu durumda fail hem nitelikli cinsel saldırı hem de kasten öldürme suçlarından sorumlu olacaktır. Fail işlemiş olduğu cinsel saldırı suçunu gizlemek, delillerini ortadan kaldırmak, işlenmesini kolaylaştırmak ya da yakalanmamak amacıyla mağduru öldürürse veya cinsel saldırı suçunu, elinde olmayan nedenler yüzünden işleyememesi nedeniyle kendisinde meydana gelen infialle mağduru öldürürse fail hem cinsel saldırı (ikinci hal için cinsel saldırıya teşebbüs söz konusudur.) hem de nitelikli kasten öldürme suçlarından sorumlu olacaktır.

Kanun koyucu, fıkroda, mağdurun bitkisel hayata girmesini de netice sebebiyle ağırlaşmış hal olarak düzenlemiştir. Ancak kanun koyucu, bitkisel hayatın ne demek olduğunu burada da açıklamamıştır.

²⁵⁹ Tezcan, Erdem, Önok, a.e, sf. 336

Mağdurun ölümünün veya bitkisel hayata girmesinin, çocuğun cinsel istismarı suçunun işlenmesi sırasında veya suçun hemen ardından gerçekleşmesi gerekmez. Çocuğun cinsel istismarı suçu ile mağdurun ölmesi veya bitkisel hayata girmesi arasındaki illiyet bağı varlığını koruduğu sürece neticenin gerçekleşmiş olması yeterlidir.

3.3.1.4.6. Suçun Özel Görünüş Biçimleri : Teşebbüs, İştirak ve İçtima

Suçun özel görünüş biçimleri bakımından, çocukların cinsel istismarı suçu her hangi farklı bir özellik sergilememektedir. Cinsel saldırı suçuna ilişkin yapılan açıklamalar bu suç tipi içinde geçerlidir.

Suçun tamamlanma anı, basit cinsel istismar suçu için cinsel davranışın, nitelikli cinsel istismar suçu için vücuda sair bir cisim veya organın girme anıdır. Fiillerin bölünebilirliği ölçüsünde bu suç tipine teşebbüs mümkündür.

İştirak bakımından tüm iştirak çeşitleri bu suç tipinde de karşımıza çıkabilir.

Nitelikli cinsel istismar suçunu gerçekleştiren birden fazla kişi söz konusu ise, bunların her biri birlikte fail sayılırlar. Bu nitelikli hale ilişkin açıklamalar bu konu için geçerlidir.

Resmi şekilde evlilik olmaksızın gerçekleştirilen, fiili anlamda birlikte yaşamaya dayalı evliliklerde, gerek mağdur çocuğun anne ve babasının, gerekse fail çocuk ise fail çocuğun anne ve babasının, cinsel ilişkiye onay vermeleri nedeniyle 5237 sayılı TCK'nın 39. maddesi anlamında, suça yardım eden sıfatında oldukları gözden uzak tutulmamalıdır. Eğer, anne babalar, bu tip bir evliliğe çocukları zorlarsa bu durumda asli iştirak hükümleri uygulanmalıdır.²⁶⁰

260 Aydın, a.e, sf.66-67

İçtima bakımından ise cinsel istismar için başvuru alan cebir ve şiddetin kasten yaralama suçunun ağır neticelerine neden olması halinde, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanacağını kanun belirtmiştir.

3.3.2. Suçun Manevi Unsuru

Çocuğun cinsel istismarı suçu bakımından manevi unsur kast oluşturur, taksirle bu suçun işlenmesi kanunda açıkça düzenlenmemesi ve niteliği gereği müsaait olmaması nedeni ile mümkün değildir. Kasten işlenebilen bir suç olması dolayısıyla olası kastla işlenmesi mümkündür. Failin suçu oluşturan tüm unsurları bilerek ve isteyerek gerçekleştirmesi gerekmektedir. Bu suçun birinci fıkrada düzenlenen basit halinin işlenebilmesi için de ayrıca failin, cinsel amaçlı hareket etmesi gerekmektedir. Bu nedenle, basit cinsel istismar için kanun koyucunun özel kast aradığını söylemek yanlış olmaz.

Çocuğun nitelikli cinsel istismarı bakımından kanun koyucu, madde metninde özel bir amaç öngörmediği için genel kast bu suçun manevi unsurunu oluşturur.

Yine de çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçunun oluşumu için fiilin cinsel içerikli olması gerekmektedir. Örneğin vajinal veya anal yoldan mağdura organ veya sair cisim sokulması halinde eylemin cinsel içerikli olduğu açıktır. Failde bulunan kastı incelememiz gerekmez. Buna karşılık bir kimseye oral yoldan zorla sağlığını bozacak sıvı veya katı maddeler yedirilmesi halinde nitelikli cinsel saldırı suçu oluşmaz.²⁶¹

Neticesi sebebiyle ağırlaşmış cinsel istismar suçları bakımından ise, failinin kastedilenden daha ağır bir neticeden sorumlu tutulabilmesi için en azından taksirle hareket etmiş olması gereklidir. Fail ölüm neticesini öngörmüş ve kabullenmiş ise bu halde de hem cinsel saldırı hem de öldürme suçundan sorumlu olacaktır.²⁶²

261 Artuk, Gökçen, Yenidünya, a.e, sf.181

262 Artuk, Gökçen, Yenidünya, a.e, sf.181

Arttırım sebeplerinin fail hakkında uygulanabilmesi içinde failin bu sebeplerin varlığını bilmesi gerekmektedir. Aksi takdirde fail hakkında arttırım yapılamaz.

3.3.3. Hukuka Aykırılığı Ortadan Kaldıran Sebebin Yokluğu

Cinsel saldırı suçu için yapılan açıklamalarda olduğu gibi bu suç tipinde de sadece "*ilgilinin rızası*" halinin hukuka aykırılığı ortadan kaldırma ihtimali vardır. Diğer sebeplerin bu suç tipinde uygulanma imkanı bulunmamaktadır.

Çocuklar, hem fiziki ve psikolojik yapıları, hem de hukuki statüleri gereği yetişkinlerden ayrılmakta, bu nedenle de rızaya ehliyet bakımından ayrıca değerlendirilmeleri gerekmektedir. Özellikle 5237 sayılı TCK'nın ikinci kitabının ikinci kısmında yer alan kişilere karşı suçlar bakımından çocuğun, fiile rızası önem taşımaktadır.²⁶³

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

103.maddenin birinci fıkrasının "a" bendinde belirtilen gruptaki çocuklara karşı işlenen cinsel istismar suçunun oluşabilmesi için, fiilin, mağdurun bilgisi ve iradesi dışında ya da diğer bir anlatımla rızası hilafına gerçekleştirilmesine gerek yoktur. Söz konusu fiiller mağdurun iradesi ve rızası dahilinde gerçekleştirilse de çocukların cinsel istismarı suçu oluşacaktır. Bu nedenle, mağdurun cinsel davranışa rıza göstermiş olması suçun oluşumunu engellemez.

103.maddenin birinci fıkrasının "a" bendinde belirtilen gruptaki çocuklara karşı işlenen cinsel istismar suçunda ise fiilin mağdurun bilgisi ve iradesi dışında

263 Ezgi Aygün Eşitli, Ceza Hukukunda Çocuğun Rıza Açıklama Ehliyeti, TBB Dergisi 2013 (106), sf.278

diğer bir anlatımla rızası hilafına cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayanarak gerçekleştirilmesi gerekir. Bu nedenle, bu yaş grubundaki çocuklara karşı gerçekleştirilen cinsel istismar sonucunu doğuracak davranışlara mağdur çocuk rıza göstermişse suç oluşmayacaktır.

Cinsel saldırı kısmında yaptığımız açıklamalarda olduğu gibi bu suç tipinde de rıza hukuken geçerli olmalı, fiillerin tamamını kapsamalıdır.

3.4. SUÇUN SORUŞTURULMASI VE KOVUŞTURULMASI, GÖREVLİ MAHKEME, YAPTIRIM

3.4.1. Suçun Soruşturulması ve Kovuşturulması

Genel olarak şikayet kavramında ilişkin anlatımlar, cinsel saldırı suçunun anlatımı esnasında yapıldığı için gereksiz tekrar oluşturmaması adına bu ifadeler tekrarlanmayacaktır.

5237 sayılı TCK 103. maddesinde ifade edilen cinsel istismar suçunun hem basit halinin hem de nitelikli halinin takibi şikayete bağlı değildir. Bu kapsamda bir suç olduğunda, soruşturma ve kovuşturma resen yürütülmektedir. Mağdurun, fail hakkındaki şikayetini geri almış olması suçun sonucuna etki etmemekte ve failin cezalandırılmasını engellemektedir.

3.4.2. Görevli Mahkeme

5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri İle Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev Ve Yetkileri Hakkında Kanun'un 8. maddesine göre ceza mahkemeleri, sulh ceza, asliye ceza ve ağır ceza mahkemeleri ile özel kanunlarla kurulan diğer ceza mahkemelerinden oluşur. Aynı kanunun 10. maddesi sulh ceza mahkemelerinin, 11. maddesi asliye ceza mahkemelerinin, 12. maddesi ise ağır ceza mahkemelerinin görevleri belirlenmiştir.

5235 sayılı Kanunun ilgili hükümleri dikkate alındığında; 5237 sayılı TCK'nın 103. maddenin birinci fıkrasında düzenlenen basit cinsel istismar suçunun ve basit cinsel istismarın 5237 sayılı TCK'nın 103. maddesinin üçüncü, dördüncü ve beşinci fıkrası kapsamında işlenmesi durumunda, suçların kovuşturulmasında görevli mahkeme asliye ceza mahkemesidir. Basit cinsel istismarın 5237 sayılı TCK'nın 103. maddesinin altıncı ve yedinci fıkralarında belirtilen ağırlaşmış neticelerin oluşması halinde ise görevli mahkeme ağır ceza mahkemesidir. 5237 sayılı TCK'nın 103. maddenin ikinci fıkrasında düzenlenen, vücuda organ veya sair cisim sokmak suretiyle işlenen cinsel saldırının ve bu suçun tüm arttırım ve ağırlaştırıcı fıkralarının kovuşturulmasında görevli mahkeme ağır ceza mahkemesidir.

3.4.3. Yaptırım

5237 sayılı TCK'nın 103. maddesinin birinci fıkrasında düzenlenen, basit cinsel istismar suçu için kanun koyucu, üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası öngörmüştür.

Maddenin ikinci fıkrasında düzenlenen, vücuda organ veya sair cisim sokmak suretiyle cinsel saldırı suçunun işlenilmesi halinde faile sekiz yıldan on beş yıla kadar hapis cezası verilecektir.

Failin, hem cinsel saldırı suçunun basit hali hem de nitelikli halini oluşturan fiillerinin, üçüncü fıkra kapsamında olması ve birinci fıkranın "a" bendinde belirtilen çocuklara karşı cebir veya tehdit kullanmak suretiyle gerçekleştirilmesi hallerinde, verilecek cezanın yarı oranında arttırılacağı öngörülmüştür.

Failin fiillerinin, beşinci fıkra kapsamında olması halinde ayrıca kasten yaralama suçundan cezalandırılacağı belirtilerek gerçek içtima kuralının uygulanacağı belirtilmiştir..

Failin fiilleri neticesinde, altıncı fıkrada düzenlenen ağırlaşmış hallerin meydana gelmesi durumunda da faile on beş yıldıan az olmayacak şekilde hapis cezasının verileceği düzenlenmiştir.

Failin fiilleri neticesinde, yedinci fıkrada düzenlenen ağırlaşmış hallerin meydana gelmesi durumunda ise faile ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası verileceği düzenlenmiştir.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

REŞİT OLMAYANLA CİNSEL İLİŞKİ SUÇU

4.1. GENEL AÇIKLAMA

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçu, 5237 sayılı TCK'nın ikinci kitabının "*Kişilere Karşı Suçlar*" başlıklı ikinci kısmının, "*Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar*" başlıklı altıncı bölümünde, 104. maddede düzenlenmiştir.²⁶⁴

Bu maddeye göre ;

"Cebir, tehdit ve hile olmaksızın, onbeş yaşını bitirmiş olan çocukla cinsel ilişkide bulunan kişi, şikayet üzerine, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(İptal fıkra: Anayasa Mah.2005/103, 2005/89 K. ve 23.11.2005 tarihli iptal kararı ile)²⁶⁵"

264 Madde Gerekçesi : "*Madde metninde, reşit olmayan kişiyle cinsel ilişkide bulunmak, bağımsız bir suç olarak tanımlanmıştır. "*

265 Karar Metni : "*Başvuru kararında, itiraz konusu kuralın, aynı suçu işleyenler arasında farklı ceza uygulamalarına yol açtığı, yasa önünde eşitlik ilkesinin amacının, hukuksal durumları aynı olan kişilerin, yasalar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemek olduğu, aynı suçu işleyen failler için mağdur ile aralarındaki yaş farkı nedeniyle ayrı cezalar öngörülmesinin, eşitlik ilkesiyle bağdaşmadığı, tarafların evlenmeleri durumunda da eşin cezaevine girmesinin engellenememesinin ailenin parçalanmasına yol açacağı belirtilerek Kural'ın, Anayasa'nın 10. ve 41. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.*

Başvuran Mahkeme tarafından, Anayasa'nın 2. maddesi yönünden aykırılık savında bulunulmamış ise de, 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 29. maddesine göre, Anayasa Mahkemesi kanunların, kanun hükmünde kararnamelelerin ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'nün Anayasa'ya aykırılığı hususunda ilgililer tarafından ileri sürülen gerekçelere dayanmaya mecbur değildir. Anayasa Mahkemesi taleple bağlı kalmak kaydıyla başka gerekçe ile de Anayasa'ya aykırılık kararı verebilir. Bu

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun benzeri, 765 sayılı TCK'nın "Adabı Umumiye ve Nizamı Aile Aleyhinde Cürümler" başlığın taşıyan sekizinci babının, birinci faslının 416. maddesinin üçüncü fıkrasında düzenlenmişti. Bu düzenlemede; "Reşit olmayan bir kimse ile rızasıyla cinsi münasebette bulunanlar, fiil daha ağır cezayı müstelzim bulunmadığı takdirde altı aydan üç seneye kadar hapis cezası ile cezalandırılır" denilmekteydi. Görüldüğü üzere, 765 sayılı TCK'nın 416. maddesinin üçüncü fıkrası, 5237 sayılı TCK'nın 104. maddesinden yaptırımların ağırlığı ve suçun

nedenle, itiraz konusu kural ilgisi nedeniyle Anayasa'nın 2. maddesi yönünden de incelenmiştir.

5237 sayılı Yasa'nın 104. maddesi uyarınca, suç tarihinde onbeş yaşını bitirmiş çocukla rızayla cinsel ilişki kuran faille ilişki kurduğu çocuk arasında beş yaştan az fark varsa, yakınma olmadığı ya da hükmün kesinleşmesinden önce vazgeçildiği takdirde, ilgili hakkında kovuşturma yapılmayacak ya da dava düşürülerek ceza verilmeyecek, aynı yaştaki mağdurla ilişkiye giren fail arasındaki yaş farkı beşten fazla ise, şikayet olup olmadığına bakılmaksızın fail hakkında kovuşturma açılarak suçun sübutu halinde temel ceza iki kat artırılacaktır. Bu durumda, onbeş yaşını bitirip onsekiz yaşını doldurmamış çocuğun, rızasıyla cinsel ilişkiye girdiği kişiyle arasında beş yaştan az fark olması halinde eylemin sonuçlarını kavrayacak bir sorumluluk duygusuna eriştiği kabul edilerek, suçun takibi şikayete bağlı tutulmasına karşın, aynı yaştaki çocuğun rızasıyla cinsel ilişkiye girdiği kişiyle arasında beş yaştan fazla fark olması halinde, eylemin sonuçlarını kavrayacak bir sorumluluk duygusuna erişmediği kabul edilerek, suçun takibi şikayete bağlı tutulmamaktadır.

Anayasa'nın 10. maddesinde yer verilen eşitlik ilkesi ile eylemli değil, hukuksal eşitlik öngörülmektedir. Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin yasalarca aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak ve kişilere yasalar karşısında ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak yasa karşısında eşitliğin çiğnenmesi yasaklanmıştır. Durum ve konulardaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları gerekli kılabilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'nın öngördüğü eşitlik ilkesi çiğnenmiş olmaz. Nitelikleri ve durumları özdeş olanlar için yasalarla değişik kurallar konulamaz.

Anayasa'nın 2. maddesinde Cumhuriyet'in nitelikleri arasında sayılan hukuk devletinin de öncelikle eşitlik ve adaleti esas alan bir yapılanmayı öngördüğü kuşkusuzdur. Hukuk devletinin bu temel niteliklerini yaşama geçirmekle yükümlü olan yasa koyucunun, Anayasa'nın ve ceza hukukunun genel ilkelerine bağlı kalmak koşuluyla, cezalandırmada güdülen amacı, suç ve suçuların özelliklerini de gözeterek hangi eylemlerin suç sayılacağını, bunlara verilecek cezanın türünü, miktarını, artırım ve indirim nedenlerini, bunların oranları ile suçun takibine ilişkin yöntemleri belirleme konusunda takdir yetkisi bulunmakta ise de bu yetki kullanılırken suç ile ceza arasındaki adil dengenin korunması ve öngörülen cezanın, cezalandırmada güdülen amacı gerçekleştirmeye elverişli olması gibi hususların da dikkate alınması zorunludur.

Ceza hukukunda yasa önünde eşitlik ilkesinin uygulanması da kuşkusuz, aynı suçu işleyen tüm suçluların kimi özellikleri gözardı edilerek her yönden aynı kurallara bağlı tutulmalarını gerektirmemektedir. Mağdurun veya failin durumlarındaki farklılıklar bunlara değişik kurallar uygulanması sonucunu doğurabilir. Ancak, suçun takip şekli veya failin cezalandırılmasında esas alınan özellikleri, kuralla korunmak istenen hukuki yarar bakımından sonuca etkili değilse, bu durumda failerin farklı durumda oldukları kabul edilerek aralarında ayırım yapılması eşitlik ilkesine aykırılık oluşturur.

İtiraz konusu kuralla failerin, mağdurdan beş yaştan daha büyük olmaları halinde yakınma olup olmadığına bakılmaksızın iki kat fazla ceza ile cezalandırılmaları öngörülmüştür. Böylece, aynı yaştaki mağdurlarla cinsel ilişkide bulunan failer arasında sadece yaş farkına dayanan bir ayırım yapıldığı gibi, faille aralarındaki yaş farkının beşten az olması halinde suçun şikayete bağlı olarak takip edilip edilmemesi hususunda mağdurun iradesi esas alınıp, failin beş yaştan büyük olması durumunda ise, bu irade gözetilmeyerek mağdurlar yönünden de farklılık

takibinin şikayete tabi olmaması bakımından ayrılmaktadır.

4.2. KORUNAN HUKUKİ MENFAAT

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçu, "*Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar*" bölümünde düzenlendiğine göre korunan hukuki değer, on beş yaşını doldurmuş ancak henüz reşit olmamış kişilerin cinsel dokunulmazlığıdır.

5237 sayılı TCK'nın 103. ve 104. maddeleri birlikte ele alındığında, kanun koyucunun kişinin on beş yaşından itibaren cinsel özgürlüğü üzerinde tasarruf etmesine imkan tanıdığı anlaşılmaktadır. On beş yaşını tamamlamış çocukların cinsel davranışları, cinsel ilişki boyutuna varmamak kaydıyla hukuka uygun olarak kabul edilmiştir. Cinsel ilişki boyutuna ulaşması halinde 104. maddede düzenlenen reşit olmayanla cinsel ilişki suçu söz konusu olacaktır.²⁶⁶

4.3. SUÇUN UNSURLARI

4.3.1. Suçun Maddi Unsurları

4.3.1.1. Fail

Suçun faili herkes olabilir. Failin, erkek veya kadın olmasının bir önemi bulunmamaktadır. Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun oluşabilmesi için kanun koyucu, cinsel ilişki durumunun gerçekleşmesini öngördüğünden suçun ayrı cinsler arasında veya erkek erkeğe gerçekleşmesi mümkündür. Ancak kadınların kadınlara

yaratılmıştır. Aynı yaşta olup, aynı eylemin tarafı olan mağdurlar arasında yapılan bu ayırım ile aynı yaştaki kişilere karşı aynı eylemi gerçekleştiren failer arasında sadece yaş farkına dayanılarak yapılan ayırımın, Kural'ın belli yaştaki çocukların cinsel dokunulmazlıklarını koruma amacını gerçekleştirmeye elverişli bulunmadığı ve adalet ilkeleriyle de bağdaşmadığı sonucuna varılmıştır.

Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir "

266 Taner, a.e, sf.325

karşı bu suçu işlemesi,kadınların fiziksel özellikleri nedeni ile mümkün değildir.²⁶⁷

Failin kim olacağı konusunda, kanun koyucunun açık bir düzenleme yapmamış olmasından dolayı, cinsel ilişkinin her iki tarafının da reşit olmaması halinde nasıl bir uygulama yapılacağı belirsizliği ortaya çıkmaktadır. Bu durumda fail ile mağdur sıfatı birleşmektedir. Cinsel ilişkinin her iki tarafı da hem fail hem mağdur konumunda olmaktadır. Bu husus, kimin şikayet hakkına sahip olacağı konusunda da sorunlar yaratmaktadır. Kanuni bir düzenleme bulunmadığından dolayı her iki tarafı da fail kabul edip yargılama yapılması gerekmektedir. Şu halde taraflardan biri şikayetçi olmuşsa sorun yoktur, şikayetçi olmayan taraf, fail durumunda olacak ve bu maddede düzenlenen suçtan dolayı cezalandırılacaktır. Her iki tarafta şikayetçi ise bu sefer her iki tarafında cezalandırılması gerekecektir.²⁶⁸

Cinsel ilişkinin taraflarının on beş yaşını tamamlamamış ve reşit olmamış kişilerden oluşması ve cinsel ilişki nedeni ile birbirlerinden şikayetçi olmaları durumunda suçun oluşmayacağını, failin sadece on sekiz yaşını doldurmuş kişilerden olabileceğini ileri süren yazarlarda bulunmaktadır.²⁶⁹

Kanımcı, bu suçun faili bakımından kanun koyucu hata yapmıştır. Madde metninin değiştirilerek, on sekiz yaşını tamamlamış kişi olarak failin belirlenmesi bu sorunu ortadan kaldıracaktır. Kaldı ki kanun koyucunun niyetinin de bu yönde olduğunu düşünmekteyim. Anayasa Mahkemesinin iptal etmiş olduğu hükme bakacak olursak, kanun koyucu failin mağdurdan beş yaş büyük olması halinde cezanın arttırılacağını öngörmüştür.²⁷⁰ Bu husus kanun koyucunun, failin mağdurdan daha büyük yaşta olması gerektiğini kabul ettiğine işaret etmiş, yaş farkının iyice artması halinde cezanın arttırılması gerektiğini düşünmüştür.

267 Benzer Görüş ; Tuğrul, a.e, sf.511

268 Soyaslan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, sf.227

269 Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız, Tepe, a.e, sf.321

270AYM'nin 25/02/2006 tarih ve 26091 Sayılı R.G. de yayımlanan 2005/103, 2005/89 K. ve 23.11.2005 tarihli iptal kararı ile iptal edilen fıkra: "(2) Fail mağdurdan beş yaştan daha büyük ise, şikâyet koşulu aranmaksızın, cezası iki kat arttırılır."

4.3.1.2. Mağdur

5237 sayılı TCK'nın 104. maddesinde düzenlenen, reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun mağduru, on beş yaşını tamamlamış olan ve ergin olmayan kişidir. Bu durumda mağdur, on beş yaşını bitirmiş ve algılama yeteneği gelişmiş olacak, aynı zamanda ergin olmamış olacaktır.²⁷¹

Kanun koyucu diğer cinsel dokunulmazlığa karşı suçlarda "*çocuk*" kavramında yer vermişken, 104. madde düzenlemesinde ergin olma durumuna yer vermiştir.

4721 sayılı Türk medeni kanununun 11. maddesine göre erginlik on sekiz yaşın doldurulması ile başlar ve evlenme kişiyi ergin kılar. Ancak erginlik Türk Medeni Kanunu'na göre normal erginlik ve erken erginlik olmak üzere iki çeşittir. Normal erginlik, on sekiz yaşın doldurulduğu anda kazanılır. Kanun bu yaştan önce kişilerin ayırt etme gücüne sahip olmak şartıyla kendi fiilleri ile hak ve borçlar yaratabilmesi için gerekli olan olgunluğa erişebileceklerini gözden uzak tutmamış ve bazı hallerde kişilerin ya evlenmekle ya da mahkeme kararı ile erginliğe erişebileceklerini öngörmüştür. Bu ikinci hale de, erken erginlik adı verilir.²⁷²

Bu düzenlemeler neticesinde, on beş yaşını dolduran ve mahkemeden izin alarak, ergin kılınan veya on altı yaşını dolduran ve mahkemeden izin alarak evlenen kişi ya da yasal temsilcilerinin izniyle on yedi yaşını dolduran kişi bu suçun mağduru olamaz. Bu kişi sonradan boşansa bile erginliğini kaybetmeyeceğinden yine de bu suçun mağduru olmayacaktır.

Mağdurun yaşı, suçun oluşumu bakımından önem arz ettiğinden, mağdura ait nüfus kayıtları incelenmeli ve mağdurun yaşı bu kayıtlara göre belirlenmelidir.²⁷³

271 Şen, Türk Ceza Kanunu Yorumu, (2006), sh. 404

272 Akipek, Akıntürk, a.e, f.311

273 Yarg. 5. CD. , 2003/2451 E., 2003/3412 K., 02.06.2003 Tarihli Kararı
Yarg. 5. CD. , 2006/3709 E., 2006/4917 K., 05.06.2006 Tarihli Kararı

Bu nedenle mağdurun, nüfus müdürlüğünden onaylı nüfus kaydının getirilmesi ve nüfus kaydı ile mağdurun fiziki durumu değerlendirilerek, yargılama aşamasında nüfus kaydının gerçeği yansıtmadığı şüphesi oluşmuşsa, mağdura ait aile nüfus kayıt tablosu ve doğum tutanakları getirilmek suretiyle resmi bir kurumda doğmadığının anlaşılması halinde, tam teşekküllü resmi bir sağlık kurumundan kemik film ve grafleri de çektilererek, mutlaka röntgen uzmanının da bulunduğu sağlık kurulu raporu alınmalı, yeterli görülmez ise Adli Tıp Kurumu ilgili ihtisas dairesine gönderilmeli ve gerçek yaşının tespiti yapılmalıdır. Bu gerçek yaş, eğer nüfus kayıtları ile örtüşmüyorsa, 5271 sayılı CMK'nın 218. maddesi uyarınca yaş düzeltilmesi yapılmalıdır.²⁷⁴

Sanığın "*mağdur bana yaşının büyük olduğunu söyledi*" veya "*mağdur 18 yaşından büyük göstermektedir*" gibi beyanları yaşa itiraz niteliğindedir.²⁷⁵

Mağdurun yaşı, daha önceden mahkeme kararıyla düzeltilmiş ise, yeniden düzeltme mümkün olmayacak, ancak yine de mağdurun gerçek yaşı bilimsel olarak belirlenerek, nüfus kaydı düzeltilmeden de doğru uygulama yapılabilecektir.²⁷⁶

Yarg. 5. CD. , 2006/3892 E., 2006/6164 K., 28.06.2006 Tarihli Kararı

274 Erol, a.e, sf.1991-1992

275 Yarg. 5.CD. 2006/1499 E., 2006/4274 K., 22.5.2006 Tarihli Kararı: "*Sanık Savaş C..... soruşturma aşamasındaki savunmalarında "mağdure bana babasının nüfusa geç tescil ettirdiğini söyledi", "15-16 yaşlarında gösteriyordu" şeklindeki beyanları yaşa itiraz niteliğinde olup, suçun niteliğinin belirlenmesine etkili olması nedeniyle kemik grafleri ile dosyada mevcut raporlar bu konuda nihai merci olan Adli Tıp Kurumu ilgili ihtisas dairesine gönderilerek mağdurenin gerçek yaşının bilimsel şekilde saptanmasından sonra sonucuna göre sanıkların hukuki durumlarının tayin ve takdiri gerektiğinin gözetilmemesi."*

276 Yarg. 5.CD., 2006/3997 E., 2006/7126 K., 20.09.2006 Tarihli Kararı : "*Mağdurenin yaşının kesinleşmiş hukuk mahkemesi kararı ile düzeltilmiş olması halinde, Ceza Mahkemesince 5271 Sayılı CMK'nun 218/2. maddesi uyarınca nüfus kaydının düzeltilmesi yolunda bir karar verilmesine olanak bulunmamakta ise de; amaç maddi gerçeğin araştırılması olduğundan, mağdurenin anne-babasının" suç tarihinde 16 yaşındaydı nüfusa geç yazıldı" şeklindeki açıklamaları ile sanığın duruşmada "mağdurenin yaşı gerçekte büyüktür" demesi yaşa itiraz niteliğinde kabul edilerek; suçun oluşumuna etkisi ve şikayetçi olmayan mağdurenin suç tarihinde 15 yaşını bitirmiş olması halinde sanığın eyleminin 5237 sayılı TCK'nun 104. maddesine temas edeceği de gözetilerek; doğum tutanağından mağdurenin Bozöyük Asliye Hukuk Mahkemesinin 1979/169-221 ve 30.7.1979 tarih sayılı kararı ile 25.1.1980 de nüfusa tescil edildiği anlaşılma, temini mümkün olduğu takdirde söz konusu dosya getirtilip, tescilin dayanaklarının araştırılması, resmi bir sağlık kurumunda doğmadığının anlaşılması halinde, yaş tespitine esas film ve*

Evlenme kişiyi ergin kıldığından ötürü eşler bu suçun mağduru olamazlar. Aynı şekilde evlenme ile ergin kılınan bir kişiye karşı da bu suç işlenemez.

4.3.1.3 Konu

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun konusu, on beş yaşını tamamlamış ve her hangi bir şekilde ergin olmamış olan çocuğun vücudu ve cinsel bütünlüğüdür.

3.1.4 Fiil

Bu suçun oluşması için "*cebir, tehdit ve hile*" kullanılmamış olmalıdır. Eğer cinsel ilişki kurma maksadıyla fail cebir, tehdit veya hileye başvurursa bu durumda çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçu oluşur. Mağdur, hiç bir şekilde sakatlanmayan serbest iradesiyle ilişkiye rıza göstermiş olmalıdır. Mağdurda bulunan, uykuda olma, sarhoşluk, şokta bulunma, uyuşturucu madde etkisi altında olma halleri kapsam dışındadır.

Kanun koyucu, bu suçun oluşumu için "*cinsel ilişkide bulunmak*" fiilinin gerçekleşmesini öngörmüştür. Bu nedenle cinsel ilişki boyutuna varmayan fiiller bu suçun kapsamına girmez. İlişkinin vajinal veya oral yoldan yapılması bakımından da bir ayırıma gidilmemiştir. Ancak oral yoldan vücuda penis sokulması bu kapsamda değildir. Cinsel ilişkinin varlığından söz edebilmek için en az bir tarafın erkek olma zorunluluğu bulunmaktadır.²⁷⁷ Ancak cinsel ilişki kavramı sadece vücuda organ sokmak şeklinde anlaşılmalıdır. Kanun koyucu bu şekilde düzenleme yapmak isteseydi, 102. ve 103. maddelerde olduğu gibi bu hususu açıkça belirtirdi. Cinsel ilişki deyiminden, flört aşamasından öte ilişkileri anlamak gereklidir.²⁷⁸

grafilerinin çektilerilek sağlık kurulundan rapor alınması, gerektiğinde Adli Tıp Kurumu ilgili İhtisas Kurulundan da görüş sorularak gerçek yaşın bilimsel biçimde saptanmasından sonra sanığın hukuki durumunun tayin ve takdiri gerekirken noksan soruşturma ile yazılı şekilde hüküm kurulması,"

277 Tuğrul, a.e, sf.515

278 Doğan Soyaslan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, sf.247

Çocukların cinsel istismarı açısından herhangi bir "*cinsel davranış*" suç oluşturduğu halde, bu maddede yalnızca "*cinsel ilişki*" suç kapsamına alınmıştır. 5237 sayılı TCK'nın cinsel dokunulmazlığı, korunan hukuksal yarar olarak belirlemiş olmasına rağmen, bu madde kapsamındaki özgürlüğün yalnızca cinsel ilişki yoluyla ihlal edilemeyeceğinin öngörülmemiş olması ve suçun oluşması açısından sadece cinsel ilişki ile sınırlı tutulması²⁷⁹ maddenin düzenlenmesinde bir eksiklik olduğunu gösterir.

Bu suçun oluşması için herhangi bir sonucun gerçekleşmesine gerek yoktur, failin cinsel doyuma ulaşmış, cinsel duygularının tatmin edilmiş olması da aranmaz.

Kanun koyucu bu suç tipi için her hangi bir nitelikli hal, arttırım sebebi veya neticesi sebebiyle ağırlaşmış hal düzenlememiştir.

Suçta teşebbüs mümkündür.²⁸⁰ Teşebbüs nedeniyle cezadan yapılacak indirim bakımından, failin o ana kadar yapmış olduğu hareketlerin suçun konusu olan cinsel özgürlük üzerinden meydana getirmiş olduğu tehlikenin ağırlığı göz önünde bulundurulur.²⁸¹

Failin cinsel ilişki suçunun icra hareketlerinden gönüllü vazgeçmesi durumunda, o ana kadar yapmış olduğu hareketler ayrı bir suç oluşturuyorsa cezalandırılmaz (5237 sayılı TCK m.36).²⁸²

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçu suça iştirak konusunda bir özellik arz etmez. Bu bakımdan suça iştirakle ilgili hükümlerin burada da uygulanması

279 Tezcan, Erdem, Önok, a.e, sf. 353

280 Tuğrul, a.e, sf.518

281 Tezcan, Erdem, Önok, a.e, sf. 353

282 Tezcan, Erdem, Önok, a.e, sf. 353

gereklidir.²⁸³ Ancak bu suç bizzat işlenebilen bir suç niteliğinde olduğundan bunun sonucu olarak birlikte faillik mümkün görülmemektedir. Birden fazla kişi ile mağdur birlikte ilişkiye giriyorsa her fail bakımından doğrudan faillik söz konusu olur.²⁸⁴

Zincirleme suç hükümlerinin bu suç bakımından uygulanmasında bir engel bulunmamaktadır. Fail mağdur ile birden fazla kez cinsel ilişkiye girerse mağdurun şikayeti üzerine fail hakkında nitelikli reşit olmayanla cinsel ilişki suçu oluşacaktır.

4.3.2. Suçun Manevi Unsuru

5237 sayılı TCK'nın 104. maddesinde düzenlenen reşit olmayanla cinsel ilişki suçu kasten işlenebilen bir suçtur. Taksirle işlenmesi mümkün değildir. Failin kastı hem fiili hem de mağdurun yaşını içermelidir. Fail, mağdurun yaşı konusunda yanılğıya düşerse 5237 sayılı TCK'nın 30. maddesinde düzenlenen hata hükümlerinden yararlanabilir. Örneğin mağdur, ilk bakışta fark edilemeyecek şekilde düzenlediği sahte nüfus cüzdanını faille göstererek yaşının büyük olduğuna inandırmış ve faili kabul edilebilir bir hataya düşürmüş olabilir. Yine mağdur görünüm olarak on sekiz yaşından büyük olabilir ve mağduru gören hiç kimsenin aklına mağdurun on sekiz yaşından küçük olabileceği gelmez. Böyle durumlarda fail hata hükümlerinden faydalandırılacaktır. Yani failin bu mağdurun yaşına ilişkin hatası esaslı hata niteliğinde olup fail suç işleme kastıyla hareket etmediğinden cezalandırılmayacaktır.²⁸⁵

4.3.3. Hukuka Aykırılığı Ortadan Kaldıran Sebebin Yokluğu

Bu suç tipinde hukuka aykırılık oluşturan fiil mağdur ile rızaen cinsel ilişkiye girilmesidir.

283 Aydın, a.e, sf.82

284 Tezcan, Erdem, Önok, a.e, sf. 353

285 Özgür Beyazıt, "Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Nisan 2010, S. 1 sf.301

Bu suç için "rıza" unsur niteliğindedir. Bu nedenle rıza olmazsa bu suç oluşmayacak 5237 sayılı TCK'nın 103. maddesinde düzenlenen çocuğun cinsel istismar suçu oluşacaktır.²⁸⁶ Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun oluşabilmesi için rızanın varlığı şarttır. Bu nedenlerle rıza fiili suç olmaktan çıkarmayacaktır. Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda, diğer hukuka aykırılığı ortadan kaldıran nedenler de uygulama alanı bulamaz.

Görüldüğü gibi bu suç bakımından hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir sebep yoktur.

4.4. SUÇUN SORUŞTURULMASI VE KOVUŞTURULMASI, GÖREVLİ MAHKEME, YAPTIRIM

Suçun soruşturulması ve kovuşturulması, kanunda düzenlendiği üzere şikayete tabidir. Mağdur, şikayetçi olmaz veya daha önce bulunduğu şikayetinden vazgeçerse, suçun soruşturulması ve kovuşturulması mümkün değildir.

Bu suçla ilgili şikayet hakkı; mağdur ayırt etme gücüne sahip olduğundan ve şikayet şahsa sıkı sıkıya bağlı bir hak olduğundan, bizzat mağdur tarafından kullanılabilir.²⁸⁷

286 Yarg. 5.CD., 2005/19126 E., 2006/877 K., 16.02.2006 Tarihli Kararı

287 Yarg. 5.CD., 2006/9267 E., 2006/8082 K., 19.10.2006 Tarihli Kararı : "5237 Sayılı TCK'nun 104/2. maddesinin Anayasa Mahkemesinin 23.11.2005 gün, 2005/103-39 Sayılı ve 25.2.2006 günlü Resmi Gazetede yayınlanan kararı ile iptal edilmesine, sanık hakkında 5237 Sayılı Yasa'nın 104/1. maddesinin uygulanması ihtimalinin bulunmasına ve mağdurenin suç tarihi itibarıyla 18 yaşında olup yargılama aşamasında şikayetinden vazgeçmiş olmasına göre; aynı Yasanın 73. maddesine göre şikayete bağlı eylemden dolayı düşme kararı verilmesi gerektiğinin gözetilmemesi,"

Yarg. 5.CD., 2006/4358 E., 2006/3112 K., 12.04.2013 Tarihli Kararı : "Mağdurenin aşamalarda; sarkıntılık suçundan dolayı sanıktan şikayetçi olduğu anlaşılacakla birlikte babasının şikayetçi olmadığı, bu nedenle mağdurenin nüfus kaydı getirilip, mağdure 15 yaşını bitirmemişse, mağdurenin mümeyyiz olup olmadığının doktor raporuyla tespit edilip mümeyyiz ise şikayetinin geçerli sayılacağı, mümeyyiz değilse geçerli sayılmayacağına gözetilmemesi."

Reşit olmayanla cinsel ilişkiye girme suçunun takibi şikayete bağlı olmasına karşın, bu suçla ilgili uzlaşma hükümleri uygulanmaz. Çünkü 5271 sayılı CMK'nın 253/3. maddesinde, "*cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlarda uzlaşma hükümleri uygulanmaz*" hükmü yer almaktadır.

5237 sayılı TCK'nın 104. maddesinde düzenlenen reşit olmayanla cinsel ilişki suçu için kanun koyucu altı aydan iki yıla kadar hapis cezası öngörmüştür.

5235 sayılı Kanunun ilgili hükümleri dikkate alındığında, 5237 sayılı TCK'nın 104. maddesinde düzenlenen bu suçun kovuşturulmasında görevli mahkeme sulh ceza mahkemesidir.

BEŞİNCİ BÖLÜM

CİNSEL TACİZ SUÇU

5.1. GENEL AÇIKLAMA

Cinsel taciz suçu, 5237 sayılı TCK'nın 105. maddesinde düzenlenmiştir. Madde metnine göre;

"Bir kimseyi cinsel amaçlı olarak taciz eden kişi hakkında, mağdurun şikayeti üzerine, üç aydan iki yıla kadar hapis cezasına veya adli para cezasına hükmolunur.

(Değişik fıkra: 29/06/2005-5377 S.K./13.mad) Bu fiiller; hiyerarşi, hizmet veya eğitim ve öğretim ilişkisinden ya da aile içi ilişkiden kaynaklanan nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle ya da aynı işyerinde çalışmanın sağladığı kolaylıktan yararlanılarak işlendiği takdirde, yukarıdaki fıkraya göre verilecek ceza yarı oranında artırılır. Bu fiil nedeniyle mağdur; işi bırakmak, okuldan veya ailesinden ayrılmak zorunda kalmış ise, verilecek ceza bir yıldan az olamaz."

Cinsel taciz suçu, 765 sayılı TCK'nın 421. maddesinde düzenlenen, söz atma ile sarkıntılık suçlarını kapsar şekilde düzenlenmiştir.²⁸⁸ Ancak cinsel taciz suçunun 765 sayılı TCK'nın 421. maddesinde düzenlenen fiili sarkıntılık şeklinde gerçekleşmemesi gerekir. Aksi takdirde eylem, cinsel saldırı suçu kapsamında değerlendirilecektir.

288 Baytemir, a.e, sf.398

Cinsel taciz, kişinin cinsel dokunulmazlığına karşı bir suçtur. Bunlar, kişinin ar ve haya duygularını inciten, cinsel ilişkinin itibarına zarar veren, insanda seksüel dürtüleri harekete geçiren, suçun muhatabı olan mağdur erkek veya kadına yönelmiş, failin cinsel güdü ve arzuları içeren fiillerdir.²⁸⁹

Kanun koyucu, madde metninde cinsel tacizin ne demek olduğu konusunda bir açıklama yapmamıştır. Madde gerekçesinde²⁹⁰ de sadece kişinin vücut dokunulmazlığının ihlali niteliği taşımayan hareketler olarak belirtmiştir.

Kanun koyucu bu düzenleme ile aslında cinsel saldırı suçunun bir yansımasını yapmış, vücut dokunulmazlığının ihlali bulunması halinde cinsel saldırı, böyle ihlal bulunmaması halinde de cinsel taciz suçunun oluşacağını düzenlemiştir.

5.2. KORUNAN HUKUKİ MENFAAT

5237 sayılı TCK'nın 105. maddesinde düzenlenen cinsel taciz suçunun 765 sayılı TCK'da karşılığı olan söz atma ve sarkıntılık suçları "*Adabı Umumiye ve Nizamı Aile Aleyhinde Cürümler*" babında düzenlenerek, genel ahlak ve aile düzeni korunmuşken, 5237 sayılı TCK ile bu suçlar "*Kişilere Karşı İşlenen Suçlar*" içerisinde ve "*cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar*" başlığı altında düzenlenmiş ve

289 Soyaslan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, sf.248

290 Madde Gerekçesi : "*Madde metninde cinsel taciz suçu tanımlanmıştır.*

Cinsel taciz, kişinin vücut dokunulmazlığının ihlali niteliği taşımayan cinsel davranışlarla gerçekleştirilebilir. Cinsel taciz, cinsel yönden, ahlak temizliğine aykırı olarak mağdurun rahatsız edilmesinden ibarettir.

Maddenin ikinci fıkrasında cinsel taciz suçunun nitelikli halleri belirlenmiştir. Buna göre, hiyerarşi veya hizmet ilişkisinden kaynaklanan nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle ya da aynı işyerinde çalışmanın sağladığı kolaylıktan yararlanılarak kişiye karşı cinsel tacizde bulunulması, suçun temel şekline göre daha ağır ceza ile cezalandırılmayı gerektirmektedir.

Cinsel taciz suçunun soruşturulması ve kovuşturulması, mağdurun şikayetine bağlı tutulmuştur."

böylece kişilerin cinsel dokunulmazlığı korunmaya çalışılmıştır. Ayrıca kanun koyucu bu suçları kişilere karşı suçlar kısmında düzenlemek suretiyle kişilerin korunması gerektiğini vurgulamıştır.²⁹¹

5.3. SUÇUN UNSURLARI

5.3.1. Suçun Maddi Unsurları

5.3.1.1. Fail

Bu suçun faili kadın veya erkek herkes olabilir.²⁹² 5237 sayılı TCK'da, 765 sayılı TCK'dan farklı olarak, bu suçun failinin erkeklerin yanı sıra kadınların da olabileceği kabul olunmuştur. Bu suç, ayrı cinse karşı işlenebileceği gibi aynı cinse karşı da işlenebilir. Bir erkek bu suçu bir kadına veya erkeğe karşı işleyebileceği gibi, bir kadın da bu suçu bir erkeğe veya bir kadına karşı işleyebilir.^{293 294}

Kanun koyucu failin yaşı ile ilgili bir düzenleme de getirmediğinden dolayı cinsel taciz suçunun failinin de bir çocuk olmasına engel bulunmamaktadır. Failin çocuk olması sadece 5237 sayılı kanununun 31. maddesinin ilgili fıkrasının uygulanma imkanını doğurur.

5.3.1.2 Mağdur

Madde metninde, kanun koyucu, mağdur bakımından da herhangi bir nitelik belirtmemiştir. Bu nedenle madde metninden herkesin bu suçun mağduru olabileceği sonucu çıkar.

291 Artuk, a.g.m

292 Soyaslan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, sf.249

293 Tuğrul, a.e, sf.569-570

294 Sevük,, a.g.m, sf. 271

Ancak kanımca 105. madde ile 102. ve 103. madde birlikte incelendiğinde, kanun koyucunun, 102. madde düzenlemesinde mağdurun vücut dokunulmazlığının ihlalini aradığı ancak 103. madde ise sadece cinsel davranışın suçu oluşturacağını belirttiği, bu nedenle de 103. maddedeki suçun oluşumu için temas gerekmediği sonucu çıkmaktadır. Bu nedenle taciz şeklinde gerçekleşen cinsel davranışın çocuğun cinsel istismarı suçunu oluşturacağını düşünmekteyim. Bu konuda öğretilerde baskın olan görüş çocuklara yönelik temas içermeyen cinsel davranışların cinsel taciz suçunu oluşturacağı yönündedir. Bu görüşe göre 103. maddenin birinci fıkrasında düzenlenen çocukların cinsel istismarı suçunun oluşumu için 102. maddenin birinci fıkrasında olduğu gibi cinsel bir amaçla çocuğun vücut dokunulmazlığının ihlal edilmesi gerekmektedir. Yargıtay da cinsel taciz niteliğindeki fiillerin çocuklara yönelik olarak gerçekleştirilmesi halinde cinsel istismar suçunun oluşmayacağı, fiillerin cinsel taciz suçuna vücut vereceği cinsel istismarın basit hali için bedensel temasın gerektiği yönünde karar vermiştir.²⁹⁵ Bu konuda öğretilerdeki görüşlere çocuğun cinsel istismar suçuna ilişkin anlatımlarda yer verildiği için gereksiz tekrarı önlemek adına yeniden değinilmeyecektir.

5.3.1.3 Konu

Suçun konusunu, cinsel tacizde bulunan kişinin ahlak duyguları oluşturur.²⁹⁶

295 Yarg. 5.CD., 2008/38 E., 2008/2115 K., 18.03.2008 Tarihli Kararı : *"Okula gitmekte olan çocuk mağdurelere sokak üzerinde hiçbir bedensel temasta bulunmaksızın cinsel organını çıkarıp göstermekten ibaret eylemin TCK'nın 105. maddesinde düzenlenen cinsel taciz suçunu oluşturduğu gözetilmeden, suç niteliğinde yanılğıya düşerek yazılı biçimde basit cinsel istismardan mahkumiyetine karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir."*

296 Meran, a.e, sf. 386

5.3.1.4. Fiil

5.3.1.4.1. Suçun Temel Şekli

Cinsel taciz kelime anlamı olarak "*Ahlaksızca, ulu orta veya gizlice söz ve davranışlarla karşı cinse eziyet etme, tedirginlik ve sıkıntı verme*" şeklinde kullanılır.²⁹⁷

5237 sayılı TCK'nın 105. maddenin birinci fıkrasında cinsel taciz suçunun basit hali düzenlenmiştir. Bu fıkra göre, bir kimseyi cinsel amaçlı olarak taciz eden kişi cezalandırılır. Madde gerekçesinde, cinsel tacizin, kişinin vücut dokunulmazlığının ihlali niteliği taşımayan cinsel davranışlarla gerçekleştirilebileceği öngörülmüş ve cinsel tacizin, cinsel yönden, ahlak temizliğine aykırı olarak mağdurun rahatsız edilmesinden ibaret olduğu vurgulanmıştır.

Cinsel taciz suçunun oluşumu için failin, mağdurun vücut dokunulmazlığını ihlal etmemesi gereklidir. Aksi halde bu suç değil cinsel saldırı ve -baskın görüşe göre- cinsel istismar suçu oluşacaktır.

Cinsel taciz teşkil eden eylemler, sözle, yazıyla veya davranışla işlenebilir . Burada söz, yazı ve davranışın cinsel amaçlı olarak yapılmış olması gereklidir. Cinsel amaçlı olmayan, karşı tarafı rencide etmek için yapılan hareketler, cinsel taciz suçunu değil, hakaret suçunu oluşturabilir.

Bu suçun oluşması için aynı zamanda taciz teşkil eden eylemin, bir kimseye yönelmiş olması gerekir. Bir kimseye yöneltilmeden ana caddede soyunmak cinsel taciz suçunu değil, 5237 sayılı TCK'nın 225. maddesinde düzenlenen hayasızca hareketler suçunu oluşturur.

297 TDK, Güncel Türkçe Sözlük, <http://www.tdk.gov.tr>

Yargıtay uygulamasında ; "cinsel organlarını açıkta bırakacak şekilde mağdureye görünmek"²⁹⁸ , "mağdurelere ayna tutmak ve kucak açmak suretiyle sırnaşıkça hareketler yapmak"²⁹⁹ , kadına karşı gül koklamak"³⁰⁰ , " mağdureye gel ormana gidelim demesi"³⁰¹ , sanığın kısa aralıklarda, telefon açtığı müştekiye "seni seviyorum, evlenmek istiyorum" diye söylemesi,³⁰² sanığın mağdureye karşı "gel birlikte ormana gidelim, koluna gireyim bol bol çocuğumuz olsun" demesi,³⁰³ komiser olan sanığın, izinli bulunduğu sırada, karakola başkasından yakınmada bulunmaya gelen yakınana "evli olmasaydım seni alırdım" demesi,³⁰⁴ sanığın parkta oturmakta olan müştekinin yanına gelerek "kocan yoksa para vereyim, birlikte gidelim" demek,³⁰⁵ sanık A.Y.'nin cinsel organı görülecek şekilde külotlu iken müştekiye bakıp cinsel organını okşamak,³⁰⁶ sanığın önce müdahilin masasına dondurma göndermek isteyip, müdahilin reddetmesi nedeniyle bu defa yanına giderek konuşmak istediğini söyleyerek ısrarla beklediği ve "gözlerin çok güzel" demek,³⁰⁷ sanığın, mağdurenin edep ve iffetine dokunacak şekilde yazılar taşıyan mektubu posta ile göndermek,³⁰⁸ sanığın aynı zaman dilimi içinde müştekiye kaş göz işareti yapıp öpücük gönderme,³⁰⁹ yarı çıplak vaziyette yatan sanığın tenasül organını göstermeksizin müşteki S.'ye hitaben beni bu şekilde görmeni istedim

298 Yarg. 5.CD., 2009/904 E., 2009/1229 K., 21.04.1992 Tarihli Kararı

299 Yarg. 5.CD 1969/1170 E., 1969/1184 K., 02.04.1969 Tarihli Kararı

300 Yarg. CGK 1934/110 E., 1934/51 K., 25.02.1934 Tarihli Kararı

301 Yarg. 5.CD 2002/2750 E., 2002/1000 K., 21.01.2002 Tarihli Kararı

302 Yarg. 5.CD., 2002/2100 E., 2002/8108 K., 28.11.2002 Tarihli Kararı

303 Yarg. 5.CD., 2001/2750 E., 2002/1000 K., 21.01.2002 Tarihli Kararı

304 Yarg. 4.CD., 2002/12216 E., 2002/14621 K., 9.10.2002 Tarihli Kararı

305 Yarg. 5.CD., 2001/6704 E., 2001/3100 K., 7.5.2001 Tarihli Kararı

306 Yarg. 5.CD., 2001/9069 E., 2001/5061 K., 18.09.2001 Tarihli Kararı

307 Yarg. 5.CD., 2001/1342E., 2001/6909 K., 30.10.2001 Tarihli Kararı

308 Yarg. 5.CD., 2000/2718 E., 2000/6329 K., 20.11.2000 Tarihli Kararı

309 Yarg. 5.CD., 1999/3165 E., 1999/5106 K., 28.10.1999 Tarihli Kararı

*demek.*³¹⁰ cinsel taciz olarak kabul edilmiştir.

5.3.1.4.2 Cezada Arttırım Sebepleri

5237 sayılı TCK'nın 105. maddesinin ikinci fıkrasının ilk cümlesi, cinsel taciz suçu için öngörülen arttırım sebeplerini düzenlemiştir. Bu sebepler; hiyerarşi, hizmet veya eğitim ve öğretim ilişkisinden ya da aile içi ilişkiden kaynaklanan nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle ya da aynı işyerinde çalışmanın sağladığı kolaylıktan yararlanılarak işlenmesi halleri suça ilişkin öngörülen cezada arttırım sebebi olarak belirlenmiştir.

Mağdurla fail arasında 105. maddenin ikinci fıkrasının ilk cümlesinde yer alan ilişkilerin varlığı, bu ilişkilerin sağladığı güven ortamı içerisinde mağdurun fiile karşı koyma gücünü azaltacak ve eylemin tekrarını kolaylaştıracaktır. Aynı zamanda bu niteliklere sahip kimseler tarafından cinsel taciz suçunun işlenmesi halinde toplumsal infial de artacaktır.³¹¹

Hiyerarşi veya hizmet ilişkisinden kaynaklanan nüfuzun kötüye kullanılarak suçun işlenmesinden anlaşılması gereken, resmi veya özel bir görevde çalışan personel üzerinde amirlerinin veya işverenlerin bu durumdan istifade ederek cinsel taciz suçunu işlemesi halidir. Bu işyerinde, astlık üstlük ilişkisi olmaksızın bu suçun işlenmesi de bu fıkra kapsamındadır. Aile bireyleri de birbirleri üzerinde nüfuz sahibidir ve bu kolaylıktan yararlanabilirler. Öğretim ilişkisinden kaynaklanan cinsel taciz öğretmen öğrenci arasında görülebileceği gibi öğrenciler arasında da görülebilir.³¹²

Bu fiillerin mağdurun hüküm ve nüfuzu altında ya da iş yerinde; emrinde ya da birlikte çalıştığı bir kişi tarafından gerçekleştirilmesi halinin ağırlaştırıcı neden

310 Yarg. 5.CD., 1997/61 E., 1997/338 K., 12.02.1997 Tarihli Kararı

311 Artuk, Gökçen, Yenidünya, a.e, sf.208

312 Soyaslan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, sf.250

sayılmasının sebebi, failin eylemini yineleme olanağına sahip olması ve hüküm ve nüfuzun yarattığı mağdur üzerindeki psikolojik baskı nedeni ile bu fiilleri daha kolay işleyebilmesidir. Bu suçun nitelikli halinin oluşması için cinsel taciz niteliği taşıyan fiilin bir kere yapılması yeterli olup, süreklilik aranmaz.³¹³

5.3.1.4.3. Suçun Neticesi Sebebiyle Ağrılaşmış Halleri

Mağdurun uğradığı cinsel taciz sonucunda işi bırakmak, okuldan veya ailesinden ayrılmak zorunda kalması da cinsel taciz suçu için bir arttırım sebebi olarak öngörülmüştür. Kanun koyucu, bu haller için cezanın alt sınırında arttırım yoluna gitmiştir.

Mağdurun, yaşadığı cinsel tacizden kaçması bu sonuçlara yol açabileceği gibi mağdurun ruh sağlığında meydana gelen bozulmalar da bu sonuçlara yol açabilir. Ancak mağdurun iş bırakması, okuldan veya ailesinden ayrılmasına yol açan neden cinsel taciz olmalı, arada illiyet bağı yoksa bu arttırım sebebi uygulanamaz. Aynı şekilde tacizin dayanılmaz boyutlara ulaşması gereklidir.³¹⁴

5.3.1.4.4. Suçun Özel Görünüş Biçimleri : Teşebbüs, İştirak, İçtima

Sırf hareket suçu olan cinsel taciz fiili, icra hareketleri bittiği anda tamamlanır. İcra hareketleri kısımlara bölünebildiği takdirde, bu suça teşebbüs olanaklıdır.³¹⁵ Fail, işlemeyi kastettiği cinsel taciz suçunun işlenmesine elverişli hareketlerle ve doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle fiili tamamlayamaz ise bu suç teşebbüs aşamasında kalmış sayılır. Failin elinde olmayan nedenlerden ötürü cinsel taciz eylemini tamamlayamaması durumunda, teşebbüs hükümlerine göre cezalandırılmasını gerektirir.³¹⁶ Örneğin, cinsel taciz niteliğindeki

313 Sevük, a.g.m, sf. 275

314 Soyaslan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, sf.250

315Artuk, Gökçen, Yenidünya, a.e, sf.210

316Meran, a.e, sf. 389

cümleleri kapsayan mektubun muhataba ulaşmadan ele geçirilmesi halinde cinsel taciz suçu teşebbüs aşamasında kalacaktır.³¹⁷

5.3.2. Suçun Manevi Unsuru

Suç ancak kasten işlenebilir. Genel kast yanında suçun oluşması için özel kast da aranmıştır. Bu da; failin cinsel amaçlı olarak hareket etmesidir. Failin, kişinin vücut dokunulmazlığı ihlali niteliği taşımayan cinsel davranışları ve cinsel yönden, ahlak temizliğine aykırı olarak mağduru rahatsız edecek hareketleri, bilerek ve isteyerek, cinsel amaçlı olarak yapacaktır. Hakim, davranışın cinsel amaçlı olup olmadığını, somut olayın özelliklerine göre takdir edecektir.³¹⁸

Ağırlaşmış neticenin meydana gelmesi için cinsel taciz oluşturan fiillerin, sürekli olarak tekrarlanmasına kanımca gerek yoktur. Mağdura yönelik gerçekleşen tek bir fiil neticesinde de ağırlaşmış neticeler ortaya çıkabilir.

İştirak bakımından bu suç tipi her hangi bir özellik sergilememektedir. Bu nedenle iştirakin her hali cinsel taciz suçunda söz konusu olabilir.³¹⁹

5.3.3. Hukuka Aykırılığı Ortadan Kaldıran Sebebin Yokluğu

Bu suç tipi bakımından bakımdan hukuka aykırılığa yol açan eylem bir kimseyi cinsel amaçlı olarak taciz etmektir.

Reşit olamayanla cinsel ilişki dışındaki cinsel dokunulmazlığa karşı suçlarda olduğu gibi cinsel taciz suçu bakımından da sadece "*ilgilinin rızası*" hali hukuka aykırılığı ortadan kaldıracak sebeptir. Kanunda öngörülen diğer sebeplerin, cinsel taciz suçu bakımından uygulanma olanağı bulunmamaktadır.

317 Artuk, Gökçen, Yenidünya, a.e, sf.210

318 Sevük, a.g.m, sf. 274

319 Meran, a.e, sf. 389

Mağdur kendisine yönelik olarak gerçekleştirilen cinsel taciz eylemine rıza göstermişse söz konusu rıza fiili suç olmaktan çıkarılır. Rızaya ilişkin önceki anlatımlar bu suç tipi içinde geçerlidir.

5.4. SUÇUN SORUŞTURULMASI VE KOVUŞTURULMASI, GÖREVLİ MAHKEME, YAPTIRIM

5237 sayılı TCK'nın 105. maddesinin birinci fıkrasında düzenlenen cinsel taciz suçu madde metninde belirtildiği üzere takibi şikayete bağlı bir suçtur. Ancak maddenin ikinci fıkrasında düzenlenen haller için kanun koyucu bu hususa değinmemiştir. Ceza hukukumuzda bir suç hakkında ilgili kanunda şikayetle ilgili bir düzenleme yoksa o suçun resen takibi gereken suç olduğu anlaşılır. Bir suçun temel şeklinin şikayete tabi olması, aynı suçun nitelikli hallerinin de şikayete tabi olduğu anlamına gelmez.³²⁰ Bu nedenle de ikinci fıkra kapsamında kalan fiiller için şikayet koşulu aranmamıştır, resen takip edilir.

Şikayet hakkının, kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardan olması nedeni ile cinsel taciz suçuna ilişkin şikayet hakkı, mağdur tarafından bizzat kullanılmalıdır. Bir başkasının mağdur adına şikayet hakkını kullanması kural olarak mümkün değildir.³²¹

Cinsel taciz suçunun basit halinin takibi şikayete bağlı olmasına karşın, bu suçla ilgili uzlaşma hükümleri uygulanmaz. Çünkü 5271 sayılı CMK'nın 253/3. maddesinde, "*cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlarda uzlaşma hükümleri uygulanmaz*" hükmü yer almaktadır.

320 Albayrak, A.g.m, sf.281

321 Yarg. , 2.CD. , 2005/6954 E. , 2006/6207 K. , 30.03.2006 Tarihli Kararı

SONUÇ

Cinsellik üzerine tartışmalar çok yakın bir tarihe dayansa da cinsellik konusu, ilk insandan itibaren insanoğlunun yaşantısının bir parçası olmuştur. Sadece kişilerin değil toplumun da üzerine eğildiği ve koruma çabasına girdiği ortadadır.

Tarihin her döneminde, uygarlıklar kişilerin sahip oldukları cinsel özgürlüğe karşı yapılan saldırılara ağır yaptırımlar bağlamışlardır. Bu yaptırımlarla kimi zaman korunan hukuki olgu toplumun ahlak yapısı olmuşken, kimi zaman da bireyin kendisi korunmuştur.

765 sayılı Türk Ceza Kanunu döneminde korunan hukuki menfaat toplumun genel ahlakı idi bunu kanunun sistematüğinden anlıyoruz. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ise bu anlayışı değiştirerek, kişilerin özgürlüklerini ön plana çıkarmıştır. Gerçekten de bu suç tipinde mağduriyet kendisini esas olarak bireyin üzerinde hissettirmektedir.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ile kadın erkek eşitliği konusunda önemli düzenlemeler yapılmış ve eski kanunda bulunan ayrımcılığın önünde geçilmiştir.

Her ne kadar bu açıdan önemli bir adım atılmış olsa da zamanla içi doldurulan Türk Ceza Kanununun, kanımca acele ve üzerinde yeterince düşünülmemiş bir kanun değişikliği ile tamamen değiştirilmiş olması uygulamada özellikle cinsel dokunulmazlığa karşı suçlarda önemli aksamalara yol açmıştır.

Çalışmamda detaylıca anlatmaya çalıştığım gibi gerek terimsel gerekse içerik bakımından çelişkilere ve aksamalara yol açan pek çok durum kendisini göstermiştir. Kanun koyucunun niyetinin bu olduğunu söylemek çok doğru olmaz aksine, korunan değeri cinsel özgürlük ve dokunulmazlık olarak belirlemesi, eski kanunda bulunan kadın

erkek ayrımcılığını ortadan kaldırmış olması modern toplumun gidişatı ile örtüşmektedir.

Tezimde de eleştirdiğim gibi kanun kendi içinde çelişkiler barındırmaktadır.

Öncelikle kanunun geneline bakıldığında, ayrımcılık doğuracak hususlara yer verilmediği görülecektir ancak bu olguya ters bir durum 5237 sayılı TCK'da yerini almıştır. 102. madde de düzenlenen cinsel saldırı suçunun nitelikli halinin eşe karşı işlenmesinin mümkün olması karşısında basit halinin eşlere karşı işlenilmesinin önünün kapatılması -aksi kanaatte olduğuma ve bu hükmün eşlere karşı işlenmesinin mümkün olduğuna ilişkin düşüncelerimi ilgili başlık altında açıklamıştım.- evlilik kurumunun kişilere basit cinsel saldırı suçunu işleme konusunda bir hak vermesine yol açmıştır. Bu husus kanımca kabul edilemez.

Genel olarak cinsel dokunulmazlığa karşı suçlara baktığımızda, çocuğun cinsel istismarı suçunun cinsel saldırı suçunun çocuklara karşı işlenmesi hali olarak düzenlendiğini görüyoruz. Kanun koyucu çocuğun cinsel istismarı suçu ile daha ağır cezalar öngörmüş ve bu yolla çocukların daha fazla korunması yoluna gidilmiştir. Fakat direnci kırarak cebirin ötesinde cebir uygulanması durumunda 102. madde için gerçek içtima hükümlerinin uygulanması sonucunu doğururken bu gerçek içtima hükmünün 103. madde için uygulanabilmesi için daha ağır şart öngörülerek, çocuklara yönelik gerçekleşen cinsel davranışın kasten yaralama suçunun ağır neticelerine yol açması halinde uygulanabilmesi kanunun düzenleniş amacına ters düşmüştür.

Cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar yeniden düzenlenirken 765 sayılı TCK'da yer alan kavramlara yer verilmemiş, yeni kavramlar kullanılmıştır. Ancak kanun koyucu bu şekilde bir düzenlemeye giderken bu yeni kavramlara açıklama getirmemiş bu nedenle de uygulama aşamasında sorunlara yol açmıştır. Özellikle mağdurun ruh sağlığının bozulması hususunda, daha önceki açıklamalarımda da belirttiğim gibi bu durumun saptanması, bozulmanın ne zaman gerçekleştiğinin tespiti, bozulmanın sürekli veya geçici olup olmaması gerektiğinin kanunda açıklanmamış olması, bu halin gerçekleşmesi halinde ceza miktarında önemli derecede artış olması bir çok soruna yol açmaktadır.

Kanunun düzenleniş şekli dışında da kanunun uygulanması nedeni ile bir takım sorunlarda kendisini göstermiştir. Ülkemizde bir gerçeklik olan küçük yaşta gayri resmi evlenmeler nedeni ile bir takım sorunlar ortaya çıkmaktadır. On beş yaşını tamamlamamış bir çocuğun bu şekilde evlenmesi nedeni ile eşi çocuğun cinsel istismarı suçunun faili konumuna düşmektedir. Bu durumun saptanması ve soruşturmaya başlanması da genellikle çocuğun hamile kalması üzerine gerçekleşmektedir. Kanunun bu şekliyle uygulanması nedeni ile failin uzun süreli hapis cezası almasına ve mağdur çocuğun hatta ortak çocuklarının bu nedenle mağduriyetlerinin devam etmesine yol açmaktadır. Hal böyle olunca suç nedeni ile cezalandırılan aile olmaktadır. Bu da kanunun amacına ters düşmektedir. Kanunda yapılacak değişiklik ile evlenme hallerinde hakime takdir hakkı da tanınarak bu sorunun giderilmesinin sağlanabileceği düşüncesindeyim.

Son olarak, söz konusu aksaklık ve çelişkilerin zamanla öğretilerdeki tartışmalar ve çalışmalarla ve Yargıtay uygulamaları ile giderileceğini düşünüyümü belirtmek isterim.

KAYNAKÇA

Akarca,M. "Çocukların Ceza Hukukundaki Yeri ve Çocukların Korunması", (2010)http://www.anayasa.gov.tr/files/insan_haklari_mahkemesi/sunumlar/ym_4/Akarca.pdf (Erişim Tarihi: 11.09.2013)

Akipek,J.G., Akıntürk,T. (2004) Türk Medeni Hukuku Yeni Medeni Kanuna Uyarlanmış, Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, Cilt 2, (Yenilenmiş Beşinci Bası), İstanbul: Beta Yayınları.

Alacakaptan,U. (1975) Suçun Unsurları, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No. 372, Ankara: Sevinç Matbaası.

Albayrak,M. (2008) Şikayete Tabi Suçların Özellikleri ve Bu Suçlara Bağlanan Hukuki Sonuçlar, TBB Dergisi, Sayı 77, 281-306

Artuç,M. (2008) Kişilere Karşı Suçlar, Ankara: Adalet Yayınevi.

Artuk,M.E. (2006) "Cinsel Taciz Suçu (madde 105)"
<http://www.calismatoplum.org/sayi11/artuk.pdf>, (Erişim Tarihi: 11.06.2013)

Artuk,M.E., Gökçen,A., Yenidünya,A.C. (2012) Ceza Hukuku Özel Hükümler,12. Tıpkı Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi.

Ataman,E. (2011) "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar", Yüksek Lisans Tezi, Konya: Selçuk Üniversitesi SBE.

Aydın,D. (2008), Türk Ceza Hukukunda İştirak, Doktora Tezi, Ankara: Ankara Üniversitesi SBE.

Aydın,M. (2012) Çocuğun Cinsel İstismarı ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişki, Ankara: Seçkin Yayınevi.

Aydın,Ö.D. "Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar",
http://www.turkhukuksitesi.com/makale_175.htm(Erişim Tarihi: 25.07.2013)

Baytemir,E. (2009) Açıklamalı – İçtihatlı Cinsel Dokunulmazlığı, Kişi Hürriyetine ve Genel Ahlak Karşı suçlar (2.Baskı). Ankara: Adalet Yayınevi.

Beyazıt,Ö.(2010) Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu:Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Nisan 2010, S. 1, 293-310

Bozkurt,E. (2006) Uluslararası İnsan Hakları Hukuku (2.Baskı). Ankara: Asil Yayın Dağıtım.

Can, C.(2002), Toplumsal İnsanın Evrensel Doğası ve Cinsel Suçlar, Ankara: Siyasal Kitapevi.

Centel,N. (2012) 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Saldırı Suçu ve Cinsel Suçlar Değişiklik Tasarısı'nın Değerlendirilmesi: TBB Dergisi, 2012/99, 269-290

Centel,N.(2005) Yeni Türk Ceza Yasası ve Kadın: Polis Dergisi, Nisan- Mayıs- Haziran, S.44, 2005

Cin,H., Akyılmaz G. (2003). Türk Hukuk Tarihi, Konya: Sayram Yayınevi.

Çalışkan,İ. (1990) "İslam Hukukunda Ceza Kavramı ve Hadd Cezaları",
<http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/37/775/9915.pdf> (Erişim Tarihi:13.09.2013)

Çalışkan,S. (2013) Türk Ceza Kanununda Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar ve Cinsel Amaçlı Hürriyetten yoksun kılma suçu, Ankara: Adalet Yayınevi.

Develioğlu,F. (2000) Osmanlıca-Türkçe Lügat.(17.Baskı) Ankara: Aydın Kitapevi.

Donay,S. (2007) , Türk Ceza Kanunu Şerhi, İstanbul: Beta Yayınları.

Dönmezer,S.(1964) X. Milletlerarası Ceza Hukuku Kongresi ve Cinsiyet Ahlakına Karşı Suçlar, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 30, Sayı 3-4, 451-465

Dukheim,E. (1966). "Ceza Evriminin İki Kanunu" (Çev: Hamide Topçuoğlu), <http://auhf.ankara.edu.tr/auhf-yayinlari-arsivi/armaganlar/40-yil-armagani/durkheim.pdf> (Erişim Tarihi: 21.06.2013)

Erem,F. (1961) "Zina", <http://auhf.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv/AUHF-1961-18-01-04/AUHF-1961-18-01-04-Erem2.pdf> (Erişim Tarihi:17.08.2013)

Erem,F. (1968) "Suçun konusu ve Hümanist Doktrin", <http://auhf.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv/AUHF-1968-25-01-02/AUHF-1968-25-01-02-Erem.pdf> , (Erişim Tarihi: 12.07.2012)

Erler,S. (2008) Kadın Eşe karşı yapılan cinsel saldırı suçu, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü

Erol,H. (2006) Türk Ceza Kanunu, Gerekçeli ve Açılmalı, Cilt 3, Ankara

Eşitli,E.A. (2013) Ceza Hukukunda Çocuğun Rıza Açıklama Ehliyeti: TBB Dergisi 2013/106. 277-290

Gemalmaz,M.S. (2003) Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş (Genişletilmiş ve Güncellenmiş 4. Baskı) İstanbul: Beta yayınları

Görgün, Baran,A., Paksoy Erbaydar,N. (2009) "Yasak Cinsel İlişki : Ensest", <http://www.huksam.hacettepe.edu.tr/Turkce/SayfaDosya/ensest08012009.pdf> , (Erişim Tarihi: 04.08.2012)

Gündel,A. (2009) 5237 sayılı TCK'da Cinsel Saldırı, Cinsel İstismar, Cinsel Taciz, Rızaen Irza Geçme, Hürriyeti Kısıtlama, Alıkoyma, Fuhuş ve Müstehcen Yayın Suçları, Ankara: Seçkin Yayınevi

Hafizoğulları,Z. , Hukuka Uygunluk Nedenleri, <http://www.abchukuk.com/cezahukuku/hukuka-uygunluk.html> (Erişim Tarihi: 12.10.2013)

Hafizoğulları,Z., Özen,M. (2013) Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar, Ankara: Usa Yayıncılık

Hakeri,H. (2009) Ceza Hukuku Genel Hükümler (8. Baskı) Ankara:Seçkin Yayınevi

Hakeri,H. (2009, 26 Ekim)Beyin Ölümü ve Hukuk.

<http://www.medimagazin.com.tr/authors/hakan-hakeri/tr-beyin-olumu-ve-hukuk-72-64-2175.html>

Hanoğlu,T. (2011) Bitkisel Hayattaki Hastalarda Bilinçlilik Sorunu: Hayat Sağlık Dergisi, Temmuz 2011, Sayı 5, 30-33

Karbeyaz,K. (2009) Cinsel Suç Mağdurlarında "Beden veya Ruh Sağlığında Bozulma Kavramı", Bu Hususta Düzenlenen Adli Raporların Yargı Kararı Üzerindeki Etkinliği, Doktora Tezi, Eskişehir Osmangazi Üniversitesi, Adli Tıp Anabilim Dalı

Koç,N. "Türk Medeni Kanunundaki Düzenlemeler Işığında Vesayet Hukukuna Genel Bir Bakış", <http://web.deu.edu.tr/hukuk/dergiler/DergiMiz7-ozel/PDF/koc6.pdf> , (Erişim Tarihi: 24.10.2013)

Koç,Z. (2009) Alman Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı İşlenen Suçlar alanında son gelişmeler: Adalet Dergisi, Sayı 35, 244-259

Konan,B.(2011) "Osmanlı Hukukunda Tecavüz Suçu", <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/19/1682/17941.pdf>, (Erişim Tarihi: 21.09.2013)

Kök,N.A.(2006) Çocuğun Cinsel İstismarında Adli Tıp Uygulamaları: Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (EÜHFD), C. X, S. 3-4, 3- 13

Küçüktaşdemir,Ö.(2012) Türk Ceza Hukukunda Maddi ve Manevi Cebir, Ankara: Seçkin Yayınevi

Malkoç,İ. (2005) Yeni Türk Ceza Kanunu'nun da Cinsel Saldırı Suçları, Ankara: Malkoç Kitabevi

Malkoç,İ (2009) Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar, Ankara, Malkoç Kitabevi

Meran,N. (2008) Kişilere Karşı Suçlar, (Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş 2. Baskı) Ankara: Seçkin Yayınevi

Nuhoğlu,A. (2004) Türk Ceza Kanunu'nda ve 2002 Tasarısı'nda Cinsel Suçlar, Çetin Özek Armağanı, İstanbul .

Özbek,V.Ö., Kanbur,M.N., Doğan,K., Bacaksız,P., Tepe,İ. (2012) Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, (Genişletilmiş ve Güncellenmiş 4. Baskı) Ankara: Seçkin Yayınları

Özenbaş,N. (2012) Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlarda Ceza Sorumluluğunun Esası,(Doktora Tezi) Eskişehir

Özgenç,İ. (2006) Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara: Seçkin Yayınevi

Pamuk,G. (2013) Fransız ve Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Taciz Suçu (Kanunilik İlkesi Bakımından Bir Değerlendirme): Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi , Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, Cilt: 19 Sayı: 2, 1453-1476

Parlar,A., Hatipoğlu,M. (2008) Açıklamalı – Yeni İçtihatlarıyla 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu, Cilt 2, Ankara: Seçkin Yayınevi

Polat,O. (2007) Tüm Boyutlarıyla Çocuk İstismarı, Tanımlar 1, Ankara: Seçkin Yayınevi

Salman,E. (2009) Eşe Karşı Cinsel Saldırı, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü

Şahin,M.E. (2012) Ceza Hukukunda Rıza, 1. Baskı, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık

Şahin,F., Taşar,M.A. (2012) "Cinsel istismar ve ensest", <http://www.turkpediatriarsivi.com/sayilar/127/buyuk/159-164.pdf> , (Erişim Tarihi: 12.20.2013)

Şişman,S. (2010) Cinsel Saldırı Suçu, Yüksek Lisans Tezi, Konya, Selçuk Üniversitesi, SBE

Tuğrul,A.C. (2013) Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar ve Enstest İlişkiler, Ankara:Adalet Yayınevi

Sevük,H.Y. (2005) 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Taciz ve Cinsel Saldırı Suçları:TBBB, Sayı: 57, 243-282

Soyaslan,D. (2012) Ceza Hukuku Özel Hükümler, (Gözden Geçirilmiş 9. Baskı) Ankara: Yetkin Yayınları

Soyaslan,D. (2003) Ceza Hukuku Genel Hükümler, (Güncelleştirilmiş 2. Baskı) Ankara: Yetkin Yayınevi

Soyaslan,D. (2012) Ceza Hukuku Genel Hükümler, (Güncelleştirilmiş 4. Baskı) Ankara: Yetkin Yayınevi

Taner,F.G. (2013) Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, Ankara: Seçkin Yayınevi

Tezcan,D.,Erdem,M.R., Önok,M.(2013) Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 9.Baskı,Ankara: Seçkin Yayınevi

Türkmenoğlu,T(2004) Jean Jacques Rousseau'da Özgürlük sorunu, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Sosyal Bilimler Enstitüsü

Üçok,C., Mumcu,A., Bozkurt,G. (2002) Türk Hukuk Tarihi, Ankara: Turhan Kitapevi

Ünver,Y., (2003) Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, Ankara: Seçkin Yayınevi

Vuraldoğan,K. (2008) "Cinsel Özgürlük Üzerine", <http://www.inisiyatif.net/document/72.pdf>, (Erişim Tarihi: 01.10.2013)

Yaşar,O., Gökcan,H.T., Artuç.M. (2010) Yorumlu – Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Cilt III,Ankara: Adalet Yayınevi

Yıldız,M.T. (2010) "5237 Sayılı Yasa Hükümlerine Göre Müşterek Faillik",
http://www.turkhukusitesi.com/makale_1200.htm,(Erişim Tarihi: 13.09.2013)

Zafer,H. (2011) Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m.1-75, 2. Baskı, İstanbul:
Beta Yayınları,

http://www.unher.org.tr/uploads/root/hiv- aids_hakkC4%B1nda_temel_bilgiler.pdf

EK - 1

ÖZ GEÇMİŞ

KİŞİSEL BİLGİLER

Soy isim, İsim : KARSLI, Kahraman Serhat

Uyruğu : T.C.

Doğum Tarihi ve Yeri : 28/08/1984 Samsun

Medeni Hali : Evli

Telefon Numarası : 0(532) 764 73 14

E-posta : kskarqli@msn.com

EĞİTİM

DERECE	KURUM	MEZUNİYET YILI
Lisans	Kırıkkale Üniversitesi	2009
Lise	Mamak Anadolu Lisesi	2002

İŞ DENEYİMİ

YIL	YER	POZİSYON
2009-2010	Ankara Barosu	Stj. Avukat
2010-2012	Ankara Adliyesi	Stj. Cumhuriyet Savcısı
2012- Halen	Hadim Adliyesi	Cumhuriyet Savcısı

YABANCI DİL

Başlangıç Seviyesinde İngilizce

HOBİLER

Film Koleksiyonu, Kültür Turizmi, Kayak Yapmak