

**ÇANKAYA ÜNİVERSİTESİ  
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ  
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI**

**YÜKSEK LİSANS TEZİ**

**TÜRK CEZA KANUNUNDA CİNSEL SALDIRI SUÇU**

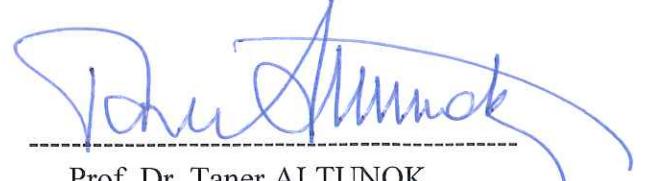
**ONUR İNAN**

**EYLÜL, 2012**

Tez Başlığı : **Türk Ceza Kanununda Cinsel Saldırı Suçu**

Tezi Hazırlayan : **Onur İnan**

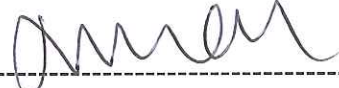
Sosyal Bilimler Enstitüsü Onayı:

  
-----  
Prof. Dr. Taner ALTUNOK  
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdür Vekili

Bu tezin yüksek lisans derecesi elde etmek için gerekli koşulları sağladığını onaylıyorum.

  
-----  
Prof. Dr. Hamdi MOLLAMAHMUTOĞLU  
Kamu Hukuk Anabilim Dalı Başkanı

Bu tez, tarafımdan incelenmiş olup Yüksek Lisans Tezi olarak uygun bulunmuştur.

  
-----  
Y. Doç. Dr. Elvan KEÇELİOĞLU  
Tez Danışman

**Tez sınav Tarihi : 21.09.2012**

**Tez Jüri Üyeleri :**

Prof. Dr. Doğan SOYASLAN (Çankaya Üniversitesi)

Doç. Dr. Mustafa ÖZEN (Kırıkkale Üniversitesi)

Y. Doç. Dr. Elvan KEÇELİOĞLU (Çankaya Üniversitesi)

  
-----  
  
-----  
  
-----

**ÇANKAYA ÜNİVERSİTESİ**  
**SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE**

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 : Onur İNAN

İmzası :

Tarih :

21.09.2012

## ÖZET

### CİNSEL SALDIRI SUÇU

İNAN, Onur

Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı

Tez Danışmanı: Elvan KEÇELİOĞLU

Eylül 2012, 103 Sayfa

Cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar 5237 sayılı kanunun kişilere karşı suçların ifade edildiği ikinci bölümde ve bu ikinci bölümün altıncı kısmında dört madde halinde düzenlenmiş, inceleme konumuz olan cinsel saldırı suçu ise 102. maddede düzenlenmiştir.

Burada temel alınan değer mağdurun 18 yaşından yukarıda bir kimse, olmasıdır. 1. fıkra cinsel saldırı suçunun temel hali 2. ve 3. fıkra nitelikli hali, 4. fıkra cinsel suçun aynı zamanda yaralama suçuna sebebiyet vermesi, 5.ve 6. fıkralarda da bu suçun neticesi sebebiyle ağırlaşmış halleri yer alır. Temel cinsel saldırı suçu, 1.fıkra düzenlenmiş ve bir cinsel davranışla bir kimsenin vücut dokunulmazlığına ihlal eden kişi mağdurun şikayeti üzerine cezalandırılır demek suretiyle şikayet şartı getirilmiştir. 2. Fıkra ise nitelikli cinsel saldırı suçu düzenlenmiş. Burada ayırıcı unsur vücuda organ ve cisim sokulmasıdır. 102. maddenin 2. fıkrasının son cümlesinde evlilik birliği içerisinde bu suçun işlenmiş olması düzenlenmiştir. 3. Fıkradaki nitelikli haller ise; beden veyahut ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan bir kişiye karşı işlenmesi, Kamu görevinin ve hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanmak suretiyle işlenmesi, 3. derece dahil kan ve kayın hısımla ilişkisi bulunan kişiye karşı işlenmesi **ve silahla** veya birden fazla kişi tarafından işlenmesidir. Netice sebebiyle ağırlaşmış

cinsel saldırı suçu 5. ve 6. fıkralarında belirtilmiş, bunlar mağdurun beden ve ruh sağlığının bozulması hali, suç sonrası mağdurun bitkisel hayata girmesi ve ölümüne neden olması halidir. Cebir ve şiddet sınırının aşılmasında da yine sınır aşılışısa fail kasten adam yaralamak suçundan da sorumlu olacaktır.

**Anahtar kelimeler:** Cinsel Saldırı, Mağdur, Organ, Nitelikli Cinsel Saldırı

## ABSTRACT

### SEXUAL ATTACK CRİME

İNAN, Onur

Institute of Social Sciences, Department of Public Law

Advisor: Elvan KEÇELİOĞLU

September 2012, 103 Pages

Offenses to sexual immunity are conducted under second part of No. 5237 Turkish Penal Code, in which the offenses against people are explained, and sixth article of this second part as four subsections, our research topic sexual attack crime is conducted under 102nd topic.

The basic issue here is the victim to be a person over 18 years old. In the 1st subclause, the basic aspect of sexual attack crime, in the 2nd and 3rd subclause, aggravated aspect of sexual attack crime, in the 4th subclause, sexual crime to give occasion to the crime of laceration at the same time, in the 5th and 6th subclause, due to the result of crime, the aggravated aspects take place. Basic sexual attack crime is conducted under 1st subclause and clause of complaint is brought by saying that it is brought the person who injures the body immunity of another person with a sexual behavior, is punished with the complaint of the victim. In the 2nd subclause, sexual attack crime is conducted. The distinctive element here is insertion of organ and object to the body. In the last sentence of 2nd subclause of 102nd topic, perpetration of this crime in the conjugal community is conducted. The aggravated aspects in the 3rd subclause are that the perpetration of crime to a person who cannot defend himself due to his physical or mental situation, perpetration of crime by abusing

public employment and prestige as a result of service relationship, perpetration of crime to a person with whom there is kinship relation even including 3rd degree and perpetration of crime with gun or by more than one person. Aggravated sexual attack crime due to the result is explained in the 5th and 6th subclauses, these are the situation of impairment of body and soul of the health of the victim, after the crime, situation of the beginning of vegetative state of the victim and carrying off him. In the exceeding of limit of force and violence, if the limit is exceeded, the person will be responsible for intentional laceration.

**Keywords:** Sexual Attack, Victim, Organ, Aggravated Sexual Attack

## İÇİNDEKİLER

İNTİHAL BULUNMADIĞINA İLİŞKİN SAYFA.....	iii
ÖZET.....	iv
ABSTRACT.....	vi
İÇİNDEKİLER TABLOSU.....	viii
KISALTMALAR.....	x

### BÖLÜMLER

GİRİŞ.....	1
------------	---

### BÖLÜM I

#### GENEL OLARAK CİNSEL SALDIRI SUÇLARI

1.1. CİNSEL SALDIRI SUÇLARININ TARİHÇESİ.....	3
1.2. MUKAYESELİ HUKUKTA CİNSEL SALDIRI SUÇLARI.....	5
1.3. CİNSEL SALDIRI SUÇUNUN BENZER SUÇLARDAN AYRIMI.....	8

### BÖLÜM II

#### TÜRK HUKUKUNDA CİNSEL DOKUNULMAZLIĞA KARŞI SUÇLAR

2.1. 5237 SAYILI TÜRK CEZA KANUNU'NDA CİNSEL DOKUNULMAZLIĞA KARŞI SUÇLAR.....	12
--	----

### BÖLÜM III

#### CİNSEL SALDIRI SUÇU VE UNSURLARI

3.1. MADDİ UNSUR.....	15
3.1.1. Suçla Korunan Hukuki Değer.....	15
3.1.2. Fail.....	17
3.1.3. Mağdur.....	22
3.1.4. Fiil.....	27
3.1.5. Fiili İşlemek İçin Başvurulan Araçlar.....	29



3.1.6. Suçun Maddi Konusu.....	34
3.2. MANEVİ UNSUR.....	35
3.3. SUÇUN HUKUKA AYKIRILIK UNSURU.....	37
3.4. SUÇUN NİTELİKLİ UNSURLARI.....	42
3.4.1. TCK m. 102/2’de Düzenlenen Nitelikli Hal: Suçun Vücuda Organ veya Sair Bir Cisim Sokularak İşlenmesi.....	43
3.4.2. TCK m. 102/3’de Düzenlenen Nitelikli Haller.....	48
3.4.2.1. Suçun Beden veya Ruh Bakımından Kendisini Savunamayacak Durumdaki Kişiye Karşı İşlenmesi.....	48
3.4.2.2. Suçun Kamu Görevi veya Hizmet İlişkisinin Sağladığı Nüfuz Kötüye Kullanılarak İşlenmesi.....	50
3.4.2.3. Suçun Kan veya Kayın Hısımlığı İlişkisi İçinde Bulunan Kişiye Karşı İşlenmesi.....	55
3.4.2.4. Suçun Silahla veya Birden Fazla Kişi Tarafından Birlikte İşlenmesi.....	57
3.5. SUÇUN NETİCESİ SEBEBİYLE AĞIRLAŞMIŞ HALLERİ.....	60
3.5.1. Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suç Nedir?.....	60
3.5.2. Suçun Sonucunda Mağdurun Beden veya Ruh Sağlığının Bozulması.....	60
3.5.3. Suçun Sonucunda Mağdurun Bitkisel Hayata Girmesi veya Ölmesi.....	67

## **BÖLÜM IV**

### **SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ VE YAPTIRIM**

4.1. TEŞEBBÜS.....	70
4.2. İŞTİRAK.....	75
4.3. İÇTİMA.....	78
4.4. YAPTIRIM.....	83

## **BÖLÜM V**

### **MUHAKEME HUKUKU AÇISINDAN CİNSEL SALDIRI SUÇU**

5.1. SORUŞTURMA-KOVUŞTURMA.....	86
5.2. GÖREVLİ- YETKİLİ MAHKEME.....	91
5.3. ZAMANAŞIMI.....	92
SONUÇ.....	93
KAYNAKÇA.....	98

## KISALTMALAR

<b>AÜHFD.</b>	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
<b>Bkz./bkz.</b>	: Bakınız
<b>C.</b>	: Cilt
<b>CD.</b>	: Ceza Dairesi
<b>CGK.</b>	: Ceza Genel Kurulu
<b>CMK.</b>	: 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu
<b>ÇKK.</b>	: 5395 Sayılı Çocuk Koruma Kanunu
<b>Dn.</b>	: Dipnot
<b>E.</b>	: Esas
<b>İHFM.</b>	: İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası
<b>K.</b>	: Karar
<b>m.</b>	: Madde
<b>s.</b>	: Sayfa No
<b>S.</b>	: Sayı
<b>TBB.</b>	: Türkiye Barolar Birliği
<b>UCMR.</b>	: Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi
<b>UCMY.</b>	: Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi
<b>Vd.</b>	: Ve devamı
<b>Y.</b>	: Yargıtay
<b>YGİY.</b>	: Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği



## BÖLÜMLER

### GİRİŞ

Kişisel özgürlüğün önemli bir unsuru olan cinsel özgürlük, insanın yetiştirme tarzı, toplumsal veya hukuksal sınırlar içerisinde ve cinsel ihtiyaçları kapsamında kendi bedeni üzerinde dilediği şekilde tasarrufta bulunabilmesidir. Her özgürlükte olduğu gibi cinsel özgürlükte başkasının özgürlüğüne zarar verdiği noktada sona erer. Bu özgürlüğü hukuki bir dayanağa kavuşturmak amacıyla yasa koyucu başka birinin cinsel dokunulmazlığına saldırı verici nitelikte olan bu tarz saldırı eylemlerini mağdurun hukuki konumuna göre düzenlemiştir. Cinsel suçlar bir başkası üzerinde hukuka aykırı bir şekilde maddi ya da manevi baskı kurarak cinsi istek içeren ya da cinsel yöntem içeren davranışların gerçekleştirilmesidir.<sup>1</sup> Bir başka tanıma göre ise cinsel suçlar “ceza yasalarında kamu ahlakı, genel adab, aile düzeni gibi kavramlarla çeliştikleri öngörülüp, ihlal ettikleri çıkarlar açısından değerlendirilerek, kişinin cinsel özgürlüğüne veya insanlık özsaygısına ya da toplumsal düzenin varlığına zarar verdiği kabul olunan, dolayısıyla da o günün geçerli toplumsal değerleri ve ahlak kuralları doğrultusunda cezaları saptanan cinsel kökenli eylemler”, olarak tanımlanabilir.<sup>2</sup>

Cinsel suçlar bir bütün olarak ele alındığında bir taraftan kişinin cinsel hayatını düzenleme ve cinsel tercih ve birleşme özgürlüğünü diğer taraftan cinsel ilişkinin saygınlık ve itibarını, bireylerin ar, hayâ ve iffet duygularını, aile hayatına ilişkin değerleri korur. O halde cinsel suçları birden fazla hukuki değeri ihlal eden fiiller olarak nitelendirmek yanlış olmaz.

Bu çalışmada, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nun Kişilere Karşı Suçlar kısmında Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar bölümünde düzenlenmiş olan cinsel saldırı suçu incelenecektir. Cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar başlığı, suçla korunan hukuksal değer açısından, ileride de üzerinde duracağımız gibi, önemli bir değişiklik getirerek, topluma karşı suçlar yerine “*kişilere karşı suçlar*” başlığı altında düzenlenmiştir.

---

<sup>1</sup> Aydın, Öykü Didem, “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar”, HPD, S:2, Sonbahar 2004, s. 155

<sup>2</sup> Can, Cahit, Toplumsal İnsanın Evrensel Doğası ve Cinsel Suçlar, Seçkin, Ankara 2002, s 486 vd.

Çalışmamıza cinsel suçların tarihi gelişimi ile ilgili açıklamalar yapılarak başlandıktan sonra cinsel suçların uluslararası hukuk sistemlerinde ve uluslararası ceza yargılamasındaki görünümü hakkında bilgiler verilerek devam edilmiştir. Sonrasında cinsel suçlarla yakın ilişki içerisinde olan suç tipleri incelenmiş, cinsel suçlarla ilgili genel bilgiler verildikten sonra cinsel saldırı suçunun unsurlarının incelemesine geçilmiştir. Sırasıyla suçla korunan hukuki değer, fail, mağdur, suçun maddi unsuru, manevi unsuru, hukuka aykırılık unsuru, nitelikli halleri, neticesi sebebiyle ağırlaşmış halleri, özel görünüş halleri, fiil neticesinde uygulanacak yaptırım, muhakeme usulü ve zamanaşımı konularıyla ilgili bilgiler verilerek çalışmamıza son verilmiştir.

Suçun maddi unsuru incelenirken cinsel saldırı oluşturan hareketler Yargıtay kararlarından seçilen örneklerle açıklanmış, ikinci kısımda ise suçu işlemek için kullanılan yollar anlatılmıştır.

Manevi unsur, hukuka aykırılık unsuru anlatıldıktan sonra suçun nitelikli hallerine geçilmiş, ilk önce “vücuda organ veya sair cisim sokmak” suretiyle işlenen nitelikli hali inceleme konusu olmuş, ardından kanunda yer aldığı sırayla suçun beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumdaki kişiye karşı işlenmesi, suçun kamu görevi veya hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılarak işlenmesi, suçun kan veya kayın hısımlığı ilişkisi içinde bulunan kişiye karşı işlenmesi ve suçun silahla veya birden fazla kişi tarafından işlenmesi hallerine yer verilmiştir.

Ceza hukukunun tartışmalı konularından olan neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarla ilgili genel açıklamalar yapıldıktan sonra cinsel saldırı suçunun ağırlaşmış halleri olan mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması ve mağdurun suç sonucu bitkisel hayata girmesi veya ölmesi konuları tartışılmıştır. Bu açıklamalardan sonra suçun özel görünüş şekillerine ilişkin incelemelere geçilmiştir. Bu başlık altında teşebbüs, iştirak ve içtimaya ilişkin açıklamalar yapılmıştır. Teşebbüs konusunda neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlara teşebbüsün mümkün olup olmayacağı özellikle incelenmiştir. En son bölümde suçun muhakemesine ilişkin bilgilere yer verilmiş, soruşturma-kovuşturma, görevli-yetkili mahkeme, yaptırım ve dava zamanaşımı konuları açıklanmaya çalışılmış ve çalışmanın bir nevi özeti olan sonuç bölümüyle çalışmamız sonlandırılmıştır.

## BÖLÜM I

### GENEL OLARAK CİNSEL SALDIRI SUÇLARI

#### 1.1. CİNSEL SALDIRI SUÇLARININ TARİHÇESİ

Tarihi gelişim sürecinde farklı devirlerde toplumlarda ırza geçme suçu için para cezasından kısırlaştırmaya ve hatta ölüm cezasına kadar varan cezalar öngörülmüştür.<sup>3</sup>

Eski çağlarda ırza geçme suçu yalnız hür ya da efendi olarak nitelendirilen kişilere karşı işlenebiliyordu. Köle sahibinin kendi kölesinin ırzına geçmesi doğal bir olay olarak görülmekte, başkasının kölesinin ırzına geçmesi cezalandırılmaktaydı. Bu çağlarda köleler bir mal gibi değerlendirildiği için onlara karşı işlenen suçlar mala karşı işlenen suçlar gibi değerlendiriliyordu.<sup>4</sup>

Roma hukukunda VIII. yüzyıla kadar cinsel özgürlüğe yönelik suçlardan dolayı cezalandırma aile babasının cezai yetkisine veya Censoslara bırakılmış, imparatorluk döneminde bu suç özgürlüğe karşı suç olarak kabul edilmiş, Roma hukukunun son dönemlerinde ise kendi vesayeti altına bırakılan kişileri iğfal eden vasileri cezalandıran hükümlere yer verilmiştir.<sup>5</sup>

İslam hukukunda rızaya dayalı olan ya da olmayan her türlü gayri meşru cinsel ilişki zina suçuyla birlikte ele alınmıştır.<sup>6</sup> Birbiriyle evli olmayan veya efendi köle durumunda bulunmayan ayrı cinsten iki kişinin birbirleriyle cinsel ilişkide bulunmaları zina sayılmış ve recim veya sopa dayacağı ile suçlu cezalandırılmıştır.<sup>7</sup>

Türk hukukunda ise İslamiyet öncesi dönemde bu suç karşılığında daha çok ekonomik cezalara öngörülmüş, İslamiyetin kabulünden sonraki dönemde ise gerek gelenek görenek hukuku gerek devlet başkanları tarafından çıkarılan kanunnameler İslam hukuku kurallarının yanında yer almış, Osmanlı hukukunda ise ilk kez 1274

---

<sup>3</sup> Dülger, İbrahim, Irza Geçme Suçunun Tarihi Gelişimi, *Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi* Yıl 2000, S: 6, s. 82.

<sup>4</sup> Dülger, s. 81 vd.

<sup>5</sup> Yarsuvat, Duygun, Mukayeseli Hukukta Cinsi Suçlar ve Müeyyideleri, *İHFM* 1964, C: XXX, s. 115 vd.

<sup>6</sup> Dülger, s. 87.

<sup>7</sup> Akbulut, İlhan, İslam Hukukunda Suçlar ve Cezalar, *AÜHF Dergisi* Yıl 2003, C: 52, S:1, s. 174.

tarıhli Ceza Kanunname-i Hümayunu'nda düzenlenmiştir.<sup>8</sup> Bu kanunun 197. maddesinde bir kimsenin onbir yaşından küçük çocuğa karşı cinsel saldırıda bulunması halinde 6 aydan az olmamak üzere geçici hapis cezası ile cezalandırılacağı hükmü yer almıştır. 198. maddede ırza geçme suçunun cezası geçici kürek cezası olarak gösterilmiştir, devamında ise ırza tasaddi fiiline karşı gelen eylemler üç aydan aşağı olmamak üzere hapis cezası ile cezalandırılmıştır. 199. Maddede ise fiilin ağırlatıcı haline yer verilmiş, mürebbiler, veliler, aylıklı hizmetkarlar suçun faili olursa beş seneden aşağı olmamak üzere geçici kürekle cezası ile cezalandırılacağı hükmüne yer verilmiştir. 200. Maddede ise evlenme vaadi ile kızlık bozma suçuna yer verilmiş, fail hakkında ayrıca bir de tazminat sorumluluğu öngörülmüştür.<sup>9</sup>

Cumhuriyet döneminde ırza geçme suçu 765 sayılı Türk Ceza Kanunun ikinci kitabının “Adabı Umumiye ve Nizamı Aile Aleyhine Cürümler” başlıklı sekizinci babın, “Cebren Irza Geçen, Küçükleri Baştan Çıkaran ve İffete Taarruz Edenler” başlıklı birinci faslında 414/416/417/418 ve ortak hükümler olan 424/437 maddelerde düzenlenmiştir. 765 Sayılı Eski TCK'nda ise inceleyeceğimiz fiiller 414 vd. maddelerde düzenlenmiştir. Buna göre 414. maddenin 1. fıkrasında 15 yaşından küçüklerin ırzına geçilmesi, 2. fıkrasında eylemin cebir, şiddet, tehdit vs. kullanılarak işlenmesi düzenlenmiştir. 415. maddede 15 yaşından küçüklere karşı işlenen ırza tasaddi fiilleri cezalandırılmaktadır. 416. maddenin 1. fıkrasında 15 yaşını bitirmiş olanların cebir, şiddet, tehdit vs. kullanılarak ırzına geçilmesi, 2. fıkrasında ise bu yaş grubundakilere karşı ırza tasaddi fiilleri cezalandırılmıştır. 416. maddenin son fıkrasında ise reşit olmayan bir kimse ile rızasıyla cinsel ilişkiye girenlere ilişkin düzenleme yer almaktadır. 417. maddede, 414, 415, 416. maddelerdeki fiillerin birden ziyade kimseler tarafından veya usulden biri veya veli ve vasi veya mürebbi ve muallimleri ve hizmetkârları veya terbiye ve nezaret veya muhafazaları altına bırakılan veya buna düşer olanların üzerlerine hüküm ve nüfuzu olan kimseler tarafından işlenmesi halinde cezanın arttırılacağına ilişkin hüküm mevcuttur. Son olarak 418. maddenin 1. fıkrasında, 414, 415, 416. maddelerdeki fiillerin mağdurun ölümüne sebep olması hali, 2. fıkrasında ise bu fiil ve hareketlerin bir marazın sirayetini veya mağdurun sıhhatine sair büyük bir nakisa irasını veya malûliyet veya mâyubiyetini müstelzim olması hali hüküm altına alınmıştır. Ortak hükümler içeren

---

<sup>8</sup> Dülger, s. 90 vd.

<sup>9</sup> Gökçen, Ahmet, *Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunları ve Bu Kanunlardaki Ceza Müeyyideleri*, İstanbul 1989, s. 151.; Bu düzenlemeler hakkında ayrıntılı açıklama için bkz. Reşad, Mehmed, *Mi'yar-ı Ceza Kanun-ı Ceza Şerhi*, İstanbul, Asaduryan Matbaası, 1313, s. 369-387.

424. maddede eylem nedeniyle mağdur olan kimseye yakınlığı sebebiyle tazminata hükmedileceği, 437. maddede failin usulden biri olması halinde bu kişilerin fürularının şahıs ve malları üzerindeki velayet hakkını kaybedeceği, vasi ise vasilikten çıkarılacağı hükümlerini yer verilmiştir.

## 1.2. MUKAYESELİ HUKUKTA CİNSEL SALDIRI SUÇLARI

Mukayeseli hukukta cinsel saldırı suçunun incelenmesinde öncelikle uluslararası ceza mahkemelerinin kararları değerlendirilmelidir. Irza geçmenin tanımı ile ilgili uluslararası ceza mahkemelerinin kararlarında üç yaklaşımın sergilendiği görülmektedir.

Akayesu kararında ırza geçmenin tanımı geniş tutulmuş ve cinsel birleşme olmaksızın gerçekleştirilen cinsel saldırıların da ırza geçme olduğu belirtilmiştir. Furundzija kararında mahkeme sınırlayıcı bir şekilde hukuki yaklaşımı tercih etmiştir. Kunarac kararında ise, ırza geçme konusunda Furundzija kararına yakınlaşmış olmakla birlikte ırza konusunda farklı bir yaklaşım sergilenmiştir.<sup>10</sup>

İnceleme konusu olan kararlardan ilki olan Akayesu kararında Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi (UCMR), ırza geçme eyleminin oluşabilmesi için kişinin vücudunun fiziksel ihlalini (ele geçirilmesini – invasion) şart kılmakla birlikte, her zaman fiziksel ihlal ile sınırlı olmadığını belirtmiştir. Söz konusu karara göre bazı durumlarda fiziksel giriş veya fiziksel temas olmaksızın dahi ırza geçme suçunun oluşabilir, cinsel organ olarak düşünülmeyen vücut deliklerinin kullanımı veya herhangi bir nesnenin sokulması eylemleri de ırza geçme eylemi olarak değerlendirilmelidir.<sup>11</sup> Akayesu kararı, ırza geçme ve cinsel şiddet fiillerinin çok geniş yorumlandığı, cinsel birleşme dışında kalan diğer durumları ayrıntılı bir şekilde belirtmediğinden dolayı suçta kanunilik ilkesini ihlal ettiği yönünde öğretide eleştirilere uğramıştır.<sup>12</sup>

Furundzija kararında Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi (UCMY), suçu daha belirli hale getirmeye çalışmış, bu kapsamda ilk olarak uluslararası hukukun genel ilkelerinden hareketle bir tanım elde etme yoluna başvurmuştur.<sup>13</sup>

---

<sup>10</sup> Topal, Ahmet Hamdi, *Uluslararası Ceza Yargılamalarında Cinsel Suçlar*, İstanbul, Oniki Levha Yayınları, 2009, s. 171 vd.

<sup>11</sup> Değirmenci, Olgun, *Uluslararası Suç Olarak Kadına Karşı Cinsel Şiddet Eylemleri, Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Yıl 2010, S: 89, s. 54.

<sup>12</sup> Topal, s. 175.

<sup>13</sup> Değirmenci, s. 55.



Ulusal hukuklarda ırza geçme eylemine ilişkin düzenlemelere göz atıldığında; bazı ülkeler ırza geçme eylemini kadına karşı işlenmiş bir suç olarak düzenlemişlerdir (Şili Ceza Kanunu madde 361; 1997 Çin Ceza Kanunu madde 236; Japon Ceza Kanunu madde 177; Zambiya Ceza Kanunu madde132). Bazı ülkeler kadın veya erkeğe karşı ırza geçme fiilinin işlenebileceğini mevzuatlarında düzenlemişlerdir (Avusturya Ceza Kanunu madde 201; Fransız Ceza Kanunu madde 222-23; 1978 İtalyan Ceza Kanunu madde 519; Arjantin Ceza Kanunu madde 119).<sup>14</sup>

ırza geçme fiilini oluşturan maddi unsur bakımından da ülke mevzuatlarında farklılıklar görülmektedir. Bazı ülkelerde ırza geçme fiili, failin cinsel organının mağdurun cinsel organına girmesi ile oluşmaktadır (1995 Pakistan Ceza Kanunu madde 375; Hindistan Ceza Kanunu madde 375; Uganda Ceza Kanunu madde 177). Diğer bazı ülkeler ırza geçme fiilini oluşturan hareketleri daha geniş yorumlamaktadır. ırza geçme fiilinin unsurlarından olan şiddet, tehdit, baskı ve mağdurun rızasını ortadan kaldıran diğer hareketler de ulusal hukuklarda farklı şekilde düzenlenmiştir. Bazı ülkeler şiddeti, mağdurun aczini içerecek şekilde geniş yorumlamaktadırlar (Hollanda Ceza Kanunu madde 180; eski Yugoslavya Ceza Kanunu madde 180). Bazı ülkelerde şiddet veya yıldırma (tehdit), üçüncü bir şahsa karşı da gerçekleştirilebilmektedir (Bosna Hersek Ceza Kanunu Bölüm XI).<sup>15</sup>

Ulusal hukukların çoğunda ırza geçme; penisin insan vücuduna zorla ithali veya vajina veya anüse zorla herhangi nesnenin sokulması olarak tanımlanmıştır. Zorla oral ilişki konusunda ise UCMY, ulusal mevzuatlarda birlik olmamasından dolayı uluslararası hukukun genel ilkelerinden hareketle zorla oral seksin insan onuru bakımından son derece utanç verici ve alçaltıcı bir saldırı teşkil ettiğine değinmiş söz konusu eylemin ırza geçme olduğu sonucuna varmıştır.<sup>16</sup>

Furundzija kararında UCMY, ırza geçme eyleminde kısmen dahi olsa failin penisi veya fail tarafından kullanılan herhangi bir objenin mağdurun anüsü veya vajinasına ithalini ya da failin penisinin, mağdurun ağzına ithali şeklindeki cinsel girişin şart olduğunu belirtmiştir. İthalin mağdura veya üçüncü bir kişiye cebir, şiddet veya şiddet tehdidi altında yapılmasını yeterli bulmuş, ayrıca mağdurun rızasının yokluğuna temas etmemiştir.<sup>17</sup>

---

<sup>14</sup> Değirmenci, s. 55.

<sup>15</sup> Değirmenci, s. 55.vd

<sup>16</sup> Değirmenci, s. 56.

<sup>17</sup> Değirmenci, s. 57.

Kunarac kararında UCMY, ırza geçme suçunda ulusal düzenlemelerde yer alan unsurları üç grupta toplamıştır. İlk olarak birleşme, mağdura veya üçüncü bir kişiye karşı şiddet veya şiddet tehdidi ile gerçekleştirilmektedir. Bosna Hersek Ceza Kanunu madde 88; Alman Ceza Kanunu madde 177; Kore Ceza Kanunu madde 297; Çin Ceza Kanunu madde 139; Norveç Ceza Kanunu madde 192; Avusturya Ceza Kanunu madde 201; İspanyol Ceza Kanunu madde 178; Brezilya ceza Kanunu madde 213, bu yönde düzenlemelerin yer aldığı ceza kanunlarıdır.<sup>18</sup>

İkinci durumda şiddetin yanı sıra mağdurun hassas durumu veya gerçeğe uygun oluşturulmuş reddetme yeteneğini ortadan kaldıran durumlar da ırza geçme suçunun oluşabilmesi için yeterli görülmüş, bu durumlara genellikle mağdurun direnme yeteneğinin olmaması, fiziksel veya zihinsel açıdan engelli olması, iradesinin ifsada uğratılması gibi durumlar örnek gösterilmiştir. İsveç Ceza Kanunu madde 190,Portekiz Ceza Kanunu madde 164, Fransız Ceza Kanunu madde 222, İtalyan Ceza Kanunu madde 519, Danimarka Ceza Kanunu madde 216, İsveç Ceza Kanunu Başlık 6, Bölüm 1, Finlandiya Ceza Kanunu Başlık 20. Bölüm 1, Estonya Ceza Kanunu 115. Bölümü'ndeki hükümler bu paraleldedir.<sup>19</sup>

Mağdurun özgür iradesinin sonucu olan rızasının bulunmaması, ırza geçme fiilinin unsurlarına dâhildir. İngiliz 2003 tarihli Cinsel Suçlar Yasası'nın Birinci Bölümü'nde ırza geçme rıza bulunmaksızın cinsel organın vajina, anüs veya ağza ithali olarak tanımlanmaktadır. Kanada Ceza Kanunu'nun 271. maddesi, Hint Ceza Kanunu'nun 375. Bölümü, Bangladeş Ceza Kanunu'nun 375. maddesi ırza geçme fiilinin oluşması için mağdurun gerçeğe uygun rızasının bulunması aranan kanunlardandır.<sup>20</sup>

Roma Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsünde ırza tecavüz fiili, herhangi bir cismin veya nesnenin vücut üzerindeki bir boşluğa ithal edilmesini de içerek şekilde geniş bir tanımlamaya tabi tutulmuştur.<sup>21</sup> Ayrıca mağdurun saldırgan veya başka bir mağdur ile oral sekse zorlanması da ırza geçme kapsamında değerlendirilmiştir.<sup>22</sup> “*Bir nesne veya vücudun herhangi bir parçası*” ifadesi ile de saldırganın cinsel

---

<sup>18</sup> Değirmenci, s. 58.

<sup>19</sup> Değirmenci, s. 58 vd.

<sup>20</sup> Değirmenci, s. 59.

<sup>21</sup> Değirmenci, s. 62.

<sup>22</sup> Topal, s. 186.

organ dışında el, parmak ve dil gibi organları vasıtasıyla veya başka bir cisim kullanmak suretiyle mağdura karşı cinsel saldırıda bulunması anlaşılmalıdır.<sup>23</sup>

Türk Ceza Hukukundaki düzenleme cinsel saldırı suçunun basit halinin oluşması için temasin, nitelikli halinin oluşması içinse vücuda organ veya bir cismin ithalini şart koştuğundan UCMY ve Roma Uluslararası Ceza Mahkemesi kararına paralel bir özellik arz eder.

### 1.3. CİNSEL SALDIRI SUÇUNUN BENZER SUÇLARDAN AYRIMI

Cinsel saldırı suçu birkaç noktada Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenen bazı suçlarla yakın ilişki içindedir. Gerçekleştirilen fiildeki bir unsurun varlığı ya da yokluğu fiili cinsel saldırı olmaktan çıkarıp karşılaştırma konumuz olan suçlar arasına sokabilir. Yine Türk Ceza Kanununda düzenlenmemekle birlikte aile içi cinsel ilişki olarak tanımlanan ensest fiili ile de cinsel saldırı arasında bir ilişki vardır.

Türk Ceza Kanunu m. 106/3'e göre; tehdit amacıyla kasten öldürme, kasten yaralama veya malvarlığına zarar verme suçunun işlenmesi halinde, ayrıca bu suçlardan dolayı ceza verilir. Suçun temel şeklinde hayat, vücut ve malvarlığına zarardan bahisle tehdidin işlenmesinden söz eden kişinin, kasten öldürme, kasten yaralama ve malvarlığına zarar verme suçunu tehdit amacıyla işlemesi halinde ayrıca bu suçlardan cezalandırılması TCK m. 106/3'de öngörülürken, tehdit amacıyla cinsel saldırı suçunun işlenmesi halinde cinsel saldırı suçundan ayrıca cezalandırılmaması eleştirilmiştir.<sup>24</sup>

İşkence suçunun cinsel saldırı biçiminde işlenmesi durumunda TCK 94/3'te suçun *cinsel taciz biçiminde* gerçekleşmesi nitelikli hal olarak düzenlendiğinden bileşik suç hükümleri uygulanır ve fail yalnızca nitelikli işkenceden cezalandırılır.<sup>25</sup> Ancak işkencenin cinsel saldırı biçiminde gerçekleştirilmesi nitelikli hal olarak

---

<sup>23</sup> Topal, s. 186 vd.

<sup>24</sup> Sevik, Yokuş Handan, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Saldırı ve Cinsel Taciz Suçları, *TBB Dergisi*, Yıl 2005, S: 57, s. 263.

<sup>25</sup> Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan/Önok, Rıfat Murat, *5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'na Göre Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 7. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2010, s. 311.; Artuç, Mustafa, *Kişilere Karşı Suçlar*, Ankara, Adalet Yayınevi, 2008, s. 597.; Sevik, s.263.

düzenlenmediğinden fail gerçek içtima kurallarınca hem işkenceden hem de cinsel saldırı suçundan cezalandırılır.<sup>26</sup>

Cinsel saldırıyı oluşturan fiilin belirli bir kimse üzerine doğrudan doğruya ve aleni olmayacak şekilde işlenmesi şartı arandığından fiil belirli bir kimseye karşı işlenmez ve aleni olarak gerçekleştirilirse alenen hayasızca hareketler suçu oluşur.<sup>27</sup>

Cinsel saldırı suçu ile genital muayene suçu arasında yakın bir ilişki vardır. Genital muayene suçu Türk Ceza Kanunlarında ilk kez 5237 sayılı yasada adliyeeye karşı işlenen suçlar arasında düzenlenmiştir. Bu suçun düzenlenmiş olduğu yer itibarıyla korunmak istenen hukuki yararın ne olduğu tartışma konusu olmuştur. Türk Ceza Yasası'nda adliyeeye karşı suçlar arasında düzenlenmiş bulunan genital muayene suçunun sistematik içindeki yeri düzenleme ile korunan hukuki değer adliye, adli yargı, kamu idaresi veya ceza yargılamasının yürütülmesinde adliye idaresine karşı gelinmemesinin sağlanması olduğu ifade edilse de, gerçek anlamda koruma altına alınan menfaatin farklı olduğu belirtilmelidir.<sup>28</sup> Genital muayene suçu, bu fiile maruz kalan bireylerin bedenleri ile ilgilidir. Belirtilen bu düzenlemeler dikkate alındığında TCK m.287'de yer alan genital muayene suçu ile korunan hukuki değer, bireyin beden bütünlüğünün korunması başta olmak üzere bu değer yanında kişi özgürlüğü ve cinsel özgürlüğü de kapsayacak biçimde geniş bir anlama sahip olduğu ifade edilmelidir.<sup>29</sup> Korunan hukuki yararın öncelikle bireyin cinsel anlamda vücut dokunulmazlığı, bireyin kendi irade ve tercihleriyle hareket edebilme özgürlüğü onurlu, saygın ve haysiyetli yaşama hakkı olduğu kabul edildiğine göre genital muayene suçu millete ve devlete karşı işlenen suçların adliyeeye karşı suçlar kısmında değil, kişilere karşı işlenen suçların cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar bölümünde düzenlenmesinin daha yerinde olacağı ileri sürülmüştür.<sup>30</sup>

*Genital*, üreme organları ile ilgili anlamına geldiğinden genital muayene üreme sisteminin organları olan *vagina (hazne)*, *rahim ağzı (serviks)*, *rahim(uterus)*, *tüpler (fallop kanalları)* *yumurtalıklar büyük dudaklar, küçük dudaklar, klitoris (clitoris)*,

---

<sup>26</sup> Artuç, s. 597.; Tezcan/Erdem/Önok, s.311.; Özbek, Özer Veli/Kanbur, Nihat/Doğan, Koray/Bacaksız Koray/Tepe, İlker (Özbek ve Diğerleri) *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2010, s. 375.

<sup>27</sup> Yenidünya, Caner Ahmet, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, *Legal Hukuk Dergisi*, Yıl 2005, S:33, s. 3287

<sup>28</sup> Çakmut, Özlem Yenerer, Türk Ceza Yasasında Genital Muayene Suçu, *İstanbul Barosu Yayınları*, 2012, s. 50. Tezcan/Erdem/Önok, s. 977.

<sup>29</sup> Dülger, İbrahim, *V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu Tıp Ceza Hukukunun Genel Sorunları*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 1. Baskı, Ankara, 2008, s. 1261.; Çakmut, s. 50.

<sup>30</sup> Dülger, *V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu Tıp Ceza Hukukunun Genel Sorunları*, s. 1262.

kızlık zarı (hymen) ve idrar boşaltma deliği (üretra) muayenesinden oluşmaktadır.<sup>31</sup> Anüs bölgesine yapılacak kontrollerin ise hangi kapsamda değerlendirileceği tartışma konusu olmuştur. Anüs, sindirim sisteminin sonlandığı organ olması nedeniyle genital organ olarak kabul edilmemektedir. Hal böyle olunca anüse ilişkin muayenenin inceleme konumuz olan suç içine alınması kıyas olacağından suçta ve cezada kanunilik ilkeleri gereğince ve TCK m.2 düzenlemesi karşısında mümkün değildir.<sup>32</sup> Öte yandan önemle ifade edilmelidir ki, anüs bölgesinin de genital sistemde olduğu gibi muayene edilmesi ve kişilerin benzer biçimde insan onuru ile bağdaşmayan muameleye tabi kılınması sonucunu doğurmaktadır.<sup>33</sup> Bu durumda anüsün genital organ sayılmaması nedeniyle gerçekleştirilen eylemler cinsel saldırı suçunu oluşturacaktır.<sup>34</sup>

Değerlendirilmesi gereken diğer bir konu da ebeveynlerin bu suçun faili olup olamayacağıdır. Eğer anne-baba rahatsızlığı teşhis amacıyla çocuğu genital muayene götürmüşse suç oluşmaz. Ancak sırf merak amacıyla rızası hilafına çocuğunu genital muayene götüren ebeveynin durumu ise farklıdır. Böyle bir durumda ebeveyn genital muayene suçunun faili olacaktır.<sup>35</sup> Rızası hilafına çocuğunu genital muayene götüren anne-babanın ve bu muayeneyi yapan doktorun durumu ile ilgili bir başka görüşe göre ise bu muayene mağdur açısından cinsel dokunulmazlığa yönelik ağır bir müdahaledir, bu nedenle burada ortaya çıkan suç genital muayene suçu değil, cinsel saldırı suçudur.<sup>36</sup> Bu muayenenin yetkili olmayan bir kimse tarafından yapılması durumunda muayene yapan kişi cinsel saldırı suçunun faili, ebeveyn ise azmettireni olur.<sup>37</sup>

Failin eylemi gerçekleştirirkenki kastı genital muayeneye gönderme veya genital muayene yapma biçiminde olmalıdır. Eğer fail cinsel dürtülerle hareket etmiş ise cinsel saldırı (TCK m.102/1) veya çocukların cinsel istismarı (TCK m.103/1) suçlarının oluşması söz konusu olacaktır.<sup>38</sup> Genital muayene suçunun failinin, cinsel saldırı (TCK m.102) veya çocukların cinsel istismarı (TCK m.103) suçlarından da

---

<sup>31</sup> Çakmut, s. 52 vd.

<sup>32</sup> Çakmut, s. 53.; Dülger, V. *Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu Tıp Ceza Hukukunun Genel Sorunları*, s. 1272.

<sup>33</sup> Çakmut, s. 52.

<sup>34</sup> Kanbur, Nihat, *Genital Muayene Suçu, Ceza Hukuku Dergisi*, Yıl 2011, S: 16, s. 12.

<sup>35</sup> Dülger, V. *Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu Tıp Ceza Hukukunun Genel Sorunları*, s. 1265.; Çakmut, s. 57.

<sup>36</sup> Kanbur, s. 14.

<sup>37</sup> Kanbur, s. 17.

<sup>38</sup> Çakmut, s. 57.; Tezcan/Erdem/Önok, s. 979.

sorumlu olup olmayacağı hususu üzerinde durmak içtima bakımından önem taşımaktadır. TCK m.102/1’de yer alan cinsel saldırı veya TCK m.103/1’de düzenlenmiş bulunan çocukların cinsel istismarı suçları bakımından failde cinsel dürtüleri tatmin maksadının bulunması gereklidir. Failin maksadı bu yönde ise bir görüşe göre suç genital muayene suçu olmayacak, somut olayın özelliğine göre cinsel saldırı veya çocukların cinsel istismarı suçlarından sorumluluk doğacaktır.<sup>39</sup> Karşıt görüşe göre ise fail muayene ile birlikte cinsel arzularını tatmin amacıyla hareket etmişse mesela göğüslerini de okşamışsa gerçek içtima kurallarınca hem TCK 287 hem de TCK 102/1’den sorumlu olacaktır.<sup>40</sup> Ancak TCK m.102/2 ve m.103/2 kapsamında işlenen cinsel saldırı veya çocukların cinsel istismarı suçları bakımından ise failde cinsel dürtüleri tatmin maksadının varlığı aranmaz. Vücuda organ ya da cisim sokulduğunun bilinmesi ve istenmesi bu nitelikte suçların oluşumu için gerekli ve yeterlidir. Dolayısıyla genital muayene vücuda cisim sokularak gerçekleştirilmek zorunda ise fail tek bir hareketle yasanın birden fazla hükmünü ihlal etmiş olacağından fikri içtima hükümleri çerçevesinde sorumluluk belirlenecektir. Eğer muayene bakımından vücuda cisim sokulması zorunluluğu olmadığı halde bu biçim bir hareket gerçekleştirilmişse cinsel saldırı veya çocukların cinsel istismarı ve genital muayene suçu olarak iki ayrı suç söz konusu olacak ve failin sorumluluğu belirlenecektir.<sup>41</sup>

Cinsel saldırı suçu ile ensest fiili arasında da bağlantı vardır. Ensest Türk Ceza Hukukunda suç olmamakla birlikte TCK m. 102/3-c ve 103/3 hükümlerinin ensesti cezalandırdığı düşünülmektedir; ancak buradaki düzenlemeler cezayı ağırlaştırıcı bir neden olarak ortaya çıkan ve rızaya dayanmayan ya da geçerli rızaya dayanmayan cinsel suçlardır.<sup>42</sup> Cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlardan farklı olarak ensestte taraflardan biri mağdur değildir, her iki taraf da suçun failidir.<sup>43</sup> TCK aralarında evlenme yasağı bulunan ve reşit olan akrabalar arasında rıza ile gerçekleşen cinsel ilişkiyi yasaklayan bir hükmü barındırmadığı için bu eylemden dolayı kişiye ceza verilmesi mümkün değildir. Rıza hilafına gerçekleşen ensestte ise mağdurun yaşına göre fail cinsel saldırı veya cinsel istismar suçundan cezalandırılır.

---

<sup>39</sup> Çakmut, s. 59.

<sup>40</sup> Dülger, s. 1280 vd.

<sup>41</sup> Dülger, s. 1280.; Çakmut, s. 59.

<sup>42</sup> Sancar, Yalçın Türkan, Ensest Genel Ahlak ve Alman Anayasa Mahkemesinin Kararı, *TBB Dergisi*, Yıl 2009 S: 80, s. 247.

<sup>43</sup> Sancar, s. 247.

## BÖLÜM II

### TÜRK HUKUKUNDA CİNSEL DOKUNULMAZLIĞA KARŞI SUÇLAR

#### 2.1. 5237 SAYILI TÜRK CEZA KANUNU'NDA CİNSEL DOKUNULMAZLIĞA KARŞI SUÇLAR

Cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 102.-105. maddeleri arasında düzenlenmiştir.102. maddede cinsel saldırı, 103. maddede çocukların cinsel istismarı, 104. maddede reşit olmayanla cinsel ilişki ve 105. maddede ise cinsel taciz suçları düzenlenmiştir.

5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar düzenlenirken, 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu'ndaki ırza tasaddi, ırza geçme, söz atma, sarkıntılık kavramları terk edilmiş, bu kavramların yerine cinsel saldırı, cinsel istismar, cinsel taciz, reşit olmayanla cinsel ilişki gibi yeni kavramlar getirilmiştir.<sup>44</sup> Bu değişikliğin altında yatan nedenin iffet,ırz gibi kelimelerin soyut anlamlar içermesi, devirden devire değişiklik gösterebilmesi, bu sebeple daha gerçekçi, insanın vücut bütünlüğüne yönelik fiilleri ifade eden kavramları kullanmanın daha doğru olduğu ifade edilmiştir.<sup>45</sup> Yine yeni yasada “ırz” kavramına yer verilmemesinin kadın haklarının gelişimine paralel bir düzenleme olduğu, zira bu kavramın temelde ataerkil bir yaklaşımı ifade ettiği, kadının ırzı ve namusunun toplumsal bir mal, erkeğin bir malı olarak ele alındığı, yeni düzenlemelerle bu anlayışın değiştiği ve cinsel saldırı suçunda gerek fail gerekse de mağdur açısından kadın-erkek ayrımının kaldırıldığını, erkek, kadın her iki cinsin de hem fail hem mağdur olabileceği ileri sürülmüştür.<sup>46</sup>

Ancak doktrinde bu görüşlerin aksine ırza tasaddi , ırza geçme gibi kavramların somut kavramlar olduğu, çok uzun senelerden beri yabancı ceza kanunlarının da aynı terimleri değişikliğe gitmeden kullandığı, zira yeni kavramlar tanımlanırken de eski kavramlardan yararlanılmasının zorunlu olduğu, bu bakımdan yapılan kavram

<sup>44</sup> Gürkan, Şeref/Uğuz, Ahmet, Yeni Ceza Yasamızda Cinsel Suçlar, *Adalet Dergisi*, S: 27, s. 179.

<sup>45</sup> Eraslan, Orhan, *Türk Ceza Kanunu Reformu, Birinci Kitap, Toplumsal Değişim Sürecinde Türk Ceza Kanunu Reformu Paneli*, 21-22 Mayıs Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2004, s. 140.

<sup>46</sup> Malkoç, İsmail, *Açıklamalı-İçtihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu (Madde 1-178) 1. Cilt*, Ankara Malkoç Kitabevi, 2008, s. 805.; Aydın, s. 157.

değişikliğinin yanlış olduğu eleştirisi de dile getirilmiştir. Cinsel suçlara ilişkin düzenlemelerin kaynağının İspanyol Ceza Kanunu olduğu ileri sürülmüştür.<sup>47</sup> Kavramları değiştirmenin sağlıklı bir yol olmadığı, yeni bir kavramın hukuk düzeninde yerleşmesi için en az elli yıllık bir deneyime ihtiyaç olduğu, mahkemelerin ve Yargıtay'ın içtihatları ile uygulamanın yeniden şekillenmesi gerektiği, bu arada suç ve ceza siyaseti yönünden kaybedilen zamanın ağır olacağı da eleştiriler arasındaki yerini almaktadır.<sup>48</sup> Bununla birlikte doktrinde ırza geçme ve ırza tasaddi kavramlarının yerine yeni kavramların kullanılmasının modern ceza hukuku felsefesine daha uygun düşeceğini düşünen yazarlar da bulunmaktadır.<sup>49</sup>

Öğretide cinsel davranış ifadesinden ne anlaşılması gerektiğinin açık olmadığını, Türk Ceza Kanununda, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 7. maddesinde düzenlenen kanunilik ilkesi gereğince somutlaştırılması gerektiğini savunan görüşler mevcuttur.<sup>50</sup> Bununla beraber vücut dokunulmazlığının ihlali, vücuda organ veya cisim sokmak, cinsel istismar gibi ifadeler de muğlâk oldukları, içeriklerinin nasıl doldurulacağı yasa koyucu tarafından belirlenmediği ve bu sebeple de kanunilik ilkesine aykırılık oluşturdukları için benzer eleştirilere maruz kalmışlardır.<sup>51</sup> Yine bu yönde getirilen bir başka eleştiride 765 sayılı kanunda beşeri cinselliğin bireyce ve toplumca kabul edilemeyecek tüm yansımalarının bugünün koşullarına da uyacak şekilde düzenlendiği belirtilmiştir.<sup>52</sup>

5237 sayılı TCK m.102'de düzenlenen cinsel saldırı suçunda 765 sayılı kanundaki ırza geçme, ırza tasaddi, sarkıntılık suçları aynı madde kapsamına alınmıştır. Bu düzenlemenin cinsel eylemlerin çok ağır cezalarla karşılanmasına

---

<sup>47</sup> Artuk, Mehmet Emin, *Türk Ceza Kanunu Reformu, Birinci Kitap, Toplumsal Değişim Sürecinde Türk Ceza Kanunu Reformu Paneli*, 21-22 Mayıs Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2004, s. 151.; Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin TCK Tasarısı Hakkındaki Raporu, Türk Ceza Kanunu Reformu, Makaleler, Görüşler, Raporlar, İkinci Kitap*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2004, s. 351.

<sup>48</sup> Tezcan, Durmuş, *Türk Ceza Kanunu Reformu, Birinci Kitap, Toplumsal Değişim Sürecinde Türk Ceza Kanunu Reformu Paneli*, 21-22 Mayıs Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2004, s. 158.

<sup>49</sup> Mahmutoglu, Fatih Selami, *TBMM Adalet Komisyonunda Kabul Edilen Türk Ceza Kanunu Tasarısı Hakkında Görüş, Türk Ceza Kanunu Reformu, Makaleler, Görüşler, Raporlar, İkinci Kitap*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2004, s. 358.

<sup>50</sup> Öztürk, Bahri, *Türk Ceza Kanunu Reformu, Birinci Kitap, Toplumsal Değişim Sürecinde Türk Ceza Kanunu Reformu Paneli*, 21-22 Mayıs Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2004, s. 143vd.; Artuk s. 151.; Yarsuvat, Duygun/Bayraktar, Köksal Yüzbaşıoğlu, Necmi/Bülbül, Erdoğan/Kocasakal, Ümit (Yarsuvat ve Diğerleri) *Türk Ceza Kanunu Tasarısı Hakkında Galatasaray Üniversitesi'nin Görüşü, Türk Ceza Kanunu Reformu, Makaleler Görüşler, Raporlar, İkinci Kitap*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2004, s. 308.

<sup>51</sup> Öztürk, s. 143vd.; Yurtcan, Erdener, *Yargıtay Kararları Işığında Cinsel Suçlar*, İstanbul Barosu Yayınları 2009, s. 13; Artuk s. 150 vd.

<sup>52</sup> Hafizoğulları, Zeki/Özen, Muharrem, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar*, Ankara, Usa Yayıncılık, 2010, s. 146.



neden olabileceği gerekçesiyle eleştirilmiştir.<sup>53</sup> Ancak aksi görüşü savunanlara göre; sarkıntılık suçunun vücuda temas ile gerçekleşmesi mümkündür ve sarkıntılık suçunun bu şekilde işlenmesi halinde cinsel saldırıda olduğu gibi cinsel davranışlarla kişinin vücut dokunulmazlığının ihlali unsuru gerçekleşmiştir.<sup>54</sup>

Yeni yasa cinsel dokunulmazlığa karşı suçları kişilere karşı işlenen suçlar arasında düzenlemiştir. Bu değişikliklerle cinsel suçlar aileyi, toplumu ve genel ahlaki ilgilendiren bir konu olmaktan çıkarılmış, cinselliği kişisel bir özgürlük değeri olarak gören ve doğrudan kişinin kendisini merkeze alan bir anlayışa geçilmiştir.<sup>55</sup> Ancak bu anlayış değişikliğine uygun düşmeyen düzenlemelere de kanun yer vermiştir. Mesela TCK 104. maddede reşit olmayanla cinsel ilişkide bulunma suç sayılmış olmasına rağmen ilişki boyutuna varmaya rızaya dayalı cinsel davranışlara geçerlilik tanınması özgürlük anlayışına ters düşmektedir.<sup>56</sup> İnceleme konumuz olan *cinsel saldırı* suçu 102. maddede düzenlenmiştir. Maddenin 1. fıkrasında suçun temel şekline yer verilmişken 2. ve devam eden fıkralarda suçun nitelikli halleri düzenlenmiştir. Cinsel saldırının vücuda organ veya sair bir cisim sokulmak suretiyle, beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı, kamu görevinin ya da hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle, üçüncü derece dahil kan veya kayın hısımlığı ilişkisi içinde bulunan kişiye karşı, silahla veya birden fazla kişi tarafından birlikte gerçekleştirilmesi halleri nitelikli cinsel saldırıdır. Kanunda iki durumda suçun neticesi sebebiyle ağırlaşmış halinin gerçekleşeceği belirtilmiştir. Suçun sonucunda mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması ve suçun, mağdurun bitkisel hayata girmesine veya ölmesine neden olması halleri neticesi sebebiyle ağırlaşmış hal olarak gösterilmiştir. Ayrıca suçun işlenmesi sırasında mağdurun direncinin kırılmasını sağlayacak ölçünün ötesinde cebir kullanılması durumunda kişi ayrıca kasten yaralama suçundan da sorumlu tutulacaktır.

---

<sup>53</sup> Yarsuvat ve Diğerleri, s. 308.

<sup>54</sup> Sevük, s. 248.

<sup>55</sup> Aydın, s. 152.

<sup>56</sup> Tezcan/Erdem/Önok, s. 292.

## BÖLÜM III

### CİNSEL SALDIRI SUÇU VE UNSURLARI

#### 3.1. MADDİ UNSUR

##### 3.1.1. Suçla Korunan Hukuki Değer

Suçun kanunda düzenlendiği yer, koruduğu hukuksal değeri ön plana çıkarır.<sup>57</sup> Bu bakımdan 765 sayılı TCK'da cinsel suçların “*Adabı Umumiye ve Nizamı Aile Aleyhinde Cürümler*” babında düzenlendiği göz önüne alındığında, cinsel suçlarda korunan hukuksal değer genel ahlak ve aile düzenidir. Bir başka deyişle bu suçlar ile genel ahlakın ve ailenin korunması amaçlanmıştır.<sup>58</sup> Cinsel suçların bazılarının koruduğu hukuksal değer aile ve ahlak olduğu, ülkemizde olduğu gibi eski Alman ceza hukuku öğretisinde de ifade edilmiştir.<sup>59</sup> Bir görüşe göre ise; 765 sayılı kanun döneminde cinselliğe karşı davranışlar bireysel niteliğinden çok toplumsal niteliği dikkate alınarak “edep” denilen toplumsal değerle ilgili görülmüştür.<sup>60</sup> Bir başka görüşe göre ise 765 sayılı TCK bakımından da bu suçlar cinsel özgürlüğe yöneliktir ve bu nedenle de burada korunan hukuksal yarar mağdurun cinsel özgürlüğüdür.<sup>61</sup>

Ancak ceza hukukunun asli ödevinin ahlaki oluşturan bir fonksiyon olduğu anlayışı terk edilmiş, ceza hukukunun ödevinin hiçbir zaman ahlak, adap, etik normlara aykırılıkları suç haline getirmek olmadığı anlayışı benimsenmiştir. Ahlaki kurallara aykırılıklar, onlar bir hukuksal değer haline gelmedikleri sürece devletin ceza uygulama yetkisi bakımından bir gerekçe oluşturamazlar. Bugün ceza hukukunun hukuksal değerlerin korunmasına ilişkin bir araç olduğu belirtilmektedir.<sup>62</sup>

Günümüzde cinsel suçların hukuksal değer görüşü oldukça değişmiş olup cinsel suçlarla korunan hukuksal yararın artık kişinin cinsel tercihini özgürce ve serbestçe

---

<sup>57</sup> Sevik, s. 245.

<sup>58</sup> Centel, Nur, *Cinsel Suç Mağduru Kadının Korunması*, Prof. Dr. Kenan Tunç Omağ'a Armağan, İstanbul 1997, s. 61.

<sup>59</sup> Ünver, Yener, *Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer*, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2003 s.1032.

<sup>60</sup> Hafizoğulları/Özen, s. 144.

<sup>61</sup> Tezcan/Erdem/Önok, s. 293.

<sup>62</sup> Ünver, s. 1025.

belirlenmesi anlayışı yaygındır.<sup>63</sup> Bu cinsel tercihin özgürce belirlenmesi hukuksal değeri çeşitli şekillerde ihlal edebilir ve bunun ihlal şekilleri çeşitli cinsel suçların oluşumuna kaynaklık eder. Irza geçmedeki ihlal şekli ile aralarında nüfuz-tedip-koruma ilişkisi olan kişilerden birinin diğeri hakkında işlediği cinsel suç veya kadın veya çocukların kötüye kullanımı ile pornografik yayınlara ilişkin suçlar arasındaki temel fark budur. Yoksa devlet herhangi bir cinsel ahlaki hukuk, ceza hukuku hükümleri aracılığıyla bireylere benimsetemez ve buna girişemez.<sup>64</sup>

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda, cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar esas itibariyle kişiye karşı işlenen suçlar olması nedeniyle 2. Kitabı'nın *Kişilere Karşı Suçlar*" başlıklı ikinci kısım altında düzenlenmiştir TCK 102. maddenin gerekçesinde, bu bölümde yer alan suçlarla korunan ortak hukuki değer, kişilerin cinsel dokunulmazlığı olduğu ve cinsel dokunulmazlığın, kişilerin vücudu üzerinde cinsel davranışlarda bulunulması suretiyle ihlal edileceği belirtilmiştir.

Bu düzenlemeye göre cinsel suçlarla korunan hukuksal değer kişilerin "cinsel dokunulmazlığı ve cinsel özgürlüğü" olduğu anlayışı kabul edilmiştir.<sup>65</sup> Suçun ağırlaşmış şekliyle mağdurun vücut bütünlüğü ile yaşam hakkı da ayrıca koruma altına alınmıştır.<sup>66</sup> Cinsel saldırının herkesin görebileceği yerlerde yapılması halinde ise hem saldırı hem de hayasız hareketler oluşacak ve bu durumda korunan hukuksal değer birden fazla olacak, ancak cinsel saldırıya uğrayan kişinin menfaati toplum bireylerinin ar ve haya duygularının incinmesinden daha önemlidir.<sup>67</sup> Ayrıca bu suçla kişinin cinsel özgürlüğünün yanında bu hareketten etkilenen ruhsal ve fiziksel bütünlüğü de zarar gördüğünden bu unsurlar da korunmuştur.<sup>68</sup> Madde gerekçesinde belirtildiği üzere cinsel dokunulmazlığın, kişilerin vücudu üzerinde cinsel davranışlarda bulunulması suretiyle ihlal edileceği belirtilmiştir. Ancak bu görüş cinsel suçlardan olan cinsel saldırı suçunda vücut dokunulmazlığının ihlalinden söz

---

<sup>63</sup> Tezcan/Erdem/Önok, s. 293.

<sup>64</sup> Ünver, s. 1033 vd.

<sup>65</sup> Nuhoğlu, Ayşe, *Türk Ceza Kanunu'nda ve 2002 Tasarısında Cinsel Suçlar*, Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı İstanbul, San Ofset, 2004, s. 610.; Aydın, s. 152.; Toroslu, Nevzat, *Ceza Hukuku Özel Kısım*, 4. Baskı, Savaş Yayınları, 2009, s. 57.

<sup>66</sup> Arslan, Çetin/Azizağaoğlu, Bahattin, *Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi*, 1. Basım, Asil Yayın Dağıtım, 2004, s. 461.

<sup>67</sup> Soyaslan, Doğan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 8. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınevi, 2006, s. 224.

<sup>68</sup> Yenidünya s. 3286, Malkoç, İsmail, *Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar*, Ankara, Malkoç Kitabevi, 2009, s. 2.; Ünver, Yener *Cinsel Dokunulmazlığa ve Genel Ahlak Karşı Suçlar*, *Türk Ceza Kanunu'nun 2 Yılı, Teori ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar*, İstanbul, Türk Ceza Hukuku Derneği Yayınları, 2008, s. 296.

edilmesi, burada ihlal edilenin vücut dokunulmazlığı değil, bunu da içerecek şekilde cinsel dokunulmazlık olduğu ve gerekçesiyle eleştirilmiştir.<sup>69</sup>

Doktrinde bu suçla korunan hukuki yararın temel olarak kişinin cinsel özgürlüğü olduğu konusunda fikir birliği olmakla birlikte bölüm başlığı konusunda bir tartışma vardır. Bir görüşe göre; bölüm başlığı cinsel özgürlüğe karşı suçlar olmalıdır çünkü bugünkü yaklaşımda bu suçlar kişinin cinsel özgürlüğüne aykırılık oluşturan davranışlardır.<sup>70</sup> Karşıt görüşe göre ise; bu bölümde sadece erginlerin değil 18 yaşından küçüklerinde de cinsel ilişkileri düzenlenmiştir. On beş-on sekiz yaş arası çocukların cinsel özgürlüğünün nisbi oluşu ve on beş yaşından küçüklerin ise cinsel özgürlüğü olmayışı göz önüne alınarak dokunulmazlık ifadesi kullanılmalıdır.<sup>71</sup>

Kanaatimizce cinsel saldırı suçu ile korunan hukuki yarar toplumun ahlak düzeninden ar duygularından daha çok saldırıya maruz kalan mağdurun çekmiş olduğu sıkıntıyı gidermeye çalışmaktır. Cinsel saldırıya maruz kalan kişi için artık önemli olan failin cezalandırılması olup toplumun ahlak duygularının, ar duygularının tamir edilmiş olmasının çok bir önemi yoktur.

### 3.1.2. Fail

Bu suçun faili kadın veya erkek herkes olabilir.<sup>72</sup> TCK 102. madde gerekçesinde de belirtildiği gibi faille mağdur farklı cinsten olabileceği gibi aynı cinsten de olabilir. Kadın mağdurun faili bir erkek, erkek mağdurun faili ise kadın olabilir, erkek mağdurun faili erkek, kadın mağdurun faili bir kadın olabilir.<sup>73</sup> Bu nedenle homoseksüel bir erkeğin başkasını zorlayarak kendisi ile ilişkiye girmesini sağlaması, ya da kadının kadınla 102/1kapsamındaki eylemlere uygun şekilde eylemleri zorlayıp yaptıran bakımından oluşacaktır.<sup>74</sup> Failin kamu görevini veya hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanmak suretiyle suçu işlemiş olması veya birden fazla kişinin eylemi birlikte gerçekleştirmesi durumunda ceza arttırılarak hükümlenir.<sup>75</sup>

---

<sup>69</sup> Yarsuvat ve Diğerleri, s. 308.

<sup>70</sup> Yurtcan, s. 12.

<sup>71</sup> Soyaslan, s. 224.

<sup>72</sup> Özbek ve Diğerleri, s. 612.

<sup>73</sup> Soyaslan, s. 225.

<sup>74</sup> Malkoç, *Açıklamalı-İçtihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu*, s. 813.

<sup>75</sup> Meran, Necati, *Kişilere Karşı Suçlar*, Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2008 s. 316.

Fail asker kişilerden ise yargılaması askeri mahkemede değil, sivil mahkemede yapılmalıdır.<sup>76</sup>

Eski TCK döneminde ise bu tip suçların failinin yalnızca erkek olabileceği öğretisi ve Yargıtay tarafından kabul edilmekteydi. Çünkü bu gün nitelikli cinsel saldırı olarak adlandırdığımız suç tipi, o dönemde ırza geçme olarak değerlendiriliyordu. Irza geçme ise “aktif failin cinsel organının, diğerinin vücuduna normal veya anormal bir şekilde menisini boşaltacak şekilde kısmen veya tamamen ithal etmesi, sokması”, şeklinde tanımlanmaktaydı.<sup>77</sup> Bir başka tanıma göre ise ırza geçme “bir erkeğin cebren bir insan üzerinde tabii veya gayri tabii şekilde cinsi münasebette bulunmasıdır”.<sup>78</sup> Bu tanımlara göre kadının bu suçun faili olmasının olanağı yoktu. Ancak bir erkeğin eylemine asli veya fer’i fail olarak katılabilirdi.<sup>79</sup> Yine tanımda cinsel organ esas alındığı için mağdurun vücuduna cinsel organın dışında bir organ veya cisim sokulması cinsel ilişki kapsamında değerlendirilememektedir. Kadının zorla kendi ırzına geçirtmesi halinde ise ceza kanununda böyle bir suç olmadığı için kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesi gereğince kadın cezalandırılmıyor ancak şartlar varsa tehdit, yaralamadan cezalandırılıyordu.<sup>80</sup>

Kadının bu suçun faili olamayacağı kabulü eski TCK döneminde suçun koruduğu hukuki yararın cinsel özgürlük olduğu ve kadının cinsel özgürlüğünün korunmaya ihtiyacı olduğu kadar erkeğin de cinsel özgürlüğünün korunmaya değer olduğu gerekçeleriyle eleştirilmiş ve suçun failinin kadın da olabilecek şekilde anlaşılması gerektiği ileri sürülmüştür.<sup>81</sup> Yeni TCK döneminde getirilen kavram değişiklikleriyle suç failinin erkek kadın herkes olabileceğinin kabulü bu tartışmaları ortadan kaldırmıştır.

---

<sup>76</sup> Asker şahısların bu tür suçlarından dolayı Askeri Mahkemelerde yargılanmalarının dayanağı olan 1632 sayılı askeri ceza yasasının “Askerlik haysiyetine ve şerefine dokunan fiiller ve cezaları” başlıklı 11. Faslında yer alan 152/1. Maddesi “ırza ve iffete tecavüz eden askeri şahıslar hakkında TCK’nun 8.bapındaki cezalar tatbik olunur” hükmünün 26.05.2000 tarihinde yürürlüğe giren 4551 sayılı yasanın 38. Maddesiyle yürürlükten kaldırıldığı nazara alınarak, sarkıntılık ve ırz ve namusa tasaddide bulunma suçlarını işlediği iddia olunan sanık hakkındaki yargılamaya devam edilmesi gerektiği gözetilmeden yasal olmayan gerekçeyle yazılı biçimde görevsizlik kararı verilmesi, 5. CD. 19.03.2007 2006/7147-2007/1995, Artuç s. 626

<sup>77</sup> YCGK 4.6.1990 Tarih ve 101/56 Sayılı Kararı, 4 s. 145.

<sup>78</sup> Önder, Ayhan, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 4. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1994, s. 444.

<sup>79</sup> Dönmezer, Sulhi, *Ceza Hukuku Özel Kısım, Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler*, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1983, s. 113.

<sup>80</sup> Bakıcı, Sedat, *Açıklamalı İçtihatlı Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler*, Ankara, Adalet Yayınevi 1994, s. 5.

<sup>81</sup> Nuhoglu, s. 615.; Dülger, İbrahim, Irza Geçme Suçunun Fail ve Mağdur Açısından Değerlendirilmesi, *Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, Yıl: 2000, S: 8, s. 221.

Irza tasaddi suçu bakımından ise cinsiyet ayrımı olmaksızın erkek-kadın herkesin fail olması mümkündür. Çünkü irza tasaddi oluşturan hareketler “mağdur üzerinde işlenen ve cinsel birleşme kastı taşımayan, devamlılık gösteren şehvi davranışlar” olarak tanımlanıyordu.<sup>82</sup> Bu bakımdan cinsiyet ayrımına gidilmeksizin herkes fail olabiliyordu.

Bu suçun failinin eş olma ihtimali de vardır. Mukayeseli hukuk incelendiğinde; evlilik içinde cinsel saldırı eylemini cezalandırmayan, sadece evlilik dışındaki cinsel saldırıları cezalandıran kanunlara örnek olarak; 01.10.1992 tarihinde yürürlüğe girene kadarki haliyle İsviçre Ceza Kanunu, Hollanda Ceza Kanunu, Finlandiya Ceza Kanunu ve bugün yürürlükte olmayan Doğu Alman Ceza Kanunu verilebilir.<sup>83</sup> İkinci grupta yer alan kanunlar (Danimarka Ceza Kanunu, Norveç Ceza Kanunu, Polonya Ceza Kanunu, Meksika Ceza Kanunu ve İspanyol Ceza Kanunu) ise bu konuda bir düzenleme getirmemiş, konu doktrin ve yargı kararlarında tartışılmıştır.<sup>84</sup>

Evlilik içerisinde gerçekleştirilen cinsel saldırı eylemini cezalandıran kanunlar ise 21.06.1991 tarihli yasayla değişik İsviçre Ceza Kanunu, Kanada Ceza Kanunu, Yeni Zelanda verilebilir.<sup>85</sup> Amerika Birleşik Devletleri’nde ise bu konu eyaletlerden eyaletlere farklılık göstermekte, bazı eyaletlerde eşler birlikte yaşasalar bile koca bu suçun faili olabilmektedir.<sup>86</sup>

Eylemin mukayeseli hukuktaki durumunu açıkladıktan sonra Türk hukukundaki durumunu incelemek gerekir.

765 sayılı TCK döneminde kanunda karı-koca olmama gibi bir ibare olmamasına rağmen kocanın bu suçun faili olamayacağı düşüncesi hâkimdi. Irza geçme suçunun oluşabilmesi için cinsel ilişkinin gayri meşru olması gerekirdi. Doktrindeki bir görüşe göre; normal yoldan gerçekleşen cinsel ilişkinin suç oluşturmayacağı, ancak bu ilişkiyi sağlamak için başvuru araçları başka bir suç oluşturuyorsa ancak bu suçtan dolayı fail cezalandırılmalıydı.<sup>87</sup> Hatta ayrılık kararı verilmiş eş hakkında dahi fiilin suç teşkil etmeyeceği savunulmaktaydı.<sup>88</sup> Yargıtay

---

<sup>82</sup> Nuhoğlu, s. 622

<sup>83</sup> Artuk, Mehmet Emin/Yenidünya, A. Caner, *Evlilik İçinde Irza Geçme*, Cumhuriyet’in 75. Yıl Armağanı, İstanbul Üniversitesi Yayını, İstanbul 1999, s. 59; Bafra, Jale, *Türk Hukuku ve Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Evlilik İçinde Zorla Cinsel İlişki Eyleminin Hukuki Statüsü*, *İstanbul Barosu Dergisi*, Yıl: 1995 S: 69, s. 569.

<sup>84</sup> Artuk/Yenidünya, s. 59.

<sup>85</sup> Artuk/Yenidünya, s. 60.; Bafra, s. 570 vd.

<sup>86</sup> Bafra, s. 571 vd.

<sup>87</sup> Önder, s. 445.; Erem, Faruk/Toroslu, Nevzat, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Ankara, Savaş Yayınları 2003, s. 318.

<sup>88</sup> Dönmezer, s. 61.

uygulamasında da erkek eşin bu suçun faili olamayacağı kadının ağır hastalık geçirmesi veya anormal şekilde cinsel ilişkide bulunması durumunda TCK m. 478'deki aile bireylerine kötü muamele suçunun oluşacağı kabul edilmişti.<sup>89</sup> Karşıt görüşe göre ise; kanun cinsel ilişkinin evlilik dışı olmasını aramadığı için koca tarafından zora dayalı olarak diğer eşle normal ya da anormal yoldan cinsel ilişkide bulunulması ırza geçme suçunu oluşturur.<sup>90</sup> Eşlerden biri cinsel ilişkiyi reddetmişse diğer eşin sadece ayrılma veya boşanmayı isteme hakkı vardır.<sup>91</sup>

5237 sayılı kanunda ise öncelikle ikili bir ayırım yaparak suçun basit hali ve nitelikli hali açısından ayrı ayrı değerlendirme yapmak gerekir.

Suçun basit hali açısından bir görüşe göre; 1. fıkrada gösterilen basit cinsel saldırı suçunun eş tarafından işlenmesi mümkündür çünkü her iki halde de korunan hukuki değer aynıdır ve cinsel ilişki iki taraflı ve rızaya dayanan bir olgudur.<sup>92</sup> Karşıt görüşe göre ise; eşler arasında işlenen basit cinsel saldırı eylemi suç teşkil etmez çünkü eşler arasında işlenen cinsel saldırı suçunun şikayet üzerine kovuşturulacağına dair düzenlemenin yeri suçun temel biçimi bakımından eşlerin suçun faili olamayacağı sonucunu doğurur.<sup>93</sup>

Suçun nitelikli hali açısından ise ilişki biçimi nasıl olursa olsun zorla gerçekleştirilen eylemden sonra şikayet şartı gerçekleştiği takdirde eylem kovuşturulacaktır.<sup>94</sup> Maddenin gerekçesinde de “evlilik birliğinin eşlere sadakat yükümlüğünün yanı sıra karşılıklı olarak birbirlerinin cinsel arzularını tatmin

---

<sup>89</sup> Y. 4. CD. 7.7.1994, E. 1994/2788, K.1994/6217, Ancak daire başkanı Sami Selçuk karşı oy serhinde; “ırza geçme suçu kamu ahlakı sınırları içerisinde cinsel yaşamını kendi iradesiyle ve özgürce düzenleme hakkı bulunan bireyin cinsel özgürlüğüne ve iradesine karşı bir cürümdür. Evlilik birliği içinde de bu değer korunmaktadır. Hukukta hiçbir norm aile içinde şiddet ya da tehdit kullanmaya izin vermemiştir. Evlilik içi cinsel ilişki içinde aynı şey söz konusudur. Cinsel ilişkiye razı olmayan eş karşısında öbür eşin yalnızca ayrılma ya da boşanmaya hakkı vardır. Eşler arasındaki ilişkilerde cinsel dokunulmazlık menfaati ya da değeri benimsenmezse cinsel özgürlüğün korunması olanaksızlaşır. Irza geçme suçu, mağdurun rızasızlığı bir görev ihlali dışında kaldığında elbette eşler arasında da oluşur. Evliliğe rıza gösterme evliliğin olağan gereklerine ve sonuçlarına rıza göstermedir” diyerek maddi ya da manevi zorla gerçekleştirilen olağan cinsel ilişkinin zorla ırza geçme suçunu oluşturacağını belirtmiştir, Bafra s. 572 vd.

<sup>90</sup> Dülger, *Irza Geçme Suçunun Fail ve Mağdur Açısından Değerlendirilmesi*, s. 228.; Centel, s. 63.; Nuhoglu s. 616.

<sup>91</sup> Artuk/Yenidünya, s. 64.

<sup>92</sup> Gündel, Ahmet, *5237 Sayılı TCK'nda Cinsel Saldırı-Cinsel İstismar- Cinsel Taciz- Rızaen Irza Geçme- Hürriyeti Kısıtlama- Alıkoyma- Fuhuş ve Müstehcen Yayın Suçları*, Ankara, Seçkin Yayınları, 2009, s. 15; Soyaslan, s. 226; Sevük, s. 260; Özbek ve Diğerleri, s. 363; Ünver, *Cinsel Dokunulmazlığa ve Genel Ahlak Karşı Suçlar, Türk Ceza Kanunu'nun 2 Yılı, Teori ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar*, s. 298.

<sup>93</sup> Tezcan/Erdem/Önok, s. 295; Malkoç *Açıklamalı-İçtihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu*, s. 814.

<sup>94</sup> Malkoç, *Açıklamalı-İçtihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu*, s. 838.; Tezcan/Erdem/Önok, s. 295. Soyaslan, s.226.

yükümlülüğü yüklemekle beraber evlilik birliği içinde bile cinsel arzularını tatmine yönelik talepler açısından tıbbi ve hukuki sınırlarının olduğu bu sınırlarının ihlali suretiyle eş üzerinde gerçekleştirilen ve cinsel saldırı suçunun nitelikli halini oluşturan davranışların ceza yaptırımını gerekli kıldığını” belirtilmiştir. Ancak bu düzenleme doktrinde eleştiriye uğramış; karının kocasının vücuduna cinsel organ sokmasının mümkün olmaması karşısında kocanın cinsel ilişkide bulunma hakkı olmayanlarla bir tutularak cezalandırılmasını kanun koyucunun kocalardan intikam alması olarak yorumlanmış, ayrıca eşitlik ilkesine de aykırı görülmüştür.<sup>95</sup> Ayrıca kadına tanınan şikayet hakkının uygulama açısından bir işe yaramayacağı, Türkiye gerçekleri karşısında çok az sayıda kadının kendisi ile zorla cinsel ilişkide bulunan kocasını şikayet edebileceği de diğer bir eleştiri noktası olmuştur.<sup>96</sup> Ancak YTCK’nda ise açık bir biçimde eylemin organ ya da sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilebileceği belirtildiği için, “cinsel organ” ayırımından yola çıkılarak, ayrımcı bir açıklamanın yapılmasının da önüne geçilmiştir. Bu düzenlemeye göre pekala bir kadın da bir erkeğin anüsüne ya da ağzına yapay bir penis sokarak nitelikli cinsel saldırı suçunu gerçekleştirilebilecektir.<sup>97</sup>

Evlilik yok hükmünde ise veya butlanla sakat bir evlilik söz konusu ise durum ne olacaktır? Aynı cinsten iki kişinin evliliği, resmi memur önünde gerçekleştirilmeyen (imam nikahı) evlilikler ve olumlu irade açıklaması içermeyen evlilikler yok hükmünde olan evliliklerdir. Yok hükmünde olan bir evlilik hukuk düzeninde geçerli olmayan bir evliliktir, bu nedenle ortada medeni hukuk anlamında korunan bir değer yoktur.<sup>98</sup> Bu durumda gerçekleşen cinsel saldırı suçu evlilik içinde işlenmiş sayılmaz, TCK 102/2-1. cümlede düzenlenen ve re’sen kovuşturulan cinsel saldırı suçu oluşur. Medeni Kanuna göre eşlerden biri evlenme sırasında evli ise, eşlerden biri evlenme sırasında sürekli bir sebeple ayırt etme gücünden yoksun ise, Eşlerden birinin evlenmeye engel olacak derecede akıl hastalığı var ise, eşler arasında evlenmeye engel olacak derecede hısımlık var ise o evlilik butlanla sakattır. Butlanla sakat olan evliliklerde ise hakim kararına kadar geçerli bir evlilik söz

---

<sup>95</sup> Hafizoğulları/Özen, s. 152.

<sup>96</sup> Hafizoğulları/Özen, s. 152.; Tezcan/Erdem/Önok, s. 295.

<sup>97</sup> Dülger, Murat Volkan, Evlilik Birliği İçinde Gerçekleşen Nitelikli Cinsel Saldırı Suçu, Bu Suçun Mağdur Üzerindeki Etkileri ve Mağduru Korumaya Yönelik Önlemler, *İstanbul Barosu Dergisi*, , Yıl: 2006, S:80, s. 557.

<sup>98</sup> Savaş, Vural/Mollamahmutoğlu, Sadık, *Türk Ceza Kanunu’nun Yorumu, III. Cilt*, Ankara, Seçkin Yayınevi 1998, s. 4323.



konusudur.<sup>99</sup> Bu durumdaki bir evlilikte gerçekleşen cinsel saldırı suçunda TCK 102/2-2. cümle hükmü uygulanır. Yargıtay 765 sayılı TCK döneminde butlanla sakat evliliklerde eşe karşı işlenen suçlarda ağırlatıcı nedenin uygulanıp uygulanamayacağı noktasında iki farklı karar vermiştir.<sup>100</sup>

Evlilik hali için geçerli olan bu durum nişanlılık hali için bir kıymet ifade etmez. Bu itibarla nişanlı erkek, nişanlısının rızası hilafına olsa da onunla cinsi münasebette bulunmuş ise suç gerçekleşir, zira nişanlanmada henüz evlilik gerçekleşmemiştir.<sup>101</sup>

### 3.1.3. Mağdur

Cinsel saldırı suçunun mağduru kadın veya erkek olabilir. Bu husus madde gerekçesinde de “söz konusu suç farklı cinsten kişiye karşı işlenebileceği gibi aynı cinsten kişilere karşı da işlenebilir” denilerek vurgulanmıştır.<sup>102</sup> Suçun oluşması bakımında mağdurun evli veya bekar olması, bakire olması, fuhuşu meslek haline getirmiş olması, eşcinsel olması, ırkı, sosyal statüsü önemli değildir.<sup>103</sup>

Cinsel saldırı suçları ancak yaşayan kişilere karşı işlenebilir, ölümlere karşı işlenmesi halinde ölümlere saygı duygusuna aykırılık suçu oluşur (TCK m. 130/2).<sup>104</sup> Hayvanlara yönelik cinsel saldırılar ise 24.06.2004 tarih ve 5199 sayılı Hayvanları Koruma Kanunu’na aykırılık suçunu oluşturur.<sup>105</sup> Bitkisel hayatta olan kişilere karşı gerçekleştirilen fiiller ise kişi tıbben ölü olmadığı için yaşıyor sayılacak ve cinsel saldırı suçunun nitelikli hali olan, TCK 102/3-a da düzenlenen “beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı” işlenmiş sayılacaktır.<sup>92</sup>

<sup>99</sup> Savaş/Mollamahmutoğlu, s. 4323.

<sup>100</sup> Yargıtay’ın vermiş olduğu kararlar 765 sayılı TCK’nun adam öldürmeye ilişkin 449. Maddesi ile alakalı olsa da Yüksek Mahkemenin butlanla sakat evliliklere ceza yargılaması açısından bakışımı göstermesi için bu kararlara yer verilmiştir. Butlanla malül bir evlenme henüz mahkemece iptal olunmadan yani sahih olmayan bir evlenmenin devamı sırasında kadın ve erkek arasında işlenen adam öldürme halinde fail TCK 449/1’e göre mahkum edilmesi kabul edilemez. Gerçi Medeni Kanunun 124. maddesinin 2. fıkrasında; evlenme mutlak bir butlanla malül olsa bile hakim kararına kadar sahih bir evlenmenin bütün hükümleri haizdir denilmiş ise de bu hüküm evlenmenin hukuki neticeleri bakımından geçerli olup TCK’nun 449/1. maddesinin uygulanmasına neden olamaz, 1. CD. 31.10.1974, 353/5009 Savaş/Mollamahmutoğlu, s. 4407.; Evlenme, mutlak butlan ile malül olsa da hakim kararına kadar sahih bir evlenmenin bütün hükümlerine haizdir hükmüne göre öldürme suçunun işlendiği 2.7.1981 tarihinde evliliğin iptaline dair karar verilmediği, dikkate alınarak suç tarihinde evlilik kaydının bulunması nedeniyle sanık hakkında TCK’nun 449. Maddesi uygulanması gerekeceği düşüncesiyle müdahil vekilinin temyiz veçhile hükmün tebliğnamedeki düşünce hilafına bozulmasına, 1. CD. 3.6.1994 1565/1739 Savaş/Mollamahmutoğlu, s. 4417.

<sup>101</sup> Savaş/Mollamahmutoğlu, s. 3933.

<sup>102</sup> TCK 102. Madde gerekçesinden

<sup>103</sup> Soyaslan, s. 225.; Kılıç, Abbas, Cinsel Hakimiyet ve Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Saldırı Suçu, *TBB Dergisi*, Yıl: 2008, S: 78, s. 192.

<sup>104</sup> Tezcan/Erdem/Önok, s. 295 vd.; Gürkan/Uğuz, s. 181.

<sup>105</sup> Kılıç, s. 192.

Mağdurun “beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda olması” suçun “kamu görevinin veya hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle “ veya “üçüncü derece dahil kan veya kayın hısımlığı ilişkisi içinde bulunan kişiye karşı” işlenmesi 102/3 fıkarda bu suçun mağdurla fail arasındaki ilişkinin niteliğine göre ağırlaştırıcı neden olarak düzenlenmiştir.<sup>106</sup>

Eski TCK döneminde mağdurun “*fuşu meslek haline getirmiş olma*”sı durumunda uygulanan ve 1990 yılında yapılan değişiklikle eski TCK’dan çıkarılan indirim nedeni 5237 sayılı TCK döneminde de benimsenmemiştir.<sup>107</sup>

Cinsel saldırı suçunun oluşması bakımından mağdurun yaşı oldukça önemlidir. Eğer mağdur 18 yaşından küçükse artık cinsel saldırı suçu değil çocukların cinsel istismarı suçu oluşur. Mağdurun nüfus kaydının gerçeği yansıtmadığı ileri sürülmüşse veya mahkeme bunu re’sen gözlerse, mahkeme Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 218. maddesine dayanarak ilgili kanunda belirlenen usule göre bu sorunu çözer ve hükmünü buna göre verir.

Mağdurun yaşı konusunda tereddütlü bir durum var ise örneğin mağdur nüfusa kayıtlı değilse veya nüfus yaşı ile dış görünüşü birbirine uygun değilse, öncelikle mağdurun yaşı belirlenmeli ve daha sonra da nüfusa tescili sağlanmalıdır.<sup>108</sup>

İddianamenin kabulünden sonra mağdurun yaşının düzeltilmesi için asliye hukuk mahkemesinde dava açılmaz. Açılmışsa asliye hukuk mahkemesinin görevsizlik kararı vermesi gerekir. Ancak iddianame kabul edilmeden önce asliye hukuk mahkemesinde dava açılıp sonuçlanmışsa ve mağdurun yaşı adli tıp tarafından kesin olarak belirlenmişse ve iki tespit arasında sanık aleyhine bir çelişki mevcutsa maddi gerçeği tespit eden adli tıp raporuna göre uygulama yapılması gerektiği ve şekli gerçeği tespit eden mahkeme kararına dayanılarak uygulama yapılamayacağı kabul edilmektedir. Eğer asliye hukuk mahkemesindeki dava henüz sonuçlanmamışsa ceza mahkemesinin hukuk mahkemesinden verilecek ve kesinleşecek kararı beklemesi gerekir.<sup>109</sup>

Mağdurun daha önceden yaşı mahkeme kararıyla düzeltilmişse yeniden düzeltme mümkün olmamasına rağmen mahkeme, mağdurun gerçek yaşını adli tıp

---

<sup>106</sup> Parlar, Ali/Hatipoğlu, Muzaffer, *Türk Ceza Kanunu Yorumu Ceza Genel Kurul ve Özel Daire Kararları*, 3. Baskı, Seçkin Yayınları, 2010, s. 1617.

<sup>107</sup> Kılıç, s. 192.

<sup>108</sup> Önder, s. 447.

<sup>109</sup> Önder, s. 447.

marifetiyle belirleyerek nüfus kaydını düzeltmeden de doğru uygulama yapabilir.<sup>110</sup> Failin “mağdur bana yaşının büyük olduğunu söyledi” veya “mağdur 18 yaşından büyük göstermektedir” gibi beyanları yaşa itiraz niteliğindedir.<sup>111</sup> Eğer failin bu itirazları doğru çıkarsa sorun TCK 30. maddedeki hata hükümlerine göre çözümlenmelidir.

Eğer mağdurun doğduğu yıl belli fakat ay ve gün belli değilse Nüfus Kanununun 59. Maddesine dayanarak mağdurun o yılın Temmuz ayının 1. Günü doğduğu kabul edilir.<sup>112</sup>

Yeni TCK, 765 sayılı kanunun aksine “reşit olmayan”, “reşit olan”, “reşit kılınan” gibi ifadelere yer vermeyerek mağdurun yaşını esas alan bir düzenlemeye gitmiş ve mağdurun evli veya bekar olmasına bakmayarak nüfustaki yaşını esas alan bir düzenleme yapmıştır.<sup>113</sup>

Eğer mağdur 18 yaşından küçük evli bir çocuksa veya başka bir şekilde ergin kılınmışsa bu durumda hangi suç oluşacaktır? Çocuk Koruma Kanunu’nun 3. maddesinin 1. fıkrasının a bendinde daha erken yaşta ergin olsa bile on sekiz yaşını doldurmamış kişi çocuk olarak tanımlanmıştır. Bu maddenin düzenlemesi karşısında kişi daha önceden evlenmeyle veya mahkeme kararı ile ergin kılınmış olsa bile bu suçun mağduru olması bakımından çocuk sayılacaktır. O halde bu tip kişilere karşı (diğer kişiler tarafından) gerçekleştirilen fiiller cinsel istismar olarak kabul edilecektir<sup>114</sup>. Ancak evlenmeyle ergin kılınan mağdurlara eşleri tarafından bu tip fiiller işlendiğinde farklı görüşler ortaya çıkmaktadır.

---

<sup>110</sup> Artuç, s. 574.

<sup>111</sup> Sanığın tüm aşamalarda mağdurenin reşit olduğuna ilişkin iddiaları karşısında, mağdurenin yaşının rızaen alıkoyma ve rızasıyla cinsi münasebette bulunma suçlarının oluşumuna etkili olacağı nazara alınarak, doğum tutanağından resmi bir kurumda doğmadığı anlaşılan mağdurun yaş tespitine esas olacak kemik grafilerinin çektilerle suç tarihinde kaç yaşında olduğu hususunda sağlık kurulundan rapor alınması, gerektiğinde Adli Tıp Kurumundan da görüş alınarak gerçek yaşının bilimsel biçimde saptanması ve sonucuna göre sanığın hukuki durumunun tayin ve takdiri gerekirken eksik soruşturmaya dayanılarak yazılı şekilde hüküm kurulması, Y. 5. CD. 14. 5. 2001, E. 2001/6629, K. 2001/3271, Gündüz, Remzi/Gültaş, Veysel, *Açıklamalı-İçtihatlı Cinsel Suçlar*, 2. Baskı, Ankara, Bilge Yayınevi, 2011, s. 267.

<sup>112</sup> Tezcan/Erdem/Önok, s. 296.; Önder, s. 447.; Dülger, Irza Geçme Suçunun Fail ve Mağdur Açısından Değerlendirilmesi, s. 225.

<sup>113</sup> Akçin, İhsan, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, *Yargıtay Dergisi*, Ocak-Nisan 2006, C;32, S:1-2, s.104.

<sup>114</sup> Bakıcı, s. 5.; (Eski TCK m. 414/1); Otacı, Cengiz, *Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı İşlenen Suçlar*, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2000, s. 24; 15 yaşını bitirmeyen bir kişi ancak Medeni Kanun’un 88. Maddesine göre hâkim izni ile evlenebilir. Bu nedenle kocanın (evlenme) izni verilen bu küçük cinsel birleşmeleri suç teşkil etmeyip, kocadan ayrı kişilerin mağdura karşı işledikleri ırza geçme eylemleri, TCK’nun 414/1. (YTCK m. 103/2) maddesindeki suçu oluşturur, Y. 5. CD., 24. 06. 1980, E.1980/1768, K. 1980/2264, Önder, s. 463.

Türk Medeni Kanunu'nun 124. maddesinde 17 yaşındaki çocuklar için evlenmeye izin verildiği, hatta olağanüstü durumlarda 16 yaşındaki çocuğun da evlenebileceği göz önüne alındığında doktrinde eşler arasında da bu suçun işlenebileceği ileri sürülmüştür. Bu düşünceye göre bu suçun koruduğu hukuki değer cinsel özgürlük olduğu ve evlenmekle eş diğer eşe cinsel özgürlüğünü terk etmiş sayılmayacağı için bu suç, eşler arasında da işlenebilir.<sup>115</sup> Ayrıca TCK m. 102/2'de düzenlenen eşler arasında nitelikli cinsel saldırı suçundan farklı olarak cinsel istismar suçunun eşler arasında işlenmesi halinde her türlü cinsel davranışın suç olarak kabul edilmesi gerekecektir. Oysa m. 102/2'de açıkça belirtildiği gibi fiilin ancak vücuda organ veya sair bir cisim sokarak işlenmesi ve mağdurun şikâyeti bulunması halinde eşe karşı cinsel saldırı suçu söz konusu olabilecektir. 103. Madde bakımından böyle bir ayrıma gidilmediğinden hem her türlü cinsel davranış suç sayılacak hem de suç resen kovuşturulacaktır.<sup>116</sup> Tabi burada evli olan mağdur çocuk 15 yaşından büyük olduğu için cinsel istismar suçunun oluşabilmesi, cinsel davranışların cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilmesine bağlıdır. Aksi halde kişinin rızası var sayılacağından bu suçun oluşması mümkün değildir. Öte yandan doktrinde, evlilik birliği içinde 18 yaşından küçük çocuklara karşı eşi tarafından gerçekleştirilen rızaya aykırı cinsel davranışların cinsel istismar suçunu değil cinsel saldırı suçunu oluşturacağı da ileri sürülmektedir.<sup>117</sup>

Fail eş tarafından diğer eşin rızasına aykırı olarak evlilik içinde gerçekleştirilen cinsel davranışların cinsel saldırı suçu kapsamında değerlendirilmesi gerektiği görüşü kabul edilecek olursa yukarıda da açıkladığımız gibi basit cinsel saldırı niteliğindeki davranışlardan dolayı eşin cezalandırılması mümkün değildir. Çünkü m. 102/2'de eşe karşı vücuda organ ya da sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilen cinsel davranışların şikâyet üzerine cezalandırılacağı belirtilmiştir. Ancak fiil vücuda organ veya sair cisim sokmak boyutuna ulaşmışsa cinsel saldırı olarak nitelendirilecek ve fail eşin cezalandırılması yoluna gidilebilecektir. Bu durumda ise Çocuk Koruma Kanunu'ndaki erken yaşta ergin olsa bile on sekiz yaşını doldurmamış kişinin çocuk olarak değerlendirileceği hükmüne aykırı hareket edilmiş olacaktır. Çünkü mağdur evlilik içinde olduğundan ona karşı gerçekleştirilen cinsel

<sup>115</sup> Eski TCK döneminde evlilik içi ırza geçmenin suç olarak öngörülmemesi eleştirisi için bkz. Centel, s. 62 vd.

<sup>116</sup> Tezcan/Erdem/Önok, s. 327 vd.

<sup>117</sup> Soyaslan, s. 237 vd.; Gündüz/Gültas, s. 123

davranışlar (vücuda organ veya sair cisim sokmak suretiyle gerçekleştirilse) cinsel saldırı suçu kapsamında değerlendirilecektir. Eğer evlilik içinde olmasaydı suç cinsel istismar olarak değerlendirilecekti

Cinsel istismar suçunun oluşacağıın kabul edilmesi halinde ise basit cinsel istismar niteliğindeki fiillerden bile eşin cezalandırılması gerekecek ve suç şikâyete tabi olmaktan çıkıp resen soruşturulabilir ve kovuşturulabilir hale gelecektir. Mağdur eşin daha sonradan eşini affederek şikâyetinden vazgeçmesi ise suç resen kovuşturulabilir olduğundan fail eş için bir sonuç doğurmayacaktır.

Kanaatimizce 18 yaşından küçüklerin yapmış olduğu resmi evliliklerde TCK 103/2 değil TCK 102/2-2.cümle hükmü uygulanmalıdır. Bu sayede mağdurun şikayetten vazgeçmiş olması durumunda fail koca hakkında soruşturma aşamasında kovuşturmaya yer olmadığına dair, kovuşturma aşamasında ise düşme kararı verilecektir. Aksi durumda yani TCK103/2 maddesinin uygulanması durumunda fail koca hakkında şikayet şartı aranmaksızın re'sen kovuşturma yapılacak ve bu durumda sadece fail koca değil, evlendirilen kız çocuğu da cezalandırılmış olacaktır. Türkiye gerçekleri ve 18 yaşından küçük kız çocuklarının evlendirilme oranları göz önüne alındığında böyle bir uygulamanın daha yerinde olacağı kanaatindeyiz.

Mağdurun akıl hastası olması durumunda; akıl hastası olan mağdur eyleme fiilen karşı koyuyorsa ve bu karşı koyma zorla aşılyorsa veya sözle istemediğini bildirmesine rağmen fiilen karşı koyamıyorsa veya koymuyorsa durum değerlendirilmelidir. Eğer mağdur kısmı akıl hastası ise ve iradesi veya bilinci herhangi bir şekilde devre dışı bırakmaya yönelik bir davranışta bulunmayarak bu akıl hastası üzerinde cinsel arzularını tatmin amacına yönelik olarak gerçekleştirilen davranış cinsel dokunulmazlığa karşı bir suç oluşturumuyor denebilir.<sup>118</sup> Ancak mağdur tam akıl hastası ise bu mağdurlar üzerinde gerçekleştirilen cinsel arzuların tatmini yönündeki davranışların cinsel saldırı suçu olduğu açıktır, zira mağdurun geçerli bir rızasının olması mümkün olmadığı gibi temsilcisi vasıtasıyla da bu rızanın verilmesi mümkün değildir.<sup>119</sup>

<sup>118</sup> Malkoç, *Açıklamalı-İçtihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu*, s. 817.

<sup>119</sup> Malkoç, *Açıklamalı-İçtihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu*, s. 816 vd.

### 3.1.4. Fiil

Cinsel saldırı suçunun hareket unsurunu suçun basit ve nitelikli halleri açısından ayrı ayrı incelemek gerekir.

Suçun basit halinde yaptırım altına alınan fiil cinsel davranışlarla bir kimsenin vücut dokunulmazlığının ihlal edilmesidir.<sup>120</sup> Diğer bir ifadeyle failin mağdurun vücudu üzerinde rızasına aykırı olarak cinsel arzuları tatmine yönelik olan ancak cinsel ilişkiye varmayan cinsel davranışlarda bulunmasıdır.<sup>121</sup> Ancak doktrinde cinsel davranışların nelerden ibaret olduğu belirtilmediği, bu durumda başkasından cinsel haz almayı sağlamaya elverişli her hareketle suç işlenebileceği belirtilmiştir.<sup>122</sup>

Cinsel davranış deyimi ne anlam ifade etmektedir? Başka bir ifade ile bir davranışın cinsel davranış olarak nitelendirilmesi için failin saikinin cinsel arzularını tatmin etmeye yönelik olması gerekir mi? Cinsel saldırı suçunun düzenlendiği 102. maddenin gerekçesinde cinsel saldırı suçunun temel şeklinin oluşabilmesi için cinsel arzuları tatmin amacına yönelik davranışlarla kişinin vücut dokunulmazlığının ihlâl edilmesi gerekir. Gerçekleştirilen hareketlerin objektif olarak şehvî nitelikte bulunmaları yeterlidir; failin şehvi ve cinsel arzularının tatmin edilmiş olması gerekmez. Bu nedenle cinsel arzuları tatmin amacı içermeyen hareketler olan yanlışlıkla otobüste cinsel organının mağdurun poposuna sürmesi, asansörde yanlışlıkla kolun göğse değmesi eylemleri bu suçu oluşturmayacaktır.<sup>123</sup> TCK 102.madde gerekçesinde de cinsel davranıştan ne anlaşılması gerektiği tam olarak açıklığa kavuşturulmuş değildir. Suçun temel şeklinde, davranışın “cinsel” nitelikte olması için failin cinsel arzularını tatmin gayesiyle hareket etmesinin aranacağı belirtilmişken, nitelikli halinde böyle bir amaç olmaksızın gerçekleştirilen davranışların da suç kapsamından olduğu belirtilmiştir.

Doktrinde ise bir davranışın cinsel nitelikte olup olmadığı belirlenirken failin cinsel saikinin değil, davranışın dışa yansıyan cinsellikle ilişkisinin göz önünde bulundurulması gerektiği ileri sürülmüştür. Buna göre bir davranışın cinsel davranış sayılabilmesi için objektif olarak bu niteliği taşıması gerekir. Objektif olarak bu niteliği taşımayan davranışların mağdur tarafından öyle anlaşılmış olması, davranışın

<sup>120</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 139.

<sup>121</sup> Toroslu, s. 59.; Hükümlünün olay günü evlerine gelen mağdurenin belinden sarılmış, onun da karşı koyması üzerine bıraktığı anlaşılma ile hükümlünün failinin TCK 102/1. Maddede düzenlenen cinsel saldırı suçunu oluşturduğu gözetilmesi gerekir Y.5.CD. 16.02.2006, 306/901 Gündüz/Gültaş, s. 107 vd.

<sup>122</sup> Hafızoğulları/Özen, s. 149.; Yarsuvat ve Diğerler, s. 308.

<sup>123</sup> Artuç, s. 576.; Toroslu, s. 59 vd.

cinsel olarak değerlendirilmesi için yeterli değildir. Örneğin cinsel duyarlılığı aşırı gelişmiş bir fail için mağdurun ayakkabısını ellemek bile tahrik edici olabilir. Ancak bu davranış, objektif olarak cinsel davranış olarak nitelendirilemeyeceğinden cinsel davranış sayılmamalıdır. O halde tıp, psikoloji hatta antropoloji ve sosyoloji bilimlerinin verileri ışığında, objektif olarak erojen, yani cinsel hisleri uyandırıcı olarak nitelenebilen davranışlar cinsel sayılmalı, bunun dışında failin özel cinsel duyarlılığının yansıması olan davranışlar ise bu kapsamda görülmemelidir.<sup>124</sup>

Cinsel saldırı suçunun oluşması için vücut dokunulmazlığın ihlali şarttır. Failin mağdurla bedensel teması şarttır, ancak bu temasın çıplak olması veya cinsel organlarla ilgili olması aranmaz.<sup>125</sup> Bu açıdan bakıldığında cinsel saldırı suçunun TCK 102/1 de düzenlenmiş basit hali 765 sayılı TCK anlamında ırza tasaddi ve bazı sarkıntılık niteliğindeki davranışları içerdiği söylenebilir.<sup>126</sup> Bu nedenle mağdurla fiziksel temas içermeyen eylemler cinsel taciz suçunu oluşturacaktır.<sup>127</sup> Mağdurla temas şartı arandığından mağduru doğrudan kendi kendisine yönelik bir cinsel davranışta bulunmaya örneğin failin kendi önünde mağduru kendi kendisine mastürbasyon yapmaya zorlaması veya bir cinsel ilişkiyi veya cinsel davranışı seyretmeye zorlaması bu suç değil, TCK m. 109/5'deki kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılması suçunun nitelikli halini oluşturur.<sup>128</sup> Eğer fail başka iki kişiyi kendi aralarında cinsel davranışta bulunmaya zorlarsa dolaylı faillik yoluyla cinsel saldırı suçundan faili cezalandırmak mümkündür.<sup>129</sup>

Doktrinde beden teması içeren ani hareketler ve kesiklik gösteren davranışların cinsel saldırı suçunu oluşturmayacağını, bu suçun oluşması için hareketlerin çokluğu ve belli bir devamlılığın aranması gerektiği ileri sürülmüş, eğer bu devamlılık ve çokluk yoksa cinsel taciz suçunun oluşacağı kabul edilmiş, gerekçe olarak da bu durumlarda mağdurun cinsel özgürlüğünün kısıtlanmamış olması gösterilmiştir.<sup>130</sup> Fakat Yargıtay niteliği, şiddeti ve devam süresi ne olursa mağdurla fiziksel herhangi bir temasın tespit edildiği her durumda TCK m. 102'nin uygulanması gerektiği görüşündedir.<sup>131</sup>

---

<sup>124</sup> Tezcan/Erdem/Önok, s. 301 vd.

<sup>125</sup> Tezcan/Erdem/Önok, s. 303.; Özbek ve Diğerleri, s. 365.

<sup>126</sup> Tezcan/Erdem/Önok, s. 304.

<sup>127</sup> Artuç, s. 575.; Tezcan/Erdem/Önok, s. 304.

<sup>128</sup> Tezcan/Erdem/Önok, s. 304.; Özbek ve Diğerleri, s. 366.; Toroslu, s. 58.

<sup>129</sup> Tezcan/Erdem/Önok, s. 305.

<sup>130</sup> Tezcan/Erdem/Önok, s. 304.; Akçin, s. 109.

<sup>131</sup> Dosya içeriği, mağdurenin tüm aşamalarda beyanları ve tanık ifadesi nazara alındığında sanığın mağdurenin kolunu tutup elini yakalaması bedeni teması içeren eyleminin basit cinsel saldırı suçunu

Cinsel davranışlarla vücut dokunulmazlığının ihlali mutlaka mağdurun vücudu üzerinde bir ihlal şeklinde anlaşılmalıdır. Mağdur iradesi dışında failin cinsel uzuvlarına dokunmaya zorlanırsa görünüşte mağdurun vücuduna herhangi bir temas olmasa da mağdurun temas ettiği failin uzuvlarının mahrem bölge sayılmasından dolayı cinsel saldırı suçunun işlendiği kabul edilmelidir.<sup>132</sup>

Bu eylemin yapılmasında mağdurun rızasının olmaması gerekir. Diğer bir deyişle TCK m.26/2 gereği kişinin rızası hukuka uygunluk nedeni olup rızanın varlığı ceza sorumluluğunu ortadan kaldırmaktadır.<sup>133</sup> Rıza mağdur tarafından açık olarak verilebileceği gibi örtülü şekilde de verilebilir.<sup>134</sup> Rıza baştan eylem işlenmeden önce veya en azından işlenmekte iken var olmalıdır.<sup>135</sup> Başlangıçta var olan rıza sonradan geri alınır veya mağdur failin bazı eylemlerine rıza göstermezse fail artık suç yoluna girmiş sayılacaktır.<sup>136</sup> Mağdurun sonradan fiile rıza göstermesi suçu ortadan kaldırmaz ancak şikayet bir kovuşturma koşulu olarak öngörüldüğünden sonradan verilen rıza kovuşturmayı önleyecektir.<sup>137</sup> Eğer fail rızanın varlığı konusunda hataya düşmüşse bu hata esaslı hata sayılacaktır ve failin kastını ortadan kaldırır.<sup>138</sup>

Suçun nitelikli hali olan vücuda organ veya sair cisim sokma fiilinin maddi unsuru ile ilgili ise bu nitelikli unsurla ilgili bölümde açıklamalar yapılacaktır.

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

Cinsel saldırı suçunda bu suçu oluşturan cinsel davranışlar mağdurun rızası dışında gerçekleşmektedir. Her ne kadar TCK m. 102’de suçta kullanılan araç olarak cebir ve tehdit veya mağdurun fiile direnemeyeceği durumdan açıkça söz edilmemiş olsa da gerekçede “mağdura karşı cebir veya tehdit ya da hile kullanılabilmesi gibi örneğin bilincini yitirmesine neden olmak veya uyku hali dolayısıyla bilincinin

---

oluşturup oluşturmayacağını tayin ve takdiri bu konudaki kanıtların değerlendirilmesinin üst dereceli Asliye Ceza Mahkemesine ait olup görevsizlik kararı verilmesi gerekirken yargılamaya devam edilerek yazılı şekilde hüküm kurulması, yasaya aykırıdır, Y.5. CD. 07.12.2006, E. 2006/12177, K. 2006/9982, Gündüz/Gültaş, s. 101.; Saniğin katılan Fatma’nın elini tutarak sarkıntılıkta bulunduğu iddia edilmesi karşısında bedensel temas içeren eylemlerin müştekinin nüfus kaydında getirilerek suç tarihindeki yaşına göre TCK m.102/1 veya 103/1 maddesinde düzenlenen suçu oluşturup oluşturmadığının sübutu ve bu husustaki delillerin tayin ve takdirinin yüksek dereceli asliye ceza mahkemesine ait olduğu ve görevsizlik kararı verilmesi gerektiği yargılamaya devamla hüküm kurulması, Y.5.CD. 02.03.2009, E. 2008/15270, K. 2009/2597, Gündüz/Gültaş, s.90 vd.

<sup>132</sup> Özbek ve Diğerleri, s. 366.

<sup>133</sup> Sevük, s. 249.; Kılıç, s. 186.

<sup>134</sup> Şen, Ersan, *Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, Cilt I*, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2006, s. 387.

<sup>135</sup> Şen, s. 387.; Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 141.; Yenidünya, s. 3289.; Sevük, s. 249.

<sup>136</sup> Sevük, s. 249.; Artuk /Gökçen / Yenidünya, s. 141.; Yenidünya, s. 3289.

<sup>137</sup> Meran, s. 318.; Şen, s. 387.

<sup>138</sup> Hafizoğulları/Özen, s. 150.



kapalı olmasından yararlanmak suretiyle de bu suçlar işlenebilir” denilerek mağdurun iradesini sakatlayan veya ortadan kaldıran hallerden söz edilmiştir. 765 sayılı kanunda ise ırza geçme suçunda kullanılacak araçlar “cebir ve şiddet” veya “tehdit” veya “fiile mukavemet edemeyecek hal olarak” belirtilmişti. Bu araçlar mağdurun 15 yaşından küçük olması durumunda ağırlatıcı neden, büyük olması durumunda ise suçun unsuru sayılıyordu.

Maddede bahsedilen cebir, mağdurun direncini kıran ve failin arzu ve isteklerine uygun olarak hareket etmesine neden olan fiziki güçtür.<sup>139</sup> Bir başka tanımla cebir, bir kimsenin iradesini etkileyerek yapmak istediğinden başka bir hareketi yapmasına sebep olacak biçimde maddi veya manevi zor kullanmaktır. Bu bakımdan cebir kavramı mağdurun direncini kıran her türlü maddi kuvvet kullanımı anlamına gelen şiddet ve serbest hareket edebilme olanağını ortadan kaldırmak amacıyla kişinin huzurunu bozma, endişelendirme veya bir güvensizlik duygusu yaratma olarak tanımlanan tehdit kavramlarını kapsar.<sup>140</sup> Ancak doktrinde anlamı kuvvetlendirmek için her iki kavrama da ayrı ayrı yer verildiği ileri sürülmüştür.<sup>141</sup>

Fail cebre mağdurun direncini kırmak için başvurmuş olmalıdır. Cebirin, eylemin devam ettiği sürece uygulanması gerekmez, başlangıçta mağdurun direncini kırarak ölçüde ve elverişlilikte kullanılmış olması yeterlidir. Yoksa mağdurdan eylemin devam ettiği sürece, gücünün tüm sınırlarını zorlayarak sürekli biçimde karşı koyması beklenemez.<sup>142</sup> Örneğin failin mağdurun direncini kırarak şekilde kollarından tutup onu yere yatırması, göğüslerini, boynunu vs. yerlerini öpmesi ve okşaması durumunda maddi cebir vardır.<sup>143</sup>

Bununla beraber mağdur tarafından gösterilmesi aranan direncin ne ölçüde olması gerektiği de doktrinde irdelenmiştir. Bir görüşe göre mağdurun maddi cebre direnç gösterme imkânı varken bunu yapmamış olması suçun oluşumunu engeller. Bu bakımdan somut olayda mağdurun kendisine uygulanan cebre karşı koyma imkânının olup olmadığı araştırılmalı ve bu konuda Adli Tıp Bilimi’nin verilerinden de yararlanılmalıdır. Bu değerlendirme yapılırken mağdurun yaşı, durumu ve direnç gösterme kudreti (fiziki durumu) göz önüne alınmalıdır.<sup>144</sup> Her somut olayda hâkim,

---

<sup>139</sup> Önder, s. 448.; Tezcan/Erdem/Önok, s. 297.; Özbek ve Diğerleri, s. 364.; Yenidünya, s. 3289.; Sevük, s. 250. Bakıcı, s. 23.; Artuç, s. 578.; Parlar/Hatipoğlu, s. 1618.; Otacı, s. 25.

<sup>140</sup> Önder, s.448 vd.

<sup>141</sup> Bakıcı, s. 23.; Otacı, s. 25.

<sup>142</sup> Tezcan/Erdem/Önok, s. 297 vd.; Soyaslan, s. 227.; Özbek ve Diğerleri, s. 364.; Artuç, s. 578.

<sup>143</sup> Artuç, s. 578.

<sup>144</sup> Otacı, s. 25.

cebrin mevcut olup olmadığını, mevcutsa bunun cinsel saldırı fiili ile arasındaki illiyet bağına araştırarak, bu husustaki delilleri serbestçe takdir ederek değerlendirecektir.<sup>145</sup> Ancak belirli bir ölçüde kullanılan ve mağdurun direncini kıran fiziki güç, mağdurun iradi olarak failin arzularına uygun hareket etmesinin sebebi olmuşsa, yani mağdur maruz kaldığı cebir sebebiyle direnç göstermekten vazgeçmişse, mağdurun artık direnç göstermemesi fiile rızası olduğu sonucunu çıkarmaz. Örneğin, failin bir yumruğuyla yere düşen mağdurun artık direnç göstermesinde herhangi bir yarar olmadığını anlayıp pasif duruma geçmesi de cebir gerçekleşmiştir.<sup>146</sup> Başka bir görüşe göre ise mağdurun cinsel davranışlara rızası olmadığını beyan etmesi yeterli olmalı, mağdurdan hayırdan başka dirençler göstermesinin beklenilmediği kabul edilmelidir. Kadının biyolojik yapısı gerçeği ortada iken ırzına geçilen kadından ciddi bir hayır dışında bir de dayak yemesini beklemek çağdaş gelişmelere aykırıdır.<sup>147</sup> Cebir varlığının kabulü için, mağdurun göstermek istediği direnci gösterememe durumunda bırakılmış olması da yeterlidir. Örneğin mağdurun aksi yöndeki iradesini bertaraf edecek şekilde, hızlı ve sinsice cinsel davranışların gerçekleştirilmiş olması durumunda da cebrin gerçekleştiğinin kabulü gerekir.<sup>148</sup>

Cebir doğrudan mağdura uygulanmalıdır.<sup>149</sup> Fail cebire suçu işleyebilmek için başvurmuş olmalıdır, fail fiili gerçekleştiremediği için duyduğu öfke ve kızgınlıkla mağdura cebir uygulamışsa ayrıca kasten yaralama suçu oluşur.<sup>150</sup> Eğer cebir mağdur üzerinde değil de mağdurun bir yakını üzerinde gerçekleşmişse ve kişi bu durumdan dolayı cinsel davranışlara mecbur edilmişse mağdur açısından cebir değil, tehdit söz konusu olur ve yine suç gerçekleşir.<sup>151</sup> Yine eşya üzerinde uygulanan cebir, doğrudan doğruya mağdur üzerinde etkili ise cebrin varlığını kabul etmek gerekir.<sup>152</sup> Örneğin cinsel ilişki teklifinin reddedilmesi üzerine eşyaların kırılması, parçalanması doğrudan cebir olarak kabul edilemese de, olayın özelliği failin, mağdurun kişiliği, olayın yeri ve zamanı bakımından değerlendirme yapılmalıdır.<sup>153</sup>

---

<sup>145</sup> Dönmezer, s. 64.; Önder, s. 450.

<sup>146</sup> Önder, s. 448.; Malkoç, *Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar*, s. 7.

<sup>147</sup> Aydın, s. 158.; Sevük, s. 250.

<sup>148</sup> Tezcan/Erdem/Önok, s. 298.

<sup>149</sup> Dönmezer, s. 62.; Önder, s. 449.; Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 141.; Bakıcı, s. 23.

<sup>150</sup> Bakıcı, s. 23.

<sup>151</sup> Önder, s. 449.; Tezcan/Erdem/Önok, s. 298.; Özbek ve Diğerleri, s. 364.; Yenidünya, s. 3289.

<sup>152</sup> Tezcan/Erdem/Önok, s. 298.

<sup>153</sup> Bakıcı, s. 23.; Otacı, s. 26.

Suçun işlenmesi sırasında mağdurun direncinin kırılmasını sağlayacak ölçünün ötesinde cebir kullanılması durumunda ayrıca kasten yaralama suçundan da ceza verilir. Mağdur üzerinde cebir kullanırken basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek yaralamayı aşan yaralarda ayrıca TCK m.86 ve m.87 uyarınca da fail cezalandırılır.<sup>154</sup>

Tehdit ise, mağdurun cinsel davranışa rıza göstermemesi durumunda ileride kendisinin veya yakınlarının bir zarara uğrayacağına bildirilmesidir.<sup>155</sup> Burada failin mağdura bildirmiş olduğu zararı verip vermeyeceği önemli değildir, önemli olan mağdurun kendisine veya bir yakınına zarar verileceği konusundaki inancıdır.<sup>156</sup> Fail tehdidi ciddi olarak yapmamış olsa bile, mağdur bu tehdidi ciddiye almış ve fail de bu durumdan faydalanmış ise tehdidin gerçekleştiği kabul edilmelidir.<sup>157</sup> Verileceği ifade edilen bu zarar mağdurun veya yakınlarının hayatına, vücut bütünlüğüne, malvarlığına, şeref veya haysiyetine yönelik olabilir. Meydana getirileceği söylenen zararın bizzat tehditte bulunan tarafından gerçekleştirilmesi gerekmemekle birlikte 3. Kişinin tehditte bulunmanın emirlerini derhal yerine getirebilecek durumda olması şarttır. Yine gerçekleştirileceği bildirilen zararın mutlaka mağdura yönelmesi gerekmez, mağdurun yanında bulunan veya onunla yakın ilişki içinde bulunan bir kişiye yönelmiş olması halinde de tehdit vardır.<sup>158</sup>

Cinsel saldırı suçunda araç olarak kullanılan tehdidin belli bir boyuta ulaşması, mağdurun bu tehditten kolayca kurtulma olanağının olmaması, başka bir ifade ile uğratılacağı bildirilen zararın cinsel saldırı fiili sonucu uğranılacak zarardan daha ağır olması gerekir.<sup>159</sup>

Tehdidin suçun işlendiği sırada, cinsel davranışı gerçekleştirmek amacıyla kullanılmış olması gerekir.<sup>160</sup> Yargıtay bir olayda suçun işlenmesinden sonra failin

---

<sup>154</sup> Sanığın zorla cinsel saldırıda bulunduğu mağdureyi bu eylem sırasında bıçakla ve basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek ölçüde hafif şekilde yaralandığının anlaşılması ve TCK 102/4 maddesinin suçun işlenmesi sırasında mağdurun direncinin kırılmasını sağlayacak ölçünün ötesinde cebir kullanılması durumunda kişi ayrıca kasten yaralama suçundan dolayı cezalandırılır hükmü karşısında sanığın yaralama eyleminin cinsel saldırı suçunun zor unsuru ya da 102/4 kapsamında kalıp kalmadığı tartışılmadan kasten yaralamanın kabulü ile m. 86/2-3'e göre hüküm kurulması hatalıdır, Y. 5.CD. 21.09.2006, 6774 E. 7134 K., Gültaş / Gündüz, s.103 vd.

<sup>155</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 142.; Bakıcı, s. 24.; Otacı, s. 26.; Tezcan /Erdem /Önok, s. 299.; Özbek ve Diğerleri s. 364.; Ünver, *Cinsel Dokunulmazlığa ve Genel Ahlak Karşı Suçlar, Türk Ceza Kanunu'nun 2 Yılı, Teori ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar*, s. 305.

<sup>156</sup> Dönmezer, s. 66.; Önder, s. 451.

<sup>157</sup> Dönmezer, s. 66.

<sup>158</sup> Önder, s. 451.; Bakıcı, s. 24.

<sup>159</sup> Önder, s. 452 vd.; Erem/Toroslu, s. 297.; Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 142.; Tezcan/Erdem/Önok, s. 299. Özbek ve Diğerleri, s.364.; Yenidünya, s. 3290.; Artuç, s. 579.; Otacı, s. 27.

<sup>160</sup> Artuç, s. 579.

olanları başkasına söylerse onu öldüreceğini mağdura söylemesini tehdit saymamıştır.<sup>161</sup> Ancak doktrinde cebir veya tehditten kastın, mağduru karşı koyma olanaksızlığında bırakacak biçimde onun iradesinin ortadan kaldırılması olmadığı, mağdurun irade özgürlüğünü kısıtlamasının yeterli olduğu ileri sürülmüştür.<sup>162</sup>

Hile failin mağduru cinsel davranışlara ikna etmek için kullandığı her tür aldatıcı hareketlerdir. Burada mağdurun iradesi failin hileli davranışları ile sakatlanmakta, mağdur kandırılmakta ve fiile karşı koyamayacak hale getirilmektedir. Örneğin failin mağdurun içkisine ilaç katması, kendisini doktor olarak tanıtp mağduru muayene ediyor izlenimini yaratması, mağduru uyuşturucu madde ile etkisiz hale getirmesi, hipnotize etmesi bu nitelikte hareketlerdir.<sup>163</sup> Tabi kullanılan vasıtanın elverişli olup olmadığını araştırmak lazımdır.<sup>164</sup> Mağdurun kendiliğinden hataya düştüğü durumlarda, bu hatanın fail tarafından kullanılması halinde de hile mevcuttur.<sup>165</sup> Örneğin bir kadının jinekolojik muayene olmak için doktora gitmesi durumunda, mağdurun o sırada doktorun odasında bulunan hasta bakıcıyı doktor zannederek failin davranışlarına rıza göstermesi ve failin de doktor olmadığını söyleyerek mağdurun hatasından yararlanması hile olarak kabul edilmelidir.

Burada değinilecek bir başka husus failin evlenme vaadinde bulunarak mağduru cinsel davranışlara razı etmesinin hile sayılıp sayılmayacağıdır. Doktrinindeki bir görüşe göre eski TCK'nda evlenme vaat ederek kızlığın bozulması ayrı bir suç olarak düzenlendiği halde yeni TCK'na bu yönde bir hüküm konulmamıştır. Cinsel davranışa mağdurun rıza göstermesini sağlamak için kullanılan her türlü aldatıcı davranış ve bu arada evlenme vaadi mağdurun iradesini ortadan kaldırdığından hile sayılır ve suç oluşur.<sup>166</sup> Aksi görüşe göre ise evlenme vaadi, mağdurun fiile karşı koyma gücünü ortadan kaldıracak nitelikte bir hile sayılmamalıdır.<sup>167</sup> Çünkü bu suçun mağduru 18 yaşından büyük bir kişidir. Bu kişi cinsel özgürlüklerini kullanma

---

<sup>161</sup> Saniğin olay yerinden kaçmadan önce mağdura olanları başkasına söylerse onu öldüreceğini söylemesi tehdidin irza geçme sırasında veya öncesinde direncinin kırılması amacıyla değil suçun tamamlanmasından sonra fiilin açığa çıkmasına mani olmak için yapıldığı bu nedenle cinsel saldırı suçunun zor unsuruna dahil olmayıp bağımsız bir tehdit suçu oluşturduğu nazara alınarak hüküm kurulması yerine oluşa uygun düşmeyen gerekçeyle ceza tertibine yer olmadığına karar verilmesi, Y. 5. CD. 16. 07. 2007, E.2007/5296, K. 2007/ 6148, Gündüz/Gültaş, s. 99.

<sup>162</sup> Tezcan/Erdem/Önok, s. 299.

<sup>163</sup> Dönmezer, s. 77.; Önder, s. 461.; Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 142 vd.; Erem/Toroslu, s. 299.; Yenidünya,s. 3290.; Özbek ve Diğerleri, s. 364.; Artuç, s. 579.; Akçin, s. 107.

<sup>164</sup> Erem/Toroslu, s. 299.; Önder, s. 461.

<sup>165</sup> Bakıcı, s. 26.

<sup>166</sup> Tezcan/Erdem/Önok, s. 300.

<sup>167</sup> Dönmezer, s. 78.; Önder, s. 461.; Bakıcı, s. 26.; Malkoç, *Açıklamalı-İçtihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu*, s. 808.; Artuç, s. 579.; Akçin, s. 107.

konusunda daha koruyucu bir tutum içerisindeyse tek başına evlenme vaadi onu bu serbestiyi yapacak ölçüde rahatlığa götürmemelidir. Ayrıca bu tür vaatlerin ispatı da zordur. Bu durumda failin cezalandırılması halinde şüpheden sanık yararlanır ve masumiyet ilkeleri tersine çevrilmektedir. Bütün bu nedenlerden dolayı evlenme vaadi hile sayılmamalıdır.<sup>168</sup> Kanaatimizce evlenme vaadi ile mağdurla cinsel ilişkide bulunulmuşsa hile hükümleri uygulanmalıdır. Zira ülkemizin gerçekleri göz önüne alındığında aksi yönde bir kabul bu vaatle cinsel ilişki imkanı sağlayanları cezalandırmaktan uzaklaştıracaktır.

Cinsel saldırı suçunun düzenlendiği 102. maddenin gerekçesinde; mağdura karşı cebir veya tehdit ya da hile kullanılabileceği gibi, örneğin bilincinin yitirilmesine neden olmak veya uyku hâli dolayısıyla bilincinin kapalı olmasından yararlanmak suretiyle de bu suçlar işlenebilirler, denilerek kişinin bilincinin yitirilmesine neden olmak veya uyku gibi nedenlerle bilincinin kapalı olmasından yararlanmak iradeyi etkileyen neden olarak kabul edilmiştir.

Doktrindeki bir görüşe göre iradeyi etkileyen başka nedenler ile kastedilen, geçici bir nedenle ya da irade dışı alınan alkol veya uyuşturucu madde etkisiyle mağdurun davranışlarını yönlendirme yeteneğinin ortadan kalkması veya azalmasıdır. Bu nedenlerin fail tarafından bizzat yaratılması gerekmez, mağdurun içinde bulunduğu bu durumdan yararlanmakla da suç oluşur.<sup>169</sup>

### **3.1.6. Suçun Maddi Konusu**

Cinsel saldırı suçunun maddi konusu cinsel saldırıyla vücut dokunulmazlığı ihlal edilen kişinin bedeni, özellikle de cinsel uzuvlar veya yapılan fiille bağlantılı olarak cinsel anlam ve içerik kazanan vücut bölgeleridir.<sup>170</sup>

---

<sup>168</sup> Özbek ve Diğerleri, s. 365.

<sup>169</sup> Mağdure sanığın komşusu olup kocası cezaevindedir. Ailece muhtaç durumda bulunduğu için zaman zaman sanığın ailesinden yardım görmektedir. Olay gününe kadar bu ilişkinin cinsel boyutu bulunduğu dosyaya yansımamış, bu konuda herhangi bir beyanda bulunulmamıştır. Mağdurenin olay günü aldığı alkolün etkisiyle kendinden geçtiği bu itibarla fiile mukavemet edemeyecek durumda olduğu, sanığın kızı ve karısı tarafından da ifade edilmiştir. Sanığın karısının kendisini tokatlamasına tepki vermediği ve üzerinden çıkarılan elbiseleri de sanığın kızı tarafından giydirildiği göz önünde tutulduğunda; mağdurenin, ırzına geçildiği esnada olayın farkında olmadığı ve rızasının bulunmadığı anlaşılmaktadır. Öte yandan muhtaç durumda iki çocuklu kocası ceza evinde bulunan mağdurenin sanığın karısının ev taşıma işine yardım ettikten sonra birlikte yenilen öğle yemeğinde alkol almasının cinsel ilişkiye hazır olduğu kanaatini doğuracak bir bilgi ve beyanda dosyada bulunmamaktadır. Aksine başka bir odaya taşındıktan sonra, sanığın eylemi sırasında kendinde olmayıp baygın durumda bulunduğu sanığın karısı ve kızı olan tanıklar tarafından görgüye dayalı olarak belirtilmiştir. Sırf alkolü bilerek aldı diye bu durumdaki kişinin ırzına geçilmesi yasal yünden haklı görülmez. Somut olayda mağdurenin aldığı alkolün etkisiyle failin fiiline mukavemet edemeyecek durumda olduğu bu halde iken sanığın fiile rıza gösterdiğinin kabul edilemeyeceği, CGK. 11.03.1999 E.1999/5-59, K.1999/64, Gündüz/Gültaş, s. 76

<sup>170</sup> Meran, s. 316.; Arslan, /Azizagaoglu, s. 461.; Özbek ve Diğerleri, s. 362.

### 3.2. MANEVİ UNSUR

Türk Ceza Kanununda manevi unsur yönünden kast ve taksir olmak üzere iki kusurluluk türü kabul edilmiştir. Bir suçun taksirle işlenebilmesi için ceza kanununda bu yönde açık bir düzenleme olması gerekmektedir (TCK m. 22/1). Cinsel saldırı suçunun taksirle işlenebileceğine ilişkin kanunda bir düzenleme bulunmadığından, bu suç, ancak kasten işlenebilir. Suçun, kastın bir türü olan olası kastla işlenmesi de mümkündür.<sup>171</sup> Fail cinsel arzularını tatmin amacına yönelik fakat cinsel ilişkiye varmayan davranışlarda bulunurken bir kimsenin vücut dokunulmazlığını ihlal ettiğini öngörecektir ama yine de eylemini gerçekleştirecektir. Mesela kalabalık bir yerde cinsel duyguları tatmin amacıyla birine sürünmeye çalışırken başkasının da vücuduna dokunabileceğini öngörerek fiilini gerçekleştirirse olası kasttan söz edilecektir.<sup>172</sup>

Cinsel saldırı suçunun genel kastla mı, yoksa özel kastla mı işlenebilen bir suç olduğu doktrinde tartışılmıştır.

Bir görüşe göre, cinsel saldırı suçu, gerek temel şekli bakımından gerekse vücuda organ veya sair cisim sokmak suretiyle gerçekleştirilen nitelikli hali bakımından genel kastla işlenebilen bir suçtur.<sup>173</sup> Faildeki amacın, suç tipinin objektif nitelikteki tüm unsurlarına yönelik olması aranır.<sup>174</sup> 102. maddenin gerekçesine göre suçun temel şeklinin oluşabilmesi için failin cinsel arzularını tatmin amacına yönelik cinsel davranışlarda bulunması gerekir. Vücuda organ veya sair bir cisim sokmak suretiyle gerçekleştirilen nitelikli halde ise suçun temel şeklinin aksine, gerçekleştirilen davranışın cinsel arzuların tatmini amacına yönelik olması aranmaz. Gerekçede her ne kadar bu yönde düzenlemede bulunulmuş ise de, bu görüş taraftarlarına göre suçun gerek temel şeklinde, gerekse nitelikli biçiminde failin aynı zamanda cinsel arzularını tatmin etmek amacıyla hareket etmiş olması gerekmez. Mağduru toplum içinde küçük düşürmek amacıyla hareket edilmiş olsa da suç oluşacaktır.<sup>175</sup>

<sup>171</sup> Tezcan/Erdem/Önok, s. 305; Özbek ve Diğerleri, s. 373.; Artuç, s. 593.; Kılıç, s. 187.

<sup>172</sup> Sevük, s. 253.

<sup>173</sup> Dönmezer, s. 79 vd.; Tezcan/Erdem/Önok, s. 305.; Meran, s. 340.; Parlar/Hatipoğlu, s. 1620.; Gündüz/Gültaş, s. 35.

<sup>174</sup> Tezcan/Erdem/Önok, s. 305.; Parlar/Hatipoğlu, s. 1620.; Gündüz/Gültaş, s. 54.

<sup>175</sup> Tezcan/Erdem/Önok, s. 305 vd.; Özbek ve Diğerleri, s. 372 vd.

Bir başka görüşe göre ise cinsel saldırı suçunun temel şeklinin manevi unsurunu ve vücuda organ veya sair cisim sokmak suretiyle işlenen nitelikli halinin manevi unsurunu ayrı ayrı incelemek gerekir. Gerekçede de düzenlendiği üzere suçun temel şekli açısından genel kast suçun gerçekleşmesi için yeterli olmayıp, failde ayrıca cinsel arzuları tatmin gayesi olmalıdır.<sup>176</sup> Suçun nitelikli hali bakımından ise failin vücuda organ veya sair cisim soktuğunu bilmesi ve istemesi kastı oluşturur, ayrıca eylemin failin cinsel arzularını tatminine yönelmesi gerekmez.<sup>177</sup> Failin mağduru korkutmak, aşağılamak, intikam almak gibi amaçlarla hareket etmesi durumunda da suç oluşur. Her ne kadar suçun oluşması için failin cinsel arzularını tatmin etmek amacıyla hareket etmesi gerekmeseyse de, fiilin nitelik itibarıyla cinsel bir içerik taşıması gerekir. Bu bakımdan örneğin bir kimsenin vücut boşluğuna bir cisim saplanması bu suçu oluşturmaz. Belirtmek gerekir ki vajinal veya anal yoldan mağdura organ veya sair bir cisim sokulması halinde fiilin cinsel içerikli olduğu konusunda tereddüt yoktur. Buna karşın, bir kimseye oral yoldan zorla sağlığını bozacak sıvı ya da katı maddeler yedirilmesi halinde fiil cinsel nitelikte olmadığından bu suç oluşmaz.<sup>178</sup>

Cinsel saldırı suçunun hem temel şeklinin hem de vücuda organ veya sair bir cisim sokmak suretiyle işlenen nitelikli şeklinin gerçekleşmesi için genel kast yeterlidir. Gerekçede suçun temel şekli bakımından failin cinsel arzularını tatmin gayesiyle hareket etmesinin aranacağını belirtilse de suçun unsurları arasında yer verilmeyen bu hususun, gerekçeyle maddeye dâhil edilmeye çalışılması yersiz ve ayrıca kanunilik ilkesine de aykırıdır. Ayrıca doktrinde de belirtildiği üzere, suçun nitelikli hali bakımından aranmayan bir unsurun basit hali bakımından, üstelik madde metninde de yer almadığı halde aranması kanunilik ilkesi karşısında izahı mümkün olmayan bir durum yaratmaktadır. Ancak burada bir hususu vurgulamakta fayda vardır. Suçun oluşması için genel kastın yeterli olması demek tipe uyan her hareketin bu suçu oluşturacağı anlamına gelmemektedir.<sup>179</sup> Suçun oluşabilmesi için failin hareketlerinin objektif olarak cinsel nitelik taşıması gerekli ve yeterlidir. Ayrıca failin bunu cinsel arzularını tatmin etmek saikiyle gerçekleştirmesi gerekmez.

---

<sup>176</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 143.; Şen, s. 379.; Kılıç, s. 187.; Yenidünya, s. 3291.; Sevük, s. 252.; Malkoç, *Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar*, s. 134.; Artuç, s. 594.

<sup>177</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 154; Yenidünya, s. 3293; Sevük, s. 258; Artuç, s. 594

<sup>178</sup> Yenidünya, s. 3293

<sup>179</sup> Sevük, s. 258 vd.

Örneğin failin mağdurun kulağına kalem sokması durumunda bu suç oluşmaz. Çünkü failin hareketi objektif olarak cinsel nitelikli değildir.

Suçun oluşması açısından genel kastı yeterli bulmakla birlikte farklı bir gerekçe ile bu sonuca ulaşan yazarlar da mevcuttur. Bu görüşü savunan yazarlara göre failde cinsel arzuların tatmin edilmesi aranmalıdır. Ancak bunun gerçekleşmiş olması şart olmadığı gibi, burada belirtilen ve failde bulunması gereken cinsel arzu, ceza hukuku doktrininde anlaşılan anlamda amaç değildir. Faildeki şehvi arzunun tahrik veya tatmini suçun manevi unsurunun bir kısmı değildir, bu bakımdan amaç olarak nitelendirilemez. Bu husus esasen fiilin bünyesinde mevcuttur ve failin hareketinin niteliğini bilerek yapmış olması yeterlidir. Bu durum sübjektif nitelikte görünmekle beraber, gerçekte bu durum hareketin haksızlık içeriğine dâhildir. Bu bakımdan fail hareketinin cinsel nitelikte olduğunu bilmeli, hareketin cinsel dürtülerle gerçekleştirilmekte olduğu bilincine sahip olmalıdır. Bu amaç değildir. Failin sübjektif durumu göz önüne alınmadan, hareketin objektif olarak şehvi nitelikte bulunmasının ve failin böyle bir hareketi icra kastını taşımasının suçun oluşması için yeterli olduğu görüşünün kabul edilmesi halinde, bir kadını evinden birkaç yüz metre ilerideki hastaneye taşıyan ve taşırken bacaklarının arasından tutan erkeğin fiilinin suç olarak kabul edilmesi gerekecektir. Zira fiil objektif olarak böyle bir arzunun tatminini gerçekleştirecek nitelikte olduğu gibi, fail bu hareketin icrası kastını da taşımaktadır. Sonuç olarak bu düşünceye göre failin fiili objektif olarak cinsel bir nitelik taşımakla beraber failde şehvet hissini tahrik ve tatmini aranmalıdır, ancak bu saik anlamına gelmez.<sup>180</sup> Fail ister şehvi arzularının tatmini amacıyla isterse mağduru aşağılamak, kendini kötü hissetmesini sağlamak, intikam almak vs. gibi amaçlarla hareket etsin, fiili objektif olarak cinsel bir nitelik taşıdığı sürece suçun oluşacağı tartışmasızdır.

### 3.3. SUÇUN HUKUKA AYKIRILIK UNSURU

Hukuk düzeninin tekliği ilkesinin zorunlu bir sonucu olarak bir fiilin hukukun bir sahasında hukuka uygun, diğerinde hukuka aykırı kabul edilmesi mümkün değildir<sup>181</sup>. Bunun sonucu olarak ceza hukuku dışında olan örneğin özel veya kamu hukukunda mevcut olan yazılı veya yazılı olmayan hukuka uygunluk sebepleri

<sup>180</sup> Önder, s. 494 vd.

<sup>181</sup> Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 4. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi 2011, s. 216.



doğrudan doğruya ceza hukuku alanında da uygulanabileceği gibi tamamen ceza hukuku alanından kaynaklanan bir hukuka uygunluk nedeni de diğer tüm hukuk dalları açısından hukuka uygunluk etkisi doğuracaktır.<sup>182</sup>

Cinsel davranışın gerçekleştirildiği sırada mağdurun rızasının olmasının fiilin hukuka aykırılığını ortadan kaldıracığından yukarıda bahsetmiştik. Ancak verilen bu rızanın yalnızca cinsel davranışı değil, aynı zamanda cinsel davranışın gerçekleştirilme biçimini de kapsamalıdır.<sup>183</sup> Bundan başka bu suçta genel hukuka uygunluk nedenleri olan meşru savunma ve zorunluluk hali hukuka aykırılığı ortadan kaldıracı bir etki doğurmaz.<sup>184</sup> Ancak hekim tarafından vücutta cinsel bölgelerde yapılan muayeneler de hukuka uygunluk kabul edilmelidir. Örneğin ameliyat sırasında operasyonun gerçekleştirilmesi bakımından gerekli işlemlerin yapılması vesilesiyle vücuda cisim sokulması, jinekologların muayene amacıyla kadınların cinsel organlarına bakmaları, buralara ellemeleri durumunda tıbben gereklilik olduğundan eylem hukuka aykırı olmayacaktır.<sup>185</sup> Aynı şekilde CMK m.75 vd. hükümlerine göre vücudun cinsel bölgelerine yapılan iç beden muayeneleri de hukuka aykırılığı ortadan kaldıracaktır.<sup>186</sup>

Failde hukuka uygunluk sebepleri dışında kusurluluğu etkileyen haller varsa failin cezası buna göre belirlenir.

TCK'nda kusurluluğu etkileyen hallerden olan haksız tahrikin ana koşulu yapılan hareketin haksız olması unsuru olduğundan mağdurun haksız bir hareketi olmadığı sürece failin haksız tahrik hükümlerinde yararlanması mümkün değildir.<sup>187</sup> Yani failin kendince tahrik olması ve ister gerçek isterse de mefruz tahrik eylemlerinden etkilenmesi tahrik hükmünün uygulanması için yeterli değildir. Hatta başka bir tahrik nedeniyle cinsel saldırı ve taciz suçlarının işlenmesi halinde de TCK 29. madde uygulanamayacaktır.<sup>188</sup>

---

<sup>182</sup> Soyaslan, Doğan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 3. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınevi, 2005, s. 347.; Keçelioğlu, Elvan, Kusurluluğu Ortadan Kaldıran Sebeplerle Hukuka Uygunluk Sebepleri Arasındaki Ayrımın Türk Ceza Kanunu'nun Uygulanması Bakımından Pratik Sonuçları, *TBB Dergisi*, Yıl: 2010, S: 87, s. 302.

<sup>183</sup> Tezcan/Erdem/Önok, s. 306.; Özbek ve Diğerleri, s. 372.

<sup>184</sup> Tezcan/Erdem/Önok, s. 306.

<sup>185</sup> Tezcan/Erdem/Önok, s. 306.; Özbek ve Diğerleri, s. 372.

<sup>186</sup> Özbek ve Diğerleri, s. 372.

<sup>187</sup> Zorla ırza geçme ve yağma suçlarından haksız tahrik hükümlerinin uygulanmasının mümkün bulunmadığı halde tahrik nedeniyle cezadan indirim yapılmak suretiyle noksan ceza tayin edilmesi, 5. CD. 29.03.2006, E. 2006/402 K. 2006/2577, Gündüz/Gültaş, s. 106.

<sup>188</sup> Malkoç, *Açıklamalı-İçtihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu*, s. 833.

TCK’nda kusurluğu etkileyen hallerden biri olan hatanın failin yanılması kastını ortadan kaldırıp kaldırmayacağı sorunu hata hükümleri göz önüne alınarak çözümlenmelidir. Örneğin mağdurun vücuduna organ sokarak nitelikli cinsel saldırı suçunun maddi unsurunu gerçekleştiren fail, mağdurun 18 yaşından büyük olduğunu sandığı yolunda savunmada bulunursa, failin bu savunmasına itibar edilecek midir?

Hata hükümlerinin düzenlendiği TCK’nun 30. maddesinin 1. fıkrasına göre failin icrası sırasında suçun kanuni tanımındaki maddi unsurları bilmeyen bir kimse, kasten hareket etmiş olmaz. Bu hata dolayısıyla taksirli sorumluluk hali saklıdır. Maddenin gerekçesine göre ise kast, suçun kanuni tanımındaki maddî unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir. Bu unsurlara ilişkin bilgisizlik, eksik veya yanlış bilgi sahibi olunması durumu ise, maddî unsurlarda hata olarak adlandırılır. Böyle bir hata kastın varlığına engel olur.

Kanun maddesinde bahsi geçen suçun kanuni tanımındaki maddi unsurlar failin suç oluşturması için bulunması gerekli hususlardır. Fail bu unsurlarda hataya düşerek suç tipinde yer alan ve kastın kapsamına girmesi gereken unsurlardan birinin var olduğunu bilmemektedir. Aslında bu maddede düzenlenen ve kastı kaldıran hata esaslı fiili hatadır. Fiili hata kusuru tümüyle ortadan kaldırmaz, sadece kastı kaldırır. Esaslı fiili hata doktrinde şu şekilde formüle edilmektedir: Fail yanılmasaydı fiil suç oluşturmayacaktı diyebiliyorsak failin yanılması esaslıdır.<sup>189</sup> Yukarıdaki örneğe dönersek, örneğimizde fail mağdurun 18 yaşından büyük olduğunu sandığını beyan etmiştir. Esaslı fiili hata formülünü örneğimize uyguladığımızda fail yanılmasaydı fiil suç oluşturmayacaktı diyebiliyorsak failin hatasını esaslı kabul etmek gerekir. Başka bir ifade ile mağdur, failin sandığı gibi gerçekten 18 yaşından büyük olsaydı, suç oluşmayacaktı. O halde failin yanılışı esaslıdır ve kasten hareket etmiş sayılmaz.<sup>190</sup> Tabi burada mağdurun görüntü itibarıyla gerçekten 18 yaşından büyük gösterip göstermediği, faile yaşını söyleyip söylemediği gibi hususlar da failin savunmasının doğruluğu ve gerçekten hataya düşüp düşmediği yönünden araştırılması gereken diğer konulardır. Özellikle 15 yaşından büyük çocukların kendilerini 18 yaşından büyük olarak tanıtarak faille rızalarıyla cinsel ilişkiye girmeleri halinde failin gerçekten hataya düşüp düşmediği iyi araştırılmalıdır. Örneğin mağdurun yaşı hakkında faile aldatıcı belgeler göstermesi halinde failin suç işlemek kastı ile hareket ettiği söylenemez. Bu durumda failin taksirle hareket ettiği

<sup>189</sup> Koca/Üzülmez, s. 272 vd.; Soyaslan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 386 vd.

<sup>190</sup> Koca/Üzülmez s. 273.

söylenbilirse de aşağıda da açıklayacağımız üzere cinsel saldırı suçu taksirle işlenebilen bir suç değildir. Her ne kadar kanun hata dolayısıyla taksirli sorumluluk halinin saklı olduğunu belirtmişse de; cinsel saldırı suçu taksirle işlenebilen bir suç olmadığından, fail hakkında, CMK'nun 223. maddesinin 2. fıkrasının c bendi gereğince, yüklenen suç açısından failin kastının bulunmaması gerekçesiyle beraat kararı verilmelidir. CMK m. 223/3-d'de kusurluluğu ortadan kaldıran hataya düşülmesi halinde fail hakkında kusurunun bulunmaması dolayısıyla ceza verilmesine yer olmadığı kararı verileceği belirtilmişse de yukarıda açıkladığımız gibi esaslı fiili hata kusurluluğu değil kasti ortadan kaldırır, bu bakımdan fail hakkında ceza verilmesine yer olmadığı kararı değil, kastının bulunmamasından dolayı beraat kararı verilmelidir.

TCK'nda kusurluluğu azaltan hallerden olan yaş küçüklüğü 31. maddede düzenlenmiştir. Eğer fail 12 yaşından küçük bir çocuksa TCK 31/1. maddeye göre ceza sorumluluğu yoktur. Bunun anlamı şudur; bu yaş grubuna giren çocukların kusur yeteneğinin ve dolayısıyla ceza sorumluluğun olup olmadığı araştırılmayacak, çocuğun suç teşkil eden fiili işlediği sırada henüz on iki yaşını doldurmamış olduğu tespit edilirse bu çocuğun gerçekten artık işlediği fiilin anlam ve sonuçlarını algılayabilme ve davranışlarını bu doğrultuda yönlendirebilme yeteneğine sahip olup olmadığı tespit edilmeyecektir.<sup>191</sup> Gerçekte 12 yaşını doldurmamış çocuklar da yaptıkları davranışların doğruluğu veya yanlışlığını idrak edebilirler ancak kanun koyucu izlediği suç siyaseti gereği ve bu çocukların yeniden topluma kazandırılmasını amaç ettiği için bu yaş altındaki çocukların ceza sorumluluğu olmadığını kabul etmiştir.<sup>192</sup> Bu yaş grubundaki çocuklar hakkında işledikleri fiillerden dolayı ceza kovuşturulması yapılmaz ancak çocuklara özgü güvenlik tedbirleri uygulanabilir. Bu tedbirlerin nelerden ibaret olduğu ve ne şekilde uygulanacağı TCK'nun yollamasıyla ÇKK 11. maddede düzenlenmiştir.

Bu gruba giren çocuklar hakkında kovuşturma yapılması yasak olsa da soruşturma işlemleri yapılabilecektir. Bu soruşturma işlemleri bazı özelliklere sahiptir. İlk olarak bu çocuklar hakkındaki soruşturma çocuk bürosunda görevli Cumhuriyet Savcısı tarafından bizzat yapılır (ÇKK m.15/1). Soruşturma sırasında çocuk bakımında gerekli görülen tedbirler çocuk hakiminden istenebilir (ÇKK m.15/3). Bu çocuklar hakkında kovuşturmaya yer olmadığına karar verilmesi

---

<sup>191</sup> Koca/Üzülmez, s. 276.

<sup>192</sup> Koca/Üzülmez, s. 276 vd.

savcının çocuklar hakkında tedbir istemesine engel değildir.<sup>193</sup> Yakalama, göz altına alma ve ifade alma yönetmeliği hükümlerine göre bu yaş grubuna giren çocuklar hakkında yakalama, göz altına alma ve tutuklama tedbirlerine başvurulamaz. Bu kişiler hakkında yakalama işlemi ancak kimlik ve suç tespiti amacıyla yapılabilir. Tespit edilen kimlik hakim tarafından tedbir kararı alınması için derhal Cumhuriyet Başsavcılığına bildirilir (YGIY m.19).

Çocuk failin yaşı 12-15 yaş aralığında ise ilk olarak işlediği fiille ilgili kusur yeteneği olup olmadığı araştırılacaktır. Bu kararı bizzat hakim verecektir. Hakim bu kararı vermeden önceden bilirkişiden yardım alabilir. Çocuğun kusur yeteneğine sahip olup olmadığı her somut olayda ayrı ayrı değerlendirilmelidir.<sup>194</sup> Mahkeme yargılama sonucunda çocuğun kusur yeteneğine sahip olmadığı kanaatine varırsa çocuk hakkında kusurunun bulunmaması nedeniyle ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilir. Bu çocuklar hakkında mahkeme zorunlu olarak güvenlik tedbirlerine hükmeder.<sup>195</sup> Çocuğun kusur yeteneğinin var olduğuna kanaat getirirse 31/2 hükmü uyarınca indirim yapacak ancak güvenlik tedbirine hükmetmeyecektir.

Fail 15-18 yaş aralığında ise kusur yeteneğinin var olup olmadığı araştırılmadan kusur yeteneğinin var olduğu kabul edilerek cezasından indirimle gidilecektir.

Failde kusur yeteneği etkileyen bir başka durum olan akıl hastalığı varsa bu durumda fail hakkında TCK 32. madde uygulanır. Kanunumuz akıl hastalıklarının neler olduğunu tek tek saymamış, sadece akıl hastalığının kusur yeteneğini etkileyen bir hal olduğunu belirtmekle yetinmiştir. İlk yapılacak iş kişinin cinsel saldırı fiili işlerken akıl hastası olup olmadığının tespitidir. Mahkeme bu tespitle de yetinmeyip kişide akıl hastalığı varsa bunun failin hareketleri üzerindeki etkisini de değerlendirmelidir. TCK 32. maddede akıl hastalığının kusur yeteneği üzerinde meydana getirdiği etki üç dereceye ayrılmıştır. Buna göre, kişinin maruz kaldığı akıl hastalığı işlemiş olduğu somut fiil açısından; ya fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğini tamamen ortadan kaldırır ya davranışlarını yönlendirme yeteneğini ortadan kaldırır veya önemli ölçüde azaltır ya da kişinin işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğini etkilememekle beraber davranışlarını yönlendirme yeteneğini azaltmış olabilir.<sup>196</sup> Eğer cinsel saldırı suçunun faili akıl hastalığı nedeniyle fiilin anlam ve sonuçlarını kavrayamıyor veya

---

<sup>193</sup> Koca/Üzülmez, s. 277.

<sup>194</sup> Koca/Üzülmez, s. 278.

<sup>195</sup> Koca/Üzülmez, s. 278.

<sup>196</sup> Koca/Üzülmez, s. 284.

davranışlarını yönlendirme yeteneği önemli ölçüde azalmışsa cezalandırılmaz. Ancak davranışlarını yönlendirme özelliği azalmışsa kişi hakkında verilecek cezada indirimle gidilir.

Failde bir başka kusurluluğu kaldıran hal olan sağır ve dilsizlik varsa TCK 33. madde uygulanır. Sağır ve dilsizlikte 3 döneme ayrılmıştır. 1. dönem 15 yaşını doldurmamış sağır ve dilsizlerdir. Bunların cezai sorumluluğu yoktur. Haklarında 12 yaşını doldurmamış olan çocuklara ilişkin hükümler uygulanır. 2. dönem 15-18 yaş arası sağır ve dilsizlerdir. Bunlar hakkında ise 12-15 yaş arası çocuklara ilişkin hükümler uygulanır. 3. dönem ise 18-21 yaş arası sağır ve dilsizlerdir. Bunlar hakkında ise 15-18 yaş arası çocuklara ilişkin hükümler uygulanır. 21 yaşından büyük sağır ve dilsizle bakımından ise yaşın herhangi bir etkisinin olmadığı kabul edilmiştir.

TCK 34. maddede geçici bir nedenle ya da irade dışında alınan alkol veya uyuşturucu maddenin etkisiyle kusur yeteneği ortadan kalkan ya da önemli derecede azalan kişinin kusur yeteneğinin olmadığı belirtilmiştir. Geçici nedenlere nelerin girebileceğini önceden tespit etmek mümkün değildir.<sup>197</sup> Geçici nedenlerin kabulü için gereken ilk şart bu nedenin meydana gelmesinde mağdurun herhangi bir kusurunun bulunmamasıdır. Fail geçici nedenin meydana gelmesine kasten veya taksirle sebebiyet vermişse artık geçici sebebin varlığından ve bunun kusur yeteneğini ortadan kaldırmasından bahsedilemez.<sup>198</sup> İkinci şart bu neden failin işlediği fiilin anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğini önemli ölçüde ortadan kaldıracak ve davranışlarının yönlendirme yeteneklerini önemli ölçüde azaltacaktır.<sup>199</sup>

### 3.4. SUÇUN NİTELİKLİ UNSURLARI

Ceza normunda öncelikli olarak tanımlanan ve suçun varlığının temel şartı olan fiilin basit hali suçun temel şeklini oluşturmaktadır.<sup>200</sup> Bu temel şekil neticesinde dış dünyada bir değişiklik meydana gelmemişse suç meydana gelmemiştir.<sup>201</sup> Bundan başka suç tipinde eylemin temel şekline ilaveten aranan ve onun daha ağır veya daha

---

<sup>197</sup> Koca/Üzülmez, s. 285.

<sup>198</sup> Koca/Üzülmez, s. 286.

<sup>199</sup> Koca/Üzülmez, s. 286.

<sup>200</sup> Artuk, Mehmet Emin/Gökçen, Ahmet/Yeni Dünya, Ahmet Caner, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 4. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2009, s. 236.

<sup>201</sup> Artuk/Gökçen/Yeni Dünya, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 237.

hafif sayılmasını sonuçlayarak cezanın artırılması veya eksiltilmesini gerektiren hallere de yer verilmekte ve bunlara nitelikli hal denilmektedir.<sup>202</sup>

Nitelikli haller, fiilin işleniş tarzı, şekli, yeri, zamanı, failin ve mağdurun vasfı, fail ile mağdur arasındaki ilişki, suçun konusu ve fiilin işlenilmesinde güdülen amaç açısından incelenebilir. Fiilin işleniş tarzıyla ilgili nitelikli halde kanun koyucu eylemin toplum düzeninde oluşturduğu tehlikeyi göz önüne alarak bazı suçlarda ( silahla yaralama, yangın, su baskını suretiyle öldürme) ağırlatıcı neden kabul etmiştir.<sup>203</sup>

Bazı suçlarda suçun işlendiği zaman ( gece vakti hırsızlık, konut dokunulmazlığını ihlal), bazı suçlarda ise işlendiği yer (konutta yağma) nitelikli hal kabul edilmiştir.<sup>204</sup>

Herkes tarafından işlenebilen suçlarda bazı nitelikteki kişilerin fail olması durumunda nitelikli hal uygulanır ( kamu görevlisi tarafından işlenen kişiyi hürriyetinden yoksun kılma).<sup>205</sup>

Aynı şekilde mağdurdaki bir özellikte nitelikli halin uygulanmasına neden olabilir (kasten öldürmenin gebe olduğu bilinen karşı işlenmesi).<sup>206</sup>

Bazen de mağdurla fail arasındaki ilişki nitelikli halin uygulanmasına neden olabilir. Cinsel saldırı suçunun üçüncü derece dahil kan veya kayın hısımlığı ilişkisi içinde bulunulan kişiye karşı işlenmesi bu nitelikli hale örnektir.<sup>207</sup>

Son olarak suçun konusu bazı durumlarda ağırlatıcı bazı durumlarda ise hafifletici nitelikli hal olarak kabul edilmiştir.

### **3.4.1. TCK m. 102/2'de Düzenlenen Nitelikli Hal: Suçun Vücuda Organ veya Sair Bir Cisim Sokularak İşlenmesi**

Yeni TCK m. 102/2'de cinsel saldırı suçunun vücuda organ veya sair bir cisim sokularak işlenmesi nitelikli hal olarak kabul edilmiştir. Maddenin gerekçesine göre suçun bu nitelikli hali için vücuda vajinal, anal veya oral yoldan organ veya sair bir cismin ithal edilmesi gerekir.<sup>208</sup> Bu bakımdan vücuda penis ithal edilebileceği gibi,

<sup>202</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 310.

<sup>203</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 311.

<sup>204</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 311.

<sup>205</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 311 vd.

<sup>206</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 312.

<sup>207</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 312.

<sup>208</sup> İddianame, mahkumiyet kararı ve dosya içeriğine göre; sanığın iddia ve kabul edilen diğer şehvi 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 yapma ve uyarılama yapma görevinin üst dereceli Ağır Ceza Mahkemesine ait bulunduğu nazara alınıp görevsizlik kararı verilmesi

vajinal veya anal yoldan cop gibi sair bir cisim de ithal edilebilir. Gereğe göre bu fıkırdaki tanımlanan nitelikli halin gerçekleşebilmesi için, cinsel saldırı suçunun temel şeklinin aksine, gerçekleştirilen davranışın cinsel arzuların tatminine yönelik olması şart değildir.

Bu nitelikli halin gerçekleşmesi için aranan koşul vücuda organ veya sair bir cismin sokulmasıdır. Ancak kanun organ veya sair cismin vücudun hangi bölgesine sokulmasının suçu oluşturacağını belirtmemiştir. Buna karşın gerekçede vücuda vajinal, anal veya oral yoldan organ veya sair cismin ithalinden bahsedilmiştir. Maddede vücudun hangi bölgesinin kastedildiğinin yer almaması, buna karşın gerekçede vajinal, anal ve oral yoldan bahsedilmesi belirlilik ilkesine aykırılık oluşturduğu gerekçesiyle haklı olarak eleştirilere konu olmuştur.<sup>209</sup> Maddede bahsi geçen organ, sadece erkeğin cinsel organını değil, gerekçede belirtilen vücut boşluklarına girebilecek örneğin parmak gibi diğer organları da kapsamaktadır.<sup>210</sup> Bu noktada doktrinde haklı olarak elverişli bir organın veya sair bir cismin gerekçede sayılan üç boşluktan birine sokulduğu her durumda suçun oluşup oluşmayacağı tartışılmıştır.<sup>211</sup> Örneğin parmağın ağza sokulması durumunda da bu nitelikli hal oluşacak mıdır? Bu konuda doktrinde iki görüş ortaya çıkmıştır. Birinci görüşe göre gerekçede belirtildiği üzere bu nitelikli halin oluşması için failin cinsel arzularını tatmin etme saikiyle hareket etmesi aranmayacağından, sadece vücuda organ veya sair bir cisim sokulması denildiğinden, mağdurun ağzına cop, şişe gibi cisimlerin sokulması durumunda da nitelikli hal gerçekleşecektir.<sup>212</sup>

İkinci görüşe göre ise dış görünüş olarak birden fazla anlam içeren bu tip bir davranışın cinsel saldırı sayılabilmesi için, gerekçede aksi yazılı olsa bile, failde cinsel arzularının tatmini saikinin varlığını aramak gerekir. Ayrıca bu tip durumlarda davranışın objektif bakımdan cinsel nitelikli olarak değerlendirilmesi mümkün değildir.<sup>213</sup> Aynı yöndeki bir başka görüşe göre ise sokulmak istenen cisim veya

---

gerektiğinin gözetilmemesi yasaya aykırıdır, Y. 5. CD. 22.2.2006 743 E. 1004 K. Gündüz/Gültaş, s. 107.

<sup>209</sup> Ünver, *Cinsel Dokunulmazlığa ve Genel Ahlak Karşı Suçlar, Türk Ceza Kanunu'nun 2 Yılı, Teori ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar*, s. 299.; Yarsuvat ve Diğerleri s. 308.

<sup>210</sup> Mahkemenin oluşa uygun kabulüne göre sanık ismet Çıtır'ın mağdurenin cinsel organına parmağını sokarak kızlığını bozduğu anlaşılmalı sanığın eylemi 5237 sayılı TCK'nun 102/2. maddesinde tanımlanan vücuda organ sokma niteliğinde olduğundan, 5. CD. 24.05.2006 3441 E. 4352 K. Gündüz/Gültaş, s. 105.

<sup>211</sup> Yurtcan, s. 13.

<sup>212</sup> Sevik, s. 258.

<sup>213</sup> Tezcan/Erdem/Önok, s. 236.; Malkoç, *Açıklamalı-İçtihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu*, s. 833 vd. Şen, s. 382.

organ ile vücut bölgesi arasında cinsel bir bağ veya ilişki bulunması gerekir. Bu bağ organ, cisim ya da mağdurun vücut bölgesinin cinsel anlam ifade etmesinden kaynaklanabileceği gibi hareketlerin cinsel bütünlüğünden veya anlamından da kaynaklanabilir. Örneğin failin parmağının kadının cinsel organına sokulması halinde failin parmağı ile kadının cinsel organı arasında cinsel bir bağ mevcuttur. Burada parmak cinsel bir organ olmasa da içine sokulmak istenen organın cinsel önemi sebebiyle bir bağ kurulabilmektedir. Aynı şekilde bir erkeğin anüsüne bir kadının bir cisim sokması halinde de durum böyledir. Mağdurun cinsel organlarına yönelmeyen hareketler de bu nitelikte olabilir. Örneğin failin penisini kadının ağızına, kulağına sokmaya çalışması gibi.<sup>214</sup> Ancak failin fiili ile mağdurun maruz kaldığı durum arasında böyle cinsel bir bağ kurulamıyorsa bu durumda nitelikli halin olduğundan bahsedilemez. Örneğin failin mağduru öperken dilini ağızına sokması, parmağını mağdurun kulağına sokması gibi durumlar vücuda organ veya cisim sokma olarak nitelendirilemez.<sup>215</sup>

Cinsel saldırı fiilini gerçekleştiren failin, hangi saiklerle bu davranışı gerçekleştirdiğini araştırmaya gerek yoktur. Daha öncede belirttiğimiz gibi failin fiili, tıp ve psikoloji bilimlerine göre objektif olarak cinsel nitelikli kabul edilebiliyorsa hangi saikle gerçekleştirildiği önemli olmaksızın suçun oluştuğunun kabulü gerekir.

Failin parmağını mağdurun ağızına sokması veya failin mağdurun ağızına cop, salatalık, şişe gibi cisimleri sokması örneklerinde, davranışı cinsel davranış olarak nitelemeye olanak yoktur. Çünkü bu tip davranışlar objektif olarak cinsel nitelikli olarak değerlendirilmeye elverişli değildir. Bu nedenle kanun metninde bir düzenlemeye gidilerek en azından fail ya da mağdurun organlarından birinin cinsel organ olması şartı getirilerek hareketin cinsel davranış sayılıp sayılmayacağı tartışmalarına son verilebilir.

Maddede hareket “vücuda organ ya da sair cisim sokma” olarak belirlenmiştir. Daha önce de belirttiğimiz gibi burada değinilen organ veya cisim sadece cinsel organlar değil, el, kol, parmak, ayak gibi başka organlar ya da cop, sopa, şişe, kalem,

---

<sup>214</sup> Hükümlü hakkında 765 sayılı TCK'nun 416/2. Maddesine göre verilip kesinleşen hükümde penisini mağdurenin ağızına sokmak suretiyle gerçekleştirdiği kabul edilen eyleminin 5237 sayılı TCK'nun 102/2. Maddesinde vücuda organ sokmak suretiyle cinsel saldırı olarak düzenlenmiş olduğundan eyleminin bu şekilde kabulü ile 5237 sayılı yasanın 7/2 ve 5252 sayılı kanunun9/3 maddelerine göre lehe olan yasanın belirlenmesi gerekirken fiilin 102/1. Madde kapsamında olduğu benimsenerek yazılı şekilde uygulama yapılması yasaya aykırıdır, 5. CD. 1.3.2006, 804 E. 1297 K. Gündüz/Gültaş s. 417.

<sup>215</sup> Özbek ve Diğerleri, s. 368.; Artuç, s. 581.; Parlar/Hatipoğlu, s. 1619 vd.



yapay penis, muz<sup>216</sup> gibi cisimler olabilir. Cisimlerin katı ya da sıvı olması veya mağdurun canını acıtıp acıtmaması önemli değildir.<sup>217</sup> Suçun maddi unsuru sokma olarak belirlendiğinden failin vücuduna organ sokturmaya, örneğin kadının kendi vücuduna organ sokturmaya mağduru zorlaması durumunda ya da failin mağduru kendi vücuduna bir cisim sokmaya zorlaması durumunda ne olacağı tartışmalıdır.<sup>218</sup> Bir görüşe göre maddi unsur sokma olduğundan burada nitelikli hal oluşmaz<sup>219</sup>, aksi görüşe göre ise zorlayan kişinin sorumluluğu dolaylı faillik kabul edilmeli ve nitelikli halin oluştuğu kabul edilmelidir.<sup>220</sup> Failin kendi vücuduna organ veya sair cisim sokturmaya mağduru zorlaması durumunda cinsel saldırı suçunun basit hali oluşmaktadır, burada nitelikli halin oluşması mümkün değildir, çünkü organ veya sair cisim mağdurun değil failin vücuduna girmektedir. Ancak fail, mağduru kendi vücuduna organ veya sair cisim sokması için zorlarsa bu durumda dolaylı faillik yoluyla failin nitelikli cinsel saldırıdan cezalandırılması gerekir, çünkü bu durumda organ veya sair cisim mağdurun vücuduna girmektedir. Yargıtay 5. Ceza Dairesi ise “suçun mağduru Mesut’a organ sokulmadığı ve mağdurun reşit sanığa rızası ile organ sokmasının suç oluşturmadığı nazara alındığında dolaylı fail veya suça azmettiren olarak sorumlu tutulamayacak olan sanığın mağdura yönelik tamamlanan eylemlerinin basit cinsel istismar suçunu oluşturduğu halde nitelikli cinsel istismar suçundan hüküm kurulması yasaya aykırıdır” şeklinde karar vermiştir.<sup>221</sup> 18 yaşından büyük ve eşcinsel olan sanığın 15 yaşından küçük olan mağdura kendisine anal yoldan organ sokturma fiilinin basit cinsel istismar suçunu oluşturduğunu kabul etmiş ancak her ikisinin de 15 yaşından küçük olması durumunda fiilin hangi suçu oluşturacağı konusunda kararda bir tartışma yapmamıştır.<sup>222</sup>

Nitelikli halin uygulanabilmesi için organ veya sair cismin kısmen de olsa mağdurun vücuduna girmiş olması gerekir. Mağdurun direnmesi veya başka bir

---

<sup>216</sup> Yenidünya, s. 3292.; Artuç’ a göre nasıl oral yoldan vücuda penis sokmakla bu suç işlenebiliyorsa, yine oral yoldan bir kadının memesini zorla bir erkeğin veya kadının ağzına vermesiyle de bu suç oluşabilir, Artuç, s. 581.

<sup>217</sup> Özbek ve Diğerleri, s. 367, Yenidünya, s. 3292. Malkoç, *Açıklamalı-İçtihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu*, s. 835.

<sup>218</sup> Yenidünya, s. 3292. Yazar bu durumda iştirake ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiğini belirtmektedir.

<sup>219</sup> Tezcan/Erdem/Önok, s. 313.

<sup>220</sup> Gündüz/Gültaş, s. 31.; Artuç, s. 581.

<sup>221</sup> 5. CD. 30.05.2010 E. 2009/14703 K. 2010/3231 Gündüz/Gültaş s. 31.

<sup>222</sup> Gündüz/Gültaş, s. 31.

sebeple minimum ölçüde de olsa vücuda girme gerçekleşmemişse nitelikli halden söz edilemez.<sup>223</sup>

Fail mağdurun vücuduna organ veya sair bir cisim sokmak istemiş ancak engel bir neden yüzünden başarılı olamamış ise burada fail cinsel saldırı suçunun temel şekli mi cezalandırılacak, yoksa incelediğimiz nitelikli halden ceza belirlenip teşebbüs nedeniyle cezasından indirim mi yapılacaktır? Eğer m.102/2, m.102/1'in nitelikli hali olarak kabul edilirse, nitelikli hal gerçekleşmediği için faile suçun temel şekli olan m. 102/1'den ceza vermek gerekecektir. Ancak kanun her ne kadar nitelikli hal olarak düzenlemişse de aslında burada bağımsız başka bir suç söz konusudur. O halde failin elinde olmayan nedenlerle mağdurun vücuduna organ veya sair bir cismi sokmayı tamamlayamaması durumunda artık suçun temel şekli değil m.102/2'de düzenlenen haline teşebbüsten ceza verilmesi gerekir.<sup>224</sup> Yargıtay uygulaması da aynı yöndedir.<sup>225</sup>

Vücuda organ veya sair cisim sokmak suretiyle gerçekleştirilen nitelikli cinsel saldırı 765 Sayılı TCK'nun 414 ve 416. maddelerinde düzenlenen ırza geçme suçuna karşılık gelmektedir. Ancak yeni TCK'ndaki düzenlemeler eski TCK'ndaki düzenlemeleri aşar niteliktedir. Çünkü 765 Sayılı TCK'nda ilgili maddelerde ırza geçme kavramı kullanılmış ve ırza geçme "failin cinsel organının mağdurun vücuduna normal veya anormal yoldan cinsel teması sağlayacak şekilde ithali", olarak tanımlanmıştır.<sup>226</sup> Görüldüğü üzere eski TCK döneminde ırza geçme kavramı mağdurun vücuduna sadece failin cinsel organının girmesini karşılamakta ve "mağdurun vücuduna normal veya anormal yoldan" ifadesi ile vulva veya anüs boşlukları anlaşılmaktadır. 5237 Sayılı TCK'da ilgili maddelerde vücuda organ veya sair cismin sokulmasından bahsedilerek suçun kapsamı genişletilmiş, cinsel organ dışında bir organın veya başkaca bir cismin vücuda sokulması durumunda da nitelikli cinsel saldırı suçunun oluşacağı açıkça düzenlenmiştir. Örneğin eski TCK döneminde failin parmağını mağdurun vajinasına sokması ırza tasaddi sayılıyordu<sup>227</sup>, artık bu fiil nitelikli cinsel saldırı olarak değerlendirilir. Yine kanun

---

<sup>223</sup> Toroslu, s. 61.

<sup>224</sup> Tezcan/Erdem/Önok, s. 312.; Özbek ve Diğerleri, s. 368.; Meran s. 321.

<sup>225</sup> Kesinleşen hükümde annesinin ırzına geçmeye çalışan hükümlünün engel sebep nedeniyle eylemini tamamlayamadığından ırza geçmeye teşebbüs hükümlerine göre cezalandırıldığı ve bu fiilin sonradan yürürlüğe giren 5237 sayılı TCK'nun 102/2 vd 35. maddelerine temas eden nitelikli cinsel saldırıya kalkışma vasfında olduğu nazara alınmadan aynı yasanın 102/1. maddesi ile uyarılma yapılması yasaya aykırıdır, Y. 5. CD. 18.09.2006, 7563/7033, Meran s. 321.

<sup>226</sup> Erem/Toroslu, s. 293.; Otacı, s. 22.

<sup>227</sup> Erem/Toroslu, s. 301 vd.; Otacı, s. 22.

“vücuda” ifadesini kullanarak madde metninde vücudun hangi bölümlerinden bahsedildiğini açıklamamış ancak gerekçede vajinal, anal veya oral yoldan organ veya sair cismin ithalinin suçu meydana getireceğini belirtmiştir. Böylelikle 5237 Sayılı TCK’ndaki düzenlemelerle yerinde olarak suçun kapsamının genişletildiğini görmekteyiz.

### **3.4.2. TCK m. 102/3’de Düzenlenen Nitelikli Haller**

TCK’nun 102/3. maddesinde, maddenin 1. ve 2. fıkralarındaki tanımlanan suçların, bu fıkroda yazılı şekillerde işlenmesi halinde cezanın arttırılması öngörülmüştür. Bu fıkroda öngörülen nitelikli haller seçimlik olduğu için bunlardan birkaçı bir arada bulunsa bile arttırma bir kere yapılır, bu durum temel cezanın tayininde göz önünde bulundurulur ve alt sınırdan uzaklaşarak ceza verilir.<sup>228</sup>

#### **3.4.2.1. Suçun Beden veya Ruh Bakımından Kendisini Savunamayacak Durumdaki Kişiye Karşı İşlenmesi**

5237 sayılı TCK, 765 sayılı TCK’nun aksine “akıl hastalığı” gibi bir ölçüt getirmediğinden daha kapsamlı bir düzenlemelidir. Ayrıca eski kanundaki “failin fiilinden başka sebepten dolayı fiile direnemeyecek bir halde bulunan mağdura karşı fiilin işlenmesi” hali de bu madde kapsamında ele alınmalıdır.

Mağdurun kendisini savunamayacak durumda olması, bedensel veya ruhsal bir hastalıktan ileri gelmiş olabileceği gibi engelli olmasından da ileri gelmiş olabilir. İster geçici ister kalıcı olsun gerçek anlamda bir hastalık oluşturmakla birlikte mağdurun eyleme geçerli bir rıza göstermesi ya da karşı koyması olanağını ortadan kaldıran tüm durumlar bu kapsamdadır. Beden bakımından kendini savunamayacak durumda olma mağdurun ahlak dışılığını bildiği cinsel saldırıya karşı fiziksel olarak direnme olanağına sahip olmamasıdır.<sup>229</sup> Bu bakımdan kol veya bacağı kesik olan kişinin fiile karşı savunmada bulunması olanaksız olduğu gibi bedeninde henüz gerçekleşmiş bir ameliyatın dikişleri bulunan kimsenin de direnmesi olanaksızdır.<sup>230</sup> Yine ihtiyar, sakat kişilere karşı bu fiillerin yapılması beden bakımından kendini savunamama unsurunu oluşturur.<sup>231</sup> Bağırarak, yardım istemek, failin geldiğinin

<sup>228</sup> Malkoç, *Açıklamalı-İçtihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu*, s. 852.; Akçin, s. 122.

<sup>229</sup> Önder, s. 459 vd.

<sup>230</sup> Meran, s. 322.

<sup>231</sup> Soyaslan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 233.

görülmesi karşısında tedbir almak direnmek sayıldığından görme özürsüz veya sağır dilsiz olması halinde de beden bakımında kendini savunamama gerçekleşir.<sup>232</sup>

Ruh bakımından kendini savunamayacak olma ise mağdurun eylemin ahlaki kötülüğünü anlamını kavrayamamasıdır.<sup>233</sup> Akıl hastalarının eyleme karşı psikik direnme gücü olmadığı için bu gruba girmektedirler.<sup>234</sup> Ancak bu hastalıkla kendini savunma gücü arasında bir bağlantı olmalıdır, mağdurun hali savunmayı önlediği takdirde fail hakkında bu nitelikli hal uygulanabilir.<sup>235</sup> Mağdurun saflığı ve deneyimsizliği bu kapsamda değerlendirilmez.<sup>236</sup> Madde metninde seçimlik hareket öngörüldüğü için ruhen eylemin kötülüğünün farkında olan ancak bedenlen kendisini savunamayacak durumda olan kişinin rızasıyla fiil gerçekleştirilirse suç oluşmayacaktır.<sup>237</sup>

Mağdurun kendisini savunma olanağını ortadan kaldıran durum geçici veya sürekli de olabilir; önemli olan bu durumun fiilin işlendiği sırada mevcut olmasıdır.<sup>238</sup>

Nitelikli halin uygulanması bakımından bu durumun bizzat fail tarafından yaratılmış olmasının gerekli olup olmadığı doktrinde tartışma konusu olmuştur. Bir grup yazara göre; bu durumda da nitelikli hal uygulanır. Aksinin kabulü durumunda kendiliğinden sarhoş olan mağdurla cinsel ilişki sağlayan failin nitelikli halden, cinsel ilişkiyi elde etmek için mağduru kasten sarhoş eden failin ise temel halden sorumlu tutulması gerekirdi ki bunun kabulü adaletsiz olacaktır.<sup>239</sup> Ancak aksi yöndeki görüşe göre mağdur alkol ya da uyuşturucu maddenin etkisiyle fiile direnç gösteremez hale getirilirse bu nitelikli hal uygulanamaz. Zira bu yolla mağdurun rızası zaten ortadan kaldırılmış, bu durumda suçun unsuru olan bir etkenin ayrıca ağırlaştırıcı neden kabul edilmesi mükerrer cezalandırmayı gerektirir.<sup>240</sup> Bir görüşe göre de bu gibi hallerde nitelikli halin uygulanıp uygulanmayacağı her somut olayda değerlendirilmelidir.<sup>241</sup>

---

<sup>232</sup> Otacı s. 27.; Sevik, s.266.; Yurtcan'a göre ise mağdur sağır dilsiz ise beden bakımından engel teşkil etmez çünkü bu şıkta fiziki güçsüzlük esas alınmıştır, bkz. Yurtcan, s. 14.

<sup>233</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 156.; Yenidünya s. 3295.

<sup>234</sup> Soyaslan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 233.

<sup>235</sup> Yurtcan, s. 14.

<sup>236</sup> Kılıç, s. 196.

<sup>237</sup> Akçin, s. 115.

<sup>238</sup> Tezcan/Erdem/Önok, s. 316.

<sup>239</sup> Tezcan/Erdem/Önok, s.316 vd.; Özbek ve Diğerleri, s. 369 vd.; Parlar/Hatipoğlu, s.1621.

Hafizoğulları/Özen, s. 153.

<sup>240</sup> Gündel, s. 16.; Akçin, s. 114.

<sup>241</sup> Sevik, s. 266.; Artuç, s. 582.

Fail hakkında bu nitelikli halin uygulanabilmesi için mağdurun beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda olduğunu bilmesi gerekir. Failin bunu bilmemekle birlikte kuşkulanasını gerektiren bir durumun varlığına rağmen eylemi gerçekleştirilmesi halinde ise olası kastla hareket ettiği kabul edilmelidir<sup>242</sup>.

Fail eylemi beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak bir kişiye karşı işlediğini bilmiyorsa TCK m. 30 uyarınca hata hükümlerinden yararlanır<sup>243</sup>.

Suçun öğrenilmesinde hemen sonra mağdur kendisini savunamama sebebine göre tayin edilecek bir hekime sevk edilmeli<sup>244</sup>, rızası bulunmadığı takdirde ise ilgili mahkemeden karar alınmalıdır<sup>245</sup>.

### **3.4.2.2. Suçun Kamu Görevi veya Hizmet İlişkisinin Sağladığı Nüfuz Kötüye Kullanılarak İşlenmesi**

Burada iki nitelikli hale aynı bent içerisinde yer verilmiştir. Her iki durumda da mağdurun direncinin kırılmasının daha kolay olması ve suçun işlenmesindeki kolaylık cezanın ağırlaştırılmasının gerekçesini oluşturmaktadır. Ancak her somut

<sup>242</sup> Meran, s. 322.; Adli Tıp Kurumu 6. İhtisas Kurulu raporunda hastalığın hekim olmayanlarca anlaşılıp anlaşılmayacağı konusunda görüş belirtilmediğinden eksik soruşturma ile hüküm kurulması, Y. 5.CD. 21. 03. 2007, E. 2007/1393, K.2007/2141, Artuç, s. 623.

<sup>243</sup> Malkoç, *Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar*, s. 71.; Dosya içeriğine göre nüfus kaydındaki doğum tarihi 15/09/1967 olarak düzeltilen ve suç tarihinde 15 yaşını bitirmiş bulunan aşağı debilite düzeyindeki zeka geriliği nedeniyle işlenen ırza geçme suçunun kötülüğünü bilemeyeceği ve karşı koyma gücü bulunmadığı saptanan mağdurenin bu halinin, kendisini ilk defa 15/10/1982 tarihinde muayene eden hastahane nöbetçi tabibince fark edilmediği gibi Adli Tıp Kurumu ikinci ihtisas kurulunun mağdureyi muayene etmek suretiyle düzenlediği 28/09/1983 günlü raporla açıkca “hekim olmayanlarca bu akıl hastalığının bilinmeyeceği” belirlenmiş olması karşısında ve soruşturma aşamalarında düzgün ifadeler veren mağduredeki zeka geriliğini sanığın bildiği ya da kuşkulandırmayı gerektirecek davranışlarda bulunduğu dair kanıtlar da gösterilmeksizin TCK'nun 416/son 80 inci maddeleri yerine bazı varsayımlara dayanılarak yazılı şekilde (TCK'nun 416/1,80) uygulama yapılması bozmayı gerektirmiştir, 5.CD. 18.1.1984 4680/42 Savaş/Mollamahmutoğlu s. 4049.

<sup>244</sup> Mağdure DÇ'nin savcılık ve talimatla alınan mahkemede ifadesi sırasında hareketlerinin biraz anormal olduğu, soruları anlamakta güçlük çektiği sorulan sorulara tam olarak cevap veremediği tespit edilmiş olmasına ve bu durumun Sağlık Bakanlığı Tokat Dr. Cevdet Aykan Devlet Hastanesi Psikiyatri Uzmanı Maksat Tor tarafından düzenlenen 22.7.2002 gün ve 2742 sayılı raporda da maruz kaldığı ırzına geçilmesi, zorla alıkonulması ve kızılığının bozulması suçlarının kötülüğünü anlayamayacağı ve ruhsal yönden bu suçların ahlaki kötülüğünü kavrayamayacağı fiile ruhsal yönden karşı koyamayacağını bildirilmiş olmasına karşın Adli Tıp Kurumun 4. İhtisas Kurulunca düzenlenen 16.04.2003 tarih ve 1537 sayılı raporda mağdurenin yukarıda anılan eylemler ile ilgili olarak ilgili tarihte olayın ahlaki redactine müdrük olduğu fiile ruhsal yönden mukavemete muktedir olduğunu belirtir görüşe göre ortaya çıkan mevcut çelişkinin giderilmesi için mağdurenin dava dosyası ile birlikte sevkini sağlanarak Adli Tıp Genel Kurulundan alınacak mütaalaya göre söz konusu çelişkinin giderilerek sonucuna göre sanıkların hukuki durumlarının tayin ve takdiri gerektiği gözetilmeden eksik soruşturma ile yazılı şekilde karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir, 5. CD. 5. 10. 2006, E. 2004/9083, K. 2006/7668, Gündüz/Gültaş s. 102 vd.

<sup>245</sup> Malkoç, *Açıklamalı-İçtihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu*, s. 845.

olayda var olan nüfuzun suçun işlenmesinde kolaylaştırıcı bir etkiye sahip olmadığı araştırılmalıdır.<sup>246</sup>

Kamu görevinin sağladığı nüfuz kötüye kullanarak işlenme halinde failin öncelikle kamu görevlisi olması şarttır. Kamu görevlisi kavramı 5237 sayılı TCK'nun gerekçesinde açıklanmıştır. Gerekçeye göre; “hukuki durumu ve yaptığı göreve bakılmaksızın kamu kesiminde görev yapan yani kamu faaliyetinde bulunan herkesi kapsar. Gönüllü veya zorla, ücretli çalışan, kadrolu veya kadrosuz çalışan idare hukukuna tabi çalışan, hakim savcı, silahlı kuvvetler personeli öğretim elemanları, memurlar, işçiler, kamu hizmetinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler çalışanlar ve sözleşmeli personel” kamu personeli tanımı içerisinde dir.<sup>247</sup>

Bu nitelikli halin uygulanması için failin kamu görevlisi olması tek başına yeterli olmayıp aynı zamanda bunun sağladığı “nüfuz”un da kötüye kullanılması arandığından failin yerine getirdiği kamu görevinin suçun işlenmesinde özel bir kolaylık sağlaması ve kamu görevi nedeniyle mağdur üzerinde egemenlik kurabilecek durumda olması zorunludur.<sup>248</sup> Kanundaki düzenlemede hangi

---

<sup>246</sup> Yurtcan, s. 15 vd.

<sup>247</sup> TCK 6. Madde gerekçesinden

<sup>248</sup> Sanığın İ...A...’nde Cumhuriyet Başsavcivekili, mağdurenin ise, aynı yerde zabıt katibesi olarak görev yaptığı olayda, sanığın, sekiz ay boyunca kendisiyle birlikte çalışmak üzere görevlendirilmiş olan ve bu nedenle zaman zaman odasına gelmek zorunda kalan zabıt katibesi M....T...’a, kamu görevinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanarak, önce sözle, devamında da sarılmak, saçını ve vücudunu okşamak, dudak ve boynundan öpmek suretiyle cinsel saldırıda bulunduğu iddiasına ilişkindir.

İncelenen dosya içeriğinden; sanık hakkındaki soruşturmanın, İ...C... B.... E...Ö... tarafından, Adalet Bakanlığı Müsteşarlık Makamına hitaben yazılan 30.05.2006 gün ve 7949 sayılı yazı ile başlatıldığı; yazıda, İ...C... B... zabıt katibesi M....T.... ve adliyede görevli başka bir bayanın İ... C.... B... Z....S...’nin kendilerine cinsel tacizde bulunduğunu iddia ederek, olayın duyulmasını istemediklerini belirttiklerinin bildirildiği,

Anılan yazı üzerine yapılan soruşturma sonunda, sanık hakkında 5237 sayılı TCK'nun 102/3-b, 43/1 ve 53. maddeleri uyarınca kamu davası açıldığı, kadro cetveline göre; sanık Z....S...’nin, 10.07.2004 tarihinden itibaren İ... C.... B...., 1974 doğumlu olan mağdure M....T...’ın ise 14.11.2003 tarihinden itibaren zabıt katibi olarak görev yaptığı, Mağdurenin, personel işlerine bakan Cumhuriyet Başsavcivekili E...A.... tarafından ilk kez görevlendirildiği 18.07.2005 tarihinden, görev yerinin değiştirildiği 11.04.2006 tarihine kadar Cumhuriyet Başsavcivekileri Z....S... ve Y....Ö...B.... ile birlikte çalıştığı, anlaşılmaktadır.

Görgü tanığı bulunmayan olayda, iddianın esasını, mağdure ile olayı daha sonra mağdureden duyduklarını ifade eden adliye personelinin ifadeleri oluştururken, suçu inkar eden sanık, tüm bu iddiaların kendisine hazırlanan bir komplonun parçası olduğunu ileri sürmüş ve mağdure ile birlikte çalıştıkları sırada iddia edilen eylemlerinin gerçekleştirilmesinin olanaklı olmadığına dair tanıklar dinletmiştir.

Ceza Genel Kurulunca yapılan inceleme sırasında; olay yerinde yapılacak bir keşifle; olay yerinin fiziki özelliklerinin bizzat gözlemlenmesi, savunma tanıkları başta olmak üzere tüm tanıkların ve mağdurenin ifadelerinin denetlenmesi ve bu suretle sanığın odasında iddia edildiği şekilde bir olayın yaşanması halinde bitişik odalarda oturanların veya koridorda bulunan görevlilerin bundan kaynaklanacak gürültüyü duyup duyamayacaklarının belirlenmesi gerekirken eksik soruşturma ile karar verildiğinin öne sürülmesi üzerine bu husus önsorun olarak değerlendirilmiş, yapılan oylamada, oyçokluğu ile eksik araştırmanın bulunmadığı kabul edilip, olayın esasına ilişkin görüşmelere geçilmiştir.

Olayla ilgili olarak ifadesine başvuru alanlardan; Mağdure M....T....'ın; çalışmaya başladıktan sonraki 20. günden itibaren sanığın kendisine karşı konuşma ve hitap tarzını giderek değiştirdiğini, bu bağlamda kendisinden hoşlandığını, kendisine aşık olduğunu söylemeye başladığını, tüm uyarılarına rağmen bu hareketlerin dozunu sürekli olarak arttırdığını, odada kimsenin olmadığı zamanlarda arkadan sarılmaların, elle okşamaların, boyundan ve dudağından öpmeye kalkışmaların başladığını, bu hareketlerin zora dayalı olarak yapıldığını, 7 ay devam eden bu süreçte utandığı ve izah etmekte zorluk yaşayacağını düşündüğü için olan biteni kimseye anlatmadığını, daha sonra dayanacak gücü kalmadığında olaylardan Yazı İşleri Müdürü S....Ş....'e bahsederek sanıkla çalışmak istemediğini söylediğini, bunun üzerine Yazı İşleri Müdürü tarafından görev yerinin değiştirildiğini, ancak sanığın Başsavcivekili E....A.... ile konuşarak bu değişikliği engellediğini, sanığa değil ama onun makamına duyduğu saygı çerçevesinde aşırı tepki vermekten kaçındığını, bunun üzerine sanığın daha da ileriye giderek, seni görünce organım dikleşiyor, tahrik oluyorum gibi sözler söylemeye başladığını, zorla öpme ve okşama hareketlerinden dolayı her defasında odadan çıkınca lavaboya gidip kustuğunu, bu olaylar nedeniyle migren krizlerine girdiğini, sinir sıkışması yaşadığını, ailesinden utandığını, sanıktan kurtulmak için gerçekte olmadığı halde nişanlı olduğunu söylemesine rağmen sanığı engelleyemediğini, çok istemesine rağmen nasıl bir tavırla karşılaşacağından emin olmadığı için personelden sorumlu Başsavcivekili E....A....'e durumu anlatmaya cesaret edemediğini, son çare olarak durumu E....A....'e anlattığında, onun da Başsavcıya aktardığını, bu aşamadan sonra önceleri isminin bu olay nedeniyle yıpranacağı, ailesinin üzüleceği ve sanığın mesleki konumu nedeniyle daha kötü şeyler olabileceği korkusuyla sanık hakkında soruşturma açılması hususunda ısrarlı olmadığını ifade ederek, şikayetçi olduğunu ancak davaya katılmak istemediğini,

Yazı İşleri Müdürü S....Ş....'in; görgüye dayanan bir bilgiye sahip olmamakla birlikte, mağdurenin sanıkla çalışmaktan rahatsız olduğunu beyan ederek çalışma yerinin değiştirilmesini istediğini, kendisinin bu olaydan kimseye bahsetmediğini, bir fırsatını bulduğunda mağdureyi sanığın yanından alarak başka bir yerde görevlendirmek için taslak hazırladığını, ancak durumu öğrenen sanığın müdahale etmesi nedeniyle bu değişikliğin gerçekleştirilemediğini,

Personelden sorumlu Başsavcivekili E....A....'in, olaydan en son aşamada mağdurenin kendisine gelmesiyle haberdar olduğunu, durumu Başsavcı'ya ilettiğini, daha önceki görev yeri değiştirme teşebbüsünü de sonradan duyduğunu,

Başsavcivekili İ....B....'nın; olayın E....A.... tarafından kendisine anlatıldığını, bu arada odaya mağdure ile Yazı İşleri Müdürü'nün geldiklerini, mağdureye ayrıntıya girmeden; "bak kızım senin söylediklerin çok önemli bir itham, yanılıyor olabilir misin" diye sorduğunda, mağdurenin ağlayarak 32 yaşında olduğunu, doğru davranışla yanlış ayırt edebileceğini belirtip tepki gösterdiğini, daha sonra kendisini yeniden çağırarak baş başa görüştüğünde, maruz kaldığı hareket ve yaşadığı olaylar sebebiyle çok üzgün ve dolu olduğunu belirtip, maruz kaldığı bu olayın gizli kalmasını istediğini, çok yıprandığını, daha fazlasını kaldıramayacağını bildirdiğini, olayın açığa çıkmasının ardından M....'in görev yerinin değiştirilmesinden daha önce seminer dolayısıyla Ç... 'ye gitmiş bulunan sanığın haberinin olmadığını, göreve başladığında ise arayarak katibin görev yerinin neden değiştirildiğini sorduğunu, kendisinin Başsavcının emir verdiğini söylemesi üzerine, Başsavcıya durumu kim iletti dediğini, kendisinin de galiba kızın kendisi konuşmuş şeklinde beyanda bulunduğunu,

Başsavcı E....Ö....'in; olayın kendisine Başsavcivekili E....A.... tarafından iletilmesi üzerine mağdure ile konuştuğunu, mağdurenin anlatımı üzerine de durumu Adalet Bakanlığına bildirdiğini,

Mağdurenin emrinde çalıştığı diğer Başsavcivekili olan Y....Ö....B....'nın; olayın ortaya çıkması üzerine yapılan görev değişikliğinden yaklaşık bir ay önce mağdurenin kendi yanına geldiğinde çok üzgün görüldüğünü, sebebini sorduğunda Z....S....'nin kendisine kötü davrandığını, azarladığını, bu nedenle onunla çalışmak istemediğini söylediğini, mağdurenin yapı itibarıyla hassas, alıngan ve güvenilir bir kız olduğunu, kendisinin mağdureyi amirin davranışlarına üzülmemesi gerektiğini, amirin zaman zaman azarlayıp, zaman zaman da gönül alıcı davranışlar sergileyebileceğini söyleyerek teselli etmeye çalıştığını, ancak bundan kısa bir süre sonra yine bir gün ağlayarak yanına gelen mağdurenin artık dayanamayacağını ifade ettiğini, bunun üzerine, git bu konuyu ilgili arkadaşımıza bildir dediğini, daha sonra mağdurenin E....A....'e, onun ardından da Başsavcı'ya gitmesi ve olayları anlatması nedeniyle görev yerinin değiştirildiğini öğrendiğini, Z....S....'nin bazı kereler M....'in katipliğinden yakındığını, görev yeri değiştirildiğinde sanığın Ç... 'de seminerde bulunduğunu, döndüğünde ise, "M....'i bizden almışlar" diye sorduğunu, kendisinin de, "iyi ya sen de istiyordun, isabet olmuş" şeklinde cevap verdiğini,

Buna karşılık; İ.... Adliyesinde hizmetli olarak çalışan A...Y....'ün, sanığın da odasının bulunduğu yaklaşık 50 metre uzunluğundaki koridorun güvenliğini sağlamak için görev yapan polis memuru M....Ö....'ün, sanıkla bitişik odalarda oturan Cumhuriyet Savcısı E... B....'ın ve sanığın odasının bulunduğu koridorda odası olan Cumhuriyet Başsavcivekili İ....F... K....'nin; sanığın odasına

davranışların nüfuzu kötüye kullanılması olarak kabul edilmesi gerektiği açıklanmamış olmakla birlikte görev sınırlarını aşan ya da görevle ilgili olmayan her türlü davranış suçun nüfuzun kötüye kullanılmak suretiyle işlenmesi sayılmalıdır.<sup>249</sup> Gözaltına alınan sanığın orada görevli personel tarafından cinsel saldırıya uğramasında bu bent uygulanabilir.<sup>250</sup>

Bir kamu görevlisinin daha önce işini yaptığı ya da yanında çalıştırdığı kişiye karşı cinsel saldırı eylemini gerçekleştirmiş olması durumunda bu bent hükmü uygulanmaz<sup>251</sup>. Başka yer ve birimde olup mağdurla görev ilişkisi olmayan, mağdur üzerinde etkisi bulunmayan failin kurumda daha üst makamlarda olması bu ağırlaştırıcı nedenin uygulanamayacağı bir başka haldir.<sup>252</sup>

Bir diğer artırım nedeni hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuzun kötüye kullanılması suretiyle cinsel saldırı suçunun işlenmesidir. Nüfuz bir kimse veya topluluk üzerinde etkili olma ona söz geçirme olarak tanımlanmaktadır.<sup>253</sup> Failin hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanarak cinsel saldırı suçunu işlemesi, bu nüfuz mağdurun direncinin daha kolay kırılmasında etkili olacağından ağırlatıcı neden kabul edilmiştir. Gerçekten resmi veya özel kurumlarda görev yapan genel müdür,

---

zaman zaman girip çıktıklarını, sanığın mağdureye kötü davrandığına veya mağdurenin bağırdığına dair bir olaya tanık olmadıklarını, beyan ettikleri görülmüştür.

Sanık ise; uzun yıllar Cumhuriyet savcısı ve Cumhuriyet Başsavcısı olarak görev yaptığını, parlak bir mesleki geçmişi ve mutlu bir aileye sahip olduğunu, bir komplo ile karşı karşıya bulunduğunu, kendisiyle çalışmak üzere görevlendirilmiş olan katibe M... T...'ın yeterli tecrübeye sahip bulunmadığından ondan yeterince randıman alamadığını, bu yüzden onunla çalışmaktan memnun olmadığını, değiştirilmesini istediğini, ancak kendisini kırmamak için bunda aceleci davranmadığını, katipteki performans düşüklüğü nedeniyle zaman zaman gerildiğini ve sınırlı davrandığını, mağdurenin de bunu hissederek bana neden sert davranıyorsunuz diye yakınmada bulunduğunu, kendisinin başka bir katiple çalışmak istediğini ima etmesi nedeniyle de mağdurenin bu görevden ayrılmayı talep ettiğini, kendisi Ç...'de seminerde iken bu değişikliğin yapıldığını, sevk kağıtlarını da imzaladığı için odasının çok girilip çıkılan bir oda olduğunu, bu ortamda mağdurenin iddia ettiği eylemlerin gerçekleştirilmesinin mümkün olamayacağını, dolayısıyla suçsuz olduğunu söylemiştir.

Bütün bu kanıtlar bir arada değerlendirildiğinde; görgü tanığı bulunmayan olayda, kendisini suçtan kurtarmaya yönelik olarak inkarda bulunabileceği düşünülen sanık savunması yerine, saptanabilen başka bir amacı bulunmadığı gibi, henüz genç ve bekar bir genç kız olması nedeniyle kendi iffetine zarar verecek şekilde yalan da söyleyemeyeceği değerlendirilen mağdurenin, baştan itibaren kendi içinde tutarlı, Yazı İşleri Müdürü S... Ş..., Başsavcivekilleri E...A..., Y...Ö...B..., İ...B... ve Başsavcı E...Ö...'in ifadeleriyle de uyum gösteren iddialarına itibar etmek gerekmiştir.

Bu itibarla, Başsavcivekili olarak görev yapmakta olan sanığın, kendisiyle birlikte çalışmak üzere görevlendirilen ve bu nedenle çeşitli vesilelerle odasına girmek zorunda kalan zabıt katibesi mağdureyi sözle taciz etmek, okşamak ve öpmek suretiyle zincirleme olarak kamu görevinin veya hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanarak cinsel saldırıda bulunmak suçunu işlediği anlaşıldığından, sanığın temyiz itirazlarının reddi ile hüküm onanmasına karar verilmelidir, CGK 6.5.2009, E.1008/5-87 K.2009/128, Gündüz/Gültaş, s. 57 vd.

<sup>249</sup> Meran, s. 323.

<sup>250</sup> Soyaslan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 234.

<sup>251</sup> Meran, s. 323.

<sup>252</sup> Malkoç, *Açıklamalı-İçtihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu*, s. 847.

<sup>253</sup> Artuç, s. 583.



müdür veya yöneticilerin veya özel teşebbüs sahiplerinin burada çalışanlar üzerinde nüfuz sahibi olduğu açıktır. Örneğin çalışanların terfi, tayin, izin, ücret gibi durumlarında çeşitli yetkiler kullanmaktadırlar. Sahip oldukları bu yetkiler mağdur üzerinde bir nüfuz oluşturmakta ve fail tarafından suçun işlenmesini kolaylaştırmaktadır.<sup>254</sup>

Fail ile mağdur arasındaki ilişkinin İş Kanunu kapsamında bir iş akdi veya hizmet akdi olması gerekmez.<sup>255</sup> Hizmet ilişkisinin bir kamu kurumuna veya özel kuruma bağlı olarak gerçekleştirilmesinin, ücretli, ücretsiz, sürekli veya süreli olmasının bir önemi yoktur. Hizmet ilişkisinden her çeşit hizmet ilişkisini anlamak gerekir; günübirlik olarak eve çalışmaya çağrılan kadına ev sakinlerinden biri tecavüz ettiğinde tecavüz edenin cezası arttırılmalıdır.<sup>256</sup>

Önemli olan faille mağdur arasında hizmet ilişkisine bağlı bir bağımlılık bulunması ve failin de bu ilişki nedeniyle var olan nüfuzundan yararlanarak, kanunun ifadesi ile bu nüfuzu kötüye kullanarak bu suçu işlemesidir.<sup>257</sup>

Fail ile mağdur arasında herhangi bir hiyerarşi yoksa başka bir ifade ile birbirleri üzerinde bir otoriteleri söz konusu değilse bu nitelikli halin uygulanması mümkün değildir.<sup>258</sup> Aynı işyerinde çalışma gibi nedenlerle mağdur üzerinde nüfuz sahibi olan bir kimsenin bu nüfuzlarını kötüye kullanarak bu suçu işlemeleri bu ağırlatıcı nedene örnektir.<sup>259</sup>

Yargıtay hizmet ilişkisi sona erdikten sonra gerçekleştirilen cinsel saldırı suçunda bu nitelikli halin uygulanamayacağını belirtmiştir.<sup>260</sup>

Doktrinde bir görüşe göre “suç zaten rıza hilafına işlenmektedir, bu itibarla artık kamu görevinin veya hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuzdan söz edilemez, bu nedenle suçun bu nitelikli halini uygulamak mümkün değildir. Bu bentteki düzenleme “suçun

<sup>254</sup> Önder, s. 475.; Artuk/Gökçen/Yenidünya, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 157.; Soyaslan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 234. Yenidünya, s. 3296.

<sup>255</sup> Artuç, s. 583.; Karşı görüşe göre ise hizmet ilişkisi bir hizmet akdine dayanmalıdır bkz. Akçin, s. 116.

<sup>256</sup> Hafızoğulları/Özen, s. 153.

<sup>257</sup> Tezcan/Erdem/Önok, s. 317.; Özbek ve Diğerleri, s. 370.; Artuç, s. 583.

<sup>258</sup> Özbek ve Diğerleri, s. 370.; Parlar/Hatipoğlu, s. 1622.

<sup>259</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.157.; Yenidünya, s. 3296.; Unlu mamüller imalat bölümünde pasta ustası olan sanık Mevlüt’ün yanında çırak olarak çalışan mağdur Ahmet üzerinde hüküm ve nüfuzunun bulunduğu ve dolayısıyla ırza geçme eylemi nedeniyle sanık hakkında TCK’nun 417. maddesinin de uygulanması gerekeceğinin gözetilmemesi, Y. 5. CD. 14. 03. 1995, E. 1995/551, K. 1995/660, Taşdemir, Kubilay/Özkepir, Ramazan, *Son Değişikliklerle İçtihatlı Türk Ceza Kanunu*, Ankara, Adil Yayınevi, 2000, s. 946.

<sup>260</sup> Sanığın dükkânında 4 gün çırak olarak çalıştıktan sonra işten ayrılan mağdura takriben 1 ay sonra nitelikli cinsel istismarda bulunması eyleminde suç tarihi itibarıyla hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanma unsuru bulunmadığından, 5. CD. 20.09.2007, 7481-6548, Tezcan/Erdem/Önok, s. 317.

kamu görevinin veya hizmetin gerçekleştirildiği sırada işlenmesi” şeklinde yapılması halinde uygulama alanı bulabilir.<sup>261</sup>

Failin gerçekte olmadığı halde nüfuzunun varlığı konusunda mağduru kandırarak ilişkiyi sağlarsa ilişkinin kurulmasının asıl nedeni haline geldiğinden nitelikli hal uygulanmalıdır.<sup>262</sup>

Bu bendin 765 sayılı TCK’ nda ki karşılığı olan 417. maddede fiilin mağdur üzerinde “hüküm ve nüfuz sahibi kimseler” tarafından işlenmesi ağırlatıcı sebepti. Kamu görevlilerinin nüfuzlarını kötüye kullanarak bu suçları işlemeleri halinde bu durum suça ilişkin hükümde nazara alınmamışsa 251. madde uyarınca ceza arttırılırdı.<sup>263</sup>

### **3.4.2.3. Suçun Kan veya Kayın Hısımlığı İlişkisi İçinde Bulunan Kişiyeye Karşı İşlenmesi**

Kanun koyucu akrabalık ilişkisinin faile kolaylık sağlayacağını, failin mağdur üzerinde nüfuz ve güç sağlayacağını ve mağdurun faile güveneceğini düşünerek böyle bir artırım öngörmüştür.<sup>264</sup> Bu bendin uygulanmasında fail ile mağdur arasındaki hısımlık ilişkisi esas alınmıştır, mağdurun kan veya kayın hımsı olması önemli değildir.<sup>265</sup> Nitelikli halin uygulanabilmesi için belirtilen akrabalık ilişkisinin bulunması yeterlidir, ayrıca aralarında nüfuz ilişkisinin olması şart değildir.<sup>266</sup> 417. maddede; “Yukarıdaki maddelerde yazılan fiil ve hareketler birden ziyade kimseler tarafından işlenir veya usulden biri veya veli ve vasi veta mürebbi ve muallimleri ve hizmetkarları veya terbiye ve nezaret veya muhafazaları altına bırakılan veya buna düşar olanların üzerlerine hüküm ve nüfuzu olan kimseler tarafından vukubulursa kanunen muayyen olan ceza yarısı kadar arttırılır” denmekteydi. 765 sayılı kanun döneminde daha ileriki derecede olan akrabaların cezalandırılabilmesi için sanığın ayrıca hüküm ve muhafaza görevi bulunması şartı aranmıştır.<sup>267</sup> 765 sayılı kanundan

<sup>261</sup> Gündel, s. 16.

<sup>262</sup> Malkoç, *Açıklamalı-İçtihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu*, s. 848.

<sup>263</sup> Jandarma komutanı olan sanığın müdahil üzerindeki nüfuzunu suiistimal etmek suretiyle ırza geçme suçunu işlediği anlaşılmış, kararda da böyle bir kabule yer verilmiş olmasına göre cezanın 417. madde yerine 251. madde gereğince arttırılması bozmayı gerekmiştir, Savaş/Mollamahmutoglu, s. 4071.

<sup>264</sup> Toroslu, s. 62.; Akçin, s. 118.; Sevük, s. 267.; Artuk/Gökçen/Yenidünya, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 158.

<sup>265</sup> Meran, s. 324.

<sup>266</sup> Özbek ve Diğerleri, s. 370.; Tezcan/Erdem/Önok, s. 318.;

<sup>267</sup> Sanığın ayrı evde oturan ve korunmasına da bırakılmış olmayan dayısının kızı mağdure üzerinde hüküm ve nüfuzu bulunmadığı gözetilmeksizin hakkında TCK'nun417, maddesinin uygulanması suretiyle fazla ceza tayini isabetsizdir, 5.CD. 23.5.1990, 1957/2880; Sanığın ayrı evde oturan ve korunmasına da bırakılmış bulunmayan amcasının kızı olan kendisine yakın yaştaki mağdure üzerinde

farklı olarak 5237 sayılı kanunda hısımlık daha da genişletilmiştir. 765 sayılı kanunda yakın akraba olarak üstsoy ile veli ve vasiden söz edilmişken 5237 sayılı yasada üçüncü derece dahil kan veya kayın hısımlığı ilişkisi içinde bulunan kişiden söz etmektedir. 5237 sayılı kanundaki düzenleme ile üst soy yönünden üçüncü dereceye kadar denilerek bir sınırlama getirilmiştir.<sup>268</sup>

Fıkıradaki belirtilen akrabalık ilişkisinin var olup olmadığı Medeni Kanun hükümlerine göre belirlenir. Alt soy ve üst soyla olan ilişkilerin tespitinde nüfus kaydı esastır. Fail mağdurun biyolojik babası olmasına rağmen nüfus kaydında gözükmüyorsa bu durumda mahkeme nüfus kayıtlarını düzelttikten sonra bu nitelikli hali uygulayabilir.<sup>269</sup> Ancak her durumda bu nitelikli halin uygulanabilmesi için ağırlatıcı nedenlerin fiil işlenmeden önce veya en azından işleme sırasında fail tarafından bilinmesi gerekir.<sup>270</sup>

Sanıkla mağdur arasında üveyliğe dayanan bir akrabalık ilişkisi varsa bu nitelikli hal uygulanamaz.<sup>271</sup>

---

“hüküm ve nüfuzu” bulunmadığı gözetilmeden TCK'nun 417, maddesi uygulanarak cezasının artırılması, bozmayı gerektirmiştir, 5.CD. 20.9.1990, 2674/3834; Akrabalıkta ilgili görenek ve geleneklerin normal sayıldığı ölçüde aile bağlarının sınırı içinde sanığın öz yeğenleri mağdurlar üzerinde nezaret ve muhafaza görevi bulunduğu bunlara karşı işlediği fiili livata suçu yönünden TCK'nun 417. maddesinin uygulanması gerektiğinin gözetilmemesi bozmayı gerektirmiştir, 5.CD. 10. 10.1990, 3004/4256, Savaş/Mollamahmutoğlu, s. 4070 vd.

<sup>268</sup> Artuç, s. 583.

<sup>269</sup> Malkoç, *Açıklamalı-İçtihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu*, s. 849.

<sup>270</sup> Akçin, s. 118; Malkoç, *Açıklamalı-İçtihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu*, s. 849.

<sup>271</sup> Olay tarihinde onüç yaşında bulunan mağdure evde yalnız kalırken üvey dayısı olan sanık oturmaya gelmiş ve mağdurenin cinsel organını elleyip kendi uzvunu sürerek tasaddide bulunmuştur. Sanığın kız kardeşinin üvey kızına karşı işlediği tasaddi suçunda, TCY'nın 417 maddesinin uygulanıp uygulanmayacağı, özel daire ile yerel mahkeme arasındaki uyuşmazlığın konusunu oluşturmaktadır.

TCY'nın 417.maddesi ile “yukarıdaki maddelerle (414,415,416)yazılan fiil ve hareketler birden ziyade kimseler tarafından işlenir veya usulden biri veya veli ve vasi veya mürebbi ve muallimleri ve hizmetkarları veya terbiye ve nezaret veya muhafazaları altına bırakılan veya buna dışarı olanların üzerlerine hüküm ve nüfuzu olan kimseler tarafından vuku bulursa kanunen muayyen olan ceza yarısı kadar artırılır” hükmü geçmiştir.

Olayımızda sanık, mağdurenin usulü olmadığı gibi aralarında veli, vasi, öğretmen, eğitici, hizmetli ilişkisi de yoktur. Mağdurenin terbiye, gözetim, veya koruyuculuğu da sanığa bırakılmamıştır.

Cezayı artıran nedenlerden bir diğeri failin mağdur-mağdure üzerinde hüküm ve nüfuz sahibi olmasıdır. “Hüküm” suçtan zarar gören küçüğü egemenlik altına alabilmek “nüfuz” ise mağdur üzerinde etkili olabilmektedir. Yasa koyucu bu halleri açıklamamış, sınırlı olarak saymamıştır. Olayın özellikleri sanıkla mağdur arasındaki yakınlık nazara alınarak hüküm ve nüfuz öğeleri taktir olunacaktır. Fail mağdur arasındaki hısımlık gelenek ve görenekler birlikte bulunma aynı iş yerinde çalışma nüfuz ve hakimiyet sahibi olabilmeyi temin edecek hallerdir. Bazı hallerde fail, mağdur üzerinde istediği yönde etkide bulunabileceği gibi bunların üzerinde nüfuz sahibi de olabilmekte veya failin mağdur ile aynı mahal veya evde birlikte kalmaları sebebiyle mağdurenin faille karşı güven duyması veya failin mağdura karşı kolaylıkla hırsıyla miracaat ederek mukavemetini kırabilmesi de mümkündür. Sanığın sınırlı suçu işlemekte sağladığı kolaylık nazara alınmalıdır.

Dosya içeriğine göre sanıkla mağdure aynı evde oturmaktadırlar. Bakım ve gözetim konusunda geçici veya daimi olarak sanığa görev ve yetki verilmemiştir. Akrabalıkla ilgili görenek ve geleneklerimizin normal sayıldığı ölçüde sanık ve mağdurenin ailesi birbirleri ile görüşmektedirler. Bu

Eşlerden birinin kendi kan hımsıyla olan yakınlık derecesi diğer eşin de o kimseyle olan yakınlık derecesini ortaya koyacaktır. Örneğin kocanın babasıyla olan yakınlığı birinci dereceden, kardeşiyle olan yakınlığı ikinci dereceden olduğu dikkate alınacak olursa kadının da kocanın babasıyla olan sıhri hısımlığı birinci dereceden, eşinin kardeşi ile olan hısımlığı ikinci dereceden, amcasıyla olan hısımlığı 3. Dereceden kabul edilecektir.<sup>272</sup> Evlilik sona ermekle birlikte kayın hısımlığının sona ermeyeceğine dair Medeni Kanununun 18. maddesine göre ; “kayın hısımlığı kendisini meydana getiren evliliğin sona ermesiyle ortadan kalkmaz”. Medeni kanunun bu hükmüne paralel olarak boşanma durumunda eski eşe karşı bu suçun işlenmesi halinde nitelikli hal uygulanmayacağı halde onun yakınlarına karşı nitelikli halin uygulanması eleştirilmiştir.<sup>273</sup>

#### **3.4.2.4. Suçun Silahla veya Birden Fazla Kişi Tarafından Birlikte İşlenmesi**

TCK’unda bu ağırlatıcı nedenlerin yasada öngörülmesindeki temel düşünce gerek silahın varlığı gerek birden çok failin suçun işlenmesine katılmaları suçu kolaylaştırıcı etken olarak kabul edilmiştir.<sup>274</sup>

Suçun silahla işlenmesi halinde faile cesaret vererek suçun icrasını kolaylaştırdığı ve üzerinde ciddi korku meydana getirdiği, mağdurun direncini kırdığı için cinsel saldırı suçunun silahla işlenmesi ağırlatıcı neden olarak kabul edilmiştir.<sup>275</sup>

Silah kavramı TCK m. 6’da tanımlanmıştır. Bu maddeye göre silah deyiminden

- 1- Ateşli silahlar,
- 2- Patlayıcı maddeler,
- 3- Saldırı ve savunmada kullanılmak üzere yapılmış her türlü kesici, delici veya bereleyici alet,
- 4- Saldırı ve savunma amacıyla yapılmış olmasa bile fiilen saldırı ve savunmada kullanılmaya elverişli diğer şeyler,

---

tür geliş gidişler nedeniyle aynı evde oturmayan ve yakın akrabalık ilişkisi bulunmayan sanık hakkında ağırlatıcı hüküm olan TCY’nın 417, maddesi uygulanamaz. Direnme hükmünün bozulmasına karar verilmelidir, CGK 6.11.1989 5-266/326 Savaş/Mollamahmutoğlu s. 4065 vd.

<sup>272</sup> Şen, s. 386 vd.; Akçin, s. 117; Malkoç, *Açıklamalı-İçtihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu*, s. 848

<sup>273</sup> Malkoç, *Açıklamalı-İçtihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu*, s. 849.; Artuç, s. 584.

<sup>274</sup> Yurtcan, s. 18.

<sup>275</sup> Yenidünya, s. 3297.; Cinsel saldırı suçunun silahtan sayılan bıçakla işlenmesi sebebiyle tayin olunan cezanın TCK’nun 102/ 3-d maddesi ile arttırılmaması yasaya aykırıdır, 5. CD. 26.01.2006, 19500/317, Gündüz/Gültaş, s. 108.

5- Yakıcı, aşındırıcı, yaralayıcı, boğucu, zehirleyici, sürekli hastalığa yol açıcı nükleer, radyoaktif, kimyasal, biyolojik maddeler anlaşılır.

Madde gerekçesine göre; “Silah genel anlamda canlıları öldürebilen, yaralayabilen, hasta edebilen, canlı olmayanları ise parçalayabilen, tahrip edebilen aletlerdir. Suçta kullanılan aletin elverişli olup olmadığı incelenip değerlendirilmelidir.<sup>276</sup> Hakim eşyanın silah olup olmadığını bu tanıma uygun olarak kendisi değerlendirmeli eşyanın tespiti teknik bilgi gerektiriyorsa bilirkişiye başvurarak inceleme yaptırmalıdır. Uygulamada tırpan, demir, kürek, çekiç, ateş küreği, İngiliz anahtarı, kazma, tornavida, demir dirgen, hızar bıçkısı, bıçak, levye, satır, balyoz, sivri sopa demiri, kırık şişe, demir maşa, çapa, ekmek bıçağı, balta, keser, orak, muşta, kama, demir zincir, kırık cam, demir mala, delici baston, çakı bıçağı, bel küreği, bağ makası, nakış makası, çelik cop, çivili sopa, boğma zinciri, tırmık, iki ağızlı yıldız anahtarı, ustura, demir süpürge sapı, testere silah sayılmaktadır” denerek silah kavramı açıklanmıştır.<sup>277</sup> Özellikle 4. bentteki ifade kavramı geniş yorumlamaya, kullanılış yeri, şekli ve zamanına göre bir aracın silah sayılabileceği anlaşıldığından demir levye, ucu sivriltilmiş maden veya odun gibi maddelerin de silahtan sayılabileceği ve silah gibi kullanılabileceği sonucuna varılmaktadır.<sup>278</sup> Saldırı sırasında silahın bizzat ateşlenmiş olmasına veya doğrultulmasına gerek yoktur mağdurun iradesinin etki altına alınmasında etkili olması gerekli ve yeterlidir.<sup>279</sup> Ancak doktrindeki karşıt görüşe göre failin silahlı olması yetmez ayrıca bu silahın olayda kullanılması da şarttır, zira sadece silahtan söz ederek “keserim, delirim” demek unsurdaki tehdit olarak kabul edilecek nitelikli hal için yeterli olmayacaktır.<sup>280</sup> Silahın cinsel saldırı suçunun icrası sırasında kullanılması şarttır. Suç tamamlandıktan sonra silahın kullanılması durumunda silahtan dolayı ağırlaştırıcı neden uygulanamaz.<sup>281</sup>

Cinsel saldırı suçlarının birden fazla kişinin katılımı ile işlenmesi hemen hemen bütün yabancı ülke ceza kanunlarında fiillerin işlenmesini kolaylaştıracağı ve direncinin esaslı kırılmasının mağdur üzerinde olumsuz etki doğuracağı için ağırlatıcı

---

<sup>276</sup> Alet kavramı hakkında daha geniş açıklamalar için bkz. Tullio Delogu “*Suç Genel Teorisinde Alet*”, Trans: Doğan Soyaslan, AÜHFD, Yıl 1989-1990, Cilt: 41 Sayı: 1-4, s. 49 vd.

<sup>277</sup> TCK 6. Madde gerekçesinden

<sup>278</sup> Malkoç, *Açıklamalı-İçtihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu*, s. 850.

<sup>279</sup> Tezcan/Erdem/Önok, s. 318.; Özbek ve Diğerleri, s. 371.; Artuk Artuk/Gökçen/Yenidünya, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 159.

<sup>280</sup> Toroslu, s. 62.; Malkoç, *Açıklamalı-İçtihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu*, s. 850.

<sup>281</sup> Meran, s. 325.

neden olarak kabul edilmiştir.<sup>282</sup> Birden fazla kimse tabirinden iki veya daha fazla kişinin anlaşacağı konusunda tereddüt yoktur.<sup>283</sup> Bu nitelikli halin uygulanması için en az iki kişinin suça birlikte fail olarak katılmış olması gerekli ise de bunların hepsinin cinsel saldırı da bulunması gerekli değildir. Bu yüzden birlikte faillerden birisi suçun cebir unsurunu diğeri ise cinsel davranış unsurunu gerçekleştirmişse bu nitelikli hal uygulanır.<sup>284</sup> Birden çok kişinin suçun işlenmesinden önce aralarında anlaşmış olmaları şart değildir.<sup>285</sup> Birden fazla koşulunun gerçekleşmesi için tüm faillerin cezai ehliyetinin olması şart değildir. Bir kısım faillerin yaşı küçük olabileceği gibi bir kısmı da akıl hastası olabilir.<sup>286</sup> Kanun birden fazla kişinin birlikte suç işlemesini aradığı için suçun bir başkası tarafından azmettiren veya yardım eden sıfatıyla iştirak ederek işlenmesi halinde bu ağırlatıcı neden uygulanamayacaktır.<sup>287</sup> Ancak birden fazla kişi tarafından birlikte işlenen cinsel saldırı suçunda bu nitelikli hal varsa bunu bilen azmettiren veya yardım edenler bakımından da uygulanır.<sup>288</sup> Nitelikli halin uygulanabilmesi için suçun tamamlanmış olması şart değildir, teşebbüs aşamasında kalan cinsel saldırı suçunda da bu nitelikli hal uygulama alanı bulur.<sup>289</sup> Birlikte faillerin fiili aynı mağdura yönelik olmalıdır, fail ve mağdurlar birden fazla olmakla birlikte her biri başka kişiye karşı cinsel saldırıda bulunmuşsa bu nitelikli hal uygulanmaz.<sup>290</sup> Bu konudaki karşıt görüşe göre ise birden fazla kişi tarafından cinsel saldırının gerçekleştirilmesi bakımından bu kişilerin aynı cinsel davranışların çeşitli kısımlarının yalnız ya da birlikte işlemeleri yeterlidir.<sup>291</sup> Eğer failer aynı yerde ve zamanda fiili işlemişlerse birbirlerinin fiiline

---

<sup>282</sup> Bakıcı, s. 171.

<sup>283</sup> Bakıcı, s. 171.; Toroslu, s. 62.; Malkoç, *Açıklamalı-İçtihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu*, s. 850. Artuk/Gökçen/Yenidünya, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 159.; Tezcan/Erdem/Önok, s.318.; Sanık Zeki Altun hakkında nitelikli cinsel saldırı suçundan kurulan beraat hükmünün incelemesinde; sanığın diğer sanıklarla fikir ve eylem birliği içerisinde borcunu ödemeyen katılanı üzerine oturtmak suretiyle bira şisesini anüsüne sokmaktan ibaret eyleminin nitelikli cinsel saldırı suçunu oluşturduğu gözetilerek hakkında TCK 102/2, 102/3-d maddeleri uyarınca mahkumiyet hükmü kurulması gerekirken beraat kararı verilmesi, 5. CD. 01.05.2008, E.2008/2420, K.2008/3829, Gündüz/Gültaş, s. 96.

<sup>284</sup> Önder, s. 470.; Soyaslan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 232.; Gündel, s. 17.

<sup>285</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 159.

<sup>286</sup> Önder, s. 470.; Bakıcı, s. 173.; Sanık Ömer'in yaş küçüklüğü nedeniyle haklarındaki evrak tefrik edilen sanıklar İbrahim ve Muhammet ile birlikte mağdurenin ırzına geçtikleri ileri sürüldüğüne göre 765 sayılı TCK'nun 417. Maddesinin ( 5237 sayılı TCK 102/3-d) tartışılması bakımından adı geçen sanıklarla ilgili soruşturma sonucunun araştırılması gerekirken eksik tahkikatla yazılı şekilde hüküm kurulması yasaya aykırıdır 5. CD. 17.05.2001, 7114/3455, Gündüz/Gültaş s. 112.

<sup>287</sup> Kılıç, s. 198 vd.; Sevik, s. 267.; Gündel, s. 17.; Özen/Hafizoğulları, s. 154.

<sup>288</sup> Tezcan/Erdem/Önok s. 319.

<sup>289</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 159.

<sup>290</sup> Önder, s. 471.; Artuk/Gökçen/Yenidünya, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 160.

<sup>291</sup> Özbek ve Diğerleri, s. 371.

ayrıca yardım etmiş olmaları aranmaksızın ceza arttırılır.<sup>292</sup> Nitelikli halin uygulanması için mağdur sayısı önemli değildir, bu nedenle mağdurlar ve failer birden fazla ve her biri bir mağdura yönelik olarak cinsel saldırıda bulunmuşsa nitelikli hal uygulanır.<sup>293</sup>

### **3.5. SUÇUN NETİCESİ SEBEBİYLE AĞIRLAŞMIŞ HALLERİ**

#### **3.5.1. Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suç Nedir?**

Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç ile ilgili düzenleme 5237 Sayılı TCK m. 23'de düzenlenmiştir. Maddedeki düzenlemeye göre; bir fiil kastedilenden daha ağır veya başka bir neticenin oluşumuna sebebiyet vermişse, kişinin bundan dolayı sorumlu tutulabilmesi için bu netice bakımından en azından taksirle hareket etmesi gerekir.

Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç şu şekilde tanımlanabilir; bir fiilin belli bir suç tipinin oluşumu için yeterli olan neticenin dışında daha ağır veya başka bir neticeye yol açması halinde belli şartlarla cezanın ağırlaştırılmasını gerektiren suçlar şeklinde tanımlamak mümkündür.<sup>294</sup> Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda failin temel suç tipi bakımından kasten ağır netice bakımından ise en azından taksirle hareket etmesi gerekmektedir.<sup>295</sup> Kanun koyucu bu düzenleme ile objektif sorumluluğu kabul etmiştir.

Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar iki aşamada gerçekleşir. Birinci aşama failin ulaşmak istediği asıl netice, ikinci aşama ise gerçekleşen ağır neticedir. Failin gerçekleşen ağır neticeden sorumlu tutulabilmesi için taksirinin bulunması yeterlidir.<sup>296</sup> Neticesi sebebiyle ağırlaşan suçların hükmünü icra edebilmesi yani cezayı ağırlaştırabilmesi için temel suç tipinin varlığı şarttır bu nedenle de doğrudan doğruya neticesi sebebiyle ağırlaşan suçtan hareketle ceza tayini olanaklı değildir.<sup>297</sup>

#### **3.5.2. Suçun Sonucunda Mağdurun Beden veya Ruh Sağlığının Bozulması**

Cinsel saldırı suçunda mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulmasından failin sorumlu tutulabilmesi için neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç kuralları gereği (TCK m. 23), bu neticelere failinin fiilinin sebebiyet vermesi ve failin bu ağır neticeler bakımından en azından taksirle hareket etmiş olmalı. Bu maddenin uygulanabilmesi

---

<sup>292</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 160.

<sup>293</sup> Tezcan/Erdem/Önok, s. 319.

<sup>294</sup> Koca/Üzülmez, s. 193.

<sup>295</sup> Koca/Üzülmez, s. 194.

<sup>296</sup> Koca/Üzülmez, s. 194 vd.

<sup>297</sup> Koca/Üzülmez, s. 198.

için illiyet bağı arandığından mağdurun fiilden kurtulmak için balkondan atlaması sonucu vücudunda kırık meydana gelmesi veya cinsel saldırı sonrası intihar etmesi gibi durumlarda bu madde uygulanmaz.<sup>298</sup>

Doktrinde suç sonucunda failin mağdura aids, frengi gibi cinsel bir hastalık bulaştırması durumunda, mağdurun beden sağlığının bozulduğu ve bu maddenin uygulanması gerektiği ileri sürülmektedir.<sup>299</sup> Tabi bunun için failin bu virüsü taşıdığını bilmesi gerekir. Fail cinsel bir rahatsızlık taşıdığını bilmiyorsa ve bunu mağdura bilmeden bulaştırmışsa bu madde uygulanmaz.<sup>300</sup> Fail bu ağır neticelerin ortaya çıkabileceğini öngörüyorsa ve buna rağmen fiiline devam ettiyse artık taksirden değil olası kasttan söz edilir.<sup>301</sup> Failde ağır neticelere yönelik ayrıca kast bulunuyorsa, bu durumda failin ayrıca bu kastından da sorumlu tutulacağı açıktır.<sup>302</sup> Bu durumda faili iki ayrı suçtan cezalandırmak gerekir.<sup>303</sup>

Bu açıklamalar ışığında failin mağdura cinsel hastalık bulaştırması mevzuuna dönersek şöyle bir değerlendirme yapmak gerekir; bu fıkrada düzenlenen halde, neticesi sebebiyle ağırlaşmış bir durum söz konusu olduğundan, failin sonuçtan sorumlu tutulabilmesi için netice bakımından TCK m. 23 gereği en az taksir düzeyinde bir kusuru bulunmalıdır. Fail cinsel bir hastalık taşıdığını bilmiyorsa ve fiili neticesinde hastalığı bilmeden mağdura bulaştırmışsa, taksirli hareket ettiği söylenemeyeceği için, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç kuralları gereğince failin bu fıkradan sorumlu tutulması mümkün değildir. Ancak fail cinsel bir hastalık taşıdığını biliyor ve buna rağmen fiiline devam ediyor ve mağdura hastalığı bulaştırıyorsa kanımızca burada artık olası kasttan söz etmek gerekir. Kanunda fiil sonucu beden ve ruh sağlığının bozulmasından söz edilmiştir.

Ruh sağlığının bozulmasının suçun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hali olarak düzenlenmesi doktrinde oldukça eleştiri almıştır. Cinsel suçla karşı karşıya kalan kadın (insan) fiziksel sıkıntılar dışında, öncelikle ruh sağlığını kaybeder. Zamanla bu olayı bilinçaltına atsa bile, olayın çeşitli sebeplerle bilinç üstüne çıkıp onu etkilemesini önleyemez. Ayrıca cinsel suç mağduru kişi kendini kirlenmiş hisseder.<sup>304</sup> Bu bakımdan her cinsel saldırı eylemi mağdurda doğal olarak psikolojik

---

<sup>298</sup> Toroslu, s. 63.; Akçin, s. 124.

<sup>299</sup> Artuç, s. 587.; Parlar/Hatipoğlu s. 1624.; Soyaslan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 235.

<sup>300</sup> Artuç, s. 587 vd.

<sup>301</sup> Sevik, s. 268.

<sup>302</sup> Artuç, s. 587.; Özbek ve Diğerleri, s. 371 vd.;

<sup>303</sup> Nuhoglu, s. 627.

<sup>304</sup> Centel, s. 59 vd.



bir sarsıntıya yol açacaktır, çünkü mağdurun rızasına aykırı hareket söz konusudur, cinsel saldırı eylemlerinin özünde bu sonucu doğurmak vardır.<sup>305</sup> O halde bu terimin ifade ettiği ölçü nedir ve neye göre tespit edilecektir?<sup>306</sup>

Adli tıp uygulamasında bu suçun sürekli bir rahatsızlığa sebep olması başka bir ifade ile kalıcı olması halinde bu maddenin uygulanması yönünde bir eğilim mevcuttur.<sup>307</sup> Ayrıca yasa koyucu bu saldırı sonucunda kişide ağır ve ciddi ruhsal bozukluklar veya kişinin psikolojik gelişimini etkileyen fiilleri kast etmektedir.<sup>308</sup> Bir başka görüşe göre de mağdur saldırı sonucunda ruh veya beden sağlığı bozulmadı diyen birisi olabilir. Fiziki veya ruhsal yapısında bir değişiklik oluşmamıştır. Bu nedenle yasa koyucu buraya nitelikli bir hal olarak bu hükmü eklemiştir.<sup>309</sup> Ancak doktrinde sağlığın bozulması deyiminin kasten yaralama suçunu oluşturan seçimlik hareketlerden sağlığı bozma ile aynı anlamda kullanıldığı, bu bakımdan da süresi ne olursa olsun fiil mağdurda patolojik bir durum ortaya çıkarmış veya var olan patolojik durumu arttırmış ise bu nitelikli halin uygulanması gerektiği ileri sürülmüştür.<sup>310</sup>

Mağdurun ruh sağlığının bozulup bozulmadığının tespitini Adli Tıp Kurumu'nun ilgili ihtisas dairesi yapacaktır.<sup>311</sup> Ancak tam teşekkülü yerel sağlık kuruluşlarından alınan raporlarda eylem sonucunda mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulduğu tespit edilmesi halinde bu husus kurumdan sorulmakta aksi halde tarafların rapora itirazı yoksa yerel sağlık kuruluşunun raporu doğrultusunda karar verilmektedir.<sup>312</sup> Kurumun düzenlediği raporda hem beden sağlığının hem de ruh sağlığının bozulup bozulmadığının tespiti gerekmesine rağmen uygulamada sadece

---

<sup>305</sup> Öztürk, s. 144.

<sup>306</sup> Yenidünya, s. 3299.; Sevük, s. 269.; Tezcan/Erdem/Önok, s. 241.; Şen, s.391.; Ünver, *Cinsel Dokunulmazlığa ve Genel Ahlaka Karşı Suçlar, Türk Ceza Kanunu'nun 2 Yılı, Teori ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar*, s. 302.

<sup>307</sup> Tezcan/Erdem/Önok, s.320.; Artuç, s. 587.; Artuk/Gökçen/Yenidünya, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 161.; Malkoç, *Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar*, s. 82.

<sup>308</sup> Elmas, Fevzi, *Cinsel Suç Mağdurlarının Adli Tıp Kurumuna Sevkinin Gerektiren Haller ve Cinsel Suçlarda Beden veya Ruh Sağlığının Bozulması Kavramı, Terazi Hukuk Dergisi*, Yıl 2010, S: 44, s. 144.

<sup>309</sup> Malkoç, *Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar*, s. 82.

<sup>310</sup> Tezcan/Erdem/Önok, s.320.

<sup>311</sup> 24.11.2005 tarihli raporda mağdurun cinsel saldırıya teşebbüs eylemi nedeniyle ruh sağlığının bozulduğu, post travmatik stres bozukluğu ve depresyon geliştiğinden psikiyatrik tedavi başladığı bildirilen mağdureye ait tedavi evrakları getirtilip bu konuda düzenlenen rapor ve tüm dava dosyası ile birlikte Adli Tıp Kurumuna sevk edilerek suçun sonucunda beden ve ruh sağlığının bozulup bozulmadığı hususunda görüş alındıktan sonra hakkında TCK'nun 102/5. maddesinin uygulanması gerektiği gözetilmeden psikiyatri uzmanının raporuyla yetinilerek noksan soruşturma ile yazılı biçimde hüküm kurulması yasaya aykırıdır, 5. CD. 12. 06. 2006, E. 2006/3432, K. 2006/ 5324, Gündüz/Gültaş, s. 416.

<sup>312</sup> Elmas, s. 141 vd.

ruh sağlığı ile ilgili rapor dzenlenmektedir.<sup>313</sup> Ayrıca mağdurun beden veya ruh sağlığının araya giren başka olaylar nedeniyle değil sanığın eylemi sonucunda bozulması şarttır.<sup>314</sup> Yine dzenlenen raporlarda bozulma derecesine ulaşmasa bile meydana gelen rahatsızlıklara yer verilmelidir.<sup>315</sup> Kurum bu ynde bir rapor dzenlemesi iin saldırı eyleminin üzerinden en az altı aylık bir srenin geemesi gerektiğini belirtmiştir.<sup>316</sup>

Beden sağlığının bozulması konusunda ifade etmek gerekir ki cinsel saldırı sırasında meydana gelen ekimozlar, sıyrıklar, cebir ve şiddetin doğal sonuçları ierisinde yer aldığı srece bu madde kapsamında dşenilmemelidir. Ancak suun doğasından kaynaklanan ve belirtilen olcunun dşeninde kalan bedeni rahatsızlıklarda bu maddenin uygulanması yerinde olacaktır.<sup>317</sup> rneğin cinsel saldırı suu sonucu mağdurun çocuk yapma kabiliyetini yitirmesi beden sağlığının bozulması, cinsel ilişkiye girememe veya çok zor girebilmedir.<sup>318</sup>

Bununla beraber yine doktrinde sağlığın bozulmasının aynı zamanda kasten yaralama suunun da seaimlik hareketlerinden biri olduğu ve mağdurun direncinin ortadan kaldırılmasını sağlayacak olcunun otesinde cebir kullanılması durumunda failin hem 102/4 uyarınca kasten yaralama suundan hem de 102/5 uyarınca cinsel saldırı suunun cezasının ağırlaştırılmasının fiilin ağırlığıyla orantılı cezaya hkmolunacağı ilkesi (m. 3/1) ile bağdaşmayacağı ileri srmlmstür.<sup>319</sup>

Değinilmesi gereken başka bir husus kızlık zararının bozulmasının beden sağlığının bozulması olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceğidir.<sup>320</sup> Eski TCK dneminde cinsel ilişki sonrasında kızlık zararının bozulması maddede yer alan mayubiyet (ayıplı durum) olarak değerlendirilmiş ve failin cezası arttırılmıştır.<sup>321</sup>

---

<sup>313</sup> Aydın, Murat, Ceza Hukukunda Cinsel İstismara Bağlı Olarak Beden ve Ruh Sağlığının Bozulması Kavramı, *Terazi Hukuk Dergisi*, Yıl: 2009, S: 40, s. 81.

<sup>314</sup> Elmas, s. 145.

<sup>315</sup> Malkoç, *Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar*, s. 87.

<sup>316</sup> Aydın, Ceza Hukukunda Cinsel İstismara Bağlı Olarak Beden ve Ruh Sağlığının Bozulması Kavramı, s. 81. Artuk/Gökçen/Yenidünya, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 161.

<sup>317</sup> Yenidünya, s. 3299.

<sup>318</sup> Parlar/Hatipoğlu, s. 1624.; Malkoç, *Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar*, s. 81.; Soyaslan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 235.

<sup>319</sup> Tezcan/Erdem/Önok, s. 321.

<sup>320</sup> 5237 sayılı yasanın 102/5. Maddesinin uygulama olasılığı nazara alınarak suun sonunda bekareti izale olunan mağdurenin beden ve ruh sağlığının bozulup bozulmadığı hususunda Adli Tıp Kurumundan rapor alınıp saptanmadan yazılı biçimde hüküm kurulması yasaya aykırıdır, 5. CD. 25. 01. 2006, E. 2005/16112, K.2006/182 Gündüz/Gültaş, s. 109.

<sup>321</sup> Kızlık bozma eylemi müstakil bir suç olmayıp temel cezanın arttırma sebebi olmasına rağmen bu eylemden ayrı ceza tayini bozmayı gerektirmiştir, 5. CD. 15.3.1991, 1442/1436, Savaş/Mollamahmutoğlu, s. 4080.; Kızlık bozma eylemine ilişkin TCK'nun 418. Maddesi müstakil bir ceza ieremeyip aynı kanunun 414,415,416 maddelerindeki cezaların arttırıcı nedeni bulunduğu

Yargıtay 765 sayılı kanun döneminde kızlık zarının bozulmasının ilişki sırasında değil de normal doğum neticesinde olması durumunda ağırlatıcı nedenin uygulanamayacağını kabul etmiştir.<sup>322</sup> Yeni TCK döneminde ise kızlık zarının bozulmasının beden sağlığının bozulması olarak değerlendirilemeyeceği görüşü ağırlıklıdır.<sup>323</sup> Ancak kızlık zarının toplumda gördüğü değer düşünülürken, bunu kaybetmenin mağdurda yaratacağı travma göz önüne alınarak bunun, mağdurun ruh sağlığını bozan bir neden olarak düşünülebileceği ileri sürülmüştür.<sup>324</sup> Her ne kadara yeni TCK kızlığın bozulmasını ne başlı başına bir suç tipinde ne de ağırlatıcı bir neden veya suçun neticesi sebebiyle ağırlanmış hallerinde düzenlememiş olsa bile, vücuda organ veya sair bir cisim sokulmaksızın gerçekleştirilen cinsel davranışlarla kızlık zarının bozulması söz konusu olamayacağından, zaten fail hakkında nitelikli bir hal uygulanacaktır. Mağdurda kızlık zarının bozulması nedeniyle beden veya ruh sağlığının bozulup bozulmadığını belirlemek için adli tıptan rapor alınması gerekmektedir.<sup>325</sup>

Nitelikli cinsel saldırı eyleminin teşebbüs aşamasında kalması ve buna rağmen mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması durumunda failin hangi maddeye göre cezalandırılmasının gerektiği tartışma konusu olmuştur. Fail mağdura organ veya cisim sokarak cinsel saldırı eyleminde bulunmaya kalkışmış ve engel bir nedenle tamamlayamamış ancak mağdurun vajinasında yırtık, fissür gibi beden sağlığını bozan neticelerin ortaya çıkmışsa fail m. 102/5'de düzenlenen neticesi sebebiyle ağırlanmış suça teşebbüsten mi cezalandırılacak, yoksa m.102/2'ye teşebbüsten cezalandırılıp sonra 102/5 mi uygulanacaktır? Bir görüşe göre m. 102/5'de (suç sonucu mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması) neticesi sebebiyle ağırlanmış bir suç söz konusudur. Bu tip suçlara teşebbüs olanağı

---

gözetilmeden sanık hakkında kızlık bozmaktan beraat kararı verilmesi bozmayı gerektirmiştir, 5. CD. 14.11.1989, 4309/5449, Savaş/Mollamahmutoğlu, s. 4080.

<sup>322</sup> 4.12.1987 tarihli raporunda hymeni anüler ince kenarlı, tabii çentiksiz, duhule müsait açıklıkta ve bakire olduğu, 4-5 aylık gebe bulunduğu bildirilen mağdurenin sezeryan usulü dışında normal usulle doğum yapması halinde kızlığın doğumla bozulacağı göz önünde tutularak doğumun normal usulle olup olmadığı sorulup tesbit edildikten sonra TCK'nun 418/2. Maddesinin tatbiki gerekip gerekmeyeceğinin düşünülmemesi yasaya aykırıdır, 5.CD.5.6.1990, 2147/3110, Savaş/Mollamahmutoğlu, s. 4080.

<sup>323</sup> Tezcan/Erdem/Önok, s. 321.; Şen, s.392.

<sup>324</sup> Ünver, *Cinsel Dokunulmazlığa ve Genel Ahlak Karşı Suçlar, Türk Ceza Kanunu'nun 2 Yılı, Teori ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar*, s. 303.; Akçin, s. 124 vd.

<sup>325</sup> 5237 Sayılı TCK'nun 102/5. maddesi uyarınca tatbik edilecek cinsel saldırı suçunun sonucunda mağdurenin beden veya ruh sağlığında bozulma olup olmadığının Adli Tıp Kurumu ilgili ihtisas dairesinden alınacak görüş sonucuna göre değerlendirilmesi gerektiğinin gözetilmemesi, 5. CD. 28. 09. 2006, E. 7775, K. 7322, Meran, s. 332.

bulunmamaktadır. Çünkü neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç bir fiilin, kastedilenden daha ağır veya başka bir neticenin oluşmasına sebebiyet vermesi halidir.<sup>326</sup>

Bir başka görüşe göre ise neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlara teşebbüs sorunu üç olasılık şeklinde ele alınabilir. İlk olasılık; fail temel suç tipine teşebbüs etmiş ancak buna bağlı olarak taksirli özel netice meydana gelmiştir. İkinci durumda temel suç tipine teşebbüs edilmiş ancak temel suç tipi teşebbüs aşamasında kalmasına rağmen özel netice gerçekleşmiştir. Son durumda ise hem teşebbüs ettiği temel suç tipine bağlı netice hem de kast edilen özel netice gerçekleşmez.<sup>327</sup> İlk duruma örnek olarak fail tecavüz etmek için mağdurun boğazını sıkarak ancak mağdur ölür. Bu durumda cinsel saldırı suçuna teşebbüs edilmiş olur.<sup>328</sup> Bir başka örnekte ise fail yaşça küçük çocuğu tecavüz etmek için kaçırmaz. Uzun süre evde kalan çocuğun ruh ve beden sağlığının bozulması olasıdır ve fail bu durumu göz önüne almıştır. Ancak fail iktidarsızlığı nedeniyle ne cinsel saldırı suçunu işlemiştir ne de ağır netice olan beden ve ruh sağlığının bozulması gerçekleşmiştir. Bu durumda fail hem suçun temel şekline hem de nitelikli haline teşebbüs etmiş olur.<sup>329</sup>

Kastedilen fiil organ sokarak cinsel saldırıda bulunmaktır. Meydana gelen ağır sonuç ise beden ve ruh sağlığının bozulmasıdır. Fail organ sokmak suretiyle cinsel saldırıya teşebbüs etmiş ancak engel bir nedenle fiili tamamlayamamıştır. Bu durumda fail öncelikle m.102/2'de öngörülen suça teşebbüsten cezalandırılmalıdır. Fakat mağdurun beden ya da ruh sağlığı bozulmuş olduğundan m. 102/5 uyarınca cezası 10 yıldan az olmamak koşuluyla belirlenmelidir.<sup>330</sup>

Saldırı sırasında meydana gelen ekimozlar, sıyrıklar, cebir ve şiddetin doğal sonuçları içerisinde yer aldığı sürece beden sağlığının bozulması olarak düşünülmemelidir. Sadece suçun doğasından kaynaklanan ve belirtilen ölçünün dışında kalan bedeni rahatsızlıklarda bu maddenin uygulanması yerinde olacaktır. Suç sonucu mağdurun vajinasında yırtık, fissür gibi durumlar meydana gelmiş olsa bile eğer bu yırtıklar vehamet arz etmiyorsa ve mağdurun hayatını tehlikeye sokmuyorsa beden sağlığının bozulmasından söz edilemez. Aksi halde hemen hemen her nitelikli cinsel saldırı eyleminin doğal neticesi olan yara bereler nedeniyle bu

<sup>326</sup> Aksoy İpekçioğlu, Pervin, *Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs*, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2009, s. 182.

<sup>327</sup> Doğan, Koray, *Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar*, Ankara, Adalet Yayınevi, 2011, s. 236.

<sup>328</sup> Doğan, s.238. Böyle bir durumda taksirli suç söz konusu olduğu için teşebbüsün gerçekleşmeyeceğini kabul eden görüşle ilgili geniş ayrıntı için Doğan, s. 239 vd.

<sup>329</sup> Doğan, 247 vd.

<sup>330</sup> Meran, s. 335.

madde uygulanabilir hale gelecek, zira mağdurun rızası hilafına gerçekleştirilmeye çalışılan bir cinsel eylemde mağdurun cinsel bölgesinde sıyrıklar, tahripler meydana gelmesi çok muhtemeldir.

Öte yandan nitelikli cinsel saldırı fiili engel bir nedenle tamamlanamamış yani teşebbüs aşamasında kalmış olsa bile mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması (veya mağdurun bitkisel hayata girmesi veya ölmesi) olasıdır. Böyle bir durumda cinsel saldırı fiili teşebbüs aşamasında kalmış olsa bile failin m. 102/5 uyarınca cezalandırılması gerekir. Her ne kadar kastedilen eylem tamamlanamamış olsa bile ağır netice meydana gelmiştir. TCK m.102/5’de neticesi sebebiyle ağırlaşmış bir suç olduğundan failin taksir düzeyinde bir kusurunun dahi bu neticeye sebebiyet vermesi cezalandırılması için yeterlidir. Özetle fail, tamamlayamadığı cinsel saldırı fiili neticesinde mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulmasına sebebiyet vermişse, taksir düzeyinde bir kusuru bulunması şartıyla m. 102/5’den cezalandırılmalıdır. Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlara teşebbüs mümkün olmadığından failin cezasından teşebbüs hükümleri uyarınca indirim yapılması mümkün değildir. Yapılması gereken m. 102/2’den temel cezanın belirlenmesi, m. 35 uyarınca teşebbüsten indirim yapılması ve m. 102/5 uyarınca faile en az 10 yıl ceza verilmesidir.<sup>331</sup>

---

<sup>331</sup> 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 Kurulu’nun 18.11. 1989 gün ve 1989/314 Esas, 1989/399 Sayılı Kararı içeriğine göre de, bu suçların teşebbüse elverişli bulunmadığı gözetilmeden sanığa nitelikli cinsel saldırı suçundan verilen cezadan TCK’nun 35. maddesi ile indirim yapılması bozmayı gerektirmiştir, Y. 5. CD. 16. 04. E. 528, K. 2851, Meran s. 335.; Nitelikli cinsel istismar suçundan sanık E.hakkında Silifke Ağır Ceza Mahkemesince yapılan yargılama sonunda; 22.06.2006 gün ve 2006/1 Esas, 2006/149 Karar sayılı basit cinsel istismar suçuna teşebbüs etmekten mahkumiyetine dair karar verildiği hükmün katılan vekili ve sanık müdafii tarafından temyiz edilmesi üzerine, gönderilen dosya Yargıtay C. Başsavcılığının tebliğnamesi ile Daireye verilmekle incelenerek gereği düşünüldü; Mağdurun Nüfus İdaresinden onaylı aile kayıt tablosunun dosyada mevcut olduğu anlaşıldığından tebliğnamede bu hususta bozma isteyen düşünceye iştirak edilmemiştir. 5271 sayılı CMK.nun 236/3. madde hükmüne aykırı olarak, mağdur çocuğun dinlenmesi sırasında psikoloji, psikiyatri, tıp veya eğitim alanında uzman bir kişinin bulundurulması gerektiğinin gözetilmemesi, Mağdurun yaşına yapılan itiraz nazara alınarak, suçun niteliğini belirlemeye etkisi bakımından mağdurun doğum tutanağı getirtilerek resmi bir kurumda doğmadığının anlaşılması halinde yaş tespitine esas olacak kemik grafilerinin çektilerilerek suç tarihinde kaç yaşında olduğu hususunda sağlık kurulu raporu alınması, gerektiğinde Adli Tıp Kurumundan da görüş sorulması suretiyle sonucuna göre sanığın hukuki durumunun tayin ve takdiri gerektiği, 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; bu suçların teşebbüse elverişli bulunmadığı gözetilmeden sanığa verilen cezadan TCK.nun 35. maddesi ile indirim yapılması. Kabule göre de; Mağdurun anüsüne zorla cinsel organını sokmak istediği sırada tanık O.’un dışardan bağırması ve inzal sebebi ile eylemini tamamlayamadığı anlaşılan sanığın

### 3.5.3. Suçun Sonucunda Mağdurun Bitkisel Hayata Girmesi veya Ölmesi

Cinsel saldırı neticesinde mağdurun ölmesi veya bitkisel hayata girmesine ilişkin düzenlemelere 102. maddenin 6. fıkrasında yer verilmiştir. Bu fıkra düzenlenen durumun suçun neticesi sebebiyle ağırlanmış bir diğer hali olduğu muhakkaktır. Bitkisel hayat, beyin fonksiyonlarının yitirildiği, solunum ve dolaşım sisteminin dış destekle görev yaptığı, tam bilinçsizliğin bulunduğu klinik yaşam türüdür.<sup>332</sup> Ölüm ise kişinin yaşama belirtilerinin hepsinin durması olarak tanımlanmaktadır.<sup>333</sup> Yüksek Sağlık Şurasının 24.11. 1969 tarihinde verdiği bir karara göre, “ölüm bugünkü telakkilerin en kuvvetlisi ve hakim durumda olan beyin fonksiyonlarının tamamıyla durması halinin tespiti şeklinde kabul olunmuştur” denilerek beyin ölümü anlayışı benimsenmiştir.<sup>334</sup>

Failin neticeden sorumlu tutulması için en azından taksir seviyesinde kusuru olmalı, mağdurun ölmesi veya bitkisel hayata girmesi ile cinsel saldırı oluşturan hareketler arasında doğrudan bir nedensellik bağlantısı bulunmalıdır.<sup>335</sup> Hareket ile netice arasındaki nedensellik bağlantısının dolaylı olduğu durumlarda bu madde uygulanamaz. Örneğin cinsel saldırı fiili sonrasında mağdurun intihar etmesi halinde bu madde uygulanamaz. Her ne kadar failin fiili ile mağdurun intihar etmesi arasında nedensellik bağlantısı var ise de bu, maddenin uygulanması için yeterli değildir, çünkü burada ölüm neticesi faile objektif olarak isnat edilebilir durumda değildir. Bunun gibi mağdur cinsel saldırı sonucu hamile kalmış ve çocuk düşürme veya doğum sırasında ölmüşse yine failin ölüm neticesinden sorumlu tutulması mümkün değildir.<sup>336</sup> Ancak karşıt görüşteki yazarlara göre doğrudan bir ilişki şart değildir, dolaylı ilişkinin varlığı halinde de ağırlatıcı sebep uygulanmalıdır.<sup>337</sup> Eğer mağdure tecavüze uğrayacağını anlayıp kaçacak yeri olmadığı için kendini balkondan atarsa

---

eyleminin 5237 sayılı TCK.nun 103/2. maddesinde belirlenen nitelikli cinsel istismar suçuna eksik teşebbüs niteliğinde olduğu halde yazılı şekilde hüküm kurulması, Kanuna aykırı, katılan vekili ve sanık müdafinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülmesi olduğundan hükmün bu sebeplerden dolayı 5320 sayılı Kanunun 8/1. maddesi de gözetilerek kazanılmış hak hükümleri saklı tutulmak suretiyle CMUK.nun 321. ve 326. maddeleri uyarınca BOZULMASINA, 12.04.2007 tarihinde oyçokluğuyla karar verildi. 5. CD. 12. 04. 2007, E: 2006/12682 K: 2007/2807 Gündüz/Gültaş, s. 227.;Şen, s. 392.

<sup>332</sup> Çöloğlu, Sedat, *Adli Tıp Sözlüğü*, İstanbul, 1993, s. 47.

<sup>333</sup> Yılmaz, Ejder, *Hukuk Sözlüğü*, 5. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 1996, s. 643.

<sup>334</sup> Artuç, s. 593.

<sup>335</sup> Önder,s.476.;Artuk/Gökçen/Yenidünya, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 162.; Tezcan/Erdem/Önok, s. 323.; Yenidünya, s. 3299.; Malkoç, *Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar*, s. 88.; Hafizoğulları/Özen, s. 155.

<sup>336</sup> Tezcan/Erdem/Önok, s. 323.

<sup>337</sup> Nuhoglu, s. 626.

özel daire, ölüm ile failin fiili arasında illiyet bağı olduğunu kabul etmiştir.<sup>338</sup> Yine mağdur intihar edeceğini söylemiş ve bunda da inandırıcı ise fail mağdurun ölümünden sorumlu olur.<sup>339</sup>

Bir görüşe göre bu maddenin uygulanabilmesi için bitkisel hayata girme veya ölüm neticesinin failin fiiline bağlı olarak gerçekleşmesi gerekir. Başka bir ifade ile bitkisel hayata girme veya ölüm neticesi fiil işlenirken cebir kullanılmasına, cinsel davranışlara veya nitelikli saldırı mevcut ise vücuda organ veya sair cisim sokulmasına bağlı olarak gerçekleşmiş olmalıdır. Bu görüşe göre bitkisel hayata girme veya ölüm neticesi doğrudan cinsel davranışlar sonucu meydana gelmiş olmasa da, failin fiili işlerken kullandığı cebir, şiddet gibi araçlar neticesinde meydana gelmiş olsa da bu maddenin uygulanması mümkündür.<sup>340</sup> Ancak aksi görüşe göre mağdurun bitkisel hayata girme veya ölüm neticelerinin doğrudan cinsel saldırı nedeniyle oluşmuş bulunması gerekir. Bu görüşe göre, 102/4. maddede cinsel saldırı sırasında mağdurun direncinin kırılmasını sağlayacak ölçünün ötesinde cebir kullanılması durumunda kişinin ayrıca kasten yaralama suçundan dolayı cezalandırılacağı öngörülmüştür. Yani failin gerçekleştirmek için belli ölçüyü aşan eylemleri TCK 86. ve 87. maddelerinde cezalandırılmıştır. Özetle bu görüşe göre eğer bitkisel hayata girme veya ölüm neticesi cinsel saldırı fiilleri sonucunda meydana gelmişse m. 102/6 uygulanmalı, eğer netice failin kullandığı cebirden ileri gelmiş ise fail hem cinsel saldırıdan hem de m. 102/4 göndermesi ile 87. maddeden cezalandırılmalıdır.<sup>341</sup>

Maddede neticesi sebebiyle ağırlaşmış bir suç söz konusu olduğundan fail kastettiğinden daha ağır veya başka neticenin (bitkisel hayata girme veya ölme) gerçekleşmesini istememiş fakat fiili bu neticeyi meydana getirmiş olmalıdır.<sup>342</sup> Failde ayrıca öldürmeye yönelik kast da varsa bu durumda fail hem cinsel saldırı suçundan hem de kasten öldürme suçundan sorumlu tutulur. Örneğin fail cinsel saldırı suçunu işledikten sonra suçun ortaya çıkmaması için veya suçun işlenmesini

---

<sup>338</sup> Y. 5.CD. 31. 10. 1984, E. 3214, K. 4047, Bakıcı, s. 199 vd.

<sup>339</sup> Otacı, s. 114.

<sup>340</sup> Önder, s. 476.; Artuk/Gökçen/Yenidünya, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 162.; Tezcan/Erdem/Önok, s. 323.; Yenidünya, s. 3299. Nuhoğlu, s. 626.; Malkoç, *Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar*, s. 89; Öldürme kastının bulunmadığı ve zorla ırza geçme sırasında mağdurenin sesini çıkarmasını önlemek için ağzını, burnunu kapatması nedeniyle ölüm sonucunun doğduğu anlaşıldığı halde TCK'nun 418/1. maddesi yerine yazılı şekilde 450/7. maddeyle hüküm kurulması isabetsiz olduğundan, Y. 5. CD. 26. 06. 1984, E. 1984/2450, K. 1984/2951, Bakıcı, s. 199.

<sup>341</sup> Meran, s. 334.; Soyaslan, s. 236.

<sup>342</sup> Tezcan/Erdem/Önok, s. 323.; Yenidünya, s. 3299.

kolaylaştırmak için mağduru öldürmüştü hem cinsel saldırı hem de nitelikli kasten öldürme suçundan sorumlu tutulur.<sup>343</sup> Ancak bu madde hükmü uygulanmaz.

Bunun gibi fail mağduru öldürdükten sonra ona cinsel saldırı eylemini gerçekleştirirse yine bu madde uygulanmaz. Bu durumda failin fiili, kasten öldürme ve ölümlere saygı duygusuna aykırılık (TCK m. 130/2) suçlarını oluşturur.<sup>344</sup>

Failler birden fazla ise meydana gelen ağır neticeden taksir düzeyinde kusuru olan bütün failler sorumludur. Örneğin faillerden birinin cebir uygulayıp diğerinin mağdura cinsel saldırıda bulunması durumunda meydana gelen neticeden taksir düzeyinde kusuru olan her bir fail sorumlu tutulacaktır.<sup>345</sup>

Doktrinde bu nitelikli halin uygulanması için suçun tamamlanmasına gerek olmadığı, suç teşebbüs aşamasında kalmış olsa bile bu nitelikli halin uygulanabileceği ileri sürülmüştür.<sup>346</sup> Neticesi sebebiyle ağırlanmış bir suç söz konusu olduğundan asıl fiil tamamlanmasa bile mağdur açısından ağır netice ortaya çıkmışsa failin taksir düzeyinde bir kusurunun bulunması, ağır neticeden sorumlu tutulabilmesi için yeterlidir.

---

<sup>343</sup> Sanığın, maktuleyi bir suçu gizlemek için öldürdüğünün anlaşılması ve kafatasındaki çökme kırığının ırza geçmenin zor unsuru olarak kabul edilemeyeceği göz önünde tutulmaksızın, sanığın TCK'nun 450/9. maddesi yerine, 418/1. maddesinin uygulanması suretiyle cezalandırılması aleyhe temyiz olmadığından bozma nedeni yapılmamıştır", Y. 1. CD., E. 1992/2703, K. 1992/2982, T. 23. 12. 1992 Savaş/Mollamahmutoğlu, s. 4079; Sanık D. Ö'nün 7-8 yaşlarındaki maktuleyi, caminin ve Kur'an kursunun yanından alarak 63 metre ileride ağaçların arkasına götürerek ırzına geçtiği ve ırza geçme fiilini işlerken maktülün mukavemetini kırmak, bağırmasını engellemek için ağız ve burnunu kapatarak asfiksi nedeniyle öldürdüğü anlaşılmış ve mahkeme de sanığın ifadesine bağlı kalarak oluşu bu şekilde kabul etmiştir. Sanığın maktulenin zorla ırzına geçme suçunu işlemek ve bu suçu kolaylaştırmak için öldürme fiilini işlediğinin kabulü ile sabit olan eyleminden ötürü TCK'nun 450/7. maddesi ile ceza verilmesi, ayrıca ırza geçmekten TCK'nun 414/2-418. maddelerin uygulanması gerekirken, ırza geçme fiiline bağlı olarak ölüm meydana geldiği şekilde vasıf edilerek TCK'nun 418/1. maddesinin uygulanması yasaya aykırı olup, 1. CD. 03. 02. 1993, E. 1993/3041, K. 1993/146, Savaş/Mollamahmutoğlu, s. 4079.; Önder, s.476.

<sup>344</sup> Önder, s. 476.; Tezcan/Erdem/Önok, s. 323.; Bakıcı, s. 199.; Malkoç, *Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar*, s. 88.; Otacı, s. 114 vd.

<sup>345</sup> Tezcan/Erdem/Önok, s. 323.

<sup>346</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 162.; Tezcan/Erdem/Önok, s. 323.; Yenidünya, s. 3299.; Bakıcı, s. 199.



## BÖLÜM IV

### SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ ve YAPTIRIM

#### 4.1. TEŞEBBÜS

5237 Sayılı TCK'nun 35. maddesine göre kişi, işlemeyi kastettiği bir suç elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaz ise teşebbüsten dolayı sorumlu tutulur. Bu maddeden de anlaşıldığı gibi yeni TCK icra hareketlerinin başlama zamanı olarak doğrudan doğruya icraya başlamayı ölçüt olarak kabul etmiştir. Maddenin gerekçesinde de belirtildiği gibi işlenmek istenen suç tipiyle belirli bir yakınlık ve bağlantı içindeki hareketlerin yapılması durumunda suçun icrasına başlanılmış sayılacaktır. Elverişli hareket ise işlenmek istenen suça göre fiilin gerçekleştirildiği şartlar göz önünde bulundurularak yani olay anındaki şartlara göre yapılacak bir değerlendirmeye göre belirlenmelidir.<sup>347</sup> Bu şekilde bir değerlendirme sonucunda fiilin suçun kanuni tarifinde unsur olarak yer alan neticeyi gerçekleştirmeye uygun olmadığı veya bu fiilin suçun konusu bakımından herhangi bir tehlike oluşturmadığı belirlenmişse suça teşebbüsten söz edilemeyecektir.<sup>348</sup>

Cinsel saldırı suçunu teşebbüs açısından incelerken, suçun temel ve nitelikli hallerine göre farklı değerlendirmeler yapmak gerekecektir.

Suçun basit halinin teşebbüse elverişli olup olmadığı tartışmalıdır. Suçun basit hali açısından teşebbüsün mümkün olmadığını kabul eden görüşe göre; cinsel saldırı olarak nitelendirilen hareketin gerçekleştirilmesiyle suç tamamlanır, bu nedenle bu suç teşebbüse elverişli değildir.<sup>349</sup>

Cinsel saldırı suçunun, TCK m. 102/1'de düzenlenen temel şekli, failin cinsel davranışları gerçekleştirmesiyle tamamlanır.<sup>350</sup> O halde bu maddede neticesi harekete bitişik bir suç söz konusudur. Bunun sonucu olarak da suçun temel şekline teşebbüs

<sup>347</sup> Soyaslan, Doğan, *Teşebbüs Suçu*, Ankara, Kazancı Yayınevi, 1994, s.109 vd.

<sup>348</sup> Soyaslan, *Teşebbüs Suçu*, s. 112.

<sup>349</sup> Meran, s. 318.

<sup>350</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 154.; Tezcan/Erdem/Önok, s. 306.; Özbek ve Diğerleri, s. 373.; Yenidünya, s. 3293.

kural olarak mümkün olamamaktadır.<sup>351</sup> Eğer hareket kısımlara bölünebiliyorsa, suçun basit şekline de teşebbüsün mümkün olabilir. Fail bir mağduru bıçakla tehdit edip memelerinden bir defa öpeyim demiş ancak bu sırada etraftan gelenler olunca kaçmışsa bu durumunda basit cinsel saldırı suçuna teşebbüs edilmiş olacaktır.<sup>352</sup>

Cinsel saldırı suçunun basit haline teşebbüsün olup olamayacağı konusunda değerlendirmeyi, vücut dokunulmazlığının ihlal edilip edilmemesi gerekliliği üzerinden yapmak gerekir. Cinsel saldırı suçunun basit şeklinin gerçekleşmesi için mağdurun vücut dokunulmazlığının ihlal edilmesi gerekir. Fail memelerini bir kez öpeyim diyerek, basit cinsel saldırı suçuna teşebbüsü gerçekleştirmiştir. Fail gerek bıçakla mağduru tehdit ederek gerekse söylediği sözlerle kastının tacizden öteye cinsel saldırıya yönelik olduğunu ortaya koymuştur. Fail işlemek istediği suç tipiyle belirli bir yakınlık ve bağlantı içindeki hareketleri yapmaya başlamıştır. Ancak icrasına başladığı hareketleri araya giren başka etkenler yüzünden tamamlayamamış, mağdurun vücuduna temas edemedi kaçmıştır. Dolayısıyla burada basit cinsel saldırı suçuna teşebbüs söz konusudur.

Suçun tamamlanması için mağdurun vücut dokunulmazlığının ihlal edilmesinin şart olmadığını, her türlü cinsel davranışın gerçekleştirilmesiyle suçun oluşacağını kabul eden görüşe göre ise failin yukarıda belirtilen hareketi yapması halinde artık suç tamamlanmış olacak, teşebbüs söz konusu olmayacaktır.

Cinsel saldırı suçunun nitelikli hali ise, vücuda organ veya sair cismin kısmen veya tamamen sokulmasıyla tamamlanır.<sup>353</sup> Suçun tamamlanması için cinsel doyuma ulaşmak şart değildir.<sup>354</sup> Burada netice hareketten ayrılabilir olduğundan teşebbüs tartışmasız olarak mümkündür. Fail mağdurun vajinasına bir cisim sokmak istemiş ancak cismin büyüklüğü veya mağdurun vajinasının küçüklüğü gibi nedenlerle başarılı olamamışsa nitelikli hale teşebbüs söz konusudur. Yine fail mağdura yönelik nitelikli cinsel saldırı eylemi bakımından kastını ortaya koyduktan sonra engel bir nedenle fiili gerçekleştirememişse eylemin nitelikli cinsel saldırı suçuna teşebbüs aşamasında kaldığını kabul etmek gerekir. Bu bakımdan mağduru soymaya

---

<sup>351</sup> Şen, s. 378 vd.

<sup>352</sup> Artuç, s. 595.

<sup>353</sup> Dönmezer, s. 49.; Önder, s. 453 vd.; Artuk/Gökçen/Yenidünya, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 155.; Tezcan/Erdem/Önok, s. 307.; Şen, s. 383.; Özbek ve Diğerleri s. 373 vd.; Yenidünya, s. 3294.; Artuç, s. 595.; Soyaslan ise fiilin tamamlanması için tamamen girme şartını aramaktadır, bkz. Soyaslan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 231.

<sup>354</sup> Soyaslan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.231.

başlamak, soyunması için zorlamak, prezervatif takarak hazırlanmak hallerinde failin kastını ortaya koyduğu kabul edilmelidir.<sup>355</sup>

Suçun sonucunda mağdurun ölmesi veya bitkisel hayata girmesi veya mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması halleri cinsel saldırı suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış halleri olduğundan, bu durumlarda teşebbüs olanaklı değildir. Çünkü kanunda yazılı neticenin ortaya çıkmadığı durumlarda, failin bu maddelere göre cezalandırılması mümkün değildir. O halde bu nitelikli hollere teşebbüs mümkün olmayıp, failin bu maddelere göre cezalandırılması bu ağır neticelerin ortaya çıkmasına bağlıdır. Ancak cinsel saldırı fiilinin teşebbüs aşamasında kalması durumunda da bu neticelerin ortaya çıkması mümkündür. Bizatihi bu maddeler uyarınca (m. 102/5-6) verilen cezalardan teşebbüs nedeniyle indirim yapılması mümkün değilken, asıl fiilin teşebbüs aşamasında kalması durumunda (örn.:m. 102/2) asıl fiil uyarınca cezanın belirlenip daha sonra teşebbüs nedeniyle indirim yapıp (m. 35), daha sonra bu neticelerden hangisi gerçekleştirilmişse ona göre cezanın belirlenmesi (örn.:m. 102/6) mümkündür.<sup>356</sup>

Fail TCK m. 36'ya göre, suçun icra hareketlerinden gönüllü vazgeçer veya kendi çabalarıyla suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini önlerse, teşebbüsten dolayı cezalandırılmaz. Tamam, olan kısım esasen bir suç oluşturuyorsa, fail o suça ait ceza ile cezalandırılır.<sup>357</sup> Cinsel saldırı suçuna elverişli hareketlerle

---

<sup>355</sup> Gürkan/Uğuz, s. 186.; Hileli bir şekilde mağdurenin evde yalnız olduğunu öğrenen sanığın eylemleri gerçekleştirdiği sırada sana tecavüz etmeye geldim diyerek niyetini ortaya koyması mağdurenin direnmesi üzerine birlikte yere düşmelerinde sonra mağdurenin sanığın maskesini çıkarıp ismini söyleyerek yüzüne yumruk vurma sonucu sanığın yüzünü kapatarak lambayı söndürüp olay yerinden kaçmasının anlaşılması karşısında engel sebeplerle sonuca ulaşamayan sanığın eylemlerinin nitelikli cinsel saldırıya teşebbüs suçunu oluşturacağı gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması, 5. CD. 23. 10. 2008, E. 2008/2478, K. 2008/8814 Gündüz/Gültaş, s. 92.

<sup>356</sup> Malkoç, *Açıklamalı-İçtihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu*, s. 826.

<sup>357</sup> Sanığın ırza geçmek eylemini sonuçlandırmak olanağı varken sürdürmeyerek kendiliğinden vazgeçmesi nedeniyle TCK'nın 61 inci maddesinin son fıkrası nazara alınarak tasaddide bulunmak suçundan cezalandırılmasına karar verilmesi gerekir.

Olay günü, gittikleri gezide içki içen sanığın eşinin tanıdıklarında kalması üzerine beş yaşından beri bakıp büyütükleri akrabalarının kızı olan 14 yaşındaki mağdure ile eve gelmişlerdir. Gece saat 03:00 sıralarında evde kimse yokken odasına girerek mağdurenin zorla ırzına geçtiği iddiasıyla sanık hakkında açılan davada suçun işlenip işlenmediği hususunda bir ihtilaf yoktur. Sanığın eyleminin zorla ırza geçme suçunu mu yoksa zorla tasaddi suçunumu oluşturduğu, özel daire ile Yargıtay C.Başsavcılığı arasındaki uyuşmazlığın konusu oluşturmaktadır.

A- ırzına geçme, iki kişi arasındaki cima fiilidir. Aktif failin cinsel organını diğerinin vücuduna normal veya anormal bir şekilde menisini boşaltacak şekilde kısmen Ya da tamamen ithal etmesi sokmasıdır.

Olayımızda görgü tanığı yoktur. Sanık yüklenen suçu inkar etmiştir.

Mağdure C.Savcılığında sanığın üzerine abanarak zorla ırzına geçtiğini kurtulamadığını, duruşmada ise ırzına geçmeye çalıştığını karşı koyduğunu sanığın tenasül uzvunu organına sokmadığını, ucunun hafifce girdiğini söylemiştir.

Mağdurenin muayenesine ilişkin 10,7,1988 günlü raporda cinsel bölgede yer yer ekimozların görüldüğü Adli Tıp Kurulu 2, ihtisas kurulunun 27,02,1989 günlü raporunda ise, mağdurenin anotomikman bakire olduğu, ilk rapordaki ekimozların ırza geçme, ırza geçmeye teşebbüs veya tasaddi sırasında meydana gelebileceği belirtilmiştir.

Mağdurenin beyanları ırza geçme suçunun tamamlanmadığını kabule yeterli bulunmamaktadır. Çelişkili beyanlarından sanığın lehine olan duruşmadaki ifadesine itibar edilmesi ve Adli Tıp Kurumu 2, İhtisas kurulu mütalaası ile birlikte değerlendirilerek ırza geçme suçunun tamamlanmadığının kabulü gerekmektedir.

B-Sanığın eyleminin ırza geçmeye kalkışma suçunu teşkil edip etmediğinin saptanması için teşebbüsün koşulları incelenmelidir.

Eylemin tamamlanmadığı ve teşebbüs aşamasında kaldığının kabulü için:

- a) Belirli bir suç işleme kastının varlığı,
- b) Suç işleme kararının icraya başlanması,
- c) Suç işlenirken elverişli vasıta kullanılması,
- d) Elde olmayan engel nedenlerle sonuca ulaşılmaması gerekir.

Engel nedenlerle yapıcı davranışlar bitirildiği halde engelleyici sebeplerle sonuç alınamamışsa “tam kalkışma” söz konusudur.

**A) Belirli bir suç işleme kastının varlığı:**

Kasıt genel olarak bir cürmü sonuçlarını bilerek ve isteyerek işleme iradesidir. Failde belirli bir cürmü teşebbüs derecesinde bırakma kasıtı olmayıp sözkonusu suçu tamamlamaya yönelmiş kasıttır. Bu itibarla teşebbüs kastından söz edilemez tamamlanmamış suç için ayrı teşebbüs derecesinde kalmış suç için aynı kasıt düşünülemez

**B) Suç işleme kararının icraya başlanması:**

Ceza yasası, sonuca götüren hareketler arasında bir ayırımında bulunmakta ve ancak icraya başlamayı belirten hareketlerin yapılması halinde teşebbüsün cezalandırılmasını kabul etmektedir.

Öğretide ve uygulamada icraya başlamayı belirten hareketler icra hareketleri(yapıcı davranışlar) bu anlama gelmeyen hareketler de ihzari hareketler hazırlık hareketleri denilmektedir. Hazırlık hareketleri cezalandırılmamaktadır. Çünkü, bu tür hareketler suçu işleme konusunda hazırlık yapıldığını belirtmekte olup failin suç işlemek hususundaki kesin iradesini yansıtmamaktadır. Suçu işlemekten vazgeçmesi her an mümkündür.

Hazırlık hareketinin nerede bittiği icra hareketinin nerede başladığı subjektif kıstastan hareketle bunu objektif kıstasla bütünlüştürerek bulunur. B u itibarla failin belirli bir suçu işlemek kastını kuşkuyla yer bırakmayacak şekilde ortaya koyan hareketler icra hareketleri olup, hareketlerin dışında kalan husunlarda örneğin failin ikrarı, geçmişi, kişisel durumu takındığı tavır da nazara alınarak hangi suça yöneldiğini saptaması gerekir.

**C) Suç işlenirken elverişli vasıta kullanılması:**

Faili tarafından kullanılan vasıtanın, sonucu almaya kesin olarak elverişli bulunması gerekir. Vasıtanın elverişli olup olmadığının tesbiti için işlenmek istenen suç, suçun işlendiği yer ve zaman mağdurun durumu ve tüm koşullar nazara alınmalıdır.

**D) Elde olmayan engel nedenlerle sonuca ulaşılmaması:**

Yapıcı davranışların faili iradesi dışında olan nedenlerle yarıda kalması veya sonucun gerçekleşmemesi gerekir. Bu sebeplerle maddi manevi olabileceği gibi üçüncü kişinin fiilinden de kaynaklanabilir. Eylemin yarıda kalması veya sonucu alınmaması, harici engel nedeniyle olmayıp, failin iradesine bağlı ise ihtiyari ile vazgeçme veya faal nedamet söz konusudur. Faile teşebbüsten dolayı ceza verilemez.

Olayımızda sanık 29, mağdure ise 14 yaşındadır. Olay gece saat:03:00 sıralarında evde kimse yokken vukubulmuştur. Sanığın ırza geçme kastıyla icra hareketlerine bağlı başlaması yalnız başına teşebbüs hükümlerinin uygulanabilmesi için yeterli değildir. Ancak açıklanabilir ve kabul edilebilir bir engelin bulunması halinde teşebbüs hükümleri tatbik olunabilir. Sanık harici bir müdahale ve ciddi bir engel olmadan ırza geçme eyleminden vazgeçmiştir. Olayın vukubulduğu ortam ve koşullar nazara alındığında mağdurenin direnmesi kabul edilebilir bir engel değildir. Sanığın eylemi sonuçlandırmak olanağı varken sürdürmeyerek kendiliğinden vazgeçmesi, nedeniyle teşebbüs hükümlerinin uygulanması için gereken dördüncü koşul gerçekleşmemiştir. TCY'nın 61. Maddesinin son fıkrası nazara alınarak sanığın engel hal olmadan vazgeçtiği zamana kadar olay eyleminin suç teşkil etmesi halinde bu suçtan cezalandırılmasına karar verilmelidir.

C) ırza geçme suçu geçitli suçlardandır. Bu suçta fail ırza tasaddiyi ifade eden hareketleri yaparak, bununla da yetinmeyip daha ileri aşaması olan ırza tecavüz suçunu işlemektedir. Faili burada hareketleriyle daha hafif sonuçtan daha ağırına geçmektedir. Hafif sonuç yani tasaddi suçu, daha ağır sonuç yani tecavüz suçu içinde erimekle ve faile ağır olan sonuçtan ceza verilmektedir.

icraya başlayan fail gönüllü olarak suçu işlemekten vazgeçer veya suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini engellerse, bu suça teşebbüsten cezalandırılmayacaktır. Ancak o ana kadar yaptığı hareketler başka bir suç oluşturuyorsa, fail bu suçtan cezalandırılacaktır. Örneğin vücuda organ veya sair cisim sokmak suretiyle nitelikli cinsel saldırı suçunu işlemek için icraya başlayan fail, bundan gönüllü olarak vazgeçerse, bu ana kadar yaptığı hareketler basit cinsel saldırı suçunu oluşturur. TCK m. 102/1 ve m. 102/2'nin ayrı suçlar olarak kabul edilmesi gerektiğinden, failin m. 102/1'den cezalandırılması gerekir.<sup>358</sup>

Failin nitelikli cinsel saldırı suçunu işlemeye başladıktan sonra, elinde olmayan nedenlerle icra hareketlerini tamamlayamaması durumunda, cinsel saldırı suçunun basit şeklinden mi yoksa nitelikli cinsel saldırı suçuna teşebbüsten mi sorumlu olacağının tespitinde failin kastının hangi suçu işlemeye yönelik olduğunun tespiti önemlidir. Burada failin kastı söylediği sözlere bakılarak, olay öncesi davranışları ve olayın geçtiği yer gibi hususlar irdelenerek belirlenir. Failin mağdura seninle yatmak istiyorum, benim olacaksın, seni halledeceğim<sup>359</sup> gibi sözler söylemesi veya mağduru ıssız bir yere götürüp iç çamaşırını çıkarmaya çalışması, soyunarak mağdurun yanına

---

Geçitli suçun bu özelliği nedeniyle daha ağır suçun icrai hareketlerinin başlamadığı hallerde hareketlerin oluşturulacağı daha hafif suçtan failin cezalandırılması gerekir.

Tasaddi,(ırz ve namusa sataşma) mağdur üzerinde eizlenen ve cinsel bileşme kastı taşımayan devamlılık gösteren şehvi davranışlardır. Mağdurenin cinsel organlarını okşama,öpme,kendi uzvunu okşatma emme, emdirme, ırza geçme kastı olmaksızın cinsel organını sürtme mağdurenin vücudunu okşayarak öpme gibi hareketlerdir.

İncelenen olayda sanık, çıplak olan mağdurenin odasına gelmiştir. Pijamasını çıkardığı mağdurenin cinsel organına kendi organı ile tazyikte bulunmuş ve kendiliğinden odadan çıkarak gitmiştir. Sanığın bu şekildeki eylemi, ırza geçme kastı olmadan şehvet duygularını tatmine yönelik olup zorla ve hoyratça tasaddi suçunu oluşturmaktadır. B u itibarla itirazın kabulüne karar verilmelidir.

Çoğunluk görüşüne katılmayan üyeler sanığın icrai hareketlerini mağdurenin devamlı ve ciddi direnmesi karşısında tamamlayamaması nedeniyle eyleminin zorla ırza geçmeye eksik kalkışma suçunu oluşturduğu” gerekçesiyle karşı oy kullanmışlardır, CGK 4.6.1990 5-101/156 Savaş/Mollamahmutoğlu, s. 3983 vd.; Oluşa uygun kabule göre sanığın mağdureyi çıplak soyup kendisi de soyunduktan sonra onun anüsüne cinsel organı ile tazyikte bulunduğu sırada, mağdurenin duyduğu acı nedeniyle bağırması üzerine kendiliğinden eylemine son verdiği, hazırlık soruşturması sırasında mağdurenin anlatımı ve doktor raporu içeriğinden anlaşılmış olmakla sanığın eyleminin TCK'nun 61/son uyarınca zorla ırz ve namusa tasaddi niteliğinde olduğu gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması, 6. CD. 18. 11. 1998, E. 1998/3146, K. 1998/4361 Taşdemir/Özkepir, s. 936.

<sup>358</sup> Tezcan/Erdem/Önok, s. 307 vd.; Sevük, s. 253.; Artuç, s. 596.; Meran, s. 321.

<sup>359</sup> Oluş ve kabule göre, müştekinin evine geceleyin kapısını kırarak giren sanığın ona ‘soyun seninle yatacağım’ diyerek maksadını açıklayıp bıçak çektiği, müştekinin kabul etmemesi, oyalayıcı sözlerle zaman kazanması sırasında bıçağını yere bırakınca müştekinin tekme atarak kaçması nedeniyle eylemini tamamlayamadığı anlaşıldığından zorla ırza geçmeye eksik teşebbüs niteliğinde bulunan bu eylemin ırza tasaddi olarak kabulü ile yazılı şekilde cezalandırılması, 5. CD. 22. 02. 1999, E. 1999/5028, K. 1999/494, Taşdemir/Özkepir, s. 935.

yatması gibi durumlarda failin nitelikli cinsel saldırı kastıyla hareket ettiği kabul edilebilir.<sup>360</sup>

Ancak bu şekilde bir belirleme yapılamazsa, şüpheden sanık yararlanır ilkesi gereği failin basit cinsel saldırı kastıyla hareket ettiğinin kabulü gerekir.<sup>361</sup>

Failin cinsel iktidarsızlığı nedeniyle cinsel saldırı suçunu gerçekleştirememiş olması durumunda, işlenemez suç değil teşebbüs hükümleri uygulanmalıdır.<sup>362</sup> Her ne kadar suça teşebbüste kullanılan aracın suçun kanuni tanımında öngörülen fiili meydana getirmeye elverişli olması gerekse de elverişlilik sadece kullanılan araç bakımından değil, suçun konusu da dâhil olmak üzere bütün fiil yönünden bulunmalıdır. Bu bakımdan, fail elverişli hareketlerle icraya başladıktan sonra iktidarsızlığı nedeniyle suçu tamamlayamamışsa, teşebbüsten sorumlu tutulmalıdır.<sup>363</sup> Ancak doktrinde iktidarsızlığın sebebine göre bir ayırım yapılarak bunun mutlak mı nispi mi olduğuna göre değerlendirme yapılması gerektiğini kabul eden bir görüş mevcuttur. Bu görüşe göre; Eğer iktidarsızlık mutlak veya kesin ise işlenemez suçun varlığını kabul etmek gerekir. Fakat iktidarsızlık mutlak değil de somut olayda oluşan bir iktidarsızlık ise, failin ırza geçmeye teşebbüsten cezalandırılması gerekir.<sup>364</sup>

## 4.2. İŞTİRAK

Suç tipinde belirlenen cinsel davranışları gerçekleştiren kişi faildir. Eğer birden fazla kişi söz konusu ise, TCK m. 37'ye göre suçun kanunî tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştiren kişilerden her biri, fail olarak sorumlu olur. Müşterek failliğin düzenlendiği 37. maddenin gerekçesine göre müşterek faillikte, birlikte suç işleme kararının yanı sıra, fiil üzerinde ortak hâkimiyet kurulduğu için, her bir suç ortağı fail statüsündedir.<sup>365</sup> Ortak hâkimiyetin kurulup kurulmadığının saptanmasında suç

---

<sup>360</sup> Artuç, s. 595.

<sup>361</sup> Şen, s. 383.; Akçin s. 128.

<sup>362</sup> Artuç, s. 595.; Tezcan/Erdem/Önok, s. 308.; Özbek ve Diğerleri, s. 374.

<sup>363</sup> Nitekim Yargıtay fiziki imkansızlık nedeniyle duhulü gerçekleştiremeyen ancak parmağıyla kızlık bozan failin fiilinde teşebbüsü kabul etmiştir. 5. CD. 27.10.1992, 3164/3363 Soyaslan, s. 232.

<sup>364</sup> Nuhoğlu, s. 621.; Dönmezer, s. 57 vd.; Önder, s. 464.

<sup>365</sup> Sanıkların katılanları kaçırdıktan sonra, sanık M.'nin katılan K.'ye yönelik ırza geçme eylemini gerçekleştirdiği sırada kendilerine on metre mesafede araç içerisinde diğer sanık İ.'nin katılan K.'nin eşi olan diğer sanık E.'nin araçtan inmesine engel olduğu oluşa uygun olarak kabul edilmesi karşısında sanık İ.'nin olayın başlangıcından itibaren katılanların direncini kırmaya yönelik söz ve eylemlerde bulunmak suretiyle sanık M.'nin nitelikle cinsel saldırı suçuna TCK'nun 37/1 maddesi uyarınca müşterek fail olarak katıldığı gözetilmeyerek yazılı şekilde hüküm kurulması aleyhe temyiz olmadığından bozma nedeni yapılmamıştır, 5. CD. 15.4.2008, 650/3485, Tezcan/Erdem/Önok, s. 311vd. dn. 114.

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 hâle getirdiği, diğerinin de mağdura cinsel davranışlarda bulunduğu cinsel saldırı suçunda her iki suç ortağının suçun işlenişine yaptıkları katkı, suçun icrası açısından birbirini tamamlayıcı niteliktedir, dolayısıyla, her iki suç ortağı, suçun işlenişinde ortak bir hâkimiyet kurmaktadır.<sup>366</sup>

Müşterek faillik bakımından zorunlu diğer bir koşul, failer 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.

Cinsel saldırı suçunda müşterek failliğin kabul edilebilmesi için failin mutlaka cinsel bir harekette bulunması şart değildir, onun hareketi olmasaydı cinsel saldırı gerçekleşmezdi denebilen her durumda kişi müşterek fail olarak cezalandırılır. Yargıtay bir kararında “Sanıklardan Fitnat ve Necati kalacak yer temin ettiklerini söylemek suretiyle hile ile müdahil Döndü’yü Dursun’un evine getirip burada müdahilin bilgisi dışında Fitnat’ın cinsi münasebette bulunmaları karşılığında Dursun ve Sercan’dan ayrı ayrı 20 milyon lira alarak olay yerinden uzaklaşmasını müteakip evde kalan müdahilin sanık Necati tarafından boynu koltuğun altına sıkıştırılarak diğer sanıkların olduğu odaya getirildiği, burada zorla alıkonulduğu, bilahare ağzı kapatılıp vurularak sanıklar Dursun ve Sercan’ın müdahilin iradesi dışında onunla zorla ırzına geçme şeklinde oluşan eylemlerinde sanıklar Dursun, Necati, Sercan bakımından zorla kaçırıp alıkoyma suçu oluşmuştur. Sanık Fitnat’ın da hile ile getirdiği müdahilin iradesi dışında onunla cinsel ilişkiye girmeleri konusunda Dursun ve Sercan’dan para alması şeklindeki eyleminin suça iştirak etme niteliğinde olduğu...” hükmüne varmıştır.<sup>367</sup>

<sup>366</sup> Tezcan/Erdem/Önok, s. 311.

<sup>367</sup> Yargıtay 5. Ceza Dairesi 13.02.2006, E:19119, K:808, Gündüz/Gültaş, s. 108.

Müşterek faillikle ilgili önemli bir nokta da suç ortağının işini rahat görmesi ve mağdurun kaçmasını önlemek için kapıda bekleyen kişilerin durumuyla ilgilidir. Bu kişiler fiilin icrasını kolaylaştırdıkları için müşterek fail sayılmalıdırlar.<sup>368</sup>

Bir suçun failine, onun haberi olmaksızın, tek taraflı iradeyle, suçun işlenmesine başlamadan önce veya suçun icrası sırasında yardım edilmesi hâlinde, müşterek fail olarak değil, yardım eden olarak sorumlu tutulmak gerekir. Örneğin fail cinsel davranışlara başlamadan önce mağdurun içeceğine ilaç katarak yardımda bulunan kişi, müşterek fail olarak değil, yardım eden olarak sorumlu tutulmalıdır.<sup>369</sup>

Kişi cinsel saldırı suçunu bir başkasını araç olarak kullanmak suretiyle de işleyebilir. Bu durumda dolaylı faillik söz konusudur. Suçun işlenmesinde kusur yeteneği olmayan kişilerin araç olarak kullanılması durumunda, dolaylı faile verilecek olan cezanın bu nedenle artırılması kabul edilmiştir. Zira bu durumda sadece bir suç işlenmemekte, kendisini yönlendirme yeteneği olmayan kişiler de kullanılmaktadır. Bu bakımdan cinsel saldırı suçu da örneğin kusur yeteneği olmayan bir kişinin araç olarak kullanılması suretiyle işlenebilir.<sup>370</sup>

Bazı hallerde ise failer suçun kanuni tanımındaki bütün unsurları tek başlarına gerçekleştirmek için anlaşma yapabilirler. Örneğin cinsel saldırı suçu için anlaşan 3 kişi mağduru birlikte döver, bir tanesi saldırıyı gerçekleştirir ise üçü de faildir, ancak cezalandırma sırasında cinsel saldırıyı bizzat gerçekleştirenle gerçekleştirmeyene aynı ceza verilmeyebilir.<sup>371</sup>

Bu suça azmettiren veya yardım eden olarak iştirak etmek de mümkündür.<sup>372</sup> Azmettirme, belli bir suçu işleme hususunda henüz bir fikri olmayan bir kişinin başkası tarafından bu suçu işlemeye karar verdirilmesidir.<sup>373</sup> Yardım etme ise 39. maddede üç ayrı başlık halinde tanımlanmıştır. Buna göre suç işlemeye teşvik etmek veya suç işleme kararını kuvvetlendirmek veya fiilin işlenmesinden sonra yardımda bulunacağını vaat etmek, suçun nasıl işleneceği hususunda yol göstermek veya fiilin

---

<sup>368</sup> Malkoç, *Açıklamalı-İçtihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu*, s. 829.; Ancak Yargıtay aksi yönde verdiği bir kararda; Mağdurenin metruk eve götürülmesinden sonra sanık Bayram'ın isteğiyle dışarı çıkan ve köye giden, bilahare mağdurenin evinin önündeki araçta sabahladığı anlaşılan Hasan'ı yerel mahkemenin nitelikli cinsel saldırı suçuna yardım eden şerik olarak katıldığı yönünde tesis etmiş olduğu mahkumiyet hükmünü, Hasan'ın suçun icrasını kolaylaştırıcı nitelikte davranışlarla sanık Bayram'ın fiilini kolaylaştırmadığı gerekçesiyle bozmuştur, 5. CD. 18.09.2006, E. 6049, K. 7878, Gündüz/Gültaş, s. 102.

<sup>369</sup> Sevük, s. 255.

<sup>370</sup> Sevük, s. 255.

<sup>371</sup> Malkoç, *Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar*, s. 35.

<sup>372</sup> Artuç, s. 596.; Parlar/Hatipoğlu s. 614.

<sup>373</sup> TCK 38. Madde Gerekçesi



işlenmesinde kullanılan araçları sağlamak, suçun işlenmesinden önce veya işlenmesi sırasında yardımda bulunarak icrasını kolaylaştırmak yardım etme kapsamında değerlendirilmiştir.<sup>374</sup>

Suçta iştirakten dolayı sorumlu tutulabilmek için TCK m. 40/3'e göre ilgili suçun en azından teşebbüs aşamasına varmış olması, başka bir ifade ile suçun icra hareketlerine başlanmış olması gerekir.

TCK m. 41'de düzenlenen iştirak halinde işlenen suçlarda gönüllü vazgeçme hükümlerine göre, iştirak hâlinde işlenen suçlarda, sadece gönüllü vazgeçen suç ortağı gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanır. Suçun, gönüllü vazgeçenin gösterdiği gayreti dışında başka bir sebeple işlenmemiş olması, gönüllü vazgeçenin bütün gayretine rağmen işlenmiş olması, hâllerinde de gönüllü vazgeçme hükümleri uygulanır.<sup>375</sup>

Ayrıca, "iştirakte bağlılık kuralı" gereği asıl failin fiilinin hukuka aykırı olmaması durumunda fiile iştirakten söz edilmeyecektir.<sup>376</sup> Çünkü ortada 40. madde de belirtilen iştirakin üzerine kurulabileceği 'hukuka aykırı' işlenmiş bir fiilden bahsetme olanağı yoktur ve bu davranışa her türlü katılım, iştirakin üzerine kurulduğu ana fiil gibi hukuka uygun kabul edildiğinden aynı değerlendirmeye tabi tutulmalı ve hukuka uygun kabul edilmelidir.<sup>377</sup> Buna karşılık bağlılık kuralı gereğince fail kusursuz olsa ve bu sebeple cezalandırılmayacak olsa bile, bu diğer şeriklerin kusurlu olabilecekleri ve bunun karşılığında cezalandırabilecekleri gerçeğini değiştirmemektedir.<sup>378</sup>

### 4.3. İÇTİMA

Cebir ve tehdide bu suçta araç olarak başvurulduğu için bileşik suç söz konusudur ve ayrıca cebir veya tehdit suçundan dolayı faile ceza verilmez.<sup>379</sup> Bununla birlikte başvuru cebrin mağdurun direncini ortadan kaldırmaya yetecek ölçüde olması gerekir. Eğer mağdurun direncinin kırılmasını sağlayacak ölçünün ötesinde cebir kullanılmış ise fail ayrıca kasten yaralama suçundan da cezalandırılır (

<sup>374</sup> Sanık Salim'in mağdureyi evine almak suretiyle yer temin etmesi eyleminin TCK'nun 39. maddesine göre yardım etme niteliğinde olduğu gözetilmeyerek suçta iştirak ettiğinin kabulü ile asli fail olarak cezalandırılmasına karar verilmesi, 5. CD. 17.07.2008, E. 2008/7208, K. 2008/7643, Gündüz/Gültaş, s. 95.

<sup>375</sup> Akçin, s. 132.

<sup>376</sup> Kılıç, s. 189.

<sup>377</sup> Keçelioğlu, s. 308.

<sup>378</sup> Keçelioğlu, s. 308.

<sup>379</sup> Tezcan/Erdem/Önok, s. 308.; Artuk/Gökçen/Yenidünya, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 155.

TCK 102/4).<sup>380</sup> Ancak kanundaki bu düzenlemeye çeşitli eleştiriler getirilmiştir. Bu eleştirilerden birincisi; mağdurun direncinin kırılması konusunda ölçünün ne zaman aşıldığını belirlemenin kolaylıkla mümkün olmadığı göz önünde bulundurulursa düzenlemenin uygulamada sorun yaratacağı ve hukuksal güvenliği sarsacağıdır.<sup>381</sup> Bir başka eleştiri; bu suçta cebir ve şiddet zaten suçun unsuru olduğu için ayrıca yaralamadan ceza verileceğinin öngörülmesi doğru görülmemiştir.<sup>382</sup> Son eleştiri noktası ise manevi unsurla ilgilidir. Ortada iki ayrı suç olduğu kabul edildiğine göre iki ayrı manevi unsur olmalıdır. Cinsel saldırı suçunun manevi unsuru bellidir ancak yaralama suçunda kastın varlığı aksi ispatlanamayan bir karine olarak sayılmıştır. Dolayısıyla cebrin kullanıldığı tespit edilirse kastına bakılmaksızın doğrudan kasten yaralama suçundan sorumlu tutulacaktır.<sup>383</sup>

Failin cezasında artırım yapılabilmesi için kasten yaralama fiilinin hangi madde kapsamında kalması konusunda bir görüşe göre; yaralama fiilinin TCK m. 86/2. fıkrada yazılı kişi üzerindeki etkisinin basit tıbbi müdahaleyle giderilebilecek ölçünün üzerinde olması gerekir.<sup>384</sup> Karşıt görüşe göre ise; kasten yaralamaya yönelik fiillerin TCK 87. madde kapsamında ağır nitelikte olması gereklidir, aksi durumda cebrin niteliği 86. madde kapsamında kalmış ise faile ayrıca bu maddeden ceza verilmez.<sup>385</sup> Yargıtay'da kararlarında bu yönde değerlendirme yapmıştır.<sup>386</sup>

---

<sup>380</sup> Tezcan/Erdem/Önok, s. 308.; Kılıç, s. 188.; Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 155.; Meran s. 329.; Örneğin elleri ve ayakları bağlanarak zorla saldırıda bulunma imkanı mevcut olduğu halde mağdur ayrıca dövülürse hem cinsel saldırı suçundan hem de yaralama suçundan ceza verilecektir bkz. Arslan/Azizağaoğlu, s. 464.

<sup>381</sup> Tezcan/Erdem/Önok, s. 308.; Toroslu, s. 63.; Hafizoğulları/Özen, s. 154.; Gündel, s. 17.; Malkoç' a göre ise mağdurun iradesinin kırılması için kullanılan cebrin ölçüsünü belirlemek her olayda ayrıca değerlendirilmesi gereken bir maddi sorundur bkz. Malkoç, *Açıklamalı-İçtihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu*, s. 853.

<sup>382</sup> Yurtcan, s. 18.

<sup>383</sup> Hafizoğulları/Özen, s. 154.

<sup>384</sup> Parlar/Hatipoğlu, s. 1626.; Malkoç, *Açıklamalı-İçtihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu*, s. 853.

<sup>385</sup> Tezcan/Erdem/Önok, s. 309.; Özbek ve Diğerleri, s. 374.; Artuk/Gökçen/Yenidünya, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 155.; Sanığın zorla cinsel saldırı eyleminde bulunduğu mağdureyi bu eylem sırasında bıçakla ve basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek ölçüde hafif şekilde yaraladığının anlaşılması ve 5237 sayılı yasanın 102/4. Maddesinin suçun işlenilmesi sırasında mağdurun direncinin kırılmasını sağlayacak ölçünün ötesinde cebir kullanılması durumunda kişi ayrıca kasten yaralama suçundan dolayı cezalandırılır hükmü karşısında sanığın mağdureyi yaralama eyleminin cinsel saldırı suçunun zor unsuru ya da 102/4. Maddesi kapsamında kalıp kalmadığı hususu karar yerinde tartışılmadan kasten yaralamak olarak kabulü ile 86/2-3 maddelerine göre hüküm kurulması, 5. CD. 21.9.2006, 6774-7134, Gündüz/Gültaş s. 103 vd.

<sup>386</sup> Mağdurenin burun kırığına neden olacak şekilde kasten yaralanmasının TCK'nun 102/4. Maddesinde düzenlenen nitelikli cinsel saldırı eylemi sırasında direncinin kırılmasını sağlayacak ölçünün ötesinde cebir kullanılması niteliğinde bulunup bulunulmadığının karar gerekçesinde tartışılmaması, 5. CD. 1. 11. 2010, E. 2010/3323, K. 2010/7860, Gündüz/Gültaş, s. 90.

Cinsel saldırı suçu ile cinsel istismar suçu bakımından failin ayrıca kasten yaralamadan sorumluluğu için getirilen ölçütlerin farklı olması doktrinde eleştirilmiştir. Çocukların cinsel istismarını düzenleyen TCK m. 103/5' de suçun işlenmesi sırasında başvuru olan cebir ve şiddetin kasten yaralama suçunun ağır neticelerine neden olması aranmışken, yetişkinlere karşı işlenen cinsel saldırı suçunda ise mağdurun direncinin kırılmasını sağlayacak ölçününü ötesinde cebir şartı getirilmiştir.<sup>387</sup> Cebir kullanılarak işlenen cinsel saldırı suçunda failin ayrıca kasten yaralamadan sorumluluğu için öngörülen mağdur yetişkin olduğunda kullanılan ölçüt ile mağdur çocuk olduğunda öngörülen ölçüt arasındaki çelişki arz etmektedir.<sup>388</sup>

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun düzenlendiği 109. maddenin 5. fıkrasında cinsel amaçla kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu işlendiğinde cezanın arttırılarak verileceğine hükmedilmiştir. Fail cinsel saldırıda bulunmak için mağduru hürriyetinden yoksun bırakıyorsa ve aynı zamanda cinsel saldırıyı da gerçekleştiriyorsa burada failin hem cinsel saldırı suçundan hem de kişiyi hürriyetinden yoksun bırakma suçundan cezalandırılmalı ve cinsel amaçla kişiyi hürriyetinden yoksun bıraktığından 109/5'den de cezasının arttırılması gerekir.<sup>389</sup> Çünkü cinsel amaçla kişiyi hürriyetinden yoksun bırakmada failin cinsel amaçla hareket etmiş olması yeterlidir, ayrıca cinsel davranışı gerçekleştirilmesi gerekmez, ayrıca cinsel davranışı gerçekleştirip mağdura karşı cinsel davranışta bulunuyorsa her iki suçtan cezalandırılması doğaldır, iki suç arasında bileşik suç ilişkisi yoktur.<sup>390</sup>

Ancak bu iki suçun oluşması bakımından bir noktaya dikkat etmekte fayda vardır. Mağdur, fail tarafından bir yere gitmek zorunda bırakılmaksızın veya bir yere kapatılmaksızın sadece cinsel davranışlara muhatap kılınmışsa burada sadece cinsel saldırı suçu oluşmaktadır. Ayrıca kişi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun oluşabilmesi için failin belirli bir süre de olsa mağduru bir yere gitmek veya bir yerde kalmak hürriyetinden mahrum bırakması ve kastının buna yönelik olması gerekir. Fail sadece fiili gerçekleştirdiği süre boyunca mağdurun özgürlüğünü kısıtlamış (ancak zorla bir yere götürmemiş ve bir yere kapatmamış olacak) ve sonra hemen bırakmışsa kişiyi hürriyetinden yoksun bırakma suçu oluşmaz.<sup>391</sup> Yine aynı

<sup>387</sup> Sevük, s. 265.; Tezcan/Erdem/Önok, s. 308 vd.

<sup>388</sup> Sevük, s. 265.; Gündüz/Gültaş s. 50.

<sup>389</sup> Özbek ve Diğerleri, s. 374.; Parlar/Hatipoğlu s.1614.; Sevük, s. 262.;

<sup>390</sup> Tezcan/Erdem/Önok, s. 309.; Özbek ve Diğerleri, s. 374.

<sup>391</sup> Sanığın mağduru bulunduğu yerden alıp bodruma indirmesinin kaçırıp alıkoyma veya zorunlu yer temini mahiyetinde olup olmadığı, mahiyetinde keşif yapılarak saptandıktan sonra, kaçırıp alıkoyma niteliğinde olduğu anlaşılıyorsa her iki suçtan, aksi halde yalnızca ırz ve namusa tasaddi suçundan

şekilde cinsel saldırı suçu işlenirken konut dokunulmazlığının ihlali suçu da işlenmişse fail ayrıca bu suçtan da sorumlu tutulacaktır.<sup>392</sup>

Cinsel saldırı suçunun aynı suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda, aynı mağdura yönelik olarak birden fazla işlenmesi halinde m. 43'de düzenlenen zincirleme suç kuralları uygulanabilecektir. Bu uygulama ile faile tek bir ceza verip bu ceza dörtte birden dörtte üçüne kadar arttırılabilecektir. 43. maddenin 29.06.2005 Tarih ve 5377 Sayılı Kanun'un 6. maddesi ile değiştirilmesinden önceki halinde cinsel saldırı suçlarında zincirleme suç kurallarının uygulanması mümkün değildi. Yapılan değişiklikle cinsel saldırı deyimi madde metninden çıkarılmış ve bu suçta da zincirleme suç kurallarının uygulanması olanaklı hale gelmiştir. Yine 43. maddede belirtildiği üzere bir suçun temel şekli ile daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli şekilleri aynı suç sayılacaktır.

Maddeden de anlaşılacağı üzere zincirleme suç kurallarının uygulanması için mağdurun aynı olması gerekmektedir. Fail, farklı mağdurlara cinsel saldırıda bulunmuşsa, suç aynı zamanda işlense bile zincirleme suç hükümleri uygulanmayacak, mağdur sayısınca suç oluşacaktır.

43. maddede belirtildiği üzere suçun temel şekli ile nitelikli halleri aynı suç sayılacağından cinsel saldırı suçunun temel şekli ile nitelikli hallerinin farklı zamanlarda aynı suç işleme kararı kapsamında aynı mağdura yönelik olarak işlenmesi halinde yine faile tek ceza verilebilecek fakat cezası arttırılacaktır. Örneğin aynı suç işleme kararı kapsamında failin bir keresinde mağduru öpmesi, cinsel bölgelerine dokunması, başka bir zamanda ise vücuduna organ sokması durumunda maddeye göre aynı suç söz konusu olduğundan 43. madde uygulanabilir. Ancak doktrinde vücuda organ veya sair cisim sokmak suretiyle işlenen cinsel saldırının (m. 102/2), basit cinsel saldırının (m. 102/1) nitelikli hali olmadığı, burada tamamen farklı nitelikte bir suçun düzenlendiği gerekçesiyle, aynı kişiye yönelik değişik zamanlarda basit ve nitelikli cinsel saldırının gerçekleştirildiğinde zincirleme suç kurallarının uygulanamayacağı ileri sürülmüştür.<sup>393</sup>

---

mahkumiyetine karar verilmesi gerektiği halde, 5. CD. 11. 3. 1993, E. 1993/450, K. 1993/1085, Taşdemir/Özkeper, s. 921.

<sup>392</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 156.; Özbek ve Diğerleri, s. 374.

<sup>393</sup> Tezcan/Erdem/Önok, s. 310.; Fakat Yargıtay aksi yönde karar vermiştir; Saniğin önce cinsel organını mağdurenin bacaklarının arasına sürtmek suretiyle basit cinsel istismar suçunu işlediği sonra da cinsel organını mağdurenin ağızına sokmak suretiyle nitelikli cinsel istismar suçunu işlediği halde zincirleme suç hükümlerinin uygulanmaması bozmayı gerektirmiştir, 5.CD. 10. 03. 2008, 653/1714, Tezcan/Erdem/Önok, s. 310, dn. 109.

Cinsel saldırının mağdura aynı zamanda birden fazla veya farklı şekillerde gerçekleştirilmesi halinde bu tek suç mu sayılacaktır, yoksa zincirleme suç hükümleri mi uygulanacaktır? Yargıtay aynı mağdura karşı aynı zamanda hem oral hem anal yoldan cinsel saldırı suçunun işlenmesi halinde, zincirleme suç hükümlerinin uygulanması gerektiği yönünde içtihatla bulunmuştur.<sup>394</sup> Doktrinde cinsel saldırı oluşturan davranışın art arda birkaç kez tekrarlanmış olmasının suçun birden fazla olduğu anlamına gelmediği, bu davranışlar arasına kastın yenilendiğini gösteren bir zaman aralığı girmiş ise her bir saldırı suçundan failin ayrı ayrı cezalandırılacağı, bu durumda suç işleme kararında birlik bulunup bulunmamasına göre zincirleme suç veya gerçek içtima kurallarının uygulanacağı ileri sürülmüştür.<sup>395</sup>

Kanımızca 43. maddenin uygulanması için mağdura karşı aynı suçun değişik zamanlarda işlenmesi gerekmektedir. Ceza hukuku kıyas kabul etmediğinden suçun aynı zamanda aynı mağdura karşı birden fazla işlenmesi durumunda zincirleme suç kurallarını uygulamak mümkün değildir. Ancak aynı zamanda ifadesini çok geniş de yorumlamamak gerekir. Örneğin fail mağdura saldırıda bulunduktan sonra belli bir zaman geçmiş söz gelimi dışarı çıkmış, sonra tekrar mağdura saldırıda bulunmuşsa artık değişik zamanlarda işlenen birden fazla suç olduğunu kabul etmek gerekir.<sup>396</sup> Aynı zamanda suçun işlenmesinden anlaşılması gereken cinsel saldırının hemen akabinde yeni bir saldırının yapılmasıdır. Bu durumda suç aynı zamanda işlendiğinden tek bir suç oluştuğunu kabul etmek gerekir. Ancak failin cezası alt sınırdan uzaklaşarak verilmelidir.

Değiniilmesi gereken bir diğer husus cinsel saldırı eyleminin teselsül etmesi durumunda aynı zamanda mağdurun beden veya ruh sağlığı da bozulmuş ise cezalandırmanın nasıl yapılacağıdır. Burada teselsül eden mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması değil, cinsel saldırı eylemidir. Bu bakımdan fail cinsel saldırı eyleminin temel veya nitelikli şeklinden cezalandırılmalı, fiillerin zincirleme olarak

---

<sup>394</sup> Saniğin cinsel organını mağdurenin vücuduna hem anal hem de oral yoldan birden fazla sokmak suretiyle cinsel saldırıda bulunduğu sübut bulunduğu halde hakkında TCK 43/1. maddesinin uygulanmaması karşı temyiz bulunmadığından bozma nedeni sayılmamıştır, 5.CD.15. 05. 2007, 2458/3640, Gültaş/Gündüz s. 99.; Saniğin mağdurenin hem anal hem vajinal yoldan zorla ırzına geçtiği anlaşıldığı halde hakkında 765 sayılı TCK'nun 80. maddesinin uygulanmaması, 5. CD. 19. 11. 1998, E. 1998/4275, K. 1998/4441, Taşdemir/Özkepir, s. 936.

<sup>395</sup> Tezcan/Erdem/Önok, s. 310.

<sup>396</sup> Mağdurenin anlatımlarına göre saniğin askere gitmeden önce başladığı ırza geçme eylemine dönüşünde de devam ettiği, araya askerlik gibi uzun bir sürenin girmesi ve fiili kesinti nedeniyle suç işleme kararında birlik bulunmadığından iki ayrı suç oluşacağı dikkate alınmadan tek suçtan hükümlülük kararı verilmesi yasaya aykırıdır, 5. CD. 24. 04. 2006, E. 2006/731, K. 2006/3468, Gündüz/Gültaş, s. 381.

işlenmesinden dolayı ceza m. 43 uyarınca arttırılmalı, mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması neticesinden de m. 102/5 uyarınca en az 10 yıla mahkûm edilmelidir.<sup>397</sup> Yargıtay da cezanın bu şekilde belirlenmesi yönünde içtihadta bulunmuştur.<sup>398</sup>

#### 4.4. YAPTIRIM

TCK'nun 102./1 maddesinde düzenlenen basit cinsel saldırı suçunun müeyyidesi iki yıldan yedi yıla kadar hapis cezasıdır. 2. fıkrada yer alan nitelikli cinsel saldırı eyleminin yaptırımını ise yedi yıldan on iki yıla kadar hapistir. Suçun 3. fıkrada belirtilen şekillerde yani “beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı, kamu görevinin veya hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle, üçüncü derece dahil kan veya kayın hısımlığı ilişkisi içinde bulunan kişiye karşı, silahla veya birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi” hallerinde faile verilecek ceza yarı oranında artırılır. Burada kanun koyucu hakime takdir yetkisi tanımamıştır, bağlayıcı bir hükme yer verilmiştir.<sup>399</sup> Bu maddede öngörülen ağırlaştırıcı nedenlerin birden fazla olması durumunda tayin olunan ceza bir kez arttırılmalıdır.<sup>400</sup> Suçun işlenmesi sırasında mağdurun direncinin kırılmasını sağlayacak ölçününü ötesinde cebir kullanılması durumunda faile cinsel saldırı suçunun yanı sıra ayrıca kasten yaralama suçunun da cezası verilir. Her iki ceza ayrı ayrı infaz edilir.

Cinsel saldırı suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hali olan, cinsel saldırı neticesinde mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulmasına neden olunması halinde fail on yıldan az olmamak üzere hapis cezası ile cezalandırılır. Burada kanun koyucu cezanın alt sınırını belirtmiş olmasına rağmen üst sınırı düzenlememiştir. TCK'nun 49. maddesine göre “sürelî hapis cezası, kanunda aksi belirtilmeyen hallerde bir aydan az, yirmi yıldan fazla olamaz”. Buna göre, cinsel saldırı suçunun 102/5. maddede belirtilen şekilde gerçekleşmesi halinde faile verilecek ceza on

---

<sup>397</sup> Meran, s. 338.

<sup>398</sup> Sanığın zincirleme biçimde kasten işlediği cinsel saldırı suçunun neticesi sonucu gerçekleştiren ve sorumluluğu için en az taksir derecesinde bir kusurunun bulunması gereken TCK'nın 102. maddesinin 5. fıkrasındaki suçun ağırlaşmış halinin teselsül edemeyeceği, aynı kanunun 61. madde hükmüne uygun olarak 102/2-3d-5 maddelerinin tatbiki ile ceza tayin edildikten sonra 43. madde uyarınca yapılacak artırımın 102/3d maddesi ile belirlenen ceza üzerinden hesaplanarak 102/5 madde ile verilen cezaya ilave edilmesi suretiyle uygulama yapılması ve buna göre lehe kanunun belirlenmesi gerekirken, 5. CD. 10. 04. 2008, E. 2008/344, K. 2008/3404, Gündüz/Gültaş s.96.

<sup>399</sup> Meran, s. 341.; Artuç, s. 598.

<sup>400</sup> Akçin, s. 142.

yıldan yirmi yıla kadar hapistir. Mağdura karşı gerçekleştirilen eylemin sırasıyla TCK 102/2, 102/3-c,102/5 maddelerinde yer alan eylemler olduğunu kabul ettiğimizde failin cezası 102/3-c sonucunda 10 yıl 6 ay olmakta ve 102/5. Maddedeki 10 yıl alt sınırını geçmektedir. Bu durumda ceza zaten 10 yılı geçti diyerek ayrıca 102/5. Maddeden artırım yapmamak hakkaniyet ve adalet ilkelerine uygun düşmemektedir.<sup>401</sup>

Cinsel saldırı sonucunda mağdurun bitkisel hayata girmesi veya ölümü halinde, fail ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası ile cezalandırılır.

Gerek 102/5 gerekse de 102/6. maddedeki hallerin varlığı halinde, failin söz konusu ağır cezalardan sorumlu tutulabilmesi için ayrıca neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçlar (TCK. m.23) bakımından aranan koşullarında gerçekleşmiş olması gerekir.<sup>402</sup> Ayrıca bu durumlarda temel ceza sadece bu maddelere göre 5.fıkraya giren hallerde 10 yıldan 20 yıla kadar hapis, 6.fıkraya giren hallerde ise ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası olacak ve ayrıca cinsel saldırı suçundan ceza verilmeyecektir.<sup>403</sup>

Fail ayrıca mahkûm olduğu hapis cezasının kanuni sonucu olarak 53. maddedeki haklardan yoksun bırakılacaktır. 53. maddenin 5. fıkrasına göre; “birinci fıkrada sayılan hak ve yetkilerden birinin kötüye kullanılması suretiyle işlenen suçlar dolayısıyla hapis cezasına mahkûmiyet hâlinde, ayrıca, cezanın infazından sonra işlemek üzere, hükmolunan cezanın yarısından bir katına kadar bu hak ve yetkinin kullanılmasının yasaklanmasına karar verilir”.

53/5. madde uyarınca hak yoksunluğuna hiç hükmedilmemiş olması hatta hak yoksunluğuna hükmedilmesine yer olmadığına karar verilmesi sanık yararına kazanılmış hak oluşturmaz, hak yoksunluğuna her zaman karar verilebilir. Kanun yoluna başvurulması halinde bu durum aleyhe bozma yasağı kapsamında değerlendirilemez.<sup>404</sup> Yargıtay bu konuyla ilgili vermiş olduğu kararında “Belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma başlığı altında yeni sistemde güvenlik tedbiri olarak düzenlenmiş bulunan ve mahkûmiyetin yasal sonucu olan bu hak mahrumiyetleri, mahkûmiyetin doğal sonucu olduğundan, kararda gösterilmemiş olsa

<sup>401</sup> Malkoç, *Açıklamalı-İçtihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu*, s. 862.

<sup>402</sup> Yenidünya, s. 3301.

<sup>403</sup> Meran, s. 341 vd.

<sup>404</sup> Meran, s. 342.

bile hükümlü açısından kazanılmış hakka konu olamazlar, bir başka anlatımla aleyhe bozma yasağı kapsamında değerlendirilemezler”<sup>405</sup>.

Fail hakkındaki ceza TCK102/3-c den çıkmışsa ve faile verilen bu cezadan dolayı koşullu salıverme hükümleri uygulanmışsa fail TCK 53/1-c deki haklarını geri alabilecek mi? Kanaatimizce altsoyuna karşı cinsel saldırıda bulunan kişi bu cezası infaz edilip şartla tahliye olduktan sonra altsoyu üzerindeki velayet hakkı sona erdirilmelidir. Zira mağdurun kendisine cinsel saldırıda bulunan kişiyle ortak hayatı yaşamaya tekrar zorlanması olayın etkisinden kurtulmasını zorlaştıracaktır.

---

<sup>405</sup> CGK,12. 12. 2006, E. 2006/11-301, K. 2006/296, Meran, s. 342 vd.



## BÖLÜM V

### MUHAKEME HUKUKU AÇISINDAN CİNSEL SALDIRI SUÇU

#### 5.1. SORUŞTURMA-KOVUŞTURMA

5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 102. maddesinin 1. fıkrasında yazılı cinsel saldırı suçunun temel şeklinin işlenmesi halinde soruşturma ve kovuşturmanın yapılması suçtan zarar gören kişinin şikayeti koşuluna bağlı kılınmıştır. Bu suçun mağduru 18 yaşından büyük olduğu için şikayet hakkını kendisi kullanacaktır.<sup>406</sup> Cinsel saldırı suçunun TCK m.102/2 de öngörülen şekilde işlenmesi halinde eşe karşı işlenme hali dışında re'sen soruşturma ve kovuşturma yapılır. Şikayet süresi TCK. 73. maddesi uyarınca zamanaşımı süresini geçirmemek kaydıyla fiilin ve failin kim olduğunun öğrenildiği günden itibaren altı aydır. Bu süre hak düşürücü süredir.<sup>407</sup>

Cinsel saldırı suçlarının nitelikli hallerinin ise şikayete mi bağlı olduğu yoksa re'sen mi kovuşturulacağı hususu konusunda bir görüşe göre; bu hallerde soruşturma ve kovuşturmanın re'sen yapılması gerektiğinin belirtilmemesi uygulamada duraksamalara yol açacaktır.<sup>408</sup> Karşı görüşe göre ise; suçun nitelikli halleri şikayete tabi değildir, soruşturma ve kovuşturma doğrudan yapılacaktır, yani TCK m.102/1'deki suç nitelikli halleri içerirse re'sen takibat başlayacaktır.<sup>409</sup> Yargıtay uygulaması da aynı yöndedir.<sup>410</sup>

---

<sup>406</sup> Soyaslana göre; Şikayete bağlı kılmanın amacı mağduru daha fazla korumaktır, çünkü cinsel suçlarda çoğu zaman mağdur kendisini topluma teşhir etmek istemeyecektir. Yaşadığı olayı gizlemek veya sorunu başkalarına duyurmadan çözmek isteyecektir bkz. Soyaslan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 229.

<sup>407</sup> Akçin, s. 137.

<sup>408</sup> Akçin, s. 138 vd.

<sup>409</sup> Malkoç, *Açıklamalı-İçtihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu*, s. 829.; Tezcan/Erdem/Önok s. 324.; Ünver, *Cinsel Dokunulmazlığa ve Genel Ahlaka Karşı Suçlar, Türk Ceza Kanunu'nun 2 Yılı, Teori ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar*, s. 308.

<sup>410</sup> Sanığın kız kardeşinin ırzına tasaddide bulunmak suçundan cezalandırılmasına karar verilen somut olayda, Özel Daire, Yerel Mahkeme ve Yargıtay C.Başsavcılığı arasında suçun sübutu hususunda bir uyuşmazlık bulunmamaktadır. Özel Daire Çoğunluğu ile Yargıtay C.Başsavcılığı arasındaki hukuki uyuşmazlık: 5237 sayılı TCK'nun 102/1. maddesinde, tasaddi eylemlerini de kapsar şekilde basit hali düzenlenen" cinsel saldırı" suçlarının, soruşturması ve kovuşturulmasının şikayete tabi olması karşısında, aynı maddenin 3. fıkrasında düzenlenen ve bu suçun nitelikli hallerini oluşturan eylemlerin de şikayete tabi olup olmadığının, buna bağlı olarak da sanık hakkında hangi yasa hükümlerinin uygulanacağını belirlenmesi noktasında toplanmaktadır.

Uyuşmazlık konusunda sağlıklı bir hukuki çözüme ulaşabilmesi için, sanık hakkında uygulanması olanağı bulunan yasa hükümlerinin incelenmesinde yarar bulunmaktadır.

765 Sayılı TCK'nun 416. maddesinde:

" On beş yaşını bitiren bir kimsenin cebir ve şiddet veya tehdit kullanmka suretiyle ırzına geçen veyahut akıl ve beden hastalığından veya kendi fiilinden başka bir sebepten veya kullanıldığı hileli vasıtalardan dolayı fiile mukavemet edemeyecek bir halde bulunan kimseye karşı bu fiili işleyen kimse yedi seneden aşağı olmamak üzere ağır hapis cezası ile cezalandırılır.

Yine bu suretle ırz ve namusa tasaddiye tazammum eden diğer bir fiil ve harekette bulunursa üç senden beş seneye kadar hapsolunur.

Reşit olmayan bir kimse ile rızasıyla cinsi münasebette bulunanlar fiil daha ağır cezayı müstelzim bulunmadığı taktirde altı aydan üç seneye kadar hapis cezası ile cezalandırılır" hükmünde; 417. maddesinde de;

" Yukarıdaki maddelerde yazılan fiil ve hareketler bir ziyadekimseler tarafından işlenir veya usulden biri veya veli ve vasi veya mürebbi ve muallimleri ve hizmetkarları veya terbiye ve nezaret veya muhafazaları altına bırakılan veya buna düşer olanların üzerinde hüküm ve nüfuzu olan kimseler tarafından vuku bulursa kanunen muayyen olan ceza yarısı kadar arttırılır" hükmüne yer verilmiştir.

Konu ile ilgili olan 5237 sayılı TCK'nın 102. maddesi ise:

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

(2) Fiilin vücuda organ veya sair bie cisim sokulması suretiyle işlenmesi durumunda, yedi yıldan on iki yıla kadar hapiğs cezasına hükmolunur. Bu fiilin eşe karşı işlenmeis halinde, soruşturma ve kovuşturmanın yapılması mağdurun şikayetine bağlıdır.

(3)Suçun:

a- Beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı,

b- Kamu görevinin veya hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiye,

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 arttırılır.

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

(5) Suçun sonunda mağdurun beden ve ruh sağlığının bozulması halinde, on yıldan az olmamak üzere hapis cezasına hükmolunur.

6) Suç sonucu mağdurun bitkisel hayata girmesi veya ölümü halinde, ağırlaştırılmış, müebbet hapis cezasına hükmolunur" hükmünü taşımaktadır.

Görüldüğü gibi, zorla ırza tasaddi suçunun soruşturulması ve kovuşturulması, 765 sayılı TCK döneminde şikayete tabi tutulmamış, bu suç kamu adına kovuşturulması gereken suçlardan sayılmıştır.5237 sayılı TCK'nun 102/1. maddesinde ise, suçun basit hali şikayete tabi olarak düzenlenmiştir. Ancak, maddenin diğer fıkralarında suçun nitelikli hallerine yer verilmiş, bunlar arasında yer alan suçun evlilik birliği içinde işlenmesi hali şikayet koşuluna bağlanmış, diğer nitelikli hallerde ise suçun soruşturulması ve kovuşturulmasının şikayete tabi olup olmadığı konusunda herhangi bir hüküm serdedilmemiştir. Bir suçun basit halinin soruşturulması ve kovuşturulmasının şikayete tabi olması, nitelikli hallerinin de şikayete tabi olduğu şeklinde yorumlanmalıdır. Soruşturulması ve kovuşturulması şikayete tabi olan suç türleri yasa maddelerinde açık olarak belirtildiğinde bu kapsamın dışında yapılacağı kabulü zorunludur. Yasa koyucunun iradesinin bu doğrultuda değerlendirilmesi yasa oluşturma biçimine uygun düşer.

Öte yandan cinsel saldırı suçlarının 102. maddesinin 3. fıkrasında düzenlenen nitelikli halleri incelendiğinde, kamu görevinin kötüye kullanılması ya da silahla işlenmesi gibi halleri içerdiği görülmektedir. Anılan haller geçmişten bu yana, kamu adına takip edilecek suçlar kapsamında işlem görmüştür. Bu durum nazara alındığında dahi maddenin 3. fıkrasında yer alan nitelikli hallerin de kamu adına takip edileceği ve soruşturma ve kovuşturulmanın şikayete tabi tutulamayacağı ortaya çıkmaktadır.

Konu öğretilerde de ele alınmış ve cinsel saldırı suçlarının nitelikli hallerinin soruşturulması ve kovuşturulmasının şikayete tabi olmadığı belirtilmiştir.(Artuk-Gökçen-Yenidünya Ceza Hukuku Özel Hükümler, 7, Bası, Sh, 162, Tezcan-Erdem-Önok,Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuk, 4. Bası, Sh. 243)

Bu açıklamalar ışığında somut olay ele alınıp değerlendirildiğinde:

Özel Dairenin, sanığın sabit olan, kardeşinin ırzına tasaddi suçunun 5237 sayılı TCK'na göre soruşturulması ve kovuşturulmasının şikayete tabi olduğuna ve mağdur şikayetçi olmadığından sanık hakkındaki kamu davasının düşürülmesi gerektiğine yönelik kabulü ve bu gerekçeye dayanarak Yerel

Cinsel saldırı suçunda soruşturma ve kovuşturmanın şikayete bağlı olduğu durumlarda 06.12.2006 tarihine kadar işlenen suçlar uzlaşma kapsamındaydı.<sup>411</sup>

Mahkeme hükmünü bozması, yukarıdaki açıklamalar doğrultusunda yasaya aykırıdır. Sanık hakkında, Yerel Mahkemece, 765 ve 5237 sayılı TCK.larının hükümleri karşılaştırılarak, 765 sayılı TCK hükümlerinin daha lehine olduğunun kabulüyle yapılan uygulama isabetlidir. Bu itibarla Yargıtay C.Başsavcılığı itirazının kabulüne ve Özel Daire bozma kararının kaldırılmasına karar verilmiştir, CGK , 3.10.2006, E.2006/5-193 K.2006/203, Gündüz/Gültaş, s. 71 vd.

<sup>411</sup> Sanığın 765 sayılı TCK'nun 421/2. Maddesi gereğince mahkumiyetine neden olan sarkıntılık fiilinin bedensel temas içermesi nedeniyle 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı yasanın 102/1. Maddesindeki basit cinsel saldırı suçunu oluşturabileceği ve yargılama görevinin asliye ceza mahkemesine ait olduğu yaralama suçunun ise doktor raporu kapsamına nazaran aynı yasanın 86/2. Maddelerine uyduğu her iki suçun kovuşturulmasının şikayete tabi ve zarar görenin gerçek kişi olması nedenleriyle 5237 sayılı TCK'nun 73/son maddesi gereğince uzlaşmaya tabi olduğu dikkate alınarak görevli asliye ceza mahkemesince duruşma açılıp CMK'nun 253 ve 254. Maddelerindeki usule göre uzlaşma girişiminde bulunulması sonuçsuz kalması durumunda lehe yasanın belirlenmesi için görevsizlik kararı verilmesi gerektiği gözetilmeden savunma hakkı kısıtlanarak dosya üzerinden yazılı biçimde karar verilmesi yasaya aykırıdır” 5. CD. 3.7.2006 5046 E. 6288 K. Gündüz/Gültaş s. 104; “Sanığın, katılan Mustafa ve şikayetçi Sultan'a yönelik silahlı yağma suçlarından, 5237 sayılı TCK'nun 149/1-a maddesi uyarınca 10'ar yıl hapis cezasıyla cezalandırılmasına, hakkında aynı Yasa'nın 53. maddesinin her suç yönünden ayrı ayrı uygulanmasına, şikayetçi Sultan'a yönelik cinsel saldırı suçundan, 5237 sayılı TCK'nun 102/1-3/d maddeleri uyarınca 3 yıl hapis cezasıyla cezalandırılmasına, hakkında aynı Yasa'nın 53. maddesinin uygulanmasına, 63. madde uyarınca sanığın şahsi hürriyeti sınırlama sonucunu doğuran tüm hallerinin cezasından mahsubuna, tutukluluk halinin devamına, cep telefonunun hükmüyle beraber talep halinde katılana iadesine ilişkin İskenderun Ağır Ceza Mahkemesi'nce verilen 14.07.2006 gün ve 441-340 sayılı hüküm, sanık ve müdafii tarafından temyiz edilmekle, dosyayı inceleyen Yargıtay Altıncı Ceza Dairesi'nce 26.09.2007 gün ve 2694-9370 sayı ile;

Yağma suçlarından kurulan hükümlerin onanmasına, sanık hakkında cinsel saldırı suçundan kurulan hükmün ise;

"Sanık ve yakınana CMK'nun 253 ve 254. maddeleri uyarınca uzlaşma olanağı tanınmadan, yazılı şekilde hüküm kurulması," isabetsizliğinden bozulmasına karar verilmiştir.

Yargıtay C.Başsavcılığı'nca 02.11.2007 gün ve 279566 sayı ile; "Müşteki erkek arkadaşı ile piknik yaptığı sırada, yanlarına gelen sanık, önce bıçak tehdidi ile müşteki ve erkek arkadaşının para ve cep telefonlarını almış, sonra da müştekiyi bıçak tehdidi ile arkadaşından 10-15 metre uzaklaştırarak, siz ilişki de bulundunuz mu? Seni kontrol edeceğim deyip, müştekinin sutyenini çekmiş ve pantolonunu yırtmıştır. Mağdur sanıktan şikayetçidir ve etkin pişmanlık hüküm/erinden yararlanmasını da istememektedir. Sanığın eylemi, 5237 sayılı TCK'nun 102/1 ve 102/3-d maddesine uygun silahla cinsel saldırı suçunu oluşturmaktadır. Yerel mahkemenin kabulü ve uygulaması bu yönde olduğu gibi, Yüksek Yargıtay Altına Ceza Dairesi de, suçun silahla işlendiğini kabul etmiş ve bozma ilamında aksi yönde görüş belirtmemiştir.

5237 sayılı TCK'nun 5560 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden önceki 73. maddesinde, soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlı bulunan suçlarda uzlaşma yapılacağı belirtilmiş ve 5560 sayılı Kanun'un 24. maddesi ile değişik 5271 sayılı Kanun'un 253. maddesinde de, "soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlı olsa bile, etkin pişmanlık hükümlerine yer verilen suçlar ile cinsel dokunulmazlığa karşı suçlarda, uzlaşma yoluna gidilemez" hükmüne yer verilmiştir.

Ayrıntıları Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 03.10.2006 gün ve 2006/5-193 Esas, 2006/203 Karar sayılı ilamında belirtildiği üzere, 5237 sayılı TCK'nun 102/1. maddesinde düzenlenen cinsel saldırı suçunun basit hali şikayete bağlı ise de, aynı Kanun'un 102/3-d maddesinde düzenlenen nitelikli hali şikayete bağlı olmadığından uzlaşma hükümleri uygulanamayacağı gibi, 5560 sayılı Kanun'un 24. maddesi ile değişik 5271 sayılı Kanun'un 253/3. maddesi uyarınca da uzlaşma hükümlerinin uygulanamayacağı gözetilmeden yazılı şekilde bozma kararı verilmesi yasaya aykırı bulunmuştur, "görüşleriyle itiraz yasa yoluna başvurulacak, Yargıtay Altına Ceza Dairesi'nin bozma ilamının kaldırılarak, İskenderun Ağır Ceza Mahkemesi'nin 14.07.2006 gün ve 441-340 sayılı hükmünün onanmasına karar verilmesi isteminde bulunulmuştur.

Dosya Yargıtay Birinci Başkanlığı'na gönderilmekle, Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nca okundu, gereği görüşülüp düşünüldü.

Şikayetçinin erkek arkadaşı ile piknik yaptığı sırada, yanlarına gelen sanığın, bıçak tehdidi ile şikayetçi ve erkek arkadaşı katılanın, para ve cep telefonlarını silahla yağmaladıktan sonra şikayetçiyi

Ancak 12 yıla kadar hapis cezası gerektirecek bir suçta uzlaşma yoluna gidilmesi, ayrıca uzlaşma şartlarından biri olan mağdurun zararının karşılanması koşulunun bu suçlar açısından uygulanmasının güçlüğü nedeniyle eleştirilmiş ve bu tarihte yapılan değişiklikle bu suçlar uzlaşma kapsamından çıkarılmıştır.<sup>412</sup>

Cinsel saldırı suçunun eşe karşı işlenmesi halinde soruşturma ve kovuşturmanın nasıl yapılacağı konusuna gelirsek; cinsel saldırı suçunun basit halinin eşler arasında işlenmesi halinde soruşturma ve kovuşturma şikayete bağlıdır. Çünkü m.102/1 bu tür fiillerin işlenmesi takibi bakımından ikinci fıkrada olduğu gibi bir ayrıma gidilmemiş, genel olarak bu tür fiillerin hepsi bakımından şikayete bağlı takibat yapılacağı hususunu düzenlemiştir.<sup>413</sup>TCK m. 102/2'deki fiillerin işlenmesi halinde ise takibat şikayete bağlı kılınmıştır. Eşe karşı işlenen nitelikli cinsel saldırı suçunda TCK m. 102/3,m.102/5, m.102/6'da belirtilen nitelikli hallerde varsa takibat re'sen yapılır.<sup>414</sup>

TCK m.102/1'deki maddesindeki suçu öğrenen okul müdürü ya da kamu görevlisi konumundaki kişi idari soruşturma veya disiplin soruşturması için durumu

---

bıçak tehdidiyle 10-15 metre kadar uzağa götürüp, ilişkiye girip girmediğinizi kontrol edeceğim diyerek, soyunmasını istediği, isteğine karşı çıkılması üzerine de sutyenini ve pantolonunu çekerek yirttiği somut olayda, eylemin silahla cinsel saldırı suçunu oluşturduğu yönünde, herhangi bir kuşku bulunmamaktadır.

Ceza Genel Kurulu'nca çözümlenmesi gereken uyuşmazlık, 5237 sayılı TCK'nun 102/1 ve 102/3-d bendinde yer alan cinsel saldırının silahla gerçekleştirilmesi halinde uzlaşma hükümlerinin uygulanmasının olanaklı bulunup bulunmadığı noktasında toplanmaktadır.

5237 sayılı TCK'nun 73. maddesinin 8. fıkrasında; "Suçtan zarar göreni gerçek kişi veya özel hukuk tüzel kişisi olup, soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlı bulunan suçlarda, failin suçu kabullenmesi ve doğmuş olan zararın tümünü veya büyük bir kısmını ödemesi veya gidermesi koşuluyla mağdur ile fail Özgür iradeleri ile uzlaştıklarında ve bu husus Cumhuriyet savası veya hakim tarafından saptandığında kamu davası açılmaz veya davanın düşürülmesine karar verilir." hükmüne yer verilmiş, bu hüküm 19.12.2006 gün ve 26381 sayılı RG'de yayımlanan 06.12.2006 gün 5560 sayılı Yasa'nın 45. maddesi ile yürürlükten kaldırılmıştır. Yine aynı sayılı Yasa'nın 24. maddesi ile 5271 sayılı CMK'nun uzlaşma usulünü düzenleyen 253. maddesi değiştirilerek, "Soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlı olsa bile, etkin pişmanlık hükümlerine yer verilen suçlar ile cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar" uzlaşma kapsamı dışına çıkarılmıştır. 5560 sayılı Yasa ile cinsel saldırı suçlarının uzlaşma kapsamından çıkarılmasına ilişkin aleyhe düzenlemenin, 29.12.2006 tarihinden önce işlenen suçlar yönünden uygulanması olanağı bulunmamakta ise de, sanığa isnat edilen silahlı cinsel saldırı suçu 5237 sayılı TCK'nun 102/3-d bendi kapsamında yer almakta ve nitelikli haller kapsamında bulunmaktadır. 5237 sayılı TCK'nun 102/1. maddesinde düzenlenen cinsel saldırı suçunun basit hali şikayete bağlı ise de, aynı maddenin 102/3-d maddesinde düzenlenen nitelikli hali şikayete bağlı olmadığından, anılan suç yönünden uzlaşma hükümlerinin uygulanması mümkün değildir.

Bu itibarla, Yargıtay C.Başsavcılığı itirazının kabulü ile. Özel Daire bozma kararının kaldırılmasına, usul ve yasaya uygun olan yerel mahkeme kararının cinsel saldırı suçu yönünden de onanmasına karar verilmelidir, CGK, 20.11.2007, E.2007/6-250, K.2007/239, Gündüz/Gültaş, s. 68 vd.

<sup>412</sup> Tezcan/Erdem/Önok, s. 324.

<sup>413</sup> Özbek ve Diğerleri, s. 376.

<sup>414</sup> Tezcan/Erdem/Önok, s. 324.; Özbek ve Diğerleri, s. 376.; Soyaslan'a göre ise ağırlatıcı sebeplerin varlığında karı koca arasında söz konusu olursa şikayet aranır bkz. Soyaslan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 229.

idari makamlara bildirecektir, ancak doğrudan bildirme zorunluluğu yoktur, ancak suç eğer maddenin 2. fıkrasındaki gibi veya 3. fıkradaki şekillerde işlenirse re'sen takibat şartı nedeniyle durumu öğrenen kamu görevlisi bildirim yükümlülüğünü yerine getirmese TCK 279. maddedeki suçu, eğer durumu öğrenen sağlık mensubu ise TCK 280. maddedeki suçu işlemiş olacaktır.<sup>415</sup>

5237 sayılı TCK'nun 102. Maddesinde suçun mağduru 18 yaşında büyükler olarak kabul edildiğinden sadece bizzat mağdur olanların müdahil olabileceği sonucuna varmak gerekir. Ancak suçun mağduru dava ehliyetine sahip olamayanlarda olur ya da suç sonrası bu duruma düşerse onlar yerine yasal temsilcilerinin müdahale hakkını kullanabilecekleri kabul edilir. Bu konuda Medeni Kanununun 405,407,413,462/8. Madde hükümleri gözetilecektir.<sup>416</sup>

CMK 158. maddesinin son fıkrasında “yürütülen soruşturma sonucunda kovuşturma aşamasına geçildikten sonra suçun şikayete bağlı olduğu anlaşılması halinde mağdur açıkça şikayetten vazgeçmediği takdirde yargılamaya devam olunur” denilmektedir. Bu hükme göre TCK m.102/2'den açılan bir davanın TCK m.102/1 kapsamında olduğu anlaşılırsa davaya devam olunacak ve TCK m.102/1 hükmü uyarınca hüküm kurulabilecektir, ancak mağdur gerçekten şikayetçi olmadığını olayın başında ifade etmişse davanın düşmesine karar verilecektir.<sup>417</sup>

Şikayeti düzenleyen TCK m.73/6'de vazgeçmenin onu kabul etmeyen sanığı etkilemeyeceği hükmü yer almaktadır. Vazgeçmenin kabul edilmemesi halinde yargılamaya devam edilecek, sanığın suçu işlemediğinin anlaşılması halinde beraat, aksi halde ise düşme kararı verilecektir.<sup>418</sup>

Mağdurun şikayetinden vazgeçmesi basit cinsel saldırı suçu açısından fail hakkında düşme kararı verilmesine yol açacaktır.<sup>419</sup> Eğer mağdurun bir vekili varsa vekaletnamesinde yetki bulunması halinde vekil şikayetinden vazgeçebilir.<sup>420</sup>

<sup>415</sup> Malkoç, *Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar*, s. 36.

<sup>416</sup> Malkoç, *Açıklamalı-İçtihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu* s. 866.; Akıl hastası olup 18 yaşını bitiren mağdurenin babası Hasan Şahin'in Medeni Kanun'un 397. Maddesi uyarınca vasi tayin ettirilip aynı yasanın 462. Maddesi gereğince de husumete izin alınması gerektiği gözetilmeden eksik soruşturma ile müdahillliğine karar verilmesi” 5. CD. 26.03.2007, 146/2268, Malkoç, *Açıklamalı-İçtihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu* s. 877.

<sup>417</sup> Malkoç, *Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar*, s. 37.

<sup>418</sup> Malkoç, *Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar*, s. 37.

<sup>419</sup> Oluşa uygun kabule göre birlikte alkol aldıktan sonra geçte müştekinin evinde kalan sanığın sabaha karşı uyumakta olan müştekinin yatağına girerek vücudunu okşamak suretiyle gerçekleştirdiği eylemin 5237 sayılı TCK'nun 102/1. Maddesinde düzenlenen takibi şikayete bağlı basit cinsel saldırı suçunu oluşturduğu, müştekinin mahkemeye ibraz ettiği 20.04.2006 havale tarihli dilekçesi ile şikayetinden vazgeçtiği anlaşılması karşısında 5237 sayılı TCK'nun 73 ve 5271 sayılı CMK'nun

5237 sayılı kanunda 765 sayılı kanundan farklı olarak bir soruşturma-kovuşturma engeli olan sanıkla mağdurun evlenmesi hükmüne yer verilmemiştir. Cinsel saldırının temel biçiminin eşler arasında işlenmesini cezalandırmayan, nitelikli cinsel saldırıyı ise ancak şikayet koşuluyla cezalandıran bir anlayışın suçun işlenmesinden sonra fail ile mağdur arasında evliliğin gerçekleşmesine rağmen faili cezalandırmaması doktrinde eleştirilmiştir.<sup>421</sup>

## 5.2. GÖREVLİ- YETKİLİ MAHKEME

5235 Sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri İle Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'un 10. maddesine göre; *“Kanunların ayrıca görevli kıldığı hâller saklı kalmak üzere, iki yıla kadar (iki yıl dâhil) hapis cezaları ve bunlara bağlı adli para cezaları ile bağımsız olarak hükmedilecek adli para cezalarına ve güvenlik tedbirlerine ilişkin hükümlerin uygulanması, sulh ceza mahkemelerinin görevi içindedir”*. Aynı kanunun 12. maddesine göre; *“Kanunların ayrıca görevli kıldığı hâller saklı kalmak üzere, ağırlaştırılmış müebbet hapis, müebbet hapis ve on yıldan fazla hapis cezalarını gerektiren suçlarla ilgili dava ve işlere bakmakla ağır ceza mahkemeleri görevlidir.”* 11. maddede ise asliye ceza mahkemelerinin görev alanı belirlenmiştir. Buna göre; *“Kanunların ayrıca görevli kıldığı hâller saklı kalmak üzere, sulh ceza ve ağır ceza mahkemelerinin görevleri dışında kalan dava ve işlere asliye ceza mahkemelerince bakılır.”* 14. maddede *“Mahkemelerin görevlerinin belirlenmesinde ağırlaştırıcı veya hafifletici nedenler gözetilmeksizin kanunda yer alan suçun cezasının üst sınırı göz önünde bulundurulur”*, hükmü yer almaktadır.

Bu açıklamalar ışığında suçun temel şeklinin düzenlendiği 102. maddenin 1. fıkrasında görevli mahkeme asliye ceza mahkemesi, suçun vücuda organ veya sair bir cisim sokmak suretiyle işlenen nitelikli halinde (m.102/ 2), suç sonucu mağdurun

---

223/8. Maddesi uyarınca kamu davasının düşmesine yerine yazılı şekilde hüküm kurulması, 5. CD. 07.05.2008, E. 2008/3696, K. 2008/4127, Gündüz/Gültaş, s. 96.

<sup>420</sup> SSK Adana Bölge Hastanesinde görevli sanığın EKG çekirmek için kendisine müracaat eden mağdureye film ve grafisinin iyi çıkması için tüm giysilerini çıkartması gerektiğini söyleyerek soyunması sağladıktan sonra göğüslerini ve cinsel organını tutmak suretiyle ırz ve namusuna tasaddide bunma eyleminin 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı TCK2nun 102/1. Maddesine uyan basit cinsel saldırı suçunu oluşturduğu, kovuşturmanın şikayete bağlı tutulduğu ve vekaletnamesinde bu hususta yetkili bulunan vekil vasıtasıyla verdiği 28.05.2004 tarihli dilekçeyle şikayetinden vazgeçtiğini bildiği nazara alınarak aynı yasanın 73. Maddesi gereğince davanın düşürülmesi gerektiğinin gözetilmemesi yasaya aykırıdır, 5. CD. 03. 07. 2006, E. 5717 K. 6303, Gündüz/Gültaş, s. 104.

<sup>421</sup> Tezcan/Erdem/Önok, s. 324.

beden veya ruh sağlığının bozulması halinde (m. 102/ 5) ve suçun mağdurun bitkisel hayata girmesine veya ölümüne neden olması hallerinde (m. 102/ 6) görevli mahkeme ağır ceza mahkemesidir.

Cinsel saldırı suçlarında yetkili mahkeme CMK m. 12 gereği suçun işlendiği yani cinsel saldırının gerçekleştirildiği yer mahkemesidir. Ancak bu suç çoğunlukla kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu ile birlikte işlendiğinden, kişiyi hürriyetinden yoksun bırakma suçu kesintisiz bir suç olduğundan, bu durumda yetkili mahkeme kesintinin gerçekleştiği yer mahkemesi olacaktır.<sup>422</sup>

### **5.3. ZAMANAŞIMI**

Bu suçlarda dava zamanaşımı süreleri TCK 102/6. fıkranın uygulandığı halde TCK 66/1-a bendi uyarınca otuz yıl, TCK 102/5. fıkranın uygulandığı halde TCK 66/1-c bendi uyarınca yirmi yıldır. TCK 102/1 ve 2. fıkralarının uygulandığı veya bunlara ilaveten 102/3. fıkradaki nitelikli hallerin bulunduğu durumlarda ise TCK 66/1-d bendi uyarınca onbeş yıldır.

---

<sup>422</sup> Artuç, s. 599.

## SONUÇ

Cinsel saldırı suçu 5237 Sayılı TCK'nun 102. maddesinde kişilere karşı suçlar kısmının altıncı bölümü olan cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar bölümünde düzenlenmiştir.

Cinsel suçlarla korunan hukuki yarar cinsel özgürlük, yani kişinin cinsel hayatını istediği gibi düzenleme hakkıdır.

Bu suçun faili eski TCK'ndaki ırza geçme suçunun aksine cinsiyet ayrımı olmaksızın kadın-erkek herhangi bir kimse olabilir. 765 sayılı kanundan farklı olarak bu suçun faili eş de olabilir. 5237 sayılı TCK'nun 102/2. maddesinin 2. cümlesinde eşi tarafından cinsel saldırıya maruz kalan eşin, şikayeti halinde saldırıda bulunan eşin cezalandırılacağı hükmü yer almaktadır. Mağdur fail ile farklı cinsten olabileceği gibi aynı cinsten de olabilirler. Suçun neticesi bakımından bunun bir önemi yoktur. 5237 sayılı kanunda 765 sayılı kanundan farklı olarak suçun mağdurunun çocuk olması hali ayrı bir kanun maddesinde düzenlenmiştir. Ancak doktrinde evlilik veya mahkeme kararı ile ergin kılınmış çocukların mağdur olması durumunda cinsel saldırı suçunun mu yoksa cinsel istismar suçunun mu oluşacağı tartışılmıştır. 18 yaşından küçük ve evli kimseler eşleri dışında bir kişi tarafından istismara uğrarsa 103. maddenin uygulanacağı muhakkaktır. Eşleri tarafından gerçekleştirilen fillerde ise doktrinde 102. maddenin uygulanmasının gerektiği görüşü hakimdir.

Cebir, fail tarafından mağdura karşı isteklerine uygun davranması için uyguladığı fiziki güçtür. Tehdit ise mağdur veya yakınlarına yönelik olan, mağdur tarafından istenilen yapılmadığı takdirde cinsel saldırıdan daha ağır bir saldırıya maruz kalınacağını bildirilen manevi baskıdır. Hile mağdurun cinsel ilişkiye razı olması için kullanılan her türlü aldatıcı harekettir. Ancak bununla beraber evlenme vaadi hile olarak kabul edilemez.

İradeyi etkileyen haller ise yukarıdaki durumlara girmemekle beraber mağdurun özgür iradesi ile hareket etmesini önleyen her türlü araçtır. Mağdurun alkollü halinden yararlanılarak suçun işlenmesi bu niteliktedir.



102. maddenin 2. fıkrasında suçun nitelikli haline ilişkin fiil “vücuda organ veya sair cisim sokma” olarak belirlenmiştir. Kanun koyucu bu hükümle 765 Sayılı TCK’ndaki düzenlemeleri genişletmiştir. Eski TCK’nda bu madde ırza geçme olarak düzenlenmiş ve ırza geçme de aktif failin cinsel organını mağdurun vücuduna normal veya anormal yoldan sokması olarak tanımlanıyordu. Bu tanım sadece organı esas aldığı için bu suçun faili sadece erkekler olabiliyor ve vücuda cinsel organ dışında organ veya cisim sokulması ırza geçme olarak değerlendirilmiyordu. Fail parmağını mağdurun vajinasına sokmuş ve bu hareket neticesinde kızlığı bozulmuşsa hareket ırza tasaddi olarak kabul ediliyordu. 5237 sayılı kanunla getirilen bu yeni düzenlemeyle “ırza geçme” terimi terk edilmiş ve “vücuda organ veya sair cisim sokma” kavramı getirilmiştir. Bu yeni düzenlemenin sonucu olarak mağdurun vücut boşluklarına organ (sadece cinsel organ değil) veya sair cisim sokulması cinsel saldırı kapsamında değerlendirilecektir.

Maddede mağdurun vücuduna organ veya cisim sokulmasından bahsedilmekle birlikte vücudun hangi bölgesine ithalin suçu oluşturacağı belirtilmemiştir. Buna karşılık gerekçede oral, anal ve vajinal boşluklardan bahsedilmiştir. O halde örneğin failin ağızına şişe, cop vs. cisimler sokulması durumunda da suç oluşacak mıdır? Bu noktada cinsel harekete verilen anlam önem kazanmaktadır. Bir davranışın cinsel davranış sayılabilmesi için objektif olarak bu nitelikte olması gereklidir. Hareket objektif olarak bu nitelikte olmamasına rağmen mağdur tarafından bu şekilde anlaşılmış olabilir. Ancak bu yöndeki bir düşünce davranışın cinsel olarak nitelendirilmesi için yeterli değildir. Aşırı derecede cinsel duyarlılığı olan bir fail için mağdurun ayakkabısı, kıyafetleri bile tahrik edici olabilir. Ancak bu davranış, objektif olarak herkes açısından cinsel davranış olarak nitelendirilemeyeceğinden cinsel davranış sayılamaz. Bu noktada yapılması gereken tıp, psikoloji antropoloji ve sosyoloji bilimlerinin verilerinden yararlanılmalı ve objektif olarak cinsel hisleri uyandırıcı olarak nitelenebilen davranışlar cinsel sayılmalıdır. Bunun dışında kalan, failin özel cinsel zevklerinin yansıması olan davranışlar bu kapsamda görülmemelidir. Bu açıklamalar neticesinde failin mağdurun ağızına şişe, cop gibi cisimler sokması veya vücudunun herhangi bir yerine bıçak sokması gibi fiiller objektif olarak cinsel nitelikte sayılamaz, bu nitelikteki hareketler bu suçun oluşmasına mahal vermezler.

TCK m. 102/3 ‘de cinsel saldırının beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumdaki kişiye karşı işlenmesi, kamu görevinin veya hizmet

ilişkinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılarak işlenmesi üçüncü derece dahil kan veya kayın hısımlığı ilişkisi bulunan kişiye karşı işlenmesi silahla veya birden fazla kişi tarafından birlikte gerçekleştirilmesi cezanın arttırılmasını gerektiren bir nitelikli hal olarak düzenlenmiştir. Bu artırım nedenleri fail açısından suçun işlenmesini kolaylaştırdığı için kabul edilmiştir. Birden fazla kimse iki veya daha fazla kimseye karşılık gelmektedir. Kanunda suçun birlikte işlenmesi şart olduğu için hareketlerin müşterek failliği gerektirecek şekilde birlikte gerçekleştirilmesi gerekir.

Suç sonucu mağdurun beden veya ruh sağlığında bozulma olması suçun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerinden biridir. TCK m. 23’de failin ağır neticeden sorumlu olabilmesi için en azından taksir seviyesinde bir kusurunun olması gerektiği belirtilmiştir. Ancak kanunda ruh sağlığının bozulmasının netice sebebiyle ağırlaşmış hal olarak düzenlenmiş olması doktrinde eleştiri konusu olmuştur. Bu eleştirilerin sebebi olarak da her cinsel saldırı eylemi neticesinde mağdurda mutlaka psikolojik bir travmanın meydana gelmesi gösterilmiştir. Ancak uygulamada bu maddenin uygulanabilmesi için psikolojik rahatsızlığın kalıcı ve sürekli olması yönünde bir eğilim mevcuttur. Ruh sağlığın bozulup bozulmadığının tespitini Adli Tıp Kurumu’nun ilgili ihtisas dairesi yapacaktır. Beden sağlığının bozulması ise failden mağdura bir hastalık bulaşması veya mağdurun çocuk yapma kabiliyetini yitirmesi gibi hallerde söz konusu olur. Fail hasta olduğunu bilmeden cinsel saldırıda bulunmuş ve bu saldırı sonucu bilmeden bu hastalığı mağdura bulaştırmışsa bu madde nedeniyle sorumlu tutulamaz. Çünkü neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda failin neticeden sorumlu tutulabilmesi için en az taksir seviyesinde bir kusurunun bulunması gerektiği kabul edilmiştir.

Bu durumda fail taşıdığı hastalığı bilmediği için taksirle hareketinden söz edilemez. Ancak fail hastalık taşıdığını biliyorsa ve buna rağmen fiili işlerse fail, hem cinsel saldırı suçundan hem de kasten yaralama suçlarından sorumlu tutmak gerekir. Çünkü örneğin frengi hastası olan failin saldırısı neticesinde bu hastalığın mağdura geçmemesi imkânsızdır. Bu durumda failde olası kastı varlığı kabul edilmelidir. Hatta hastalığın mağdura geçmesi failin zorunlu sonucu kabul edilirse failin doğrudan kastından bile bahsedilebilir. Suç sonucu mağdurun kızlığının bozulması beden sağlığının bozulması olarak değerlendirilmese bile ruh sağlığının bozulması olarak değerlendirilebilir.

Diğer netice sebebiyle ağırlaşan hal mağdurun ölmesi veya bitkisel hayata girmesidir. Kanun koyucu ölüm ile bitkisel hayat arasında fark görmemiş, her iki

durumda da faile eşit ceza vermeye uygun görmüştür. Ancak bu maddenin uygulanması için ölüm ile cinsel saldırı arasında doğrudan bir nedensellik bağı olmalıdır. Fiilin etkisiyle mağdur intihar ederse doğrudan nedensellik bağı kurulamayacağı için bu madde uygulanamaz.

Bu maddenin uygulanabilmesi için bir görüşe göre ölüm neticesi cinsel saldırıdan veya failin suçu işlerken kullandığı cebirden ileri gelebilir. Diğer görüşe göre ise ölüm cinsel saldırı fiilinden doğmalıdır. Netice failin suçu işlerken kullandığı cebirden ileri gelmiş ise fail hem cinsel saldırıdan hem de m. 102/4 yollamasıyla m. 87/4'den cezalandırılır.

Suçun manevi unsuru kasttır. Suçun cinsel amaçlarla işlenmesinin gerekip gerekmediği doktrinde tartışılan hususlardan biridir. Suçun genel kastla işlenmesi yeterlidir. Faildeki amacın ne olduğunu araştırmak gereksizdir. Failin fiili objektif olarak cinsel nitelikte olduğu müddetçe failin fiili hangi amaçla işlediğinin önemi yoktur. Fail ister cinsel amaçlarla isterse de intikam almak, mağduru aşağılamak gibi amaçlarla bu hareketi yapsın suçun oluşumu bakımından bir etkisi yoktur. Failin kastının suç tanımındaki bütün unsurlara yönelik olması gerekir. Fail mağdurun yaşı konusunda hataya düşmüş ve bu hatası esaslı ise fail bu hatasından yararlanacak ve suç oluşmayacaktır. Ancak bu husus mahkemece iyi araştırılmalı ve failin gerçekten hataya düşüp düşmediği buna göre tespit edilmelidir.

Teşebbüs konusunda suçun nitelikli hali tartışmasız olarak teşebbüse mümkünken basit hali ise ender olarak teşebbüs aşamasında kalabilir. Fail basit cinsel saldırıda bulunma kastını yüzde yüze yakın bir şekilde ortaya koyduktan sonra engel bir nedenle fiili gerçekleştiremezse bu durumda basit cinsel saldırı fiiline teşebbüsten söz edilebilir. Eğer failde cinsel yönden iktidarsızlık mevcutsa işlenemez suç değil teşebbüs hükümleri uygulanmalıdır. Öte yandan nitelikli cinsel saldırı fiili engel bir nedenle tamamlanamamış yani teşebbüs aşamasında kalmış olsa bile mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması (veya mağdurun bitkisel hayata girmesi veya ölmesi) olasıdır. Böyle bir durumda cinsel saldırı fiili teşebbüs aşamasında kalmış olsa bile failin m. 102/5 uyarınca cezalandırılması gerekir. Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlara teşebbüs mümkün olmadığından failin cezasından teşebbüs hükümleri uyarınca indirim yapılması mümkün değildir. Yapılması gereken m. 102/2'den temel cezanın belirlenmesi, m. 35 uyarınca teşebbüsten indirim yapılması ve m. 102/5 uyarınca faile en az 10 yıl ceza

verilmesidir. Bu suç iştirak açısından özellik arz etmez, iştirakin her çeşidi mümkündür.

TCK m. 102/4'de özel bir hüküm mevcuttur. Buna göre cinsel saldırı için başvuru olan cebir ve şiddet kasten yaralama suçunun ağır neticelerine neden olursa, fail hakkında ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanacaktır. Doktrinde, kanun koyucunun cinsel istismar suçunda kullanılan ölçüyü “kasten yaralamanın ağır neticelerine sebep olunması” olarak kabul etmesine rağmen, cinsel saldırı suçunda ölçüyü “mağdurun direncinin kırılmasını sağlayacak ölçünün ötesinde cebir kullanılması” olarak kabul etmesi eleştiri konusu olmuştur. Bu suç işlemek için mağdur kaçırılırsa hem cinsel saldırı suçu hem de cinsel amaçlı kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu oluşur.

Cinsel saldırı eyleminin teselsül etmesi durumunda aynı zamanda mağdurun beden veya ruh sağlığı da bozulmuş ise, burada teselsül eden cinsel saldırı eylemidir. Böyle bir durumda fail öncelikle cinsel saldırı eyleminin temel veya nitelikli şekliyle cezalandırılmalı, fiillerin zincirleme olarak işlenmesinden dolayı ceza m. 43 uyarınca arttırılmalı, mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması neticesinden de m. 102/5 uyarınca en az 10 yıla mahkûm edilmelidir.

Suçun temel şeklinin düzenlendiği 102. maddenin 1. fıkrasında görevli mahkeme asliye ceza mahkemesidir. Suçun vücuda organ veya sair bir cisim sokmak suretiyle gerçekleştirilen nitelikli halinde (m.102/ 2), suç sonucu mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması halinde (m. 102/ 5) ve suçun mağdurun bitkisel hayata girmesine veya ölümüne neden olması hallerinde (m. 102/ 6) görevli mahkeme ağır ceza mahkemesidir. Cinsel saldırı suçlarında yetkili mahkeme CMK m. 12 uyarınca suçun işlendiği yani cinsel saldırının gerçekleştirildiği yer mahkemesidir. Bununla birlikte cinsel saldırı suçu genellikle kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu ile birlikte işlenmektedir. Kişiyi hürriyetinden yoksun bırakma suçu da kesintisiz bir suç olduğundan, bu durumda yetkili mahkeme kesintinin gerçekleştiği yer mahkemesidir.

Bu suçlarda dava zamanaşımı süreleri TCK 102/6. fıkranın uygulandığı halde otuz yıl, TCK 102/5. fıkranın uygulandığı halde yirmi yıldır. TCK 102/1 ve 2. fıkralarının uygulandığı veya bunlara ilaveten 102/3. fıkradaki nitelikli hallerin bulunduğu durumlarda ise on beş yıldır.

## KAYNAKÇA

- [1] Akbulut, İ. (2003), İslam Hukukunda Suçlar ve Cezalar, *AÜHF Dergisi*, Yıl 2003 C: 52, S:1.
- [2] Akçin, İ. (2006), Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, *Yargıtay Dergisi*, Ocak-Nisan 2006, C:32, S:1-2.
- [3] Aksoy, İpekçioğlu,P. (2009), *Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs*,Ankara, Seçkin Yayınevi.
- [4] Arslan, Ç. , Azizağaoğlu, B. (2004), *Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi*, 1. Basım, Asil Yayın Dağıtım.
- [5] Artuç, M. (2008), *Kişilere Karşı Suçlar*, Adalet Yayınevi, Ankara.
- [6] Artuk, M. E. (2004), *Türk Ceza Kanunu Reformu, Birinci Kitap, Toplumsal Değişim Sürecinde Türk Ceza Kanunu Reformu Paneli*, 21-22 Mayıs Ankara, TBB Yayınları.
- [7] Artuk, M. E. ,Yenidünya A. C. (1999), *Evlilik İçinde Irza Geçme*, Cumhuriyet'in 75. Yıl Armağanı, İstanbul Üniversitesi Yayını, İstanbul.
- [8] Artuk, M. E. et. al. (2007), *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 8. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara.
- [9] Artuk, M. E. et. al. (2009), *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 4. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara.
- [10] Aydın, M. (2009), Ceza Hukukunda Cinsel İstismara Bağlı Olarak Beden ve Ruh Sağlığının Bozulması Kavramı, *Terazi Hukuk Dergisi*, Aralık, S: 40.
- [11] Aydın, Ö. D. (2004), Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, *Hukuki Perspektifler Dergisi*, S: 2.
- [12] Bafra, J. (1999), Türk Hukuku ve Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Evlilik İçinde Zorla Cinsel İlişki Eyleminin Hukuki Statüsü, *İstanbul Barosu Dergisi*, S: 69.

- [13] Bakıcı, S. (1994), *Açıklamalı İctihatlı Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler*, Adalet Yayınevi, Ankara.
- [14] Can, C. (2002), *Toplumsal İnsanın Evrensel Doğası ve Cinsel Suçlar*, Seçkin Yayınevi, Ankara.
- [15] Centel, N. (1997), *Cinsel Suç Mağduru Kadının Korunması*, Prof. Dr. Kenan Tunç Omağ'a Armağan, İstanbul.
- [16] Çakmut Yenerer, Ö. (2012) , *Türk Ceza Yasasında Genital Muayene Suçu*, *İstanbul Barosu Yayınları*.
- [17] Çöloğlu, S. (1993), *Adli Tıp Sözlüğü*, İstanbul.
- [18] Değirmenci, O. (2010), Uluslararası Suç Olarak Kadına Karşı Cinsel Şiddet Eylemleri *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S: 89.
- [19] Doğan, K. (2011), *Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar*, Ankara, Adalet Yayınevi.
- [20] Dönmezer, S. (1983), *Ceza Hukuku Özel Kısım, Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler*, Filiz Kitabevi, İstanbul.
- [21] Dülger, İ. (2000), Irza Geçme Suçunun Fail ve Mağdur Açısından Değerlendirilmesi, *Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, S: 8.
- [22] Dülger, İ. (2000), Irza Geçme Suçunun Tarihi Gelişimi, *Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, S: 6.
- [23] Dülger, İ. (2008), *V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu Tıp Ceza Hukukunun Genel Sorunları*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 1. Baskı, Ankara.
- [24] Dülger, M. V. (2006), Evlilik Birliği İçinde Gerçekleşen Nitelikli Cinsel Saldırı Suçu, Bu Suçun Mağdur Üzerindeki Etkileri ve Mağduru Korumaya Yönelik Önlemler, *İstanbul Barosu Dergisi*, S:80.
- [25] Elmas, F. (2010), Cinsel Suç Mağdurlarının Adli Tıp Kurumuna Sevkinin Gerektiren Haller ve Cinsel Suçlarda Beden veya Ruh Sağlığının Bozulması Kavramı, *Terazi Hukuk Dergisi*, Nisan, S: 44.

- [26] Eraslan, O. (2004), *Türk Ceza Kanunu Reformu, Birinci Kitap, Toplumsal Değişim Sürecinde Türk Ceza Kanunu Reformu Paneli*, 21-22 Mayıs Ankara, TBB Yayınları.
- [27] Erem F. ,Toroslu N. (2003), *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Savaş Yayınları, Ankara.
- [28] Gökçen, A. (1989), *Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunları ve Bu Kanunlardaki Ceza Müeyyideleri*, İstanbul.
- [29] Gündel, A. (2009), *5237 Sayılı TCK'nda Cinsel Saldırı-Cinsel İstismar- Cinsel Taciz- Rızaen Irza Geçme- Hürriyeti Kısıtlama- Alıkoyma- Fuhuş ve Müstehcen Yayın Suçları*, Seçkin Yayınevi, Ankara.
- [30] Gündüz, R. , Gültaş, V. (2011), *Açıklamalı-İçtihatlı Cinsel Suçlar*, 2. Baskı, Bilge Yayınevi, Ankara.
- [31] Gürkan, Ş. , Uğuz, A. (2007), *Yeni Ceza Yasamızda Cinsel Suçlar*, *Adalet Dergisi*, S: 27
- [32] Hafizoğulları, Z. , Özen, M. (2010), *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar*, Usa Yayıncılık, Ankara.
- [33] Kanbur, N. (2011), *Genital Muayene Suçu*, *Ceza Hukuku Dergisi*, S:16.
- [34] Keçelioğlu, E. (2010), *Kusurluluğu Ortadan Kaldıran Sebeplerle Hukuka Uygunluk Sebepleri Arasındaki Ayrımın Türk Ceza Kanunu'nun Uygulanması Bakımından Pratik Sonuçları*, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S:87.
- [35] Kılıç, A. (2008), *Cinsel Hakimiyet ve Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Saldırı Suçu*, *TBB Dergisi*, S: 78.
- [36] Koca, M. , Üzülmez, İ. (2011), *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 4. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara.
- [37] Mahmutoğlu, F. S. (2004), *TBMM Adalet Komisyonunda Kabul Edilen Türk Ceza Kanunu Tasarısı Hakkında Görüş, Türk Ceza Kanunu Reformu, Makaleler, Görüşler, Raporlar, İkinci Kitap*, TBB Yayınları.

- [38] Malkoç, İ. (2008), *Açıklamalı-İçtihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu (Madde 1-178) 1. Cilt*, Malkoç Kitabevi, Ankara.
- [39] Malkoç, İ. (2009), *Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar*, Malkoç Kitabevi Ankara.
- [40] Meran, N. (2008), *Kişilere Karşı Suçlar*, Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara.
- [41] Nuhoğlu, A. (2004), *Türk Ceza Kanunu'nda ve 2002 Tasarısında Cinsel Suçlar*, Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı, San Ofset, İstanbul.
- [42] Otacı, C. (2000), *Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı İşlenen Suçlar*, Seçkin Yayınevi, Ankara.
- [43] Önder, A. (1994), *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 4. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul.
- [44] Özbek, Ö. V. et. al. (2010), *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Seçkin Yayınevi, Ankara.
- [45] Öztürk, B. (2004), *Türk Ceza Kanunu Reformu, Birinci Kitap, Toplumsal Değişim Sürecinde Türk Ceza Kanunu Reformu Paneli*, 21-22 Mayıs Ankara, TBB Yayınları.
- [46] Parlar, A. , Hatipoğlu M. (2010), *Türk Ceza Kanunu Yorumu Ceza Genel Kurul ve Özel Daire Kararları*, 3. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara.
- [47] Reşad M. (1313), *Mi'yar-ı Ceza Kanun-ı Ceza Şerhi*, Asaduryan Matbaası, İstanbul.
- [48] Sancar Yalçın, T. (2009), *Ensest Genel Ahlak ve Alman Anayasa Mahkemesinin Kararı*, TBB Dergisi, S: 80.
- [49] Savaş, V. , Mollamahmutoğlu, S. (1998), *Türk Ceza Kanunu'nun Yorumu, III. Cilt*, Seçkin Yayınevi, Ankara.
- [50] Sevük Yokuş, H. (2005), *5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Saldırı ve Cinsel Taciz Suçları*, TBB Dergisi, S: 57.



- [51] Soyaslan, D. (2005), *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 3. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara.
- [52] Soyaslan, D. (2006), *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 8. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara.
- [53] Soyaslan D. (1994), *Teşebbüs Suçu*, Kazancı Yayınları, Ankara.
- [54] Şen, E. (2006), *Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, Cilt I*, Vedat Kitapçılık, İstanbul.
- [55] Taşdemir, K. ,Özkepir, R. (2000), *Son Değişikliklerle İçtihatlı Türk Ceza Kanunu*, Adil Yayınevi, Ankara 2000.
- [56] Tezcan, D. (2004), *Türk Ceza Kanunu Reformu, Birinci Kitap, Toplumsal Değişim Sürecinde Türk Ceza Kanunu Reformu Paneli*, 21-22 Mayıs Ankara, TBB Yayınları.
- [57] Tezcan, D. ,Erdem, M. R. (2004), *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin TCK Tasarısı Hakkındaki Raporu, Türk Ceza Kanunu Reformu, Makaleler, Görüşler, Raporlar, İkinci Kitap*, TBB Yayınları.
- [58] Tezcan, D. et. al. (2010), *5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'na Göre Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 7. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara.
- [59] Topal, A. H. (2009), *Uluslararası Ceza Yargılamalarında Cinsel Suçlar*, Oniki Levha Yayınları, İstanbul.
- [60] Toroslu, N. (2009), *Ceza Hukuku Özel Kısım*, 4. Baskı, Savaş Yayınları.
- [61] Tullio, D. (1989-1990), *Suç Genel Teorisinde Alet*, Trans: D. Soyaslan, AÜHFD, Cilt: 41 S: 1-4
- [62] Ünver, Y. (2003), *Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer*, Seçkin Yayınevi Ankara.
- [63] Ünver, Y. (2008), *Cinsel Dokunulmazlığa ve Genel Ahlaka Karşı Suçlar, Türk Ceza Kanunu'nun 2 Yılı, Teori ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar*, Türk Ceza Hukuku Derneği Yayınları, İstanbul.

[64] Yarsuvat, D. (1964), Mukayeseli Hukukta Cinsi Suçlar ve Müeyyideleri, *İHFM*, C: XXX.

[65] Yarsuvat, D. et. al. (2004), *Türk Ceza Kanunu Tasarısı Hakkında Galatasaray Üniversitesi'nin Görüşü, Türk Ceza Kanunu Reformu, Makaleler Görüşler, Raporlar, İkinci Kitap*, TBB Yayınları,

[66] Yenidünya, C. A. (2005), Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, *Legal Hukuk Dergisi*, S: 33.

[67] Yılmaz, E. (1996), *Hukuk Sözlüğü*, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara.

[68] Yurtcan, E. *Yargıtay Kararları Işığında Cinsel Suçlar*, İstanbul Barosu Yayınları, 2009