

**BASİT VE NİTELİKLİ CİNSEL SALDIRI SUÇU
(TCK m.102)**

CEM SERDAR

**ÖZYEGİN ÜNİVERSİTESİ
ARALIK, 2024**

BASİT VE NİTELİKLİ CİNSEL SALDIRI SUÇU (TCK m.102)

Cem Serdar

Kamu Hukuku

Yüksek Lisans Tezi

Danışman: Dr. Öğr. Üyesi Aras Türay

Sosyal Bilimler Enstitüsü
Özyeğin Üniversitesi
İstanbul

Aralık, 2024

BASİT VE NİTELİKLİ CİNSEL SALDIRI SUÇU (TCK m.102)

Jüri:

Dr. Öğr. Üyesi Aras Türey, Danışman
Kamu Hukuku Bölümü
Özyeğin Üniversitesi

Prof. Dr. Özlem Yenerer Çakmut
Kamu Hukuku Bölümü
Özyeğin Üniversitesi

Prof. Dr. Ali Kemal Yıldız
Kamu Hukuku Bölümü
Türk - Alman Üniversitesi

Kabul Tarihi: 25.12.2024

Rahmetli Dedelerim

Zeki apa ve Muammer Serdar'ın aziz hatıralarına...



ORİJİNALLİK BEYANI

Bu tez çalışmasının tek yazarı olduğumu ve bu tez metninin düzeltmeler de dahil olmak üzere tez jürisi tarafından kabul edilen ve onaylanan son metin olduğunu beyan ederim. Bu çalışmadaki tüm veri ve bilgiler araştırma etiği kuralları ve akademik dürüstlük ilkelerine uygun olarak elde edilmiş, üretilmiş ve sunulmuştur. Tüm bilgimi, fikir, düşünce ve telif hakkıyla korunan her türlü materyali standart referans kurallarına uygun olarak sunduğumu, bu tezin orijinalliğini ve herhangi bir bölümünün başka bir yükseköğretim kurumundaki bir diploma programına sunulmadığını beyan ederim.

Cem Serdar

ÖZET

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun "Cinsel saldırı" başlıklı 102. maddesinin 1. ve 2. fıkralarında 765 sayılı Kanun'da ırza tasaddi ve ırza geçme olarak iki farklı maddede düzenlenen basit ve nitelikli cinsel saldırı suçlarına yer verilmiştir. Basit cinsel saldırı suçunun, cinsel davranışlarla vücut dokunulmazlığının ihlali, nitelikli halinin ise vücuda organ veya sair bir cisim sokularak gerçekleştirilebileceği düzenleme altına alınmıştır. Cinsel saldırı suçunun basit ve nitelikli hallerinin düzenlendiği TCK'nın 102. maddesinde 6545 sayılı Kanun'la birlikte önemli değişiklikler yapılmış, gerek basit ve gerekse nitelikli cinsel saldırı suçunun cezaları artırılmış, sarkıntılık olgusu yeniden kanun metnine eklenmiştir. Maddenin 3. fıkrasında suçun cezayı ağırlaştıran ağırlaştırıcı sebeplere yer verilmiştir. Maddenin 4. ve 5. fıkralarında ise iki tane olmak üzere neticesi sebebiyle ağırlaşmış haller düzenlenmiştir. Tezde, basit ve nitelikli cinsel saldırının ayırımı ortaya koyularak TCK m.102'de yer alan cinsel saldırı suçunun tüm unsurlarıyla, nitelikli halleriyle incelemesi yapılmış, aynı zamanda kusurluluğu etkileyen hallerin bu suç özelinde ne şekilde gündeme gelebileceği incelenmiş, son olarak da suçun yaptırım ve infaz rejiminin özellikli halleri üzerinde durulmuştur.

Anahtar Kelimeler: Basit cinsel saldırı, nitelikli cinsel saldırı, cinsel davranış, cinsel özgürlük, cinsel dokunulmazlık

ABSTRACT

Paragraphs 1 and 2 of Article 102 titled "Sexual assault" of the Turkish Criminal Code No. 5237 include the crimes of simple and qualified sexual assault, which are regulated in two separate articles as rape and rape in the Law No. 765. It is regulated that the crime of simple sexual assault can be committed by violating the body immunity through sexual behavior, and qualified sexual assault can be committed by inserting an organ or other object into the body. With the amendment of Law No. 6545, significant amendments were made to Article 102 of the TCC, which regulates the crimes of simple and qualified sexual assault, the penalties for both simple and qualified sexual assault were increased, and the fact of molestation was added to the text of the law again. Paragraph 3 of the Article includes other qualified forms of the crime that aggravate the penalty. In paragraphs 4 and 5 of the Article, two aggravated forms of the crime are regulated. In the thesis, the distinction between simple and qualified sexual assault was made, the crime of sexual assault in Article 102 of the TPC was examined with all its elements and qualified forms, at the same time, the situations affecting the culpability were examined in this crime, and finally, the sanction of the crime and the special cases of the execution regime were emphasized.

Keywords: Simple sexual assault, qualified sexual assault, sexual behavior, sexual freedom, sexual immunity

TEŞEKKÜR

Bu çalışma, Özyeğin Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Tezli Yüksek Lisans programı kapsamında hazırlanmıştır. Çalışmamızın konusunu, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 102. maddesinin birinci ve ikinci fıkralarında düzenlenen basit ve nitelikli cinsel saldırı suçu oluşturmaktadır. Tezde inceleme konusu, kavramlar, tarihsel gelişim ve benzer suçlarla ilgili karşılaştırmalı olarak incelenmiş, sonrasında ise gerek tüm unsurları ve kusurluluğu etkileyen haller ve gerekse suçun teşebbüs, iştirak ve ictima konuları ile yargılama şekli ve cezası ve infaz rejimi derinlemesine incelenerek açıklanmaya çalışılmıştır.

Tez danışmanlığımı üstlenen ve tezimin ortaya çıkma sürecinin her adımından zamanını ve emeğini hiçbir zaman esirgemeyen kıymetli Hocam Dr. Öğr. Üyesi Aras Türey'a sonsuz şükran ve teşekkürlerimi sunuyorum.

Daha öğrencilik yıllarında yolumun kesiştiği ceza hukukunun başlangıcı olan ceza hukuku genel hükümler derslerini aldığım ve ilk ceza hukuku bilgilerini kendisinden edindiğim sayın dekanımız Prof. Dr. Özlem Yenerer Çakmut Hocama da hem bugüne kadar bana katkıları hem de tez jürimde olmayı kabul ettiği için şükranlarımı sunuyorum.

Çalışma hayatını birlikte paylaştığımız derin ilgisi ve içten sıcaklığıyla gerek insani gerekse akademik olarak her günümü aydınlatan ve jürimde olma teklifini kabul ederek beni onurlandıran Prof. Dr. Ali Kemal Hocama sonsuz teşekkürlerimi sunuyorum.

Yine, 2021 yılından bu tarafa birlikte çalıştığım, üzerimde emeği büyük olan ve daha önce birçok makale yayınlama fırsatını bana tanıyan Prof. Dr. Ersan Şen'e de hayatıma ve mesleki gelişimime dokunan her anı için minnettarım.

Her zaman tüm içtenliğimle bağlı olduğum, bana bir aile ortamı sunan bir çalışanı olduğum Ersan Şen Hukuk ve Danışmanlık Bürosundaki tüm Hocalarıma, Büyüklerime ve çalışma arkadaşlarıma da sonsuz sevgilerimi sunuyorum.

Yüksek Lisans eğitimime dair içimde kalan yegane husus rahmetli dedelerimin bugünü, bu tezi savunduğumu ve bu eseri Türk hukuk literatürüne kazandırdığını görememeleri oldu. Tezi kendilerine ithaf ederek bir kez daha üzerimdeki emekleri için kendilerini rahmetle andığımı ifade etmek istiyorum. Yine varlıklarıyla bana mutluluk veren, doğumumdan bugüne yaptıklarına karşı asla haklarını ödeyemeyecek olduğum Annem Sevda Serdar ve Babam Ahmet Serdar yüksek lisans sürecim boyunca da bana hep güvendiler, destek oldular, başaracağıma beni inandırdılar, yaşamımın başından bugüne kadar yaptıkları için kendilerine sonsuz teşekkürlerimi sunuyorum.

Yüksek Lisansa tam olarak başlayacağım günlerde hayatımızı birlikte devam ettirmeye karar verdiğimiz, varlığıyla bana hep inanan, tüm süreçte her daim yanımda olan ve benim en iyisini yapacağıma inanan, her anımda mutluluğu, sevinci, hüznü ve mücadeleyi benimle birlikte paylaşan Av. İrem Deniz Ünverdi'ye kalpten teşekkür ederim, iyi ki varsın, iyi ki hayatımdasın.

İÇİNDEKİLER

ORJİNALLİK BEYANI	iv
ÖZET	v
ABSTRACT	vi
TEŞEKKÜR	vii
KISALTMALAR LİSTESİ	xiii
1. GİRİŞ	1
2. KAVRAMLAR	2
2.1 Cinsel Özgürlük	2
2.2 Cinsel Dokunulmazlık	7
2.3 Cinsel Saldırı	10
2.4 Cinsel İstismar	11
3. CİNSEL SUÇLARIN TARİHSEL GELİŞİM SÜRECİ	15
3.1 Genel Olarak	15
3.2 Türk Hukukunda Cinsel Suçların Tarihi Gelişimi	19
3.2.1 Cumhuriyet Dönemi Öncesi	19
3.2.2 Cumhuriyet Dönemi	21
3.2.2.1 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar	21
3.2.2.2 2003 Tarihli Türk Ceza Kanunu Hükümet Tasarısında Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar	27
3.2.2.3 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar	30
3.2.3 765 Sayılı TCK ile 5237 Sayılı TCK'nın Karşılaştırılması	36
4. CİNSEL SALDIRI SUÇU İLE CİNSEL DOKUNULMAZLIĞA KARŞI DİĞER SUÇLAR ARASINDAKİ FARKLAR	38
4.1 Genel Olarak	38
4.2 Çocukların Cinsel İstismarı Suçu	42
4.3 Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu	46
4.4 Cinsel Taciz Suçu	50

5. CİNSEL SALDIRI SUÇUNUN UNSURLARI VE KUSURLULUĞU ETKİLEYEN HALLER.....	52
5.1 Genel Açıklamalar	52
5.2 Korunan Hukuksal Değer.....	53
5.3 Suçun Unsurları.....	60
5.3.1 Tipikliğin Objektif Unsurları.....	60
5.3.1.1 Fail.....	60
5.3.1.2 Mağdur	62
5.3.1.2.1 Genel Olarak	62
5.3.1.2.2 Cinsel Saldırı Suçunun Basit Halinin Eşe Karşı İşlenip İşlenemeyeceği Sorunu	65
5.3.1.2.3 Evlenme Yoluyla Reşit Olanların Cinsel Saldırı Suçunun Mağduru Olup Olamayacakları Sorunu	73
5.3.1.3 Suçun Maddi Konusu	80
5.3.1.4 Fiil	81
5.3.1.4.1 Cinsel Davranış	81
5.3.1.4.1.1 Genel Olarak.....	81
5.3.1.4.1.2 Fiziksel Temas.....	87
5.3.1.4.1.3 Cinsel Muhteva.....	92
5.3.1.4.1.4 Rıza Bulunmaması.....	94
5.3.1.4.1.4.1 Cebir.....	95
5.3.1.4.1.4.2 Tehdit	97
5.3.1.4.1.4.3 Hile.....	98
5.3.1.5 Cinsel Saldırı Suçunun Basit Şekli (TCK m.102/1, birinci cümle)	100
5.3.1.6 Cinsel Saldırı Suçunun Hafif Şekli: Sarkıntılık (TCK m.102/1, ikinci cümle)	102
5.3.1.7 Cinsel Saldırı Suçunun Nitelikli Şekli (TCK m.102/2).....	111
5.3.1.8 Üçüncü Fıkra da Yer Alan Nitelikli Haller	124
5.3.1.8.1 Suçun Beden veya Ruh Bakımından Kendisini Savunamayacak Durumdaki Kişiye Karşı İşlenmiş Olması	124
5.3.1.8.2 Suçun Kamu Görevinin, Vesayet ve Hizmet İlişkisinin Sağladığı Nüfuz Kötüye Kullanılarak İşlenmesi.....	127

5.3.1.8.3 Suçun Üçüncü Derece Dahil Kan ve Kayın Hısımlığı İçinde Bulunan Bir Kişiye Karşı ya da Üvey Baba, Üvey Ana, Üvey Kardeş, Evlat Edinen veya Evlatlık Tarafından İşlenmesi.....	129
5.3.1.8.4 Suçun Silahla veya Birden Fazla Kişi Tarafından Birlikte İşlenmesi	132
5.3.1.8.5 Suçun İnsanların Toplu Olarak Bir Arada Yaşama Zorunluluğunda Bulunduğu Ortamların Sağladığı Kolaylıktan Faydalanmak Suretiyle İşlenmesi	135
5.3.1.9 Suçun Netice Sebebiyle Ağırlaşmış Halleri	137
5.3.1.9.1 Cinsel Saldırı İçin Başvurulan Cebir ve Şiddetin Kasten Yaralama Suçunun Ağır Neticelerine Neden Olması	137
5.3.1.9.2 Suç Sonucu Mağdurun Bitkisel Hayata Girmesi veya Ölmesi	139
5.3.2 Tipikliğin Sübjektif Unsurları	140
5.3.3 Hukuka Aykırılık Unsuru.....	144
5.3.3.1 Genel Olarak	144
5.3.3.2 Cinsel Saldırı Suçunda Rızanın Hukuki Niteliği	146
5.4 Kusurluluğu Etkileyen Haller.....	150
5.4.1 Yaş Küçüklüğü	150
5.4.2 Geçici Nedenler, Alkol ve Uyuşturucu Madde Etkisinde Olma	152
5.4.3 Haksız Tahrik	153
5.4.4 Haksızlık Yanılgısı.....	155
6. CİNSEL SALDIRI SUÇUNUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ, YAPTIRIM, YARGILAMA USULÜ VE İNFAZ REJİMİ.....	158
6.1 Suçun Özel Görünüş Şekilleri	158
6.1.1 Teşebbüs.....	158
6.1.2 İştirak.....	166
6.1.3 İçtima.....	170
6.1.3.1 Zincirleme Suç	170
6.1.3.2 Cebir ve Tehdit ile Cinsel Saldırı Arasındaki İlişki	171
6.1.3.3 Fikri İçtima	173
6.2 Suçun Yargılama Usulü	174
6.2.1 Şikayet.....	174

6.2.2 Görev ve Yetki.....	176
6.2.3 Uzlaştırma	177
6.2.4 Zamanaşımı	178
6.2.4.1 Dava Zamanaşımı.....	178
6.2.4.2 Ceza Zamanaşımı	179
6.3 Yaptırım ve İnfaz Rejimi	180
6.3.1 Genel Olarak.....	180
6.3.2 Koşullu Salıverilme	182
6.3.3 Denetimli Serbestlik.....	184
7. SONUÇ.....	189
KAYNAKÇA.....	196

KISALTMALAR LİSTESİ

ALIC: Actio Libera in Causa
AİHM: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AYM: Anayasa Mahkemesi
Bkz.: Bakınız
BM: Birleşmiş Milletler
C.D.: Ceza Dairesi
C.G.K.: Ceza Genel Kurulu
CMK: Ceza Muhakemesi Kanunu
ÇKK: Çocuk Koruma Kanunu
E.: Esas Numarası
ed.: Editör
e.t.: Erişim Tarihi
K.: Karar Numarası
m.: Madde
R.G.: Resmi Gazete
s.: Sayfa
S.: Sayı
T.: Tarih
TBMM: Türkiye Büyük Millet Meclisi
TDK: Türk Dil Kurumu
TMK: Türk Medeni Kanunu
TCK: Türk Ceza Kanunu
YCGK: Yargıtay Ceza Genel Kurulu
vd.: Ve devamı
WAS: Dünya Cinsel Sağlık Birliği

1.GİRİŞ

Tezin ilk kısmında, cinsel suçlarla korunan hukuksal değerin doğru tespit edilebilmesi ve ortaya koyulabilmesi amacıyla cinsel özgürlük, cinsel dokunulmazlık, cinsel saldırı ve cinsel istismar kavramları incelenerek bu kavramların anlamları ve birbirinden ayırımları üzerinde durulacaktır. Devamında cinsel suçların gerek Dünya’da ve gerekse Türkiye’de tarihsel süreç ve gelişiminden kısaca bahsedilecektir. İlk bölümün sonunda, cinsel saldırı suçunun halihazırda yürürlükte bulunan mevzuatta yer alan diğer cinsel özgürlüğe karşı suçlardan farkı ortaya koyulacaktır.

İkinci bölümde, suç tüm unsurlarıyla birlikte ele alınacak, cinsel saldırının temel hali, sarkıntılık düzeyinde kalan hali ve TCK m.102/2’de düzenlenen nitelikli cinsel saldırı hali detaylı olarak birbirlerinden farklılıklarına dikkat çekilerek incelenecektir. Bunun yanında, birçok çalışmada olmadığı göz önünde bulundurularak kusurluluğu etkileyen hallerin cinsel saldırı suçu üzerinde ne şekilde tezahür edebileceği üzerinde durulacaktır.

Çalışmanın son bölümünde, klasik suç inceleme yönteminde olduğu şekilde suçun özel görünüş biçimleri açıklanacak, bunun yanında ayrıca suçun temel şekliyle yaptırımına ve suçta özellik arz eden koşullu salıverilme, denetimli serbestlik hükümleri ile kısaca kastrasyon yaptırımına değinilecektir.

2. KAVRAMLAR

2.1 Cinsel Özgürlük

Sayısal olarak gerek Türkiye’de gerekse dünyanın birçok ülkesinde cinsel suçlarda artış görülmektedir¹. Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü’nün 2021 yılında yayınladığı adli istatistiklere göre, Türkiye’de 2014 yılında cinsel saldırı suçundan açılan dosyalarda suç sayısı 7.709 iken bu sayı 2021 yılında 9.341’e yükselmiştir. Aynı verilere göre, Türkiye’de 2014 yılında çocukların cinsel istismarına yönelik olarak açılan dosyalardaki suç sayısı 18.104 iken bu sayı 2019 yılında 22.689, 2021 yılında ise 20.459 olmuştur. Dünyanın refah seviyesi bakımından en yüksek ülkelerinden olan Almanya’da 2023 yılında yayınlanan Aile İçi Şiddet Durumu Raporunda, cinsel suçlarda bir önceki yıla oranla yüzde 20’ye varan artış olduğu tespit edilmiştir². Özellikle çocuk istismarı vakalarında, Türkiye dışındaki ülkelerde de gözlemlenebilir bir artış olduğu görülmektedir³. Bu nedenle, cinselliğe dayalı olarak işlenen suçların birçok toplumun güncel sosyal ve hukuki sorunlarından birisini oluşturduğu, gerek Türkiye ve gerekse birçok dünya ülkesinde bireylerin cinsel özgürlüklerini yaşama konusunda önemli ihlallerle karşılaştığı anlaşılmaktadır.

Cinsel özgürlüğün tarif ve tanımını yapmadan önce bu kavrama temel teşkil eden cinsellik kavramı ve olgusuna değinmek gerekir. Cinsellik, kelime anlamı olarak cinsel özelliklerin bütünü olarak tanımlanmaktadır⁴. Başka bir tanıma göre cinsellik, insanın

¹ TANER, Fahri Gökçen: Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023, s. 79; <https://www.sozcu.com.tr/2023/gundem/cinsel-suc-magduru-cocuk-sayisinda-korkutan-artist-son-9-yilda-7807583/>, (e.t. 21.11.2023).

² <https://www.voaturkce.com/a/kadin-almanya-da-aile-ici-ve-kadinlara-yonelik-siddet-vakalarinda-buyuk-artist/7176030.html>, (e.t. 21.11.2023).

³ <https://www.trthaber.com/haber/dunya/almanyada-cocuk-istismari-vakalari-artti-684130.html>, (e.t. 21.11.2023); <https://www.trthaber.com/haber/dunya/japonyada-cocuk-istismarinda-artist794646.html>, (e.t. 21.11.2023).

⁴ TDK Sözlük, <https://sozluk.gov.tr/>, (e.t. 11.09.2023).

doğasında bulunan ve yaşam boyunca her birey tarafından öğrenilip uygulanan, insan yaşamında zorunlu olarak var olan bir olgudur⁵. Aynı zamanda cinselliğin, toplum gibi sürekli ve durmadan değişmekte olan bir olgu olduğu da bir gerçektir⁶. Bu gerçekliğe paralel şekilde zaman içerisinde cinsellik, insanın doğasında var olan biyolojik bir içgüdü olmaktan sıyrılarak hukukun, psikolojinin, kültürün birer konusu haline gelmiştir. Cinselliğin, sosyal bilimler alanına dahil disiplinlerin konusunu oluşturması toplumların cinselliğe olan bakış açısını da zamanla değiştirmiştir. Cinsellik, tarihin eski dönemlerinde yalnızca bir üreme vasıtası olarak görülürken, sonrasında yalnızca üreme değil bir haz duygusu olarak da meşrulaştırılmış ve böylelikle bireylerin cinselliğe ilişkin özgürlük alanları giderek genişlemiştir⁷.

Netice itibariyle cinsellik, insanlık var olduğundan beri olan, doğumla birlikte içgüdüsel olarak insanın doğasında bulunan, belirli yaşlardan itibaren önce öğrenilmeye sonra da uygulanmaya başlayan, zaman içerisinde insanın doğasında bulunan bir içgüdü olmasının yanında birçok sosyal bilimin inceleme kapsamına dahil olarak biyolojik bir olgu olmasının yanında sosyal bir olgu haline de gelmiş insan hayatının vazgeçilmez bir gerçeğidir.

Her ne kadar cinsellik, belirttiğimiz gibi doğal olarak insanda bulunan vazgeçilmez bir biyolojik ve sosyal gerçeklik olsa da cinsellik konusunda insanın sınırsız şekilde hareket etmesi mümkün değildir. Kişiler, cinselliği yaşayabilmek için bir başkasına ihtiyaç duymaktadırlar. Cinselliğin gerçekleştirilebilmesi için kişinin bir başkasına ihtiyaç duymasını gerektirdiğinden, uygar olsun veya olmasın tüm ülkelerde

⁵ ÜNVER, Yener: “Türk Maddi Ceza Hukukunda Cinsel Suçların Eleştirisel Olarak İncelenmesi”, II. Türkiye-Slovenya Uluslararası Hukuk Sempozyumu Cinsel Suçlar ve Evlilik Hukuku (Ed.: Yener Ünver), 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2014, s. 23.

⁶ TANER, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s. 34.

⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. TANER, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s. 41-43.

cinselliğin sınırsız yaşanmasının hukuk eliyle önüne geçilmektedir. Uygar insan, kendi toplum gelenek ve göreneklerine uygun davranırken aynı zamanda içgüdüsüne de karşı çıkmak zorunda olduğundan⁸, cinsel içerikli davranışların belirli şartlar çerçevesinde gerçekleştirilmesi hukukun konusu haline gelmiştir. Böylelikle, cinsel özgürlük ve cinsel dokunulmazlık gibi kavramların hukuken tanımlanması, bireylerin cinsel özgürlük ve dokunulmazlıklarının kapsam ve sınırlarının hukuk çerçevesinde çizilmesi gerekmiştir.

Cinsel özgürlük kavramı incelendiğinde, farklı tanımların yapıldığı görülmektedir. Bir tanıma göre cinsel özgürlük, hukuk ve örf adet in belirlediği sınırlar içerisinde bireylerin cinsel ilişkileri açısından kendi bedenleri üzerinde serbestçe tasarruf edebilmeleri anlamına gelmektedir⁹. Bir başka tanıma göre cinsel özgürlük, hukuk tarafından izin verilen sınırlar kapsamında bireyin cinsellikle ilgili tercihlerini serbest şekilde ve hiçbir engelle karşılaşmadan yapabilme özgürlüğüdür¹⁰. Görüldüğü üzere, bir tanıma göre cinsel özgürlüğün sınırlarının belirlenmesi açısından örf adet de referans alınırken, diğer tanıma göre cinsel özgürlüğün sınırı hukukun izin verdiği sınırlar, yani pozitif hukuk belirlemektedir. Cinselliğin, hukukun bir konusu haline gelmesi, örf adet veya diğer toplumsal kuralların kapsamından tam itibariyle çıktığı anlamına gelmese de, konu hukuk kapsamında, özellikle ceza hukuku gibi normatif düzenlemelerin büyük önem arz ettiği bir alanda incelendiğinde, cinsel özgürlüğün sınırlarının çizilmesi bakımından örf adetin değil pozitif hukuk düzenlemelerinin ele alınması gerektiği açıktır.

⁸ TANER, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s. 35.

⁹ TOROSLU, Nevzat: Ceza Hukuku Özel Kısım, Savaş Yayınları, Ankara, 2005, s. 56; AKSOY, Özgün Sinem: Cinsel Saldırı Suçu (5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu m.102), (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2010, s. 8.

¹⁰ TANER, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s. 32; SANCAR, Türkan Yalçın: Türk Ceza Hukukunda Kadın, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2013, s. 100.

Dünya Cinsel Sağlık Birliği (WAS) 26 Ağustos 1999 tarihinde Hong Kong’da yapılan 14. Dünya Seksoloji Kongresi’nde kabul edip ilan ettiği Evrensel Cinsel Haklar Bildirisi ile cinsel özgürlüğe ilişkin olarak doğrudan bir tanım yapmamakla birlikte, cinsel özgürlüğe ilişkin birtakım ilkeler belirlemiş ve bu hususta bildiride, “*Cinsel özgürlük bireylerin kendi cinsel potansiyellerini ifade etmelerine olanak verir. Bu tanım cinsel baskının her türünü, her çeşit cinsel zorlama, istismar ve tacizi reddeder ve tanımı dışında bırakır.*” ifadelerine yer vermiştir¹¹. WAS’ın bildirisindeki açıklamalardan cinsel özgürlüğün, kişilerin cinsel yönden istemedikleri cinsel davranışlara maruz bırakılmamalarını, yani cinsel dokunulmazlıklarını da kapsadığı anlaşılmaktadır.

Normatif düzenlemelere bakıldığında ise cinsel özgürlüğün, Anayasa, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu veya diğer herhangi bir kanun ya da mevzuatta doğrudan tanımının yapılmadığı görülmektedir. Anayasa’da cinsel özgürlüğe ilişkin doğrudan bir ifade veya tanım yer almamakla birlikte, doktrinde cinsel özgürlüğün Anayasal dayanağını, 1982 Anayasası’nın 17. maddesinin 1. fıkrasının oluşturduğu ileri sürülmektedir¹². Anayasa’nın 17. maddesinde düzenlenen bu hakkın, bireylerin kimseye zarar vermeden güvenli bir şekilde cinselliği kullanma haklarını da içerdiği ifade edilmektedir¹³. Anayasa Mahkemesi buna uygun olarak, cinsel suçlarla ilgili ihlal kararlarını Anayasa m.17’de yer alan hakka dayanarak vermektedir¹⁴. Ceza hukuku alanı dışında, normatif anlamda cinsel

¹¹ <https://www.cetad.org.tr/menu/17/cinsel-haklar-bildirgesi>, (e.t. 07.11.2023); KARSLI, K. Serhat: “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar”, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2014, s. 6.

¹² TANER, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s. 32; ŞEN, Ersan/MAVİŞ, Mert/ŞAHİN, Buğra: Cinsel Suçlar, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023, s. 17; HAFIZOĞULLARI, Zeki/ÖZEN, Muharrem: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar, 8. Baskı, US-A Yayıncılık, Ankara 2022, s. 154.

¹³ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar, s. 154.

¹⁴ “Somut olay incelendiğinde başvurucuya yönelik eylemlerin -başvurucunun iddiasına göre- sözlü taciz ve basit cinsel saldırı kapsamında kaldığı, ağır fiziksel müdahale içeren cinsel saldırı mahiyetinde olmadığı anlaşılmakla başvurunun kişinin maddi ve manevi varlığını koruma hakkı ile bağlantılı olarak Anayasa’nın 17. maddesinin birinci fıkrası kapsamında incelenmesi gerektiği değerlendirilmiştir.” Bkz. Anayasa

özgürlüğün Türk Medeni Kanunu’nun 23, 25 ve 25., Türk Borçlar Kanunu’nun 49 ve İş Kanunu’nun 24 ve 25. maddeleri ile koruma altına alındığı belirtilmektedir¹⁵.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 8. maddesinde yer alan özel ve aile hayatına saygı hakkının, kişisel gelişim ve bireylerin kişiliklerini gerçekleştirme hakkını koruyucu bir içeriğe sahip olduğunu vurgulayarak, cinsel özgürlüğün kişisel gelişim ve kişisel özerklik kapsamında olduğunu kabul etmektedir¹⁶. Dolayısıyla AİHM’in, cinsel özgürlüğün kaynağını kişisel gelişim ve kişisel özerkliğin oluşturduğu kanaatinde olduğu görülmektedir. AİHM’in bu değerlendirmesinden yola çıkarak, Türk doktrininde cinsel özgürlüğün Anayasa’daki yansımasının 17. maddede düzenlenen hak olduğu yönündeki değerlendirmelerin isabetli olduğunu söyleyebiliriz. Çünkü Anayasa m.17’de bulunan maddi ve manevi varlığı geliştirme hakkı, AİHM’in ifade ettiği kişisel gelişim hakkının korunması hakkı ile paralellik arz etmektedir. Kanaatimizce AİHM, AİHS’de kişisel gelişim ifadesiyle doğrudan bir hak düzenlenmediğinden, bu hususu Sözleşme’nin 8. maddesinde yer alan özel ve aile hayatına saygı hakkı kapsamında bir değerlendirmeye tabi tutmaktadır.

Tüm bu tespitler ışığında cinsel özgürlük, kişilerin doğalarında var olan ve belli bir yaştan itibaren öğrenilip uygulanan cinselliği, bir başkasının herhangi bir özgürlük alanına ihlal getirmemek kaydıyla, dilediği yerde, dilediği zamanda ve dilediği şekilde yaşamasına ve istediği cinsel tercihe yönelebilmesine imkan sağlayan, bunun yanında herhangi bir cinsel eylemde bulunmaya zorlanamaması ve istemediği hiçbir cinsel eyleme

Mahkemesi Bireysel Başvuru Kararı, 28.05.2019; Başvuru Numarası: 2016/3122, prg. 23.; Aynı yönde bkz. Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Kararı, 07.10.2021; Başvuru Numarası: 2018/8050, prg. 29 vd.

¹⁵ GÜVEN, Kudret: “Özel Hukukta Cinselliğe Bakış”, Hukuk Düzeninde Cinselliğe Genel Bakış Sempozyumu (Ed.: Ezgi Aygün EŞİTLİ), 1. Baskı, Başkent Üniversitesi Geliştirme Vakfı İktisadi İşletmesi Yayınları, 2017, s. 113.

¹⁶ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, K.A. ve A.D./Belçika, 17.02.2005, Başvuru Numarası: 42758/98 ve 45558/99, prg. 83.

maruz bırakılmamasını da içeren bir hak olarak tanımlanabilir. Cinsel özgürlüğün temeli, her bireyin cinsel özgürlüğünü ve cinsel hayatını dilediği gibi yaşaması olup, kullanılmasının sınırı ise her bireyin bir başkasının cinsel hayatına saygılı olması ve başkalarının da bu özgürlük kapsamında cinsel dokunulmazlıkları olduğunu kabul edip ona uygun şekilde hareket etmesi gerekliliğidir¹⁷. Dolayısıyla tanımı kapsamında cinsel özgürlüğün, kişilerin cinsel hayatlarını kendi istedikleri gibi yaşamaları ve başkalarının da cinsel hayatlarını diledikleri gibi yaşama özgürlüğüne sahip oldukları bilinciyle onların cinsel dokunulmazlıklarını rızalarına aykırı şekilde ihlal etmemeleri gerektiği şeklinde iki önemli sonucu bulunmaktadır.

2.2 Cinsel Dokunulmazlık

Cinsel dokunulmazlık, bireylerin bedenleri üzerinde istemedikleri davranışların önlenmesi anlamına gelmekle birlikte, vücuda dokunulmayan ancak yine de cinsel içerikli olan davranışlarla muhatap olmama hususunu da içermektedir¹⁸. Dolayısıyla cinsel dokunulmazlık, bireylerin rızalarına aykırı olarak herhangi bir cinsel davranışa maruz bırakılmamaları anlamına gelmektedir.

Bu yönüyle vücut dokunulmazlığının korunması, yani vücuda temas içeren rızaya aykırı cinsel davranışlara kişinin maruz bırakılmaması, tam anlamıyla cinsel dokunulmazlığın sağlandığını göstermez. Cinsel dokunulmazlık, insanın bedenini koruyan vücut dokunulmazlığını içinde barındırmakla birlikte bir bütün olarak vücut dokunulmazlığı yanında kişinin rızasına aykırı olarak vücuduna temas edilmeksizin

¹⁷ ŞEN, Ersan: Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, 1. Baskı, Vedat Kitapçılık, 2006, s. 376.

¹⁸ KİZİROĞLU, Serap Keskin: “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Kadına İlişkin Düzenlemeler ve Cinsel Suçlar”, Sulhi Dönmezer Armağanı, 1. Baskı, Ankara 2008, s. 1000.

maruz bırakılabileceği cinsel eylemlere karşı da korunmasını ifade etmektedir¹⁹. Dolayısıyla cinsel dokunulmazlık, bireylerin vücutlarına temas olsun veya olmasın rızalarına aykırı tüm cinsel müdahalelerden korunmalarını kapsamaktadır.

Kişiler, kendilerine yönelik olarak gerçekleştirilebilecek her türlü cinsel saldırılardan dolayı koruma altına alınmadıkları sürece gerçek anlamda özgür olamazlar²⁰. Kişilerin cinsel dokunulmazlıklarının korunmasının, cinsel özgürlüklerini hayata geçirmelerini sağlayacağına hizmet edeceği ifade edilmektedir²¹. Dolayısıyla, gerek yukarı başlıkta izah ettiğimiz cinsel özgürlüğün bulunmasının iki sonucu gerekse kişilerin cinsel saldırılara karşı gerekli koruma altına alınmadıkları sürece tam anlamıyla özgür olamayacakları tespiti cinsel özgürlüğün cinsel dokunulmazlıktan fazla şey ifade ettiğini göstermektedir. Bu bakımdan cinsel dokunulmazlık, cinsel özgürlüğün tam olarak hayata geçirilebilmesi için gerekli olan unsurlardan birisidir. Cinsel dokunulmazlık, kişilerin istemedikleri, yani rızalarına aykırı olarak gerçekleştirilecek cinsel içerikli eylemlerden korunmalarını ifade ederken, cinsel özgürlük bu korumanın yanı sıra bireylerin cinsel hayatlarına karışılmaması, cinsel eğilim yönünden istedikleri tercihte bulunabilmeleri, cinselliği dilediği zaman yaşayabilmeleri ile cinselliği ne şekilde yaşayıp

¹⁹ TCK'da cinsel suçların yer aldığı bölüm başlığının "Cinsel dokunulmazlık" olması ile TCK m.102 metninde "vücut dokunulmazlığı" denilmesinin çelişkili bir durum yaratmadığı, zira vücut dokunulmazlığının içerisinde cinsel dokunulmazlığın bulunduğu ifade edilmektedir. Bkz. AKSOY, Özgün Sinem: Cinsel Saldırı Suçu (5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu m.102), (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2010, s.5. Kanaatimizce tam aksine, vücut dokunulmazlığı cinsel dokunulmazlık içerisinde bulunan bir unsurdur ve cinsel dokunulmazlık kişilere vücut dokunulmazlığının korunmasından daha geniş koruma sağlamaktadır. TCK m.105'te yer alan cinsel taciz suçunun oluşması için vücuda temas bulunmaması gereklidir, ancak bu suçun oluşması durumu da kişilerin cinsel dokunulmazlıklarının ihlali anlamına gelmektedir. Dolayısıyla cinsel dokunulmazlık, bazı ihlal şekilleri bakımından vücut dokunulmazlığını içine almakta ve kişilere daha kapsamlı koruma imkanı tanımaktadır.

²⁰ ŞİŞMAN, Sefa: "Cinsel Saldırı Suçu", (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2010, s. 56.

²¹ İBİŞ, Rabia: "Türk Ceza Hukukunda Cinsel Taciz Suçu", (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2022, s. 25.

uygulayacaklarının kendi özgür tercihlerine bırakılması gibi cinsel dokunulmazlıkla sağlanan korumadan çok daha geniş bir anlama gelmektedir²².

Doktrinde de, cinsel dokunulmazlık ile cinsel özgürlük kavramlarının eş anlamlı kavramlar olmadığı ifade edilmektedir²³. Cinsel dokunulmazlık kavramının cinsel özgürlüğün negatif boyutunu oluşturarak, cinsel dokunulmazlığın cinsel özgürlük kavramının sadece bir yüzünü açıklamaya yeterli olduğu belirtilmekte, bu sebeple cinsel dokunulmazlık kavramının cinsel suçlarla korunan hukuksal değeri korumaya yeterli olmadığı ifade edilmektedir²⁴. Bu hususla ilgili görüşümüzü korunan hukuksal değer başlığı altında açıklayacağımızdan burada tekrara düşmemek adına ayrıntılı değerlendirme yapılmamaktadır.

Netice olarak, cinsel özgürlük ve cinsel dokunulmazlık kavramlarının çelişkili olmadığı, tam aksine birbirlerini tamamlar nitelikte kavramlar olduklarını, kişilerin cinsel dokunulmazlıkları sağlanmadan tam anlamıyla cinsel özgürlüklerinin sağlandığından bahsedilemeyeceğini söylemek gerekir²⁵.

²² Aygörmez'e göre, cinsel dokunulmazlık, bireyin kendi iradesi dışındaki unsurlara karşı cinsel olarak dokunulmaz olduğu olgusunun yanında, bireysel cinsel özgürlüğü ve bu özgürlüğün sınırlarının kişinin kendisi tarafından belirlenmesi özerkliğini de kapsamaktadır. Yazara göre cinsel dokunulmazlık, kişinin kendi istemediği ya da isteyecek durumda olmadığı hallerde cinsel olarak dokunulmaz olduğunu göstermekle birlikte, aynı zamanda kişinin cinsel hayatını kendi belirleyeceği koşul ve sınırlarda yaşama hakkının olduğunu da içermektedir. Bkz. AYGÖRMEZ, Gülsün Ayhan: "Cinsel Suçlara İlişkin Güncel Maddi Hukuk Sorunları", Alman ve Türk Hukukunda Cinsel Suçlar ve Cinsel Suçları Önleme Stratejileri I. Uluslararası Adli Bilimler ve Ceza Hukuku Kongresi 15-16 Nisan 2019 (Ed.: Gülsün Ayhan AYGÖRMEZ), 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019, s. 20, 21.

²³ CENTEL, Nur: "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Saldırı Suçu ve Cinsel Suçlar Değişiklik Tasarısının Değerlendirilmesi", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 25(99), 2012, s. 271; YENERER ÇAKMUT, Özlem: "Kadına Karşı Şiddet - Cinsel Şiddet Kavramı ve Türk Ceza Kanunu m.102'ye Genel Bakış", Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 5(9), 2017, s. 22.

²⁴ TANER, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s. 67

²⁵ Aynı yönde bkz. İBİŞ, Türk Ceza Hukukunda Cinsel Taciz Suçu, s. 24, 25.

2.3 Cinsel Saldırı

Cinsel saldırı terimi, mevzuata 5237 sayılı TCK ile girmiş bir kavramdır. Yeni Kanunda yer verilen cinsel saldırı ifadesi ile eski Kanunda yer alan ırza geçme, ırza tasaddi ve sarkıntılık fiilleri bütün olarak karşılanmaya çalışılmıştır. Dolayısıyla, cinsel saldırı ifadesinin hukuk terminolojimiz açısından geçmişi uzun olmayan yeni bir kavram olduğu belirtilmektedir²⁶. Yeni Kanunda cinsel saldırı şeklinde önceki kanunda yer almayan yeni bir kavrama yer verilmesine rağmen gerek maddelerde ve gerekse madde gerekçelerinde bu kavrama ilişkin bir tanım yapılmadığı görülmektedir. Cinsel saldırı kavramının tanımının geniş ve bulanık olmasına rağmen madde metninde veya gerekçesinde tanımlanmamış olması, ceza kanunlarının şeffaf olması gerektiği gerekçesiyle eleştirilmiştir²⁷.

Cinsel kavramı, cinsi, eşeysel, tensel ve seksüel olarak karşılık bulmaktayken; saldırı, kötülük yapmak ve tecavüz şeklinde tanımlanmaktadır²⁸. TDK tarafından yapılan tanım uyarınca cinsel saldırı, “*Yaşı büyük kimselere bedensel temasta bulunmak suretiyle cinsel amaçla işlenen fiil*” anlamına gelmektedir²⁹.

Cinsel saldırının başlığı olduğu düzenleme gözetildiğinde, cinsel saldırı kavramının basit ve nitelikli şeklinde ikiye ayrıldığını söylemek gerekir. Hükmün ilk fıkrasında vücuda organ veya sair cisim sokulmayan şekilde gerçekleştirilen cinsel saldırı düzenlenirken, ikinci fıkra da vücuda organ veya sair cisim sokma boyutuna varan nitelikli cinsel saldırı düzenlenmiştir. Dolayısıyla cinsel saldırı, esas itibarıyla 765 sayılı

²⁶ DÜLGER, Murat Volkan: “Evlilik Birliği İçinde Gerçekleşen Nitelikli Cinsel Saldırı Suçu, Bu Suçun Mağdur Üzerindeki Etkileri ve Mağduru Korumaya Yönelik Önlemler”, İstanbul Barosu Dergisi, 8(2), 2006, s. 545.

²⁷ ARTUK, Mehmet Emin/ÇINAR, Ali Rıza: “Yeni Bir Ceza Kanunu Arayışları ve Adalet Alt Komisyonu Tasarısı Üzerine Düşünceler”, Türk Ceza Kanunu Reformu İkinci Kitap (Ed.: Teoman Ergül), 1. Baskı, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2004, s. 81.

²⁸ TDK Sözlük, <https://sozluk.gov.tr/>, (e.t. 04.11.2023).

²⁹ TDK Sözlük, <https://sozluk.gov.tr/>, (e.t. 04.11.2023).

Kanun'da ayrı maddelerde yer alan suçları bütün halinde tek bir maddede düzenleyen kavram olup, bu terim terminolojik değişiklik haricinde esaslı bir yenilik olarak görünmemektedir³⁰.

2.4 Cinsel İstismar

Cinsel istismar da aynı şekilde cinsel saldırı gibi kanun koyucunun hukuk terminolojimiz açısından yeni kullandığı bir terimdir ve ilk olarak 5237 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesiyle birlikte mevzuatta yer almıştır. Kanun koyucu, TCK m.102'de tanımlanan eylemlerin çocuklara karşı işlenmesini ayrı bir madde olarak TCK m.103'te düzenlediği gibi cinsel saldırıdan farklı olarak bu durumlar için cinsel istismar ifadesini kullanmayı tercih etmiştir. 5327 sayılı Kanun'un yapım sürecinde Adalet Komisyonu içerisinde yapılan görüşmelerde, burada çocuğun söz konusu olduğu ve çocuğun cinsel saldırılara karşı koyabilecek durumu olmadığı için istismar edileceği, bu nedenle suçun ismi için cinsel istismar ifadesinin tercih edildiği belirtilmiştir³¹. "Cinsel istismar" başlıklı TCK m.103'ün gerekçesinde kanun koyucu, aynı fiiller olmasına rağmen erişkin kişilere karşı gerçekleştirilen cinsel eylemlerin kişinin rızasına aykırı olması gerektiği, buna karşılık 15 yaş altı olan veya 15 yaş üstü olsa bile fiilin hukuki anlam veya sonuçlarını algılayamayacak çocukların rızalarının fiili suç olmaktan çıkarmayacağı gerekçesiyle cinsel istismar kavramının kullanılmasının tercih edildiğini ortaya koymuştur³².

Kanun koyucu, cinsel saldırıyı olduğu gibi cinsel istismarı da kanun hükümlerinde veya hükümlerin gerekçelerinde doğrudan tanımlamamış, bu kavramlara açıklık

³⁰ Aynı yönde bkz. ÜNVER, Cinsel Suçları Eleştirel Olarak İncelenmesi, s. 28.

³¹ Adalet Komisyonundaki görüşmelerde Adem Sözüer'in bu ifadeleri için bkz. Tutanaklarla Türk Ceza Kanunu, Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Dairesi Başkanlığı Yayınları, 2005, s. 443.

³² İlgili açıklamalar için bkz. TCK m.103 gerekçesi.

getirilmesini doktrin ve uygulamaya bırakmıştır³³. İstismar kelime anlamı olarak, birinin iyi niyetini kötüye kullanma veya sömürme anlamlarına gelmektedir³⁴. Bunun yanında cinsel istismar, çocuklara yönelik olarak fiziki temasta bulunarak cinsel gaye ile gerçekleştirilen hareketler olarak tanımlanmaktadır³⁵.

Doktrinde de cinsel istismar kavramının, yetişkinin bilerek ya da bilmeden yaptığı, çocukların gelişimini kötü yönde etkileyen fiiller olduğu³⁶, veya çocuğun rızasına aykırı olarak ya da geçerli olmayan irade ile rızası alınarak veya fiziksel, psikolojik baskıya dayanılarak cinsel anlamda sömürülmesi olduğu³⁷ şeklinde farklı tanımları mevcuttur³⁸. Tanımlardan ve TCK m.103'ün gerekçesinden açıkça anlaşılacağı üzere, cinsel istismar kavramı cinsel saldırıdan farklı olarak çocuklara karşı haksızlık teşkil eden cinsel davranışları ifade etmek için kullanılmaktadır.

Çocukların cinsel suçlar bakımından özel bir şekilde korunması gerektiği evrensel olarak kabul edilmekte, bu hususa ilişkin ilkeler uluslararası düzenlemelerle belirlenirken cinsel sömürü ve cinsel suistimal terimleri kullanılmaktadır³⁹.

³³ Meran, TCK m.103 metninde cinsel istismar teriminin tanımının yapılmayarak, bu terimden tam olarak ne anlaşılması gerektiğinin ortaya koyulmadığını ifade etmektedir. Bkz. MERAN, Necati: Yeni Türk Ceza Kanununda Kişilere Karşı Suçlar, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2008, s.345. Aydın, 5237 sayılı Kanun ile birlikte hukuk terminolojimize giren cinsel saldırı ve cinsel istismar kavramlarının kanunilik ilkesi çerçevesinde açık bir şekilde tanımlanması gerektiğini ifade etmektedir. Bkz. AYDIN, Öykü Didem: “Ceza Hukuku’nun Çağdaş İlkeleri ve Avrupa Birliği Kriterleri Açısından Türk Ceza Kanunu”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, (53), 2004, s. 108.

³⁴ TDK Sözlük, <https://sozluk.gov.tr/> (e.t. 04.11.2023).

³⁵ TDK Sözlük, <https://sozluk.gov.tr/> (e.t. 04.11.2023).

³⁶ SAVAŞCI, Bilgehan: Çocukların Cinsel İstismarı Suçu, 1. Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul 2013, s.21.

³⁷ ÖZBEK, Veli Özer: Müstehcenlik Suçu (TCK m.226), 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2009, s.118.

³⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. MEMİŞ KARTAL, Pınar: Türk Ceza Hukukunda Çocukların Cinsel İstismarı, 1. Baskı, Der Yayınları, 2014, s. 13.

³⁹ Türkiye Cumhuriyeti’nin de taraf olduğu Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi’nde taraf devletlere yüklenen yükümlülükler için bkz. Sözleşme’nin 34. maddesi. Doktrinde de, cinsel saldırı teşkil eden eylemlerin çocuklara karşı gerçekleştirilmesi bakımından cinsel istismar teriminin kullanılmasının uluslararası terminolojiyle uyumlu olduğu belirtilmiştir. Bkz. SEVÜK, Handan Yokuş: “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Çocukların Cinsel İstismarı ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçları”, Hukuk ve Adalet Dergisi, 2(5), s. 281.

Gerçekten de TCK m.103'te tanımlanan suçun, belli şartlar altında (mağdur çocuğun 15 yaşın altında olması veya 15 yaş üstü olsa bile eylemin hukuken mana ve neticelerini anlama kabiliyetinin gelişmemiş olması) işlenmiş şekilleri açısından mağdur çocuğun rızası bir anlam ifade etmediğinden, bu suç açısından cinsel saldırı yerine cinsel istismar kavramına yer verilmesi isabetli olmuştur. Çünkü istismar sömürme anlamına gelmekte olup, kişinin sömürülmesi rızası kapsamında da gerçekleştirilebilir. Kişinin rızası dahilinde gerçekleştirilen eylemlerin saldırı teriminde ziyade istismar olarak ifade edilmesi daha isabetli olmuştur⁴⁰.

Cinsel saldırı ve cinsel istismar terimlerinin madde metinleri ve gerekçelerinde tanımlarının yapılmamasının, doğrudan kanunilik ilkesi kapsamında belirlilik ilkesine aykırılık teşkil ettiğinin söylenmesi de doğru sonuç vermeyecektir. Belirtmek gerekir ki, suç düzenlemesinin belirliliğini sağlayacak husus, terimsel tanımlamadan ziyade, tipikliğin objektif ve sübjektif unsurları olarak ayırdığımız unsurlarının madde metninden açıkça anlaşılmasıdır. Bu nedenle, madde metnine doğrudan dahil olmayan terimsel başlıklardan yola çıkılarak suçun belirliliğinin sağlanamadığı yönündeki görüşe katılmıyoruz.

Bu terimler bakımından 5237 sayılı Kanun'un yalnızca terminolojik bir değişiklik yaptığını, eylemlerin esasına dair bir yenilik olmadığını ve eski Kanunda bulunan ırza tasaddi ve ırza geçme ayırımının yeni kanunda da korunduğunu düşündüğümüzden, eylemlerin unsurlarının belirli olduğunu ve bu terimlerin tanımlanmamasının kanunilik

⁴⁰ Cinsel istismar teriminin kullanılmasının isabetli olmadığını düşünen görüşler de mevcuttur. Bir görüşe göre, TCK m.103'te de saldırı teriminin kullanılması daha isabetli olacaktır. Bkz. TANERİ, Gökhan: Cinsel Suçlar, 2. Baskı, Bilge Yayınevi, Ankara 2015, s. 108; Bir başka görüşe göre ise, 5237 sayılı TCK yapılırken tasarı sürecinde terimlerin Türkçe karşılıklarının kullanılmasına özen gösterildiğinden, çocuklara karşı gerçekleştirilen cinsel saldırıların "istismar" ile ifade edilmesi yakışık olmamıştır. Bkz. APAYDIN, Necati: "Türk Ceza Kanunu Tasarısı'ndaki Bazı Suç Düzenlemeleri Üzerine Düşünceler", Türk Ceza Kanunu Reformu- Makaleler Görüşler Raporlar İkinci Kitap (Ed.: Teoman Ergül), Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2004, s. 158.

ve kanunilik ilkesi bağlamında belirlilik ilkelerine aykırılık teşkil etmediğini düşünmekteyim.



3. CİNSEL SUÇLARIN TARİHSEL GELİŞİM SÜRECİ

3.1 Genel Olarak

Cinsel suçlar, korumayı amaç edindiği insan özgürlüğü, insan onuru, insan şeref ve haysiyeti ve vücut bütünlüğü bir tarafa özellikle eski tarihlerde toplum bakımından önem arz eden ahlaki değerlerle de yakın ilişki içerisinde olmuş, tarihi insanlık tarihi kadar eskiye giden bir suç grubudur⁴¹. Bu kapsamda, tarih boyunca farklı toplumların hukuk düzenlerinde birçok cinsel davranışın cezalandırılması öngörülmüştür⁴². Ancak cinsellik de toplum gibi sürekli değişiklik içerisinde olan bir olgu olduğundan⁴³, cinsel suçlar ile cinsel suçlara toplumların bakış açısı da zaman içerisinde değişiklik göstermiştir. Bu değişiklikler, insan hayatı açısından tarihin her aşamasında vazgeçilmez nitelikte olan cinsellik bakımından, toplumların farklı tarihlere göre değişen sosyal, siyasi, ekonomik ve kültürel yapılarının anlayışı çerçevesinde şekillenerek, ahlak kuralları, her dönemin kendine özgü toplumsal kuralları ve toplumsal anlayışlar dikkate alınarak düzenlenmiştir⁴⁴. Bu sebeple, bir ülkenin toplumsal düzeninin dayandığı temel bakımından cinsel suçlara ilişkin düzenlemelere bakılarak belirleme yapılabilir⁴⁵. Bu bakımdan, cinsel suçların tarihi gelişimi her toplum özelinde ayrı incelenebilir.

Toplumdan topluma tarihsel süreç içerisinde bakış açısı ve düzenleme şekilleri bakımından cinsel suçlara ilişkin farklılıklar yaşanmış olsa da çağdaş anlayışa kadar genel adap ve aile nizamı toplumlar açısından korunması gereken bir hukuki menfaat olarak

⁴¹ ŞİMŞEK, Alahattin: “Cinsel Saldırı ve Cinsel İstismar Suçlarının Hafif Şekli: Sarkıntılık”, Ceza Hukuku Dergisi, 10(28), 2015, s. 310.

⁴² KORKUSUZ, Gülşah: “Cinsel Saldırı Suçu (TCK m.102)”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 71(1,815-854), 2013, s. 815.

⁴³ TANER, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s. 34.

⁴⁴ ŞİMŞEK, Cinsel Saldırı ve Cinsel İstismar Suçlarının Hafif Şekli: Sarkıntılık, s. 310.

⁴⁵ DURSUN, Selman: “Türk Ceza Hukuku’nda Cinsel Suçlara Genel Bir Bakış”, Ceza Hukuku Dergisi, 9(24), 2014, s. 57.

görüldüğünden, cinsel suçlar tarihin her devrinde ve her toplumunda daima bu hukuki menfaat kapsamında cezalandırılmışlardır⁴⁶.

Sümerlerde, bekar kıza bir erkek tarafından tecavüz edilmesi ve evli bir kadının zina yapmasına idam cezası uygulanmıştır⁴⁷.

Babiller döneminde de zina, bir kişinin gelini ile cinsel ilişkiye girmesi, evli kadının kocasına ihanet etmesi ve ensest gibi cinsel içerikli fiillerin ölüm cezası ile yaptırıma tabi tutulması öngörülmüştür⁴⁸.

Asurlarda, ırza geçme ve evli kadınla zina etmek idamla cezalandırılırken, eski Hint döneminde aynı kast grupları arasındaki kişilerin zinasına yaptırım uygulanmazken, üst kasttan biriyle zina eden erkeğin yakılması kadının ise köpeklere parçalatılması öngörülmüştür⁴⁹.

Eski Yunanda, evli kadınla zina etmek ve bekar bir kıyı kaçırıp cinsel saldırıda bulunmak gibi eylemlerin idam ile cezalandırılacağı düzenlenmiştir⁵⁰.

Roma Hukukunda 8. Yüzyıl öncesinde, cinsel özgürlüğe karşı işlenen suçlardan ceza verme yetkisi aile babasının cezai yetkisine ve Censoslara bırakılmışken, sonrasında ahlaka karşı işlenen suçları düzenleyen “Lex Julia de Adulteris” yürürlüğe koyulmuş, bu kanunla birlikte zina, çok evlilik ve ensest eylemleri suç kabul edilerek cezalandırılmıştır⁵¹. Bunların yanında Roma Hukukunda, eşin karısıyla zina yaparken

⁴⁶ YARSUVAT, Duygun: “Mukayeseli Hukukta Cinsi Suçlar ve Müeyyideleri”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 30(1-2), 1964, s. 1.

⁴⁷ YURTSEVEN, Yılmaz: “İslam Öncesi Türk Toplumlarında Ceza Hukuku Yaptırımlarının İnsaniliği Üzerine”, Selçuk Hukuk Kongresi 2 Tam Metin Kitabı, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2022, s. 601.

⁴⁸ YURTSEVEN, İslam Öncesi Türk Toplumlarında, s. 602.

⁴⁹ YURTSEVEN, İslam Öncesi Türk Toplumlarında, s. 603, 605.

⁵⁰ YURTSEVEN, İslam Öncesi Türk Toplumlarında, s. 605.

⁵¹ YOKUŞ SEVÜK, Cinsel Saldırı ve Cinsel Taciz Suçları, s. 244.

yakaladığı bireyi bırakması, zina sebebiyle mahkumiyetine hükmedilen bir kadınla evlenmesi gibi fiiller de cinsel suçlar kapsamında sayılmıştır⁵².

Ortaçağ döneminde, cinsel özgürlüğe karşı gerçekleştirilen eylemler bireysel ahlakı gerçekleştirmek ve genel ahlakı sağlamak hedefiyle suç kabul edilmiş, bu devirlerde ceza kanunlarının cinsel suçların yer aldığı hükümlerinde dinsel içerikli düzenlemeler ön plana çıkarak suç ve günah arasında net bir ayrım yapılmamış, her iki kavram da birlikte düşünülmüştür⁵³. Dolayısıyla Ortaçağ döneminde cinsel suçlar açısından suç politikası biçiminde kabul edilen usul, kişilerin ahlaki değerleri kavramışını amaçlamak ve genel ahlakın korunmasını sağlamak olmuştur⁵⁴.

İslam Hukukunda cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar, had cürümler arasında görülmüş, evlilik birliği içinde olmayan tüm fiiller zina kapsamında kabul edilerek basit zinaya celde, nitelikli zinaya recm ve ensest ilişkiye de idam cezası uygulanmıştır⁵⁵. Bunun yanında İslam Hukukuna göre, zina suçunun bekarlar ve evli kişiler tarafından işlenmesi birbirinden ayrıldığı, bekar kişiler tarafından işlenmesinin yaptırımı olarak yüz değnek cezası öngörüldüğü, evli birinin bu suçu işlemesi halinde ise recm cezasının uygulanması gerektiği İslam Hukukçuları tarafından ifade edilmiştir⁵⁶.

İslam Hukukunda cinsel suçlar, vücut dokunulmazlığını ihlal eden veya etmeyen fiiller olarak değil, kazai ve diyani sorumluluğa yol açanlar şeklinde iki kategoride incelenmektedir⁵⁷. İslam Hukukunda tecavüz suçu ayrı bir suç olarak düzenlenmeyerek,

⁵² KILIÇ, Abbas: “Cinsel Hakimiyet ve Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Saldırı Suçu”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, (78), 2008, s. 172.

⁵³ YOKUŞ SEVÜK, Cinsel Saldırı ve Cinsel Taciz Suçları, s. 245.

⁵⁴ KILIÇ, Cinsel Hakimiyet ve Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Saldırı Suçu, s. 174.

⁵⁵ YOKUŞ SEVÜK, Cinsel Saldırı ve Cinsel Taciz Suçları, s. 245.

⁵⁶ AKSİN, Ahmet/MARAL Emrah: “Osmanlı Devleti’nde Irza ve Namusa Yönelik Olarak İşlenen Suçlar ve Uygulanan Cezalar (1789-1850)” II. Türk Hukuk Tarihi Kongresi Bildirileri Cilt:1, Fethi Gedikli (ed.), On İki Levha Yayıncılık, 1. Baskı, 2016, s. 819, 820.

⁵⁷ KIZILAY, Muhammed Emin: “Osmanlı Devleti’nde Cinsel Saldırı Suçları: 1869 Vakayı-i Zabtiye Gazetesi Örneği”, Dinbilimleri Akademik Araştırma Dergisi, 21(2), 2021, s. 989.

yaptırım olarak hadd cezasının öngörüldüğü zina suçunun kapsamında yer almıştır⁵⁸. İslam Hukuku bakımından zina kapsamında kabul edilen tecavüzü zinadan ayıran unsur, kadının zina fiiline zorlanması olmuştur⁵⁹. İslam Hukukunda zina, birbirleri ile evli olmayan veya efendi köle durumunda olmayan farklı cinslerden iki kişinin cinsel ilişkide bulunmasıyken, zina iftirası (kazf) olarak adlandırılan suç, İslam'ın namusa verdiği önemi gösteren nitelikte bir cinsel suç olarak zina iddiasında bulunup da bunun ispat edilememesi durumunda söz konusu olan cinsel suç tipi olmuştur.

Kendi bakış açılarına göre bireylere cinsellik anlayışı aktaran din, yerel cemaat, evlilik ve aile kurumu gibi kurumlar bugün bakıldığında toplumun geneli üzerinde bir şeyleri kabul ettirme ve kontrolü sağlama güçlerini önemli ölçüde yitirdiklerinden⁶⁰, özellikle 60'lı yıllar sonrasında başta batı olmak üzere toplumların cinsel suçlara bakış açısı değişmiştir.

Cinsel suçlara ilişkin bakış açısının değişmesiyle birlikte 1960 ve sonrasında özellikle Avrupa'da bu suçlar bakımından özgürleşme aşaması söz konusu olmuş, zina, pornografi, seks işçiliği, hemcinslik ve hayvanlarla cinsel ilişki gibi eylemlerin suç olmaktan çıkarılması ve başka yaptırımlara maruz bırakılması yolunda düzenlemelere gidilmiştir⁶¹. Böylelikle, 1960'lı yıllardan itibaren özellikle başta Avrupa olmak üzere cinsel suçlara bakış açısından büyük ölçüde değişim yaşanmış, bu nedenle zina vb. gibi birçok fiil suç olmaktan çıkarılmış, aşağıda açıklayacağımız üzere biraz gecikmeli olsa da Türk kanun koyucusu da bu gelişmelere kayıtsız kalamayarak 5237 sayılı Kanun ile

⁵⁸ KONAN, Belkıs: "Osmanlı Hukukunda Tecavüz Suçu", OTAM Ankara Üniversitesi Osmanlı Tarihi Araştırma ve Uygulama Merkezi Dergisi, (29), 2011, s. 152.

⁵⁹ KONAN, Osmanlı Hukukunda Tecavüz Suçu, s. 152.

⁶⁰ TANER, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s. 47.

⁶¹ TANER, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s. 52.

birlikte bu gelişmelere uygun düşecek şekilde cinsel suçlara ilişkin anlayışında değişikliğe gitmiştir.

3.2 Türk Hukukunda Cinsel Suçların Tarihi Gelişimi

3.2.1 Cumhuriyet Dönemi Öncesi

İslam öncesi Türklerde, livata ve ağır cinsel saldırı gibi eylemlere karşılık olarak ölüm cezası uygulanmıştır. Bunun yanında, bakire kıza veya evli kadına karşı gerçekleştirilen cinsel saldırılar ağır suçlardan sayılara ağır yaptırımlara bağlanmış, zina eden evlilerin ve diğer cinsel suçları gerçekleştiren kişilerin sığır, manda ve at gibi hayvanların arasına bağlanarak hayvanlar farklı yönlerle koşturularak bedenleri parçalanarak cezalandırılması öngörülmüştür⁶².

Osmanlı İmparatorluğu döneminde, Fatih ve II. Bayezid döneminde çıkarılan kanunnamelerde, cinsel suçlar İslam Hukukuna uygun düştüğü şekilde zina kapsamında görülmüş, kanunnamelerde yer alan maddelerde yalnızca ırza geçme değil, eski Kanun zamanında ırza tasaddi şeklinde adlandırdığımız suç kapsamına giren fiillerin de cezalandırılması öngörülmüştür⁶³. Sonrasında Kanuni Sultan Süleyman tarafından çıkarılan Kanuni Kanunnamesi'nde, söz atma, sarkıntılık ve yine tasaddi niteliğindeki fiillerin cezalandırılacağı düzenleme altına alınmıştır⁶⁴.

Osmanlı İmparatorluğu döneminde, cinsel suçları yansıtan en önemli kaynaklar şüphe götürmeksizin şer'îye sicilleridir⁶⁵. Şer'îye Sicilleri dikkate alınarak yapılan bir

⁶² YURTSEVEN, İslam Öncesi Türk Topluluklarında, s.610.

⁶³ Ayrıntılı bilgi için bkz. KONAN, Osmanlı Hukukunda Tecavüz Suçu, s. 157,158.

⁶⁴ AVCI, Mustafa: Osmanlı Hukukunda Suçlar ve Cezalar, 1. Baskı, Gökkuşbu Yayınları, 2004, s. 203, 204.

⁶⁵ SAK, İzzet/TAŞIN, Mustafa Fırathan: “Şer'îye Sicillerine Göre Osmanlı Hukukunda Cinsel Suçlar: Konya Örneği (1660-1740)”, Uluslararası Tarih ve Sosyal Araştırmalar Dergisi, (22), 2019, s. 191.

araştırmada, Osmanlı Devleti’nde cinsel suçlar kadınlara ve erkeklere işlenen cinsel suçlar şeklinde ayrılmış, kadınların mağduru olabileceği cinsel suçlar zina, zina iftirası, tecavüz ve taciz olarak sınıflandırılırken, erkeklere yönelik işlenen cinsel suçlar livata ve taciz olarak ayrılmıştır⁶⁶.

Osmanlı döneminde genel hükümler ve özel hükümler ayrımı yapan yazılı ilk ceza kanunu, Napolyon tarafından çıkarılan 1810 tarihli Fransız Ceza Kanunu mehzaz alınarak hazırlanmıştır. 1810 tarihli Fransız Ceza Kanunu’ndan tercüme olarak alınan bu kanun, 1858 yılında Ceza Kanunname-i Humayunu adıyla yürürlüğe koyulmuştur. Osmanlı Hukuku bakımından tecavüz suçu incelenirken, klasik dönem ve tanzimat dönemi şeklinde ikili bir ayrım yapılması gerektiği, çünkü klasik dönemdeki kanunnamelerin şer’i hukuku esas alırken, 1858 tarihli Ceza Kanunname-i Humayunu’nun batı tarzı hukuki reformları esas aldığı belirtilmiştir⁶⁷. Osmanlı İmparatorluğu’nda ırza karşı işlenen suçlar, bu kanunda “Hetk-i Irz Edenlerin Mücazâtı Beyanındandır” başlığı altında yer almış, ırza geçmenin yaptırımını olarak muvakkat kürek cezası öngörülmüş, tecavüz suçunun mağdur kadının yakını, velisi veya aylıklı hizmetkari tarafından işlenmesi nitelikli hal sayılmış ve fiilin bakire bir mağdura işlenmesi durumunda kürek cezası yanında tazminat yaptırımına da hükmedileceği düzenleme altına alınmıştır⁶⁸.

⁶⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. SAK/TAŞIN, Konya Örneği (1660-1740), s. 192-247.

⁶⁷ YILDIRIM, Adem: “İslam Hukukunda Cinsel Dokunulmazlığa Karşı İşlenen Hetk-i Irz (Tecavüz) Suçunun Cezası ve Kur’an Ceza İlkeleri Açısından Değerlendirilmesi”, Dokuz Eylül Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, (47), 2018, s. 243.

⁶⁸ KONAN, “Osmanlı Hukukunda Tecavüz Suçu”, s. 163.

3.2.2 Cumhuriyet Dönemi

3.2.2.1 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu cinsel suçları “Kişilere Karşı Suçlar” kısmı altında “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar” başlığıyla düzenlerken, 765 sayılı ilga Türk Ceza Kanunu’nda bu suçlar “Adabı Umumiye ve Nizamı Aile Aleyhinde Cürümler” başlığı altında adap ve aile düzenine aykırı suçlar olarak düzenlenmiştir.

765 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda cinsel suçların düzenlendiği “Adabı Umumiye ve Nizamı Aile Aleyhine Cürümler” başlığı altında, birçok suç düzenlenmiş olsa da bu kısımda yalnızca bu suçlardan halihazırdaki TCK’da yer alan cinsel suçlara karşılık gelenler detaylı olarak incelenecektir. Cinsel suçlara ilişkin ataerkil bakış açısının değiştiğini gösteren bir takım suç farklılıklarına ise her iki kanun arasındaki anlayış değişikliğinin ortaya konulması amacıyla kısaca değinilecektir.

765 sayılı Türk Ceza Kanunu 1889 tarihli büyük oranda İtalyan Ceza Kanunu’ndan (Zanardelli Kanunu) alınmasına rağmen, cinsel suçlar içerik itibarıyla farklı bir şekilde alınmış, ülkemizin kendi toplumsal özellikleri dikkate alınarak cinsel suçların düzenlendiği hükümlere eklemeler yapılmış, ayrıca ilga edilen 1274 sayılı Ceza Kanunu’ndan da bazı hükümler 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’na alınmıştır⁶⁹. 765 sayılı Kanunda 5237 sayılı TCK’da yer alan cinsel suçların karşılığı olarak, dört suç tipi yer almıştır⁷⁰. Aşağıda bu suç tipleri incelenecektir.

⁶⁹ DÖNMEZER, Sulhi: Ceza Hukuku Özel Kısım Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler, 5. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 1983, s. 42.

⁷⁰ YILDIZ, Ali Kemal: 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu, 1. Baskı, İstanbul Barosu Yayınları, 2007, s. 211.

765 sayılı TCK m.421’de söz atma ve sarkıntılık suçları ayrı fiiller olarak, ancak aynı madde içerisinde düzenlemiştir. Söz atmanın, kadınların ve genç erkeklerin tacize uğramadan gezerek dolaşabilmelerini ve yaşayabilmeleri sağlamak amacıyla kanun koyucu tarafından düzenlendiği ifade edilmiştir⁷¹. Söz atmanın, 765 sayılı Kanun’un 419. maddesinde düzenlenen hayasızca hareketler ile sarkıntılık fiilleri arasında kamu edep ve iffetine saldırının özel bir biçimi olarak tanımlandığı belirtilirken; sarkıntılığın ise hayasızca hareketler ile ırza geçmeye teşebbüs veya ırza tasaddi suçları arasında kamu edep ve iffetine saldırının özel biçimi olarak düzenlendiği ileri sürülmüştür⁷².

Bir görüşe göre, suçların düzenlendiği maddede failin sadece erkek olabileceğine dair özel bir ifadeye yer verilmediğinden, her iki fiilin faili kadın veya erkek olabilir⁷³. Suçun mağdurunun ise, kadın veya genç erkek olabileceği belirtilmiştir⁷⁴. Maddede geçen “genç” ifadesi ise, Anayasa Mahkemesi’nin 20.03.2002 tarihli, 39/35 sayılı kararı ile hükümden kaldırılmıştır.

Söz atmanın, failin belirli kimselere karşı şehvet duygusu ile yaptığı sözlü saldırıları olduğu şeklinde tanımı yapılmıştır⁷⁵. Söz atma suçunun oluşması için dile getirilen sözlerin özel bir mana taşımaları gerekli olmayıp, söz atma kastıyla ve şehvet

⁷¹ DÖNMEZER, Ceza Hukuku Özel Kısım Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler, s. 189.

⁷² GÖZÜBÜYÜK, Abdullah Pulat: Alman, Fransız, İsviçre ve İtalyan Ceza Kanunlarıyla Mukayeseli Türk Ceza Kanunu Gözübüyük Şerhi, 5. Baskı, Kazancı Hukuk Yayınları, s. 865.

⁷³ ARTUK, Mehmet Emin: “Cinsel Taciz ve Ceza Hukuku”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, 49(3), 1994, s. 36; GÖZÜBÜYÜK, Alman, Fransız, İsviçre ve İtalyan Ceza Kanunlarıyla Mukayeseli Türk Ceza Kanunu Gözübüyük Şerhi, s. 865; Karşı görüş için bkz. DÖNMEZER, Ceza Hukuku Özel Kısım Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler, s. 188.

⁷⁴ DÖNMEZER, Ceza Hukuku Özel Kısım Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler, s.188; Gözübüyük’e göre ise, söz atma veya sarkıntılık fiilleri bir kadın tarafından da işlenebileceğine ve böylelikle düşük bir kadın tarafından yaşlı bir erkeğe de bu fiillerin işlenmesi mümkün olduğuna göre, 421. maddede yer alan suç bakımından sadece genç erkeğin mağdur olabileceği şeklindeki görüş isabetli değildir. Bkz. GÖZÜBÜYÜK, Alman, Fransız, İsviçre ve İtalyan Ceza Kanunlarıyla Mukayeseli Türk Ceza Kanunu Gözübüyük Şerhi, s. 866.

⁷⁵ GÖZÜBÜYÜK, s. 866.

duygusu ile gerçekleştirilen herhangi bir hitap veya sarf edilen söz bu suçu oluşturacağı belirtilmiştir⁷⁶.

5237 sayılı Kanun’a 6545 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik sonrasında yeniden eklenen ve 765 sayılı Kanun’da müstakil olarak 421. maddede düzenlenen sarkıntılık fiili, 765 sayılı Kanun’a da sonradan girmiş olup⁷⁷, edep ve iffete tecavüz suçları ile ırza tasaddi suçlarının arasında bir yer tuttuğu için, kanun koyucunun 421. madde ile bu fiili ayrıca cezalandırmak istediği ifade edilmiştir⁷⁸. 765 sayılı Kanun’da da sarkıntılığın ne olduğunun kanunda tarif edilmediği ifade edilmiştir⁷⁹. 765 sayılı Kanun döneminde sarkıntılık fiili doktrinde, bir şahsa yönelik olarak, rızası aleyhine şehvet amacıyla, söz veya hareketlerle edep ve iffete karşı yapılan fakat ırza tecavüz veya ırza tasaddi boyutuna veya bunların teşebbüsünün boyutuna varmayan eylemler olarak tanımlanmıştır⁸⁰.

765 sayılı Kanun döneminde sarkıntılık fiili “belli bir kimseye karşı işlenmesi” gerekliliği şartı yönünden hayasızca hareketler suçundan ayrılmıştır⁸¹. 765 sayılı Kanun’da da sarkıntılık bakımından gerekli olan şart, fiilin mağdurun vücudu üzerinde gerçekleştirilmesi halinde bu eylemin devamlılık göstermemesi gerektiğidir ki aksi takdirde ırza tasaddi suçundan söz edilmesi gerekecektir⁸². Halihazırdaki durumdan farklı olarak bu kanun döneminde sarkıntılık cürmünün vücuda temas edilmeksizin işlenmesi

⁷⁶ DÖNMEZER, s. 188; GÖZÜBÜYÜK, s. 866; ARTUK, s. 36.

⁷⁷ 765 sayılı TCK’da 1933 yılında yapılan 2275 sayılı Kanun değişikliği ile sarkıntılık fiilleri düzenlenmeden önce bu nitelikteki fiiller ırza tasaddi niteliğinde kabul edilmiştir. Bkz. GÖZÜBÜYÜK, s. 866.

⁷⁸ DÖNMEZER, s. 190.

⁷⁹ ÖNDER, s. 382.

⁸⁰ DÖNMEZER, s. 190.

⁸¹ GÖZÜBÜYÜK, s. 867.

⁸² ÖNDER, s. 385.

de mümkün kılınmıştır⁸³. Sarkıntılık suçu, 765 sayılı Kanun döneminde de genel kast ile işlenen bir suç olarak düzenlenmiştir⁸⁴.

Bugünkü karşılığı basit cinsel saldırı olan ırza tasaddi suçu, 765 sayılı TCK'da 415. ve 416. maddeler olmak üzere iki ayrı hükümde düzenlenmiştir. Irza tasaddi suçu ile kanun koyucunun, cinsi faaliyette bulunmak hürriyeti ve cinsi şerefi koruduğu, kişinin adaba aykırı hareketlere maruz bırakılması veya bu şekilde eylemleri gerçekleştirmeye zorlanmasının edep duygusuna zarar vereceği ifade edilmiştir⁸⁵. 415. maddede 15 yaşını tamamlamamış küçüklere karşı ırza tasaddi suçu düzenlenmişken, 15 yaşın üzerindekiyle karşı ırza tasaddi suçu 416/2 hükmünde düzenlenmiştir. Belirtmek gerekir ki, yaş esası alınarak yapılan düzenlemeden dolayı, 765 sayılı TCK döneminde de bugünkü sistemde olduğu gibi 15 yaşını bitirmiş kişiye karşı rızası kapsamında yapılan ve ırza geçme boyutuna varmayarak ırza tasaddi kapsamında kalan eylemlerin gerçekleştirilmesi suç olarak öngörülmemiştir.

415 ve 416. maddelerde ırza ve namusa mutazammın bir fiil ve hareket olarak ifade edilen ırza tasaddi suçunun tanımı yapılmayarak, bu husus doktrin ve uygulamaya bırakılmıştır⁸⁶. 765 sayılı TCK döneminde doktrinde, ırza tasaddinin tanımının yapılmasından önce, ırza tasaddinin her ne kadar ırza geçme ile iç içe geçtiği kabul edilse ve cezası da ırza geçmeye göre daha az olsa bile, ırza geçmenin hafifletici sebebini teşkil etmediği ve bağımsız bir suç tipi olduğu vurgulanmıştır⁸⁷. Irza geçmenin tanımının doktrinde, *“Irza tasaddi, bir kimse üzerinde, ırza geçme niteliğinde olmayan, zaman*

⁸³ ÖNDER, s. 385.

⁸⁴ GÖZÜBÜYÜK, s. 867.

⁸⁵ DÖNMEZER, s. 100. Bu ifadeler de yine 765 sayılı Kanun döneminde, cinsel hürriyet kavramının tamamen göz ardı edilmediğini ortaya koyar niteliktedir.

⁸⁶ DÜLGER, İbrahim: Cinsel Özgürlüğe Karşı İşlenmiş Suçlardan Irza Geçme Suçu, SÜSBE, (Yayınlanmamış Doktora Tezi, 1998, s. 218; Önder, s. 342.

⁸⁷ ÖNDER, s. 342.

bakımından devamlı ve hareketler yönünden zincirleme (müteselsil) şehvani hareketlerdir.” şeklinde yapılmıştır⁸⁸. 765 sayılı Kanun döneminde de ırza tasaddi, organ sokma boyutuna varmayan, ancak devamlılık arz eden şehvani hareketlerken, bugünkü durumdan farklı olarak 765 sayılı Kanun’a göre mağdurun vajina veya anüsüne cinsel organ haricinde olan bir cismin, örneğin parmağın sokulması da ırza tasaddi suçunu oluşturan bir harekettir⁸⁹.

765 sayılı Kanun’da günümüzdeki karşılığı nitelikli cinsel saldırı olan ırza geçme cürmüne ise 414 ve 416. maddelerde yer verilmiş, maddeler arasında yaş kıstası baz alınmış, 414. maddede mağdurun 15 yaşından küçük olması aranırken, 416. maddede mağdurun 15 yaşından büyük olması şart olarak belirlenmiştir. Kanun suçu bu şekilde düzenlerken, suçun tarifini yapmamış, ırza geçmenin ne şekilde olacağını tarif etmemiştir⁹⁰. 765 sayılı Kanun döneminde ırza geçme suçu, erkek tarafından bir insana yönelik olarak doğal veya doğal olmayan yoldan cinsi münasebette bulunma olarak tanımlanmıştır⁹¹. Böylelikle suçun yalnızca bir erkek tarafından işlenebileceği kabul edilmiştir. Dolayısıyla bu dönemde yalnızca, erkek cinsel organının ithali bu kapsamda görülmüş, sair cisim sokma eylemleri ırza geçme değil, ırza tasaddi kapsamında cezalandırılmıştır.

Eski TCK’da reşit olmayanla cinsel ilişki suçuna benzer şekilde bir düzenlemeye 416. maddenin son fıkrasında yer verilmiştir⁹². Bu hükümde düzenlenen suç tipinin oluşabilmesi için halihazırda yürürlükte bulunan Türk Ceza Kanunu’nun 104. maddesine

⁸⁸ GÖZÜBÜYÜK, s. 759.

⁸⁹ DÜLGER, s. 220.

⁹⁰ ÖNDER, s. 301.

⁹¹ ÖNDER, s. 302.

⁹² Mülga 765 sayılı TCK m.416/3’de, reşit olmayan kişi ile rızasıyla cinsel ilişkide bulunanların fiil daha ağır cezayı gerektirmediği takdirde altı aydan üç seneye kadar hapis ile cezalandırılacağı öngörülmüştür.

benzer şekilde mağdurun 15 yaşını tamamlamış olması ve rızasının bulunması gereklidir. Ancak mülga TCK’da bu hüküm müstakil bir suç olarak ayrı bir maddede değil, 15 yaşını tamamlamış kişilere karşı cebir, şiddet veya tehdit suretiyle ırza geçme suç tipinin düzenlendiği maddenin son fıkrasında düzenlenmiştir. Reşit olmayanla cinsel ilişki kavramından farklı olarak “küçüklerle cinsi temas” olarak adlandırılan bu suç tipinin 765 sayılı Kanun döneminde müstakil bir suç olarak ayrı bir maddede düzenlenmemesi, bu suçun ırza geçmenin hafif şekli olmaması ve ırza geçme suçuyla bir ilgisi olmaması nedeniyle eleştirilmiştir⁹³.

Eski Kanunda bugünkü kanunda bulunmayan, ataerkil bakış açısını yansıtan bir suça daha her iki kanun arasındaki anlayış farklılığını ortaya koymak için değinmek gerekir. 765 sayılı Kanun’un 423. maddesinde evlenme vaadi ile kızlık bozma adında bir suç tipine yer verilmiştir. Bu hükme göre, onbeş yaşını dolduran bir kıza evlilik vadederek failin cinsel ilişkiye girmesi suretiyle kızlığını bozma eyleminin altı aydan iki seneye kadar hapis cezası ile cezalandırılacağı öngörülmüştür. Aynı hükmün ikinci fıkrasında ise failin kızlığını bozduğu kimse ile evlenmesi halinde davanın ve cezanın tecil olacağı, ancak evlilik sonrasında beş sene içerisinde failin kusuru nedeniyle evliliğe son verilmesi halinde davaya devam edileceği veya ceza alınmışsa cezanın infaz edileceği düzenleme altına alınmıştır. Görüleceği üzere, 765 sayılı Kanun’da kızlığın bozulması cezai sorumluluğa yol açan bir eylem olarak görüldüğü gibi buna rağmen kızlığı bozulan mağdur ile failin evlenmeleri de cezasızlık sebebi olarak kanunda düzenlenmiştir.

⁹³ ÖNDER, s. 317, 318.

3.2.2.2 2003 Tarihli Türk Ceza Kanunu Hükümet Tasarısında Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar

Tezimizde 2003 tarihli Türk Ceza Kanunu Hükümet Tasarısı'nın incelenmesinin sebebi, 1984'ten itibaren Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer başkanlığında toplanan komisyonların hazırladığı tasarıların sonuncusu olmasıdır. Daha öncesinde de 1989, 1997 ve 2001 tarihli tasarılar hazırlanmış ancak bunların son şekli 2003 tasarısı ile verilmiş ve bu tasarı Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne sunulmuştur.

Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne sunulan 12.05.2003 tarihli tasarıda, cinsel suçlar “Topluma Karşı Suçlar” başlıklı ikinci kısmın “Cinsel Bütünlüğe ve Edep Törelerine Karşı Suçlar” başlıklı altıncı bölümünde düzenlenmiştir. Dolayısıyla, cinsel suçların düzenlediği bölüm başlığından anlaşıldığı üzere, 2003 tasarısında da cinsel suçlarla korunmaya çalışılan hukuki değere ilişkin felsefi anlayış devam etmiş, bu anlayış ancak 2005 yılında yürürlüğe giren son TCK'ya kadar devam ettirilmiştir. 2003 Tasarısında öncelikli olarak cinsel özgürlüğün korunması amaç edinilseydi, cinsel suçların topluma karşı suçlar başlığı altında değil, kişilere karşı suçlar başlığı altında düzenlenmesi gerekirdi⁹⁴. Bu sebeple, cinsel suçlarla korunan hukuki menfaatin bireyin kendi cinsel özgürlüğü ve dokunulmazlığı olduğu anlayışının Türk ceza hukukunda ilk kez 2005 yılında uygulamaya koyulan yeni Kanun ile benimsendiğini söylemek gerekir.

TBMM'ye sunulan 2003 Tasarısında bugünkü TCK'da yer alan cinsel suç tiplerinin karşılığı olarak zorla ırza geçme, küçüklerin ve çocukların rızası ile ırzına geçilmesi, zorla ırza tasaddi, çocukların rızası ile ırzına tasaddi ve söz atma, sarkıntılık, cinsel taciz suçlarının yer aldığını söylemek mümkündür. Tasarıda yer alan cinsel suçların

⁹⁴ NUHOĞLU, Ayşe: “Türk Ceza Kanunu’nda ve 2002 Tasarısı’nda Cinsel Suçlar”, Çetin Özek Armağanı, 1. Baskı, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2004, s. 609, 610.

başlıklarına bakıldığında, burada ırza geçme ve ırza tasaddi terimlerinin hakimiyetinin devam ettiği, yine cinsel suçlarla korunan hukuki değere ilişkin anlayışta olduğu gibi bu terimlerin de kullanılmasına son verilerek, cinsel saldırı ve cinsel istismar terimlerinin kullanılmasına ilk olarak 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ile başlandığı görülmektedir. Yine 765 sayılı TCK'da cinsel suçların “Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler” başlığı altında düzenlediği dikkate alındığında, 2003 tasarısında “Cinsel Bütünlüğe ve Edep Törelerine Karşı Suçlar” başlığı altında düzenlenmesi bu suçlar da bu aşamadan itibaren cinsel bütünlük kavramının korunan bir değer olarak ele alındığını gösterse de cinsel suçlar bu tasarıda bir edep ve ahlak sorunu olarak görülmeye devam edilmiştir.

Alt komisyona gönderildikten sonra tamamıyla değiştirilen ve yasalaşmayan 2003 tarihli Hükümet Tasarısında ırza geçme suçu, 315⁹⁵ ve 316⁹⁶ olmak üzere iki ayrı maddede düzenlenmiştir. Bu hükümlerden yürürlükte olan kanunda karşılığı nitelikli cinsel saldırı olan ırza geçmenin farklı olarak yalnızca organ ithali olarak düzenlendiği⁹⁷, sair cisim sokmanın bu kapsamda görülmediği, verilecek cezanın miktarı bakımından üçlü bir ayırım yapıldığı ve on beş ila on sekiz yaşındakiler ile on beş yaşını tamamlamamış olan kişilere karşı suçun işlenmesinin cezayı ağırlaştıran nitelikli hal

⁹⁵ Hükümet Tasarısının “Zorla ırza geçme” başlıklı 315. maddesinde, cebir, şiddet veya hile kullanılarak fiile karşı koyamayacak durumda bulunan kişiye karşı ırza geçme suçu düzenlenmiş, bunun cezası sekiz yıl hapis olarak belirlenmiş, bu fiilin onbeş onsekiz yaşları arasında bulunan çocuğa karşı işlenmesi durumunda cezanın yedi ila on yıl hapis olacağı düzenlenmiş, yine aynı suçun onbeş yaşını bitirmemiş çocuğa karşı işlenmesi halinde cezanın on ila onbeş yıl hapis olacağı öngörülmüştür. Aynı maddenin diğer fıkralarında ise ırza geçmenin cinsiyet organının ithali olarak dar tanımı yapılmış ve bu fiillerin ergin kişilere işlenmesi halinde şikayete tabi olacağı ve şikayetten vazgeçmenin de mümkün olmayacağı öngörülmüştür.

⁹⁶ Hükümet Tasarısının “Küçüklerin ve çocukların rızası ile ırzına geçilmesi” başlıklı 316. maddesinde, ırza geçme fiilinin onbeş onsekiz yaş arasındaki çocuğa karşı rızası ile gerçekleştirilmesi halinde failin altı aydan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacağı, onbeş yaşını bitirmemiş çocuğa karşı rızası ile işlenmesi halinde dört yıldan altı yıla kadar hapis cezasının uygulanacağı düzenlenmiştir. Aynı düzenlenmenin son fıkrasında da hükmen veya evlenme ile ergin kılınan kişilerin bu madde kapsamı dışında oldukları, yani rıza ile girdikleri cinsel ilişki bakımından bu suçun mağduru olamayacakları öngörülmüştür.

⁹⁷ Bu durum doktrinde eleştirilmiş, suçla korunan hukuki değer göz önünde bulundurulduğunda eylemin herhangi bir araç ile gerçekleştirilmesi halinin de ırza geçme olarak kabul edilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Bkz. NUHOĞLU, Türk Ceza Kanunu’nda ve 2002 Tasarısı’nda Cinsel Suçlar, s. 619.

olduğu, 316. maddede yer alan hükmün ise şu anki TCK m.104'de düzenlenen reşit olmayanla cinsel ilişki suçuna karşılık geldiği, ancak günümüzde yürürlükte olan suçun mağduru yalnızca 15 ila 18 yaş arasında kişiler olabilecekken, 2003 tarihli Hükümet Tasarısında bu fiilin mağdurunun 15 yaş altında olan kişiler de olabileceği anlaşılmaktadır. 315. maddenin dipnotta yer verdiğimiz metnine göre, suçun failinin erkek eş olamayacağı yönünde bir belirleme olmamasına rağmen hükmün gerekçesinde bu suçun failinin erkek eş olamayacağı kanaatimizce isabetsiz olarak ve hükmün bugünkü karşılığından farklı olarak belirtilmiştir⁹⁸.

Yürürlükte bulunan kanundaki basit cinsel saldırı suçuna karşılık gelen ırza tasaddi suçu ise, Hükümet Tasarısının 317⁹⁹ ve 318¹⁰⁰ maddelerinde düzenlenmiştir. 317. maddede rızaya aykırı şekilde gerçekleştirilen ırza tasaddi düzenlenmişken, 318. maddede on beş yaşını bitirmemiş çocuğa karşı rızası ile işlenen ırza tasaddi suçunu düzenlemiştir. Buradan anlaşıldığı üzere 2003 tarihli Hükümet Tasarısında da şu anki düzenlemelerimizde olduğu gibi on beş yaşını bitirmemiş kişiye karşı her türlü cinsel davranış rızası kapsamında olsa dahi suç olarak sayılmıştır.

⁹⁸ NUHOĞLU, Türk Ceza Kanunu'nda ve 2002 Tasarısı'nda Cinsel Suçlar, s. 617.

⁹⁹ Hükümet Tasarısının “Zorla ırza tasaddi” başlıklı 317. maddesinde cebir, şiddet veya hile kullanılarak fiile karşı koyamayacak durumda bulunan kişiye karşı ırza tasaddi suçu düzenlenmiş, cezasının bir yıl ila üç yıl hapis olacağı öngörülmüştür. Bu fiilin onbeş ila onsekiz yaşlarında bulunan çocuğa karşı işlenmesi halinde iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacağı, onbeş yaşını bitirmemiş çocuğa karşı işlenmesi halinde ise üç yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacağı öngörülmüştür. Aynı maddenin son fıkrasında bu suçun ergin kişilere karşı işlenmesi halinde şikayete tabi olarak soruşturulup kovuşturulacağı, ancak şikayetten vazgeçmenin mümkün olmadığı düzenleme altına alınmıştır.

¹⁰⁰ Hükümet Tasarısının “Çocukların rızası ile ırzına tasaddi” başlıklı 318. maddesinde, onbeş yaşını bitirmemiş çocuğun rızası ile ırzına tasaddi eden kişinin iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacağı öngörülmüştür.

Tasarının 319. maddesinde¹⁰¹ buraya kadar açıkladığımız ırza geçme ve ırza tasaddi suçları ile ilgili olan dört ayrı madde için uygulanacak ortak ağırlaştırıcı nedenlere yer verilmiştir.

Tasarının 321. maddesinde¹⁰² de, söz atma, sarkıntılık ve cinsel taciz fiilleri birlikte aynı madde içerisinde düzenlenmiştir. Burada da kanun koyucunun 765 sayılı Kanun sistematüğinden ayrılmadığı ve söz atma ile sarkıntılığı aynı hüküm içerisinde ve fakat yine ayrı fiiller olarak düzenlediği görölmektedir. 5237 sayılı Kanun ile karşılaştırdığımızda ise söz atmanın yeni kanuna alınmadığını, sarkıntılığın ise sonradan yeni kanuna eklendiğini belirtmek gerekmektedir.

3.2.2.3 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar

Genel adap gibi kadınlara karşı ayırım yapılmasını tetikleyecek belirsiz kavramların korunması amacıyla kişilerin ruhsal ve fiziksel olarak bir bütünlük arz eden cinsel yaşamları ile cinsel özgürlüklerinin korunmasının geri plana atılması, çağdaş gelişmeler ve Kadına Karşı Her Türlü Ayırmıcılığın Önlenmesi Sözleşmesi hükümlerine uygun olmamıştır¹⁰³. Bu nedenle bir reform olarak adlandırılan 5237 sayılı TCK cinsel

¹⁰¹ Hükümet Tasarısının “Ortak ağırlaştırıcı nedenler” başlıklı 319. maddesinde, 315 ila 318. maddeler için ortak ağırlaştırıcı nedenler düzenlenmiştir. Buna göre, suçun en az iki kişi tarafından birlikte işlenmesi veya suçun üst soy, veli, vasi, öğretmen, hizmetkar, terbiye ve gözetim yükümlülüğü bulunan veya benzer şekilde mağdur üzerinde nüfuz sahibi kişi tarafından işlenmesi halinde cezanın yarı oranında artırılacağı düzenleme altına alınmıştır. Suç sonucunda mağdurun sağlığında bir noksanlık meydana gelmesi veya malullük ya da mayubiyetini meydana getirmesi halinde ise cezanın bir kat artırılacağı öngörülmüştür. Son olarak da suç sonucu mağdurun ölümü halinde müebbet hapis cezasına hükmedileceği düzenlenmiştir.

¹⁰² Hükümet Tasarısının “Söz atma, sarkıntılık, cinsel taciz” başlıklı 321. maddesinde, kadınlara veya erkeklere söz atanların üç aydan altı aya kadar hapis veya üçyüz elli milyon lira ile bir milyar lira arasında para cezası ile cezalandırılacağı düzenlenmiştir. Bunun yanında kadınlara veya erkeklere sarkıntılık yapanlara ise altı aydan iki yıla kadar hapis cezası verileceği öngörülmüş, bu fiillerin mağdurun nüfuzu altında olan kişinin cinsel tacizi biçimini oluşturması halinde cezanın bir yıldan az olmayacağı düzenleme altına alınmıştır. Hükmün son fıkrasında, bu maddede yer alan söz atma ve sarkıntılık suçlarının şikayete tabi olarak soruşturulup kovuşturulacağı öngörülmüştür.

¹⁰³ CENTEL, Cinsel Suçlar Değişiklik Tasarısının Değerlendirilmesi, s. 271.

suçları bir cinsel dokunulmazlık ve özgürlük meselesi olarak ele almayı tercih etmiştir. Bu husus, her iki kanun arasında cinsel suçlar bakımından ciddi bir anlayış değişikliğine gidildiğini göstermektedir¹⁰⁴.

Belirtmek gerekir ki, özellikle 1960'lı yıllardan sonra yapılan tanımlamalarda “örf ve adete ilişkin sınırlar” ve “cinsel ahlak” gibi kavramlara yer verilmeyerek, cinsel suçlar genel ahlak ve adap sorunu olarak değil, özgürlük problemi olarak ele alınmaya başlanmıştır¹⁰⁵. 2005 yılında yürürlüğe giren Türk Ceza Kanunu ile birlikte cinsel suçlarda bu şekilde bir anlayış değişikliğine gidilmesinde, karşılaştırmalı hukuktaki değişikliklerin büyük önemde etkili olduğu anlaşılmaktadır¹⁰⁶. Cinsel suçlarla korunan hukuki değere ilişkin bu değişim, kavramlarda da kendisini göstermiş, 765 sayılı Kanun'daki ırza geçme, ırza tasaddi, söz atma, sarkıntılık gibi sözcükler yerine yeni kanunda cinsel davranış, cinsel saldırı, cinsel istismar ve cinsel taciz gibi terimler tercih edilmiştir¹⁰⁷. Buradan anlaşılabacağı üzere, yeni kanunda cinsel suçlar farklı bir bakış açısıyla düzenlendiği gibi, aynı zamanda önceki kanunda yer verilen terminoloji ve tasnif de büyük ölçüde değiştirilmiştir¹⁰⁸.

5237 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesiyle birlikte cinsel suçların koruduğu değere ilişkin anlayış değiştiğinden, 765 sayılı Kanun'da yer alan kavramların artık kullanılmamasının isabetli olduğu, çünkü bu kavramların kadına ait değerler olmadığı

¹⁰⁴ Centel'e göre 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda cinsel suçların “Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler” başlığı altında düzenlenmesi, yasa koyucunun cinsel suçlara özgürlük olarak değil, genel adap açısından baktığını göstermektedir. Bkz. CENTEL, Cinsel Suçlar Değişiklik Tasarısının Değerlendirilmesi, s. 270, 271.

¹⁰⁵ TANER, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s. 31.

¹⁰⁶ Cinsel suçların korudukları hukuksal değere ilişkin ve cinsel suçların ceza kanunlarında düzenlendikleri başlıklara ilişkin İtalya, Fransa, Almanya ve İspanya başta olmak üzere, diğer bazı Avrupa ülkelerindeki süreç hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. TANER, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s. 52-64.

¹⁰⁷ DURSUN, s. 59.

¹⁰⁸ TEZCAN, Durmuş/ERDEM, Mustafa Ruhan/ÖNOK, Murat: Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 21. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023, s. 397.

gibi suç sebebiyle müdahaleye uğrayan özgürlük değerini izah etmekten uzak kavramlar oldukları ifade edilmektedir¹⁰⁹. Ancak 6545 sayılı Kanun değişikliği ile birlikte cinsel saldırı suçunun basit halinin sarkıntılık biçiminde gerçekleşmesinin daha az cezalandırılması hususundaki düzenlemesiyle birlikte, bu ifadenin doğru kavranabilmesi için eski TCK'daki kavramlara dönme ihtiyacı da doğurabilecektir¹¹⁰. Irza tasaddi ve ırza geçme terimlerinin yeni kanunda yer almaması sebebiyle bu ayrımın kalktığı düşünülse de ırza tasaddi ile ırza geçme ayrımı yeni kanunda muhafaza edilmekte, yalnızca bu terimler yerine nitelikli cinsel saldırı ve cinsel saldırı kavramlarının kullanılması kabul edilmiştir¹¹¹. Kanaatimizce burada devam eden aynı eylemler ve unsurlarıdır, ancak bu durum terminolojinin değiştirildiği gerçeğini ortadan kaldırmamaktadır. Suçun unsurlarına ilişkin değişikliğin yalnızca ırza geçme olgusu ile sınırlı olduğunu, 765 sayılı Kanun'da ancak penis ithali bu suçu teşkil ederken, şimdiki halde sair cisim sokma eylemlerinin de bu hali oluşturduğu düzenlenerek, eylemin kapsamının genişlediğini ve daha nötr hale geldiğini vurgulamak gerekmektedir.

Cinsel suçlara ilişkin olarak gerek terimlerde gerekse korunan hukuki değerdeki anlayış değişiklikleri cinsel suçlar kapsamına girmeyen hususlarda da karşılık bulmuş, fail veya şeriklerin evlenmesinin etkisi meselesi 5237 sayılı TCK'da konu bireysel özgürlük boyutuyla ele alındığından, yeni kanunda düzenlenmemiştir¹¹².

Türkiye'de kanun koyucunun düzenlerken farklı konulara nazaran fazla zorlandığı, sosyal hassasiyetler ve aile düzeni, çocukların korunması gibi kavramsal

¹⁰⁹ KILIÇ, s.180; AYDIN, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, s.157; DÜLGER, Evlilik Birliği İçinde Gerçekleşen Nitelikli Cinsel Saldırı Suçu, s. 545.

¹¹⁰ Mahmut Koca/İlhan Üzülmüş, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Adalet Yayınevi, 7. Baskı, Ankara 2020, s. 323.

¹¹¹ ÜNVER, Cinsel Suçların Eleştirisel Olarak İncelenmesi, s. 28.

¹¹² ÜNVER, Cinsel Suçların Eleştirisel Olarak İncelenmesi, s. 28.

ilişkilerin yasa yapımında ön plana çıktığı suç tipi cinsel suçlardır¹¹³. Aynı zamanda cinsel suçlar, ceza yasalarının toplumsal temelle ilgili en önemli yansımalarından birisini oluşturmaktadır¹¹⁴. Bu nedenle, özellikle 2005 yılında yapılan reformla birlikte cinsel dokunulmazlığa karşı suçlarda ciddi bir anlayış değişikliğine gidilmesine ve yeni düzenlemeler yapılmasına rağmen, kanunun yürürlüğe girmesinden kısa bir süre sonra cinsel dokunulmazlığa karşı suçlarda büyük değişiklikler gerçekleştirilmiştir. 2005 yılında yürürlüğe giren yeni Kanunda düzenlenen suçlar, 2014 yılında yapılan 6545 sayılı Kanun¹¹⁵ değişikliği ile önemli ölçüde değişikliğe uğramıştır.

6545 sayılı Kanun’la cinsel suçlarda gerçekleştirilen değişikliklerde ilk göze çarpan husus cezaların ağırlaştırılmasıdır. Bu kanun değişikliği ile kanunda yer alan tüm cinsel suçların cezalarının ağırlaştırılması yoluna gidilmiştir. Cinsel suçlara ilişkin sorunların çözümünün cezaların artırılmasına dayandırılması ve bu değişiklikle de bunun gerçekleştirilmiş olması eleştirilmekte, böyle bir yaklaşımın olumlu sonuçlar vermeyeceği savunulmaktadır¹¹⁶. Aynı yönde cezaların artırılması yaklaşımına, yakın tarihlerde basına yansıyan dramatik ve sansasyonel hadiseler kamuoyunun verdiği tepkinin neden olduğu, oysa değişiklikten önceki cezaların da hafif olmadığı ve cezaları artırarak belirli suçların işlenmesinin önüne geçilebileceği kabulünün kriminoloji bilimi verilere aykırı olduğu belirtilmektedir¹¹⁷.

Bir görüş de cezaların artırılmasının suçların işlenmesinin önlenmesinde tek başına yeterli olmayacağını belirterek, 6545 sayılı Kanunla cinsel suçların düzenlediği

¹¹³ TANER, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s. 70.

¹¹⁴ DURSUN, s. 57.

¹¹⁵ “Türk Ceza Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına dair Kanun”, RG. T. 28.06.2014, S. 29044.

¹¹⁶ TANER, Fahri Gökçen: “6545 Sayılı Kanun Cinsel Saldırı ve Cinsel Taciz Suçlarına Ne Getirdi? Ne Getirebilirdi?” Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 30(133-2), 2017, s. 89.

¹¹⁷ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 397.

maddelerde yapılan değişiklik öncesinde suçların cezalarında yer alan alt ve üst sınırlar içindeki fazlalığın olaydaki fiilin ağırlığına bakılarak hakime cezanın tayini bakımından büyük imkan tanıdığını, fakat uygulamamızda yargıçların genellikle yaptırımını alt sınırdan başlatmak gibi bir alışkanlıkları olması sebebiyle fiillerin ağırlığına uygun cezalar verilemediğinden, kanun koyucunun bu adaletsizliği gidermek ve yine aynı şekilde kamuoyunun tepkisini çeken olayların önüne geçmek amacıyla cezaların artırılması yoluna gittiğini düşünmektedir¹¹⁸. Kanaatimizce de cinsel suçlarla ilgili salt olarak cezaların artırılması ve konunun yalnızca ceza hukuku boyutuyla ele alınması kalıcı netice vermeyecektir.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, cinsel suçlara ilişkin cezaların artırılmasıyla, cinsel istismar suçunun görevli mahkemesi ağır ceza mahkemesi haline gelmiş, herhangi bir geçiş hükmü de öngörülmediğinden Yargıtay aşamasındaki dosyaların dahi yeniden incelemesi ağır ceza mahkemelerince yapılmış, böylelikle makul sürede yargılanma hakkı bakımından ihlaller ortaya çıkmıştır.

5237 sayılı Kanun döneminde cinsel suçlara ilişkin son değişiklik Anayasa Mahkemesi’nin 12.11.2015 tarihli, 2015/26 Esas ve 2015/100 Karar sayılı kararı ile TCK’nın 103. maddesinin 2. fıkrasını¹¹⁹ iptali sonrasında 6763 sayılı Kanun’un 13. maddesiyle yapılmıştır. İlgili Kanun’un 13. maddesiyle hem 103. maddenin 1. fıkrasında hem de 2. fıkrasında değişiklik yapılmıştır.

Güncel durumda yürürlükte olan TCK’da dört ayrı cinsel suç yer almakta olup, 102. maddede basit ve nitelikli cinsel saldırı suçu ile sarkıntılık fiili, 103. maddede bu fiillerin 18 yaş altında, yani ceza hukukuna göre çocuk sıfatına giren kişilere karşı

¹¹⁸ KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 322.

¹¹⁹ Mülga TCK m.103/2’ye göre, “(2) Cinsel istismarın vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi durumunda, onaltı yıldan aşağı olmamak üzere hapis cezasına hükmolunur.”

işlenmesi, 104. maddede 15 ila 18 yaşındaki çocukların rıza ile cinsel ilişkiye girmeleri olarak tanımlanan reşit olmayanla cinsel ilişki suçu, son olarak 105. maddede de temas içermeksizin gerçekleştirilebilecek olan cinsel taciz suçu düzenlenmiştir. TCK'nın bu bölümü, yani cinsel dokunulmazlığa karşı suçların düzenlendiği kısmı yaklaşım ve felsefe olarak kanunun en olumlu bölümlerinden biri olarak görülmekteyken, aynı zamanda bu kısımda bulunan suçların tanımlarında yer alan kavramların muğlaklık bakımından en fazla sorun gözüken bölümlerinden birisi olduğu belirtilmektedir¹²⁰. Tez çalışmasının amaçlarından birisi de, basit ve nitelikli cinsel saldırı suçu bakımından muğlak ve tartışmalı hususların giderilmesi, bu konudaki önerilerin ortaya konulmasıdır. 5237 sayılı TCK'da yer alan cinsel suçlar ve birbirinden ayrımları bir sonraki ana başlıkta ele alınacağından burada detaylı olarak incelenmemektedir.

Netice itibariyle tezin konusunu oluşturan basit ve nitelikli cinsel saldırı suçu yeni kanunda yer alan cinsel suçlardan bir tanesini oluşturmakta olup, kanun koyucu bu suç tipi ile 765 sayılı Kanun döneminde ayrı maddelerde düzenlenen ırza tasaddi, ırza geçme ve sarkıntılık eylemlerinin tamamını kapsamlı şekilde düzenlemiş, tüm bu fiilleri cinsel saldırı başlığı altında bütünleştirmiştir¹²¹. Tezin ikinci bölümünden itibaren halihazırdaki düzenlemeye göre sadece bu suç tipi incelenecek olup, tezin buraya kadarki bölümündeki

¹²⁰ SANCAR, Türk Ceza Hukukunda Kadın, s. 195.

¹²¹ KİZİROĞLU, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Kadına İlişkin Düzenlemeler ve Cinsel Suçlar”, s. 1000, 1001; YOKUŞ SEVÜK, Cinsel Saldırı ve Cinsel Taciz Suçları, s. 248; Galatasaray Üniversitesi’nin TCK tasarısı hakkında bildirdiği görüşte, cinsel saldırı başlığı altında yer alan suç tipinin içerisinde ırza geçme, ırza tasaddi ve sarkıntılık suçlarının birarada düzenlenmesi eleştirilmiş, bu şekilde bir düzenleme yapmanın ileride cinsel eylemlerin çok ağır cezalarla karşılanmasına neden olacağı belirtilmiştir. Bkz. “Türk Ceza Kanunu Tasarısı Hakkında Galatasaray Üniversitesi’nin Görüşü”, Türk Ceza Kanunu Reformu İkinci Kitap, 1. Baskı, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2004, s.308; Yokuş Sevük’e göre ise, sarkıntılık suçu vücuda temas ile gerçekleştirilebileceğinden ve bu şekilde sarkıntılık suçunun işlenmesi ile cinsel saldırı olduğu gibi cinsel davranışlarla kişinin vücut dokunulmazlığının ihlali söz konusu olduğundan dolayı, sarkıntılık suçunun cinsel saldırı içinde düzenlenmesi isabetlidir. Bkz. YOKUŞ SEVÜK, s. 248.

başlıklarda geniş bir çerçeve çizilmesi adına diğer cinsel dokunulmazlığa karşı suçlara ilişkin bazı açıklama ve değerlendirmelere de yer verilmiştir.

3.2.3 765 Sayılı TCK ile 5237 Sayılı TCK'nın Karşılaştırılması

İki kanun arasında en temel farklılığın kullanılan terminoloji yönünde olduğunu söylemek gerekmektedir. Yeni kanun ataerkil bakış açısına son vermeyi hedeflediğinden, ırz ve namus gibi kelimelere yeni kanunda yer verilmemiş, “cinsel saldırı” terimi tercih edilmiştir.

Eski kanun ile yeni kanun arasındaki en temel farklılık 765 sayılı Kanun'da iki ayrı maddede müstakil birer suç olarak düzenlenen ırza tasaddi ve ırza geçmenin yeni TCK'da “cinsel saldırı” şeklinde tek bir başlık altında birlikte düzenlenmiş olmasıdır. Her ne kadar her iki eylemin yine aynı madde içerisinde düzenlenmiş olsalar da farklı suçlar olduğu ileri sürülüyor olsa da yeni kanun her iki eyleme aynı başlık ve madde altında yer vermiştir.

Irza geçme suçu eski Kanunda yalnızca erkek cinsel organının penetrasyonu ile işlenebilirken, yeni kanun ile birlikte vajinal, anal veya oral yoldan organ dışında sair cisim sokma eylemleri de nitelikli cinsel saldırı kapsamına alınmıştır.

Eski Kanuna da sonradan giren sarkıntılık olgusu bakımından her iki kanun düzenlemesi ve uygulaması karşılaştırıldığında, 765 sayılı Kanun uygulaması bakımından sarkıntılıkta vücuda temasın şart olmadığı, 5237 sayılı Kanun'da ise her ne kadar cezayı hafifleten bir sebep olarak düzenlense de sarkıntılık olgusu için de mağdurun vücutuna temasın şart olduğunu belirtmek gerekmektedir. Yine yeni kanunda eski kanunda yer verilen söz atma gibi bir terim ve olguya yer verilmediğini, bu kapsamdaki fiillerin cinsel taciz kapsamında değerlendirileceğini belirtmek gerekir.

5237 sayılı Ceza Kanun’unda evlenme vaadi ile kızlık bozma şeklinde ataerkil bakış açısını yansıtan bir suç tipine yer verilmemiştir. Ancak yine de ifade etmek gerekir ki, 5237 sayılı Kanun’da da nitelikli cinsel saldırının “sokmak” formülasyonu çerçevesinde düzenlenmesi, yani penetrasyona maruz bırakılmanın şart olması, birine cisim sokturulması ile cisim sokulması olgularının denk görülmemesi ataerkil anlayıştan yansıma içermektedir. Eşe karşı işlenen fiillerde, suçun şikayete tabi tutulması da aile düzeninin cinsel özgürlüğe üstün tutulduğunu göstermektedir. Ancak tüm bunlara rağmen, yeni kanunun eski kanuna göre daha yerinde düzenlemeler içerdiğini ve modern ceza hukuku anlayışıyla bağdaşmayan belirli hükümleri lağvettiğini belirtmek gerekir.

4. CİNSEL SALDIRI SUÇU İLE CİNSEL DOKUNULMAZLIĞA KARŞI DİĞER SUÇLAR ARASINDAKİ FARKLAR

4.1 Genel Olarak

Kanunda cinsel saldırı haricinde aynı başlık altında üç suç tipi daha düzenlenmiştir. Kanun koyucu tespit ettiğimiz kadarıyla dört farklı ayırım kriterine göre cinsel suçları sınıflandırmış ve düzenleme altına almıştır. Bu kısımda, ayırım kriterlerine göre cinsel dokunulmazlığa karşı suçların tasnifi yapılarak, kanun koyucunun dört ayrı suç tipini ne şekilde ayırdığı açıklanacak, diğer suçların başlıkları altında da yalnızca cinsel saldırı suçu ile farklarına yer verilecektir. Tezin konusunu basit ve nitelikli cinsel saldırı suçu oluşturduğundan, diğer cinsel suçlarla ilgili detaya girilmemiş, yalnızca cinsel saldırı suçu ile farkları üzerinde durulmuştur.

Türk kanun koyucusunun 5237 sayılı TCK'da cinsel özgürlüğe karşı suçlar olan dört suç tipini düzenlerken dikkate aldığı dört ayırım kriteri söz konusu olmuştur. Bunlar;

- Vücuda temas bulunup bulunmadığı,
 - Vücudun belirli bölgelerine (oral, anal, vajinal) organ veya sair cisim sokulup sokulmadığı,
 - Mağdurun yaşının hangi aralıkta (0-15, 15-18, 18 ve üzeri) olduğu,
 - Mağdurun cinsel nitelikli eyleme rızasının bulunup bulunmadığı,
- Şeklindedir.

Bu ayırım kriterlerine göre dört suç tipinden hangisinin meydana getirildiği tespit edildiğinden, kanun koyucunun cinsel özgürlüğe karşı suçları sistematik şekilde ayırma tabi tutup düzenlerken bu hususları esas aldığı anlaşılmaktadır.

İlk olarak vücuda temas bulunup bulunmadığı kriterine değinmek gerekirse, bu ayırım kriterinin cinsel taciz açısından belirleyici olduğunu söylemek gerekir¹²². Mağdurun vücuduna temas içermeyen her türlü cinsel içerikli davranışı kanun koyucu diğer cinsel suçlardan ayırmış ve cinsel taciz olarak tanımlamıştır. Bu suç tipi, mağdurun cinsel dokunulmazlığına yönelmekle birlikte, buna karşılık vücut dokunulmazlığı ihlali içermeyen hareketler olarak cinsel özgürlüğe karşı suçlar arasında ilk aşamayı oluşturmaktadır¹²³.

Kanun koyucu, vücuda temas içeren cinsel içerikli davranışları suç olarak düzenlerken de üçlü bir sistem benimsemiştir. Bunlar; sarkıntılık¹²⁴, basit cinsel saldırı ve vücudun belirli bölgelerine (oral, anal, vajinal) organ veya sair cisim sokulması eylemleri olarak sınıflandırılabilir. Kanun koyucunun cinsel özgürlüğe karşı suçlar sistematğinde hangi suçun oluştuğu tespiti bakımından dikkate aldığı bir diğer önemli kriter, mağdurun vücuduna fail tarafından temasta bulunulup bulunulmadığıdır. Kanun koyucu, sadece vücuda teması bir ölçüt olarak almakla da kalmamış, aynı zamanda vücuda temasın ne şekilde gerçekleştirildiğini de oluşacak fiiller ve uygulanacak cezalar açısından ayırmıştır. Kanun koyucu vücuda temas içeren cinsel içerikli davranışları, vücudun belirli bölgelerine organ veya sair cisim sokulup sokulmadığına ve temasın ani, kesik veya yoğun sürekli olup olmadığına göre sınıflandırmıştır. Doktrinde, mağdurun vücuduna temasta bulunulmasının cinsel suçların ikinci aşamasını, vücuda temasın ötesinde mağdurun vücuduna oral, anal veya vajinal yollardan sair cisim veya organ sokma davranışı içeren fiillerin de üçüncü aşamasını oluşturduğu belirtilmektedir¹²⁵.

¹²² TCK m.102'nin gerekçesinde bu durum ortaya koyulmuştur.

¹²³ DURSUN, s. 61.

¹²⁴ Sarkıntılık fiili yeni kanunda en başta bulunmazken, 6545 sayılı Kanun'un 58. maddesiyle TCK m.102'nin ilk fıkrasına dahil edilmiştir.

¹²⁵ Bkz. DURSUN, s. 61, 62.

Kanun koyucunun, cinsel özgürlüğe karşı suçları düzenlerken dikkate aldığı bir diğer ayrım kriteri ise mağdurun yaşının hangi aralıkta olduğudur. TCK m.102, m.103, m.104'te yer alan düzenlemelerden anlaşıldığı üzere, kanun koyucu cinsel suçları mağdurun yaşı bakımından üçlü bir sisteme tabi tutmuştur. Yaş bakımından kanun koyucunun yaptığı temel ayrım, mağdurun çocuk veya yetişkin olmasıdır ve bu durum TCK m.102 ve m.103'ün birbirinden ayrı olarak düzenlenmesinde görülmekle birlikte çocuk mağdurlar açısından da kanun koyucu 0-15 yaş ve 15-18 yaş şeklinde ikili bir ayrıma gitmiştir.

Kanun koyucu, 15 yaşını tamamlamış veya 15 yaşını tamamlamakla birlikte hareketin hukuki mana ve neticelerini anlama kabiliyeti oluşmamış olan çocuklara karşı gerçekleştirilen her türlü cinsel davranışı doğrudan suç kabul ederken, 15 yaşını tamamlamış ve hareketin hukuki mana ve neticelerini anlama kabiliyeti oluşmuş çocuklar bakımından yalnızca cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen bir başka sebeple gerçekleştirilen cinsel davranışların suç oluşturacağını kabul etmiştir¹²⁶. Ancak bunun yanında, 15-18 yaş arası fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmiş çocuklara da cinsel özgürlüklerini yaşama konusunda sınırsız bir alan tanınmamış, bu nitelikte olsalar bile rızaları dahilinde cinsel ilişkiye girmeleri TCK m.104 uyarınca suç olarak tanımlanmıştır. Kanun koyucunun cinsel suçlar sistematiğine bu suçu eklemesindeki neden olarak, 15 yaşındaki çocukların cinsel özellikler ve yeteneklerinin bilincinde olmalarına rağmen kişiliklerinin gerekli yeterlilikte olmadığı ve bir başkasıyla

¹²⁶ ÖZGENÇ, İzzet: "Türk Ceza Kanunu'nun Cinsel Suçlara İlişkin Düzenlemelerinin Dayandığı Felsefi Temel, Cinsel Suçlara İlişkin Kanun Hükümlerinin Uygulanmasından Kaynaklanan Sorunlar", Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 24(1), 2020, s. 261.

cinsel ilişkiye girmelerinin sonuçlarını yeterince anlayabilecek sorumluluğa sahip olmamaları gösterilmektedir¹²⁷.

Türk Ceza Kanunu'nun cinsel suçlar sistematğinde kanun koyucunun düzenleme yaparken dikkate aldığı son ayırım kriteri, mağdurun cinsel nitelikli eyleme rızasının bulunup bulunmadığıdır. Bu ayırım kriteri bakımından özellikle reşit olmayanla cinsel ilişki suçu, TCK sistematğinde başka cinsel suçlardan ayrı suç olarak değerlendirilmelidir¹²⁸. Esasen, rıza hariç bireylerin cinsel özgürlüklerine yönelik ihlallerin cezalandırılmasının önüne geçecek ceza hukukunca ortaya koyulmuş ikinci bir neden bulunmamaktadır¹²⁹. Bu kapsamda, TCK m.102, m.103 ve m.105'te yer alan cinsel suçlar açısından reşit olmayanla cinsel ilişki suçundan farklı şekilde rızasızlık temel şarttır. Cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar başlığı altında düzenlenmiş olan cinsel saldırı, çocukların cinsel istismarı ve cinsel taciz suçlarında suçların oluşumu bakımından rızanın yokluğu (hukuki niteliği tartışmalı olmakla birlikte) aranırken, TCK m.104'te düzenlenen reşit olmayanla cinsel ilişki suçu için rızanın varlığı bir koşul olarak aranmaktadır¹³⁰.

Netice olarak, kanun koyucu cinsel suçları mağdurun yaşı, vücuda temas bulunup bulunmadığı, vücuda gerçekleştirilen temasın organ veya sair cisim sokma boyutuna varıp varmadığı ve mağdurun rızasının bulunup bulunmamasına göre belirli bir sistematğe ayırmış, gerek suçları ve gerekse cezalarının ağırlığını bu ayırım kriterlerini dikkate alarak belirlemiştir.

¹²⁷ ÖZGENÇ, Türk Ceza Kanunu'nun Cinsel Suçlara İlişkin Düzenlemelerinin Dayandığı Felsefi Temel, s. 263, 264.

¹²⁸ PEKMEZ, Tuba Kelep: "Suçla Korunan Hukuki Değer Çerçevesinde Çocuklar Arasında Gerçekleşen 'Rızaya Dayalı' Cinsel İlişkinin Cezalandırılabilirliği Sorunu", Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 8(2), 2020, s. 183.

¹²⁹ EKİCİ ŞAHİN, Meral: Ceza Hukukunda Rıza, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2012, s. 112.

¹³⁰ PEKMEZ, Suçla Korunan Hukuki Değer Çerçevesinde Çocuklar Arasında Gerçekleşen "Rızaya Dayalı" Cinsel İlişkinin Cezalandırılabilirliği Sorunu, s. 183.

4.2 Çocukların Cinsel İstismarı Suçu

Çocukların cinsel istismarı suçu, cinsel saldırıdan ayrı şekilde müstakil bir hükümde düzenlenmiştir. Kanun koyucu bu suç tipinin yalnızca sarkıntılık boyutunda kalmasını mağdurun, velisinin veya vasisinin şikayetine tabi tutmuş, maddede düzenlenen diğer eylemlerin tamamının re'sen soruşturulup kovuşturulacağını öngörmüştür.

Suçun faili bakımından madde metninde herhangi bir ayırım yapılmadığından, fail kadın veya erkek yetişkin herkeştir¹³¹. Bunun yanında, cinsel saldırı suçunda olduğu gibi, fail ve mağdur çocuğun hangi cinsiyette olduklarının bir önemi bulunmamaktadır¹³².

Cinsel istismar suçu bakımından özellikle cinsel saldırı suçu ile karşılaştırmalı bakımdan önemli olan unsur, cinsel istismar suçunun mağdurunun ancak çocuk olabileceğidir¹³³. Dolayısıyla çocukların cinsel istismarı suçu, TCK'nın 102. maddesinde düzenlenen cinsel saldırı suçundan en temel şekilde, mağdur bakımından ayrılmaktadır. Böylelikle cinsel suçlar sistematüğinde kanun koyucu mağdur bakımından ikili bir ayırma gitmiş, rızaya aykırı cinsel davranışların çocuk üzerinde gerçekleştirilmesi halinde çocukların cinsel istismarı suçunun, 18 yaşını doldurmuş bir mağdur üzerinde işlenmesi durumunda ise cinsel saldırı suçunun oluşacağı şeklinde bir düzenleme getirmiştir. Bu duruma ilişkin olarak doktrinde, çocukların cinsel istismarı suçunun, cinsel saldırı suçunun çocuklar bakımından simetriğini olduğu ifade edilmektedir¹³⁴.

¹³¹ KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 9. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2023, s. 393; AKKAYA, Çetin: Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2024, s. 323.

¹³² KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 393; MEMİŞ KARTAL, Çocukların Cinsel İstismarı, s. 156; ARTUK, Mehmet Emin/GÖKCEN, Ahmet/ALŞAHİN, Mehmet Emin/ÇAKIR, Kerim: Ceza Hukuku Özel Hükümler, 20. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2022, s.394; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 379.

¹³³ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 381; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 394; MEMİŞ KARTAL, Çocukların Cinsel İstismarı, s. 144.

¹³⁴ TANER, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s. 359.

TCK m.103'te mağdur çocuklar bakımından da ikili bir ayırma gidilmiş, 15 yaşını doldurmamış çocuklara yönelik olarak yapılacak her türlü cinsel davranış istismar kapsamına alınırken, 15-18 yaş arasında olup da fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayabilecek çocuklara yönelik olarak rızaya dayalı olan ve cinsel ilişki boyutuna varmayan cinsel davranışlar istismar kapsamına alınmamıştır. Bu kapsamda, 15 yaşın altında olan veya 15-18 yaş aralığında olsa bile fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamayacak çocuklar bakımından, rıza konusunda suçun cinsel saldırı suçu ile farklılık arz ettiği, bu nitelikte çocuklara karşı gerçekleştirilen cinsel davranışların rıza kapsamında olması halinde dahi çocukların cinsel istismarı suçunu oluşturacağı belirtilmelidir¹³⁵. Dolayısıyla bu hususun cinsel saldırı suçu ile cinsel istismar suçları arasındaki ilk belirgin farklılık olduğunu ifade etmek gerekir. Cinsel saldırı suçu bakımından rıza dışılık esas, yani rıza halinde hiçbir şekilde suçun oluşmayacağından söz edilirken, 15 yaşını doldurmamış mağdur çocukların veya 15-18 yaş aralığında olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan çocukların cinsel nitelikteki eyleme yönelik rızaları bulunsa dahi cinsel istismar suçu oluşacaktır.

Mağdur çocuk kavramı, gerek TCK m.6/1-b ve gerekse 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu m.3/1-a hükümlerine göre belirlenmelidir. Bu kapsamda her iki hükmün de anlamı uyarınca, Türk Hukukunda erginlikten evvel herhangi bir sebeple reşit kılınanlar da iki kanunun yaptığı tanım gereği çocuk kavramı kapsamında kaldığından, 18 yaşından önce herhangi bir sebeple reşit kılınan kişinin de çocukların cinsel istismarı suçundan mağdur olacağını düşünmekteyim¹³⁶. Yargıtay uygulamasının da bu yönde

¹³⁵ Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. GÖKCAN, Hasan Tahsin/ARTUÇ: Mustafa Türk Ceza Kanunu Şerhi 3. Cilt, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2021, s. 3874-3886.

¹³⁶ Aynı yönde bkz. AKKAYA, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, s. 326; YILMAZ, Yeşim: "Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlara İlişkin Değerlendirmeler ve Öneriler", Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 18(217), 2023, s. 1455.

olduğunu belirtmek gerekir¹³⁷. Her ne kadar Yargıtay'ın evlilik içinde işlenen cinsel saldırılar bakımından aksi yönde de içtihadı¹³⁸ bulunsa dahi bu içtihadın isabetli olmadığını, güncel içtihatla belirtilen görüşün isabetli olduğunu, kişi 18 yaşından önce evlenme veya başka bir nedenle ergin kılınsa da eşine ve üçüncü kişilere karşı çocuk kabul edilmesi gerektiğini düşünmekteyiz. Bu hususa ilişkin detaylı açıklamalar, cinsel saldırı suçunun mağdurunun incelendiği kısımda yapılacağından, tekrara düşmemek adına konu burada detaylı irdelenmemektedir.

Netice olarak, herhangi bir nedenle 18 yaşından evvel reşit kılınsın veya kılınmasın 18 sarkıntılık, basit cinsel saldırı veya nitelikli cinsel saldırı teşkil eden eylemlerin 18 yaşını doldurmamış kişilere karşı gerçekleştirilmesi halinde, cinsel saldırı suçu yerine TCK m.103'te yer alan çocukların cinsel istismarı suçunun oluşacağını ifade etmek gerekir.

Maddede geçen her türlü cinsel davranış ifadesinden hareketle çocukların cinsel istismarı suçu için fiziksel temasın şart olmadığı ileri sürülmüştür¹³⁹. 6545 sayılı Kanun değişikliğine kadar da bu görüş doktrinde desteklenmiştir¹⁴⁰. Ancak bir başka görüş ise 6545 sayılı Kanun değişikliği öncesinde de TCK m.102, m.103 ve m.105'i bir bütünde değerlendirmek suretiyle cinsel istismar ile cinsel saldırının tek farkının mağdurun yaşı olduğunu, bunun haricinde vücuda temas içermeyen cinsel nitelikte davranışların çocuğa

¹³⁷ Yargıtay'ın bu yönde içtihadı için bkz. Yargıtay 14. C.D., T. 25.04.2019, E. 2018/1930, K. 2019/9356, <https://karararama.yargitay.gov.tr/> (e.t. 07.02.2025).

¹³⁸ Yargıtay'ın evlilik içinde işlenen cinse saldırılar bakımından aksi yönde görüşü için bkz. Yargıtay 14. C.D., T. 22.12.2014, E. 2014/582, K. 2014/14622, <https://karararama.yargitay.gov.tr/> (e.t. 07.02.2025).

¹³⁹ Yıldız, maddenin ifadesi dikkate alındığında, bu tanım içerisine cinsel tacizden nitelikli cinsel saldırıya kadar bütün eylemlerin girdiğini ifade etmiştir. Bkz. Yıldız, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu, s. 220.

¹⁴⁰ Bkz. TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 386; 6545 sayılı Kanun değişikliği yapılmadan önce Ünver, düzenlemedeki cinsel davranış kavramının cinsel tacizi de içine alacak şekilde geniş olduğunu, bu tartışmada çocuklara karşı cinsel taciz suçunun düzenlenmeyip bu tür davranışların da çocukların cinsel istismarı kapsamında değerlendirilmesi gerektiği izlenimini uyandırdığını ifade ederek, madde metninde terim birliğinin sağlanması gerektiğini vurgulamıştır. Bkz. ÜNVER, Cinsel Suçların Eleştirel Olarak İncelenmesi, s. 42.

karşı gerçekleştirilmesi halinde de cinsel taciz suçunun oluşacağını ortaya koymuştur¹⁴¹. Ancak gerek istikrar kazanan Yargıtay uygulaması ve gerekse 6545 sayılı Kanun değişikliği sonrasında bu tartışma ortadan kaldırılmıştır¹⁴². Dolayısıyla cinsel saldırı suçu ile çocukların cinsel istismarı suçları arasında fiziksel temas bakımından fark bulunmayıp, her iki suçun meydana gelmesi bakımından da mağdurun vücuduna temas şarttır.

Netice olarak çocukların cinsel istismarı suçu, basit cinsel istismar ve nitelikli cinsel istismar sistematigi içerisinde işleniş şekli bakımından cinsel saldırı suçundan herhangi bir farklılık göstermemekte olup, yalnızca ve en önemli unsur olarak suçun mağdurunun herhangi bir şekilde önceden ergin kılınmış olsa bile mutlak bir şekilde 18 yaşını doldurmamış çocuk olabilmesi hasebiyle cinsel saldırı suçundan ayrılmaktadır. Bu durum haricinde suçun fiil unsuru bakımından suçlar arasında bir farklılık bulunmamaktadır.

Son olarak her iki suçun cezayı ağırlaştırıcı nitelikli haller bakımından birtakım farklılıklar göstermektedir. Cinsel saldırı suçunun beden veya ruh bakımından kendini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı işlenmesi bir nitelikli hal olarak düzenlenmişken, bu ağırlaştırıcı sebebe çocukların cinsel istismarı suçunda yer verilmemiştir. Çocukların cinsel istismarı suçunun mağdurunun zaten yalnızca 18 yaşını tamamlamamış çocuklar olduğu ve cezasının cinsel saldırı suçuna göre daha ağır olduğu dikkate alındığında bu durumun isabetli olduğu söylenebilir.

¹⁴¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. GÖKCAN/ARTUÇ, Türk Ceza Kanunu Şerhi 3. Cilt, s. 3890-3892.

¹⁴² Çocuğa karşı da cinsel taciz suçunun işlenebileceğine dair içtihat için bkz. Yargıtay 14. C.D., T. 26.12.2018, E. 2015/7955, K. 2018/7799, <https://karararama.yargitay.gov.tr/> (e.t. 07.02.2025).

4.3 Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu

5237 sayılı TCK'da düzenlenen bir diğer cinsel dokunulmazlığa karşı suç 104. maddede düzenlenen reşit olmayanla cinsel ilişki suçudur. Bu suçta temel itibariyle mağdur yaşı ve rıza kriteri olmak üzere iki bakımdan cinsel saldırı suçundan ayrılmaktadır.

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun mağduru, fiilin işlendiği anda 15 yaşını doldurmuş, fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmiş olan çocuktur¹⁴³. Bunun yanında, mağdur çocuğun yaşayan kişi olması da şarttır. Suçun mağduru, 15-18 yaş arası her çocuk olabilecektir¹⁴⁴. Bu kapsamda, bu suçun mağdur bakımından özgü suç niteliği gösterdiği ifade edilmektedir¹⁴⁵. Çünkü hüküm uyarınca mağdur, 15-18 yaş arasında olan, erkek veya kız çocukları ile sınırlandırılmıştır¹⁴⁶. Mağdur çocuğun cinsiyeti bakımından madde metninde herhangi bir kıstas belirlenmemiş olup, mağdur çocuğun kız veya erkek olması mümkündür¹⁴⁷. Bunun yanında madde metninde suçun hemcinsler arasında işlenemeyeceğine dair herhangi bir düzenleme de yer almadığından, suçun fail veya mağdurunun erkek olması mümkündür¹⁴⁸.

¹⁴³ ÖZCAN, Onur: "Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu", Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 19(3), 2022, s. 319; SEVÜK, Handan Yokuş: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 5. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2023, s. 457; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 414; GÖKCAN/ARTUÇ, s. 4036.

¹⁴⁴ GÖKCAN/ARTUÇ, s. 4037; HAKERİ, Hakan/TEKİN, Derya: Tartışmalı Sorularla Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2023, s. 199; TANER, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s. 472.

¹⁴⁵ YOKUŞ SEVÜK, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 457.

¹⁴⁶ Kartal, mağdur çocuğun cinsiyetinin herhangi bir öneminin olmadığını, bu suç bakımından özgüllüğü oluşturan hususun yaş olduğunu vurgulamaktadır. MEMİŞ KARTAL, Pınar: "Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu (TCK m.104)", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 65(4), 2016, s. 2087.

¹⁴⁷ ÖZCAN, s. 322; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 414; ÖZBEK, Veli Özer/DOĞAN, Koray/BACAŞIZ, Pınar: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 18. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023, s. 387; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 404; Keser, s. 71; KANBUR, "Türk Ceza Kanunu'nda Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu (TCK m.104)", s. 42; Recep Doğan: "Anlamli Yanıt Üretilmeyen İkişim: Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu", Ankara Barosu Dergisi, (1) (2017), s. 138; Anayasa Mahkemesi de suçun mağduru bakımından maddede bir ayırım yapılmadığını, bu sebeple erkek veya kız çocuğu olmasının mümkün olduğunu söylemektedir. Bkz. Anayasa Mahkemesi Kararı, 26.02.2009; 2006/17 E., 2009/33 K.

¹⁴⁸ ÖZBEK/DOĞAN/BACAŞIZ, s. 388.

Dolayısıyla bu bakımdan, cinsel saldırı suçu ile TCK'nın 104. maddesinde düzenlenen reşit olmayanla cinsel ilişki suçu arasındaki temel ayırımlardan birisinin mağdura ilişkin olduğunu, cinsel saldırı suçunun mağdurunun mutlaka 18 yaşını tamamlamış yetişkin kişi olması gerekirken, reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun mağdurunun sadece 15-18 yaş aralığında olup cinsel ilişkinin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayabilecek çocuklar olabileceğini vurgulamak gerekmektedir.

Suçun mağduru yanı sıra reşit olmayanla cinsel ilişki suçu ile cinsel saldırı suçu arasında vurgulanması gereken bir diğer farklılık kriteri, suçun maddi unsurlarından fiile ilişkindir. Kanun koyucu, TCK m.102'de cinsel saldırı suçunu düzenlerken fiil unsuru açısından cinsel davranış ve vücuda organ veya sair cisim sokulması ifadelerini kullanırken, 104. maddede fiil unsuru bakımından cinsel ilişki ifadesini kullanmayı tercih etmiştir.

Yukarıda belirttiğimiz gibi kanun koyucu bu suçta gerek cinsel saldırı ve gerekse çocukların cinsel istismarından farklı olarak, cinsel davranış ve cinsel istismar ifadelerinden farklı şekilde “cinsel ilişki” ifadesini kullanmayı tercih etmiştir. Bu suçla, diğer cinsel suçlarla benzer hukuki yararın korunduğu dikkate alındığında, cinsel ilişki ifadesi ile cinsel davranışlar arasında ayırım yapılması, bu ifadelerin kanun koyucu tarafından çocuğun gelişimine etkileri bakımından aralarında derecelendirme olduğu düşüncesini uyandırmaktadır¹⁴⁹. Hükümde geçen cinsel ilişki doktrinde, normal olarak erkek ve kadının tenasül organlarını kullanarak çiftleşmeleri ve cinsel münasebette bulunmaları şeklinde tanımlanmaktadır¹⁵⁰. Doktrindeki yaygın kanaate göre de cinsel

¹⁴⁹ SARIGÜL, Ali Tanju: “Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçunda Fail (TCK m.104)”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, XXV(2), 2021, s. 729.

¹⁵⁰ POLAT, Halil: “Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, İçerdiği Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, Ceza Hukuku Dergisi, 5(13), 2010, s. 190.

ilişki ile belirtilen husus, erkek cinsel organının, vajinaya veya anüse sokulması veya sokturulmasıdır¹⁵¹. Yargıtay da cinsel ilişkiyi, erkek cinsel organının kadının vajinası veya anüsüne sokulması ya da erkeğin cinsel organının bir başka erkeğin anüsüne sokulması olarak kabul etmektedir¹⁵². Bu kapsamda Yargıtay, oral ilişkiyi cinsel ilişki kapsamında görmeyerek, hükmün uygulama alanında kabul etmemektedir¹⁵³.

Doktrinde yer alan diğer görüşlere göre ise, organ veya sair bir cismin vücuda sokulması veya sokturulması şeklinde gerçekleşen tüm cinsel ilişkiler madde kapsamında değerlendirilmelidir¹⁵⁴. Kanaatimizce de cinsel ilişkinin bu şekilde yorumlanması hükmün düzenlenme amacına daha uygun düşeceği gibi, metinde cinsel ilişkiye yönelik herhangi bir belirleme yer almadığından, maddenin açık lafzına da aykırılık teşkil etmeyecektir. Bu nedenle, maddede geçen cinsel ilişki ifadesinin hükmün amacı doğrultusunda geniş yorumlanarak, vücuda sair cisim sokulması ve oral ilişkinin de bu kapsamda değerlendirilmesinin doğru olacağını düşünmekteyim.

¹⁵¹ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 407, 408; KÖKSAL, s. 707; BEYAZIT, s. 299, 300, 301; BAYTEMİR, s. 492; Şen, Maviş ve Şahin'e göre, bu suçun oluşabilmesi için taraflar arasında sadece vücudun herhangi bir yerine cinsel amaçlı organ veya diğer bir cisim sokulması yeterli olmayıp, mutlaka fail ile mağdur arasında vajinal veya anal yoldan cinsel ilişki kurulmuş olması gerekir. Bkz. ŞEN/MAVIŞ/ŞAHİN, s. 135.

¹⁵² Yargıtay 14. C.D., T. 21.04.2014, E. 2012/6729, K. 2014/5373, <https://karararama.yargitay.gov.tr/> (e.t. 07.02.2025).

¹⁵³ Yargıtay 14. C.D., T. 10.04.2017, E. 2014/6744, K. 2017/1914, <https://karararama.yargitay.gov.tr/> (e.t. 07.02.2025).

¹⁵⁴ ÖZCAN, s. 328; ÜNVER, Cinsel Suçların Eleştirel Olarak İncelenmesi, s. 47, 48; Özyüksel ise, cinsel ilişki kavramını vücuda organ veya sair cisim sokma şeklinde yorumlayan görüşleri eleştirmekte, TCK m.102 ve m.103'de "vücuda organ veya sair cisim sokma" tabirini kullanan kanun koyucunun m.104'de "cinsel ilişki" ifadesine yer vermesi karşısında, bu görüşlerin bu durumu ifade yanlışlığı olarak değerlendirilip olması gereken hukuk bakımından savunulacak bir hususu, olan hukuka ilişkin bir önerme olarak kabul ettirip "kanunilik" ilkesine aykırı bir durum ortaya koyduklarını savunmaktadır. Bkz. Özgün Özyüksel, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda 'Cinsel İlişki' Kavramı", Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. 9, S. 17 (2021): s. 151; Peker, suçun temel şeklinin kaldırılması gerektiğini ifade etmekle birlikte, nitelikli haller bakımından çocuğun gelişimi ve yararı amacı göz önünde bulundurularak cinsel ilişkinin geniş yorumlanması gerektiğini, bu kapsamda farklı veya aynı cinsler arasında gerçekleşen penis veya organ ya da başka sair cismin anal veya vajinal yoldan kişiye ithal edilmesi şeklinde cinsel ilişkinin düzenlenmesinin doğru olacağını savunmaktadır. Yazara göre bu şekildeki düzenleme, eşitlik ilkesi ve hakkaniyete aykırı uygulamaların önüne geçebilecektir. Bkz. İ. Sercan Peker, "Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçunda Yer Alan Cinsel İlişki Kavramı Üzerine Bir Değerlendirme", KTO Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. 6, S. 1 (2021), s. 28.

Her ne kadar olması gereken hukuk ve madde metninin fiil unsuru bakımından uygulamanın bu şekilde yapılması gerektiğini düşünsem de dipnotlarda yer verdiğimiz Yargıtay kararlarından anlaşılabacağı üzere Yargıtay, cinsel ilişki ifadesini dar yorumlamakta ve yalnızca vajinal veya anal yoldan organ sokma hallerini bu kapsamda görmektedir. Bu nedenle halihazırdaki uygulama gereğince, reşit olmayanla cinsel ilişki suçu ile cinsel saldırı suçu arasındaki temel farklılığın suçun fiil unsuruna yönelik olduğunu, cinsel saldırı suçu bakımından vücuda organ veya sair cisim sokma boyutuna varmayan her türlü davranışla suçun oluşması ve nitelikli halin gerçekleşmesi için de vajinal, anal veya oral yoldan organ veya sair cisim sokulması gerekmektedir, reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun yalnızca vajinal veya anal yoldan organ sokulması suretiyle oluştuğunun kabul edildiğini vurgulamak gerekir.

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu yalnızca cinsel saldırı suçundan değil, tüm diğer tüm cinsel dokunulmazlığa karşı suçlardan ayıran temel özellik ise suçun ancak mağdurun rızası kapsamında gerçekleştirilebilmesidir¹⁵⁵. Cinsel saldırı suçu bakımından ise suçun oluşması bakımından temel özellik, suçun mağdurun rızasına aykırı olarak gerçekleştirilmesidir¹⁵⁶. Bu bakımdan son olarak cinsel saldırı suçu ile reşit olmayanla cinsel ilişki suçlarının oluşması bakımından önemli bir diğer farklılık ve ayırım kriterinin mağdurun rızası olduğunu, reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun meydana getirilebilmesi için 15-18 yaş aralığındaki mağdur çocuğun ilişkiye rıza göstermesinin şart olması yanı sıra cinsel saldırı suçunun ise temel özelliğinin rıza dışılık olduğunu vurgulamak gerekmektedir.

¹⁵⁵ ÜNVER, Cinsel Suçların Eleştirisel Olarak İncelenmesi, s. 49; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 416; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR,s.403;ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞIZ,s.389;TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s .407.

¹⁵⁶ YILMAZ, s. 1437.

4.4 Cinsel Taciz Suçu

5237 sayılı TCK'nın cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar bölümünde düzenlenen bir diğer suç tipi, 105. maddede düzenleme altına alınan cinsel taciz suçudur. Mağdurun vücuduna temas içermeyen her türlü cinsel içerikli davranışı kanun koyucu diğer cinsel suçlardan ayırmış ve cinsel taciz olarak tanımlamıştır. Bu suç tipi, mağdurun cinsel dokunulmazlığına yönelmekle birlikte, buna karşılık vücut dokunulmazlığı ihlali içermeyen hareketler olarak cinsel özgürlüğe karşı suçlar arasında ilk aşamayı oluşturmaktadır¹⁵⁷.

Kanun koyucu hükümde hangi tür davranışların cinsel taciz oluşturacağına dair bir açık belirleme getirmemiştir¹⁵⁸. Buna karşılık madde gerekçesinde, cinsel taciz teşkil edebilecek hareketlerin, cinsi bakımdan ahlaka aykırı şekilde mağduru huzursuz edici hareketler olduğu vurgulanmıştır¹⁵⁹. Bu ifadenin de net olduğunu söylemek güçtür. Dolayısıyla, vücuda temas içermemesi şartıyla cinsel amaç kapsamında gerçekleştirilen ve mağduru cinsel bakımdan rahatsız edecek her şekildeki cinsel içerikli eylem cinsel taciz suçunu meydana getirebilir¹⁶⁰. Bu kapsamda cinsel tacizin, fail tarafından sözle, yazıyla veya el kol hareketleriyle ya da herhangi bir davranışla gerçekleştirilebileceği ifade edilmektedir¹⁶¹. Önemli olan cinsel taciz teşkil eden eylemin cinsel amaçla gerçekleştirilmesidir¹⁶². Belirtmek gerekir ki, bu tür eylemlerle gerçekleştirilebilecek olan cinsel taciz bakımından esas olan bu eylemlerin mağdurun vücuduna temas olmaksızın gerçekleştirilmesidir.

¹⁵⁷ DURSUN, s. 61.

¹⁵⁸ ARTUK, Mehmet Emin: "Cinsel Taciz Suçu (TCK m.105)", Ceza Hukuku Dergisi, 3(6), 2008, s. 12.

¹⁵⁹ Bkz. TCK m.105 gerekçesi.

¹⁶⁰ YILDIZ, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu, s. 226.

¹⁶¹ ARTUK, Cinsel Taciz Suçu (TCK m.105), s. 12; GÖKCAN/ARTUÇ, Türk Ceza Kanunu Şerhi 3. Cilt, s. 4068.

¹⁶² GÖKCAN/ARTUÇ, Türk Ceza Kanunu Şerhi 3. Cilt, s. 4068.

Bu suç bakımından da cinsel saldırı suçu ile ayırım ölçütü içeren temel farklılık bedensel temastır.

Yargıtay'ın yeknesak uygulaması da fail tarafından mağdurun vücuda temas ile gerçekleştirilen cinsel nitelikli davranışlarda cinsel tacizin değil, cinsel saldırı veya çocukların cinsel istismarı suçlarının uygulanması gerektiği yönündedir¹⁶³. Yargıtay fail tarafından mağdura hiçbir fiziksel temasın söz konusu olmadığı hallerde cinsel saldırı veya cinsel istismar değil, cinsel taciz suçunun uygulanması gerektiğine işaret etmektedir¹⁶⁴. Dolayısıyla TCK'da yer alan cinsel taciz suçu, vücuda temas kriteri bakımından cinsel saldırı suçundan ayrılmaktadır.

Bu kapsamda kanunun uygulanması bakımından mağdurun vücuduna temasın olmadığı tüm cinsel davranışlar bakımından cinsel taciz suçunun oluştuğunu kabul etmek gerekmektedir. Yargıtay da bu kritere uygun şekilde, failin örneğin mağdura yalnızca cinsel organını gösterdiği, yani bedensel temasın olmadığı her durum için cinsel taciz suçunu uygulamaktadır¹⁶⁵.

¹⁶³ Yargıtay 14. C.D., T. 20.09.2013, E. 2011/12149, K. 2013/7969; Yargıtay 14. C.D., T. 14.02.2013, E. 2012/1854, K. 2013/1339, <https://karararama.yargitay.gov.tr/> (e.t. 07.02.2025). Benzer nitelikte diğer kararlar için bkz. GÖKCAN/ARTUÇ, Türk Ceza Kanunu Şerhi 3. Cilt, s. 4071.

¹⁶⁴ Yargıtay 14. Ceza Dairesi, T. 22.03.2016, E. 2014/3380, K. 2016/2793, <https://karararama.yargitay.gov.tr/> (e.t. 07.02.2025).

¹⁶⁵ GÖKCAN/ARTUÇ, Türk Ceza Kanunu Şerhi 3. Cilt, s. 4071.

5. CİNSEL SALDIRI SUÇUNUN UNSURLARI VE KUSURLULUĞU

ETKİLEYEN HALLER

5.1 Genel Açıklamalar

Basit ve nitelikli cinsel saldırı suçu, 5237 sayılı TCK'nın 102. maddesinde düzenlenmiştir. Hükmün birinci fıkrasında basit cinsel saldırı suçu düzenlenirken, ikinci fıkra da cinsel saldırının vücuda organ veya sair cisim sokmak suretiyle gerçekleştirilen nitelikli haline yer verilmiş, böylelikle eski Kanun'da yer alan ırza tasaddi ve ırza geçme suçları tek bir başlık ve madde altında, ayrı fıkralar halinde düzenleme altına alınmıştır.

Basit ve nitelikli cinsel saldırının düzenlendiği hüküm, diğer cinsel suçlarla ilgili maddelerde olduğu gibi 6545 sayılı Kanun'la birlikte değişikliğe uğramıştır. Bu kanun değişikliğiyle birlikte öncelikle suçun sarkıntılık düzeyinde kalması hali, suçun birinci fıkra da düzenlenen temel haline göre cezayı hafifletici bir neden olarak hükme eklenmiştir. Sarkıntılığın hükme eklenmesiyle beraber suçun temel hali ile ikinci fıkra da yer alan nitelikli halinin cezası artırılmış, suçun temel halinin iki yıldan yedi yıla kadar olan hapis cezası beş yıldan on yıla kadar olmak üzere artırılmış, ikinci fıkra da yer alan nitelikli halinin yedi yıldan on yıla kadar olan hapis cezası ise oniki yıldan az olmamak şeklinde yeniden düzenlenmiştir.

6545 sayılı Kanun'la birlikte suçun nitelikli hallerinde de değişiklik gerçekleştirilmiş, hükmün üçüncü fıkrasının (c) bendinde düzenlenen nitelikli hale üvey baba, üvey anne, üvey kardeş ve evlat edinen ile evlatlık da eklenmiş, ayrıca aynı fıkraya (e) bendi ilave edilerek, suçun insanların toplu olarak bir arada yaşama zorunluluğunda bulunduğu ortamların sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle işlenmesi hali suçun cezayı ağırlaştıran nitelikli halleri kapsamına alınmıştır. Son olarak, hükmün dördüncü fıkrasında değişiklik yapılmış, hükmün ilk halinde cinsel saldırı için kullanılan cebir ve

şiddetin mağdurun direncini kırarak ölçünün ötesine geçmesi halinde ayrıca kasten yaralamaya ilişkin hükümlerin de uygulanacağı öngörülmüşken, değişiklikle birlikte cinsel saldırı için kullanılan cebir ve şiddetin ancak kasten yaralamanın ağır neticelerini oluşturması halinde ayrıca kasten yaralama hükümlerinin de fail hakkında uygulanacağı düzenlenmiştir.

Hükmün halihazırda yürürlükte bulunan halinde, birinci fıkra suçun temel hali ile sarkıntılık düzeyinde kalan hali, ikinci fıkra vücuda organ veya sair cisim sokmak şeklinde gerçekleştirilen nitelikli hali, üçüncü fıkra bentler halinde ilk iki fıkra için de ortak olan cezayı ağırlaştıran nitelikli halleri ile dört ve beşinci fıkralarında da suçun netice sebebiyle ağırlaştırılmış halleri düzenlenmektedir.

5.2 Korunan Hukuksal Değer

Ceza hukukunun görevi hukuksal değerleri korumaktır¹⁶⁶. Bu nedenle, ceza kanunlarında yer alan her suç tipinin düzenlenme amacını gösteren, korumayı hedef edindiği bir hukuksal değer olmalıdır. Eski dönemde ceza hukukunun, toplumsal etik, inanç değerlerini korumayı amaç edindiği ifade edilirken, günümüzde daha isabetli olarak ceza hukukunun hukuksal değerlerin korunmasında bir araç olduğu düşüncesi kabul edilmiştir¹⁶⁷.

Cinsel suçlarla ilgili tarihi gelişim ve kanun değişiklikleri süreçleri içerisinde en temel tartışmalar ve değişiklikler de korunan hukuksal değere ilişkin anlayışta yaşanmıştır. 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı TCK ile mülga Kanunun düzenlemeleri korunan hukuksal değer bağlamında karşılaştırıldığında, radikal

¹⁶⁶ ÜNVER, Yener: Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2003, s. 448.

¹⁶⁷ ÜNVER, Hukuksal Değer, s. 1025.

şekilde bir değişikliğin görüldüğü, yeni TCK'nın en önemli reformunun cinsel suçlar alanında olduğu ileri sürülmektedir¹⁶⁸.

Günümüzde cinsel suçlarla ilgili olarak günah, ayıp, genel ahlak ya da cinsiyet ahlakı şeklinde terimlere dayanarak, ahlak kavramının kanunla izah edilip oluşturulabileceğini, bunun yanında ayrıca korunabileceğini zannetmenin, yanılgı olduğunu ifade etmek gerekir¹⁶⁹. Bireyin cinsel yaşamına ilişkin hususların, sadece manevi bütünlük ve toplumsal edep kuralları ile izah edilmeye çalışılması, korunan hukuki değer bakımından eksik ve yanlış bir değerlendirmeye yol açacaktır¹⁷⁰. Çünkü ceza kanunları, bireyler arasında gerçekleştirilen ve cebir ile tehdit içermeyen cinsel davranışların ahlaki özellikleri hususunda bir değerlendirme yapmamaktadır ki burada ceza hukuku ile korunması gereken bir hukuki yarar söz konusu olamaz¹⁷¹.

Bu nedenle günümüzde, soyut gerekçelere başvurularak bireylerin cinsel yaşamlarını özgürce belirleme haklarına sınırlandırma getirme yahut ortadan kaldırma şeklindeki düzenlemeler yoluyla siyasal iktidarı elinde bulunduran kişilerin kendilerine özgü ahlak veya din anlayışlarını topluma kabul ettirerek, tüm toplum için geçerli olacak davranış hükümlerini bu çerçevede düzenlemeleri hukuken isabetsiz olacaktır¹⁷². Ahlaki kurallara aykırılıklar, bir hukuksal değer niteliğine ulaşmadıkları sürece devletin ceza hukuku yetkisini uygulaması açısından bir gerekçe oluşturmazlar¹⁷³.

¹⁶⁸ DURSUN, s. 58.

¹⁶⁹ TANER, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s. 49; ÜNVER, Cinsel Suçların Eleştirisel Olarak İncelenmesi, s.23; Ceza Hukukunun esas görevinin ahlaki oluşturan fonksiyon olduğu günümüzde kabul edilmemektedir. Bkz. ÜNVER, Hukuksal Değer, s. 1025.

¹⁷⁰ KILIÇ, Cinsel Hakimiyet ve Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Saldırı Suçu (TCK m.102), s. 170.

¹⁷¹ TANER Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s. 49.

¹⁷² ÜNVER, Yener: "Özellikle Cinsel Suçlar Alanında Olmak Üzere, Kadınlarla İlgili Ceza Hukuku Normlarındaki Değişim ve Türkiye'deki Durum", Adalet Yüksekokulu 20. Yıl Armağanı, İstanbul 2001, s. 294.

¹⁷³ YOKUŞ SEVÜK, Cinsel Saldırı ve Cinsel Taciz Suçları, s. 246.

765 sayılı TCK’da bu düşüncelerin aksine cinsel suçların “Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler” başlığı altında düzenlenmesi, o dönemde kanun koyucunun cinsel suçlara cinsel özgürlük yerine genel adap kavramıyla yaklaştığını göstermiştir¹⁷⁴. 5237 sayılı TCK ile birlikte ise cinsel suçlar, kanunun kişilere karşı suçlar başlıklı ikinci kısmının cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar başlığında yer almıştır. Bu önemli değişiklikle birlikte yeni kanunda, cinsel suçların toplumsal ve ailevi bir mesele olmaktan ziyade bireysel değerlerle ilişkili olduğu ortaya konulmuştur.

Suçların düzenlendiği yer ve başlıktaki değişikliğin korunan hukuksal değerlerin tespiti bakımından da etkileri olduğu, böylece cinsel suçların farklı bir bakış açısıyla kaleme alındığı ve eski kanundaki terminoloji ve tasnife büyük ölçüde son verildiği belirtilmektedir¹⁷⁵. Bu kapsamda, 5237 sayılı Kanun’un yürürlüğe girmesiyle birlikte cinsel suçların koruduğu hukuksal değere ilişkin anlayış değiştiğinden, 765 sayılı Kanun’da yer alan ırza geçme ve ırza tasaddi gibi kavramların artık kullanılmamasının isabetli olduğu, çünkü bu kavramların kadına ait değerler olmadığı gibi cinsel saldırı sebebiyle ihlale uğrayan cinsel özgürlüğü ifade etmeye yeterli kavramlar da olmadığı belirtilmektedir¹⁷⁶.

¹⁷⁴ CENTEL, Cinsel Suçlar Değişiklik Tasarısı’nın Değerlendirilmesi, s. 270, 271; Hafızoğulları/Özen’e göre, 765 sayılı TCK’da cinsel suçların bu başlık altında düzenlenmesiyle, beşeri cinselliğe karşı davranışların hem kişiye karşı hem de ahlaka karşı davranışlar olarak görülmemiş, kanun bunları bireysel nitelikten çok toplumsal niteliğine bakarak topluca “edep” denilen toplumsal değerle ilgili görmüş, ve böylelikle bu başlık altında kendine özgü bir suç kategorisi düzenlemiştir. 765 ve 5237 sayılı TCK’larda cinsel suçların düzenlenme anlayışı hakkında bilgi için bkz. HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 155-158.

¹⁷⁵ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 317.

¹⁷⁶ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 319; KILIÇ, Cinsel Hakimiyet ve Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Saldırı Suçu (TCK m.102), s. 180; AYDIN, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, s. 157; DÜLGER, Evlilik Birliği İçinde Gerçekleşen Nitelikli Cinsel Saldırı Suçu, s. 545; Ünver’e göre, bu yalnızca terminolojik bir değişikliktir ve yeni kanunda ırza geçme yerine nitelikli cinsel saldırı, ırza tasaddi yerine ise cinsel saldırı kavramları kullanılmıştır. Terminolojik değişim haricinde, eylem bakımından ırza tasaddi ve ırza geçme ayırımı aynen yeni kanunda da muhafaza edilmiştir. Bkz. ÜNVER, Cinsel Suçların Eleştirisel Olarak İncelenmesi, s. 28; Hafızoğulları/Özen, kanun koyucunun yeni kanunda, 765 sayılı TCK’nın koyduğu normlara, biçimlendirdiği suç kalıplarına ve suçların isimlerine itibar etmediğini, hepsini kökünden değiştirdiğini, öğreti ve uygulamanın bilmediği yeni beşeri davranış normları ve suç kalıpları ihdas ettiğini, böylelikle herkesin bildiği 1856 tarihli Ceza Kanunu’ndan itibaren bilinen söz atma, sarkıntılık, ırza tasaddi

Bu genel açıklamalar sonrasında konumuz olan cinsel saldırı suçu ile korunan hukuksal değerin ne olduğuna baktığımızda, kanun koyucunun korunan hukuksal değeri madde gerekçesinde açıkça cinsel dokunulmazlık olarak ifade ettiği görülmektedir¹⁷⁷. Kanun koyucu hükmün gerekçesinde korunan hukuksal değeri bu kadar açık şekilde ifade etse de doktrinde korunan hukuksal değerle ilgili farklı görüşler ileri sürülmekte, özellikle korunan hukuksal değerin bireylerin cinsel özgürlükleri mi, yoksa cinsel dokunulmazlıkları mı olduğu noktasında tartışma bulunmaktadır.

Doktrindeki baskın görüş, cinsel saldırı suçuyla korunan hukuksal değerin diğer cinsel suçların da olduğu gibi bireylerin cinsel özgürlüğü olduğu yönündedir¹⁷⁸. Bu düşüncede olanlara göre, kanundaki bölüm başlığı “Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar” şeklinde olmalıdır¹⁷⁹. Yargıtay da cinsel saldırı suçu ile korunan hukuksal değerin cinsel

ve ırza geçme kavramlarının tarihe karıştığını, herkesin tanıyıp bildiği bu kavramların hangi gerekçeyle ve neye gereksinim duyularak değiştirildiğinin anlaşılamadığını ve bu konuya ilişkin gerekçe de inandırıcı bir açıklama bulunmadığını belirterek terminolojide yapılan değişikliği eleştirmektedirler. Bkz. HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar, s. 158.

¹⁷⁷ Ünver, madde başlığı ve gerekçe de gerek TCK m.102 ve gerekse diğer cinsel suçlara ilişkin korunan hukuksal yararın bireylerin bu şekilde ifade edilmesinin, yine bu cinsel dokunulmazlığın kişilerin vücudu üzerindeki cinsel hareketlerle ihlale uğratılacağına düzenlenmesinin de isabetsiz olduğunu ve yanıltıcılığa yol açacağını belirtmektedir. Yazara göre bu şekilde düzenleme cinsel suçlarla yaralama suçlarının karıştırılmasına sebep olabilecektir. Ayrıca yazara göre, bu ifadeyle tüm cinsel suçlara ilişkin bir belirleme yapılması da doğru değildir. Çünkü cinsel özgürlük vücuda temas olmadan da ihlal edilebileceği gibi, bu yönde bir düzenleme TCK m.105 düzenlemesiyle de çelişmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. ÜNVER Yener: “Cinsel Dokunulmazlığa ve Genel Ahlaka Karşı Suçlar”, Türk Ceza Kanunu’nun 2 Yılı, 1. Baskı, Türk Ceza Hukuku Derneği Yayınları, İstanbul 2008, s. 295, 296.

¹⁷⁸ TANER, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s. 67; SANCAR, s. 98, 99; ÜNVER, Karşı Suçlar, s. 296; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 319; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 364; GÖKCAN/ARTUÇ, Türk Ceza Kanunu Şerhi 3. Cilt, s. 3694; KİZİROĞLU, Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Kadına İlişkin Düzenlemeler ve Cinsel Suçlar, s. 1000; CENTEL, Nur: “Ceza Hukuku Şiddete Karşı Kadını Koruyor mu?”, Ceza Hukukunda Kadının Şiddete Karşı Korunması Koç Üniversitesi Hukuka Genç Yaklaşımlar Konferans Serisi No. 1, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2013, s. 6; YILDIZ, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu, s. 211; YENERER ÇAKMUT, Cinsel Şiddet Mağduru Kadın, s. 14; YOKUŞ SEVÜK, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 367; KAFES, Veli: “Yargı Uygulaması Açısından Cinsel Saldırı Suçu (TCK m.102)”, II. Türkiye-Slovenya Hukuk Sempozyumu “Cinsel Suçlar ve Evlilik Hukuku”, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2014, s. 62.

¹⁷⁹ TANER, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s. 66; ŞEN, Türk Ceza Kanunu Yorumu, s. 393; TOROSLU, Nevzat/ERSOY, Yüksel: “Kanunlaşmaması Gereken Bir Tasarı”, Türk Ceza Kanunu Reformu İkinci Kitap, 1. Baskı, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2004, s. 17; KİZİROĞLU, Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Kadına İlişkin Düzenlemeler ve Cinsel Suçlar, s. 1000; CENTEL, Cinsel Suçlar Değişiklik Tasarısı’nın Değerlendirilmesi, s. 271; CENTEL, Kadını Koruyor mu?, s. 6; Çakmut, suçların düzenlendiği bölüm başlığının “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar” olmasının yerinde olmadığını, çünkü belirtilen suçlarla

özgürlük olduğu görüşündedir¹⁸⁰. Buna karşılık bir başka görüşe göre, cinsel suçlarla cinsel özgürlük değil cinsel dokunulmazlık korunmaktadır¹⁸¹. Bir kısım yazarlar ise, cinsel saldırı suçuyla hem cinsel özgürlüğün ve hem de cinsel dokunulmazlığın korunduğunu belirtmektedirler¹⁸².

Tüm bunların yanında cinsel saldırı suçunun bazı gerçekleştirilme şekilleri açısından suçla, mağdurun vücut, yani fiziksel ve ruhsal bütünlüğünün de korunduğu görüşü ileri sürülmektedir¹⁸³. Bir kısım yazarlara göre ise, suçun oluşması için mağdurun vücuduna temas gerektiğinden, suçun her işleniş biçimi bakımından da mağdurun fiziksel ve ruhsal bütünlüğü de koruma altına alınmıştır¹⁸⁴.

İlk kısımda kavramlar bölümünde detaylı izah ettiğimiz üzere, cinsel özgürlük cinsel dokunulmazlıktan daha kapsayıcı bir ifade olup, cinsel dokunulmazlık yalnızca cinsel özgürlüğün negatif boyutunu oluşturmaktadır. Cinsel dokunulmazlığın, cinsel özgürlüğün kapsamında yer aldığı açıktır. Dolayısıyla, TCK m.102’de cinsel özgürlüğün pozitif boyutunun ele alınmamış olması, suçla cinsel özgürlüğün korumadığını

cinsel özgürlüğün ihlal edildiğini düşünmektedir. Bkz. YENERER ÇAKMUT, Türk Ceza Kanunu m.102’ye Genel Bakış s. 22; Doktrinde Aydın ise, başlık açısından cinsel özgürlük ifadesinin daha isabetli olacağını belirtmekte birlikte cinsel dokunulmazlık kavramının da kabul edilebilir olduğunu belirtmektedir. Bkz. AYDIN “Ceza Hukuku’nun Çağdaş İlkeleri ve Avrupa Birliği Kriterleri Açısından Türk Ceza Kanunu”, s. 102; Aygörmez, cinsel dokunulmazlığın kişinin cinsel özgürlüğünden bağımsız olarak ayrıca istismlara karşı da mutlak şekilde korunmasını içerdiğini belirterek, bu anlamda çocukların cinsel istismarı suçunun cinsel özgürlüğün anlamını dahi tam olarak kavrayamayacak çocukların cinsel olarak dokunulmaz oldukları esas alan bir suç tipi olduğunu, bu kapsamda başlık bölümdeki tüm suçları kapsar nitelikte olduğundan, cinsel dokunulmazlık ifadesinin daha isabetli bir bölüm başlığı olduğunu ifade etmektedir. Bkz. AYGÖRMEZ, Cinsel Suçlara İlişkin, s. 20, 21.

¹⁸⁰ Yargıtay 9.C.D., T. 10.11.2022, E. 2022/1965, K. 2022/10232, <https://karararama.yargitay.gov.tr/> (e.t. 07.02.2025).

¹⁸¹ Özgenç, cinsel suçlarla korunan hukuksal değer cinsel dokunulmazlık olarak belirlendiğini, bu bağlamda kanunda cinsel özgürlük ifadesinin kullanılmamasının bilinçli olarak tercih edildiğini ifade etmektedir. Bkz. ÖZGENÇ, Türk Ceza Kanunu’nun Cinsel Suçlara İlişkin Düzenlemelerinin Dayandığı Felsefi Temel, s. 260; KOCAOĞLU, Sinan: Yargı Kararları Işığında Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar (TCK m.102-105), 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2016, s. 96.

¹⁸² ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s. 329; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 372;

ŞEN/MAVİŞ/ŞAHİN, Cinsel Suçlar, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, Ankara 2023, s. 17.

¹⁸³ ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s. 330.

¹⁸⁴ ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 372.

göstermeyecektir. Cinsel dokunulmazlık, cinsel özgürlüğün bir yönünü oluşturduğundan, kişilerin cinsel dokunulmazlıklarına hâle getirecek şeylerin madde metninde düzenleme altına alınması zaten haliyle son hedef olarak kişilerin cinsel özgürlüklerinin korunduğunu göstermektedir¹⁸⁵. Bu nedenle, bireyi rızası olmadığı cinsel davranışlardan korumaya yönelik düzenleme, yani cinsel dokunulmazlığı koruma altına alan bir düzenleme nihayetinde bireyin cinsel özgürlüğünü korumaktadır. Bunun yanında ayrıca ortaya konulması gerekir ki, TCK m. 102 açısından kişinin yalnızca cinsel münasebette bulunup bulunmamasına yönelik tercihi değil, aynı zamanda cinsel münasebetin nasıl yaşanacağı konusundaki tercihi de korunmaktadır. Dolayısıyla, burada cinsel özgürlüğün korunduğu sonucuna varmak daha isabetli olacaktır¹⁸⁶.

Dolayısıyla 15 yaşından küçük çocukların cinsel özgürlüklerinin bulunmadığı, 15-18 yaş arası çocukların da cinsel özgürlüklerinin nispi olduğu gerekçesiyle, bölüm başlığında cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar başlığına yer verilmesinin isabetli olduğu görüşüne katılmak mümkün değildir¹⁸⁷. Yukarıda ifade ettiğimiz üzere, cinsel dokunulmazlık cinsel özgürlüğün bir boyutudur ve cinsel özgürlüğün içinde

¹⁸⁵ İbiş'e göre, bireylerin cinsel dokunulmazlıklarını korumak, yani kendilerine dışarıdan yönelecek hukuka aykırı cinsel davranışların önüne geçmek, kişilerin cinsel kimliklerini özgürce ifade edebilme, cinsel hayatlarını istedikleri gibi sürdürebilme, hakkına ve dolayısıyla cinsel özgürlüklerine katkı sağlar. Aynı yönde bkz. İBİŞ, Türk Ceza Hukukunda Cinsel Taciz Suçu, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), s. 25.

¹⁸⁶ Aynı yönde bkz. YENERER ÇAKMUT, Özlem: "Kavramsal Olarak Kadına Karşı Şiddet/Cinsel Şiddet ve Türk Ceza Hukukunda Cinsel Saldırı Suçunun Genel Değerlendirmesi", Marmara Üniversitesi Kadın ve Toplumsal Cinsiyet Araştırmaları Dergisi, 2-1, 2018, s. 52.

¹⁸⁷ Soyaslan, bölüm başlığı olarak cinsel özgürlüğe suçlar yerine cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar başlığının kullanılmasının daha isabetli olduğunu, ilgili bölümde sadece erginlerin cinsel özgürlüklerinin düzenlenmediğini, aynı zamanda onsekiz yaşından küçük çocukların cinsel ilişkilerinin ve çocukların cinsel istismarının da düzenlendiğini, onbeş-onsekiz arası çocukların cinsel özgürlüklerinin nisbi olduğunu, onbeş yaşından küçüklerin ise cinsel özgürlüklerinin olmadığını belirterek cinsel dokunulmazlık ifadesinin kullanılmasının daha doğru olduğunu düşünmektedir. Bkz. SOYASLAN, Doğan: Ceza Hukuku Özel Hükümler, 14. Baskı, Legem Yayınevi, Ankara 2023, s. 209; Kocaoğlu' göre de, cinsel özgürlük yerine cinsel dokunulmazlık ifadesinin kullanılması isabetli olmuş olup, kanun koyucu bu ifadeyi kullanarak tercihini belli etmiştir. Aynı zamanda yazar, özgürlük kavramının sübjektif olduğunu, bu kavram kullanılsaydı her yargıcın dinsel, ideolojik ve mezhepsel yaklaşımına göre isabetsiz şekilde her türlü cinsel davranışın cezalandırılması yoluna gidilebileceğini düşünmektedir. Bkz. KOCAOĞLU, Yargı Kararları Işığında Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, s. 97.

mündemiçtir¹⁸⁸. Bu sebeple, cinsel dokunulmazlığa sahip olan her yaş grubundaki çocuğun elbette bu yönüyle cinsel özgürlükleri de bulunmaktadır¹⁸⁹.

Bu kapsamda kanaatimizce, suçun bazı gerçekleştirilme şekilleri açısından veya suçun ancak vücuda temasla işleneceğinden bahisle, suçla kişinin vücut bütünlüğünün korunduğu yönündeki kabule katılmıyoruz¹⁹⁰. Vücut, suçun maddi konusu başlığı altında izah edeceğimiz üzere maddi, somut bir şey olduğundan, suçun hukuksal değeri, yani hukuki konusu kapsamında değerlendirilmemelidir¹⁹¹. Elbette cinsel içerikli suçların bir kısmının işlenişi bakımından kişilerin vücut dokunulmazlıkları ve bütünlüklerine müdahale olacaktır, ancak cinsellik ve insan vücudu birbirinden ayrı düşünülemeyeceğinden, yine haliyle kişilerin vücut bütünlüklerinin de cinsel özgürlükleri kapsamında olduğu ve bu kavram altında korunacağı açıktır. Bu sebepten, mağdurun vücut bütünlüğüne ilişkin hususların suçun hukuki konusu bağlamında hukuksal değer başlığı altında değil, suçun maddi konusu kapsamında değerlendirilmesi doğru olacaktır.

¹⁸⁸ İbiş, cinsel özgürlük ve cinsel dokunulmazlığı, özgürlük dokunulmazlığı içine alacak şekilde, iç içe geçmiş iki küme şeklinde düşünmek gerektiğini ifade etmektedir. Bkz. İBİŞ, Türk Ceza Hukukunda Cinsel Taciz Suçu, s. 25.

¹⁸⁹ Aynı yönde bkz. ÜNVER, Cinsel Suçların Eleştirisel Olarak İncelenmesi, s. 27. Pekmez ise bu konuda, cinsel suç tipleri arasında çocukların da mağdur olabileceği suç tipleri olması sebebiyle, cinsel suçların tümü bakımından korunan hukuksal değer cinsel özgürlük olduğunu söylemenin mümkün olmayacağını, cinsel suçlar bakımından korunan hukuksal değer suçların mağduru göz önünde bulundurularak her bir suç tipi bakımından ayrı ayrı tespit edilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Bkz. PEKMEZ, Suçla Korunan Hukuki Değer Çerçevesinde Çocuklar Arasında Gerçekleşen “Rızaya Dayalı” Cinsel İlişkinin Cezalandırılabilirliği Sorunu, s. 186.

¹⁹⁰ Yenerer Çakmut, cinsel dokunulmazlığın korunduğunun ifade edilmesinin, korunan hukuksal değer bakımından bireyin beden bütünlüğünün esas alındığı izlenimi verdiğini, bu durumun da asıl olması gerekeni arka plana attığını söylemektedir. Bkz. YENERER ÇAKMUT, Kadına Karşı Şiddet, s. 22.

¹⁹¹ Ünver, TCK’daki düzenlemeler bakımından da söz konusu suç tiplerinde suçun maddi konusu ile hukuki konusunun karıştırıldığını, bunun da TCK m.105 dışında kalan cinsel suçların ancak vücut dokunulmazlığının ihlali suretiyle gerçekleştirilebilmesinden kaynaklandığını belirtmektedir. Bkz. ÜNVER, Cinsel Suçların Eleştirisel Olarak İncelenmesi, s. 27.

5.3 Suçun Unsurları

5.3.1 Tipikliğin Objektif Unsurları

5.3.1.1 Fail

Cinsel saldırı suçu, fail bakımından herhangi bir özellik arz etmemekte olup, özgü nitelikte bir suç değildir. Bu sebeple cinsel saldırı suçunu faili, suçun birinci fıkrada düzenlenen temel hali ve ikinci fıkrada düzenlenen nitelikli hali bakımından erkek veya kadın herhangi bir kişi olabilir¹⁹². Failin kaç yaşında olduğunun, genel hükümler haricinde bir önemi bulunmamaktadır¹⁹³. Dolayısıyla, failin küçük olması mümkündür¹⁹⁴. Buradan hareketle, failin genç veya yaşlı olmasının bir öneminin bulunmadığını söylemek gerekir¹⁹⁵. Bunun yanında failin, eşcinsel olmasının veya medeni halinin¹⁹⁶ suçun oluşumu bakımından bir önemi bulunmamaktadır. Hatta failin, cinsel yönden

¹⁹² TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.322; YOKUŞ SEVÜK, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 367, 368; KILIÇ, Cinsel Hakimiyet ve Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Saldırı Suçu (TCK m.102), s. 184; YENİDÜNYA, Caner: "5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar", Legal Hukuk Dergisi, Yıl: 3, Sayı: 34, 2005, s. 3287; KORKUSUZ, Gülşah: "Cinsel Saldırı Suçu (TCK m.102)", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: LXXI, Sayı: 1, 2013, s. 825; YOKUŞ SEVÜK, Cinsel Saldırı ve Cinsel Taciz Suçları, s. 251; Özgenç, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda yer alan cinsel suçlara ilişkin düzenlemelerde suçun işleniş bakımından fail veya mağdurun erkek veya kadın olması gibi bir ayırım ölçütünün dikkate alınmadığını belirtmektedir. Bkz. ÖZGENÇ, Türk Ceza Kanunu'nun Cinsel Suçlara İlişkin Düzenlemelerinin Dayandığı Felsefi Temel, s. 260; CENTEL, Cinsel Suçlar Değişiklik Tasarısının Değerlendirilmesi, s. 272; CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide: "Cinsel Saldırı Suçu (TCK m.102)", Prof. Dr. Mehmet Emin Artuk'a Armağan, (Ed.: Mahmut Koca), 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2020, s. 232; YELDAN, Didem Uygulamada Cinsel Suçlar, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022, s. 65; GÖKCAN/ARTUÇ, s. 3695; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 375; ÖZEN, Mustafa: Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Hukuku Özel Hükümler Cilt 1, 7. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2023, s. 463; KARTAL, Pınar Memiş: "Cinsel Saldırı", Özel Ceza Hukuku Cilt 2 Kişilere Karşı Suçlar, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, 2017, s. 471.

¹⁹³ TCK'nın "Yaş küçüklüğü" başlıklı 31. maddesinin 1. fıkrasında yer alan, hüküm gereğince, 12 yaşından küçükler cinsel saldırı suçundan hüküm giyemezler. Ancak, cinsel saldırı teşkil eden fiilleri sebebiyle haklarında çocuklara özgü güvenlik tedbirleri uygulanabilecektir.; V. Özer Özbek/Koray Doğan/Pınar Bacaksız, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, 18. Baskı, Ankara 2023, s. 330.

¹⁹⁴ CENTEL/ZAFER, Cinsel Saldırı Suçu (TCK m.102), s. 232.

¹⁹⁵ ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 375.

¹⁹⁶ Ayrıca belirtmek gerekir ki, failin medeni halinin evli olduğu kişiden başka bir kişiye yönelik olarak gerçekleştirileceği eylemler bakımından da suçun oluşumuna bir etkisi yoktur. Evlilik içerisinde gerçekleştirilen eylemlere aşağıda ayrıca değinilecektir.

iktidarsız olması veya aseksüel olması da mümkündür¹⁹⁷. Doktrinde cinsel saldırı suçunun faili, cinsel hareketler yoluyla cinsiyetinin önemi bulunmayan diğer bir kişinin vücut dokunulmazlığına hâle getiren şahıs olarak tanımlanmaktadır¹⁹⁸.

765 sayılı TCK döneminde, ırza geçmek suçunun faili yalnızca erkek olabileceği, kadının ise ancak bu suça asli fail olarak iştirak edebileceği ileri sürülmüştür¹⁹⁹. 765 sayılı TCK döneminde, Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 04.06.1990 tarihli, 1990/5-101 E. ve 1990156 K. sayılı kararında ırza geçmenin, aktif halde bulunan failin cinsellik organını, diğer mağdur şahsın vücuduna vajinal veya anal yoldan menisini boşaltmak suretiyle kısmi olarak veya tam olarak ithali, sokması şeklindeki tanımlanması nedeniyle uygulama da bu yönde şekillenmiştir. 5237 sayılı Kanun’la birlikte, 765 sayılı Kanun döneminde öğretilde yer alan bazı görüşler ve Yargıtay uygulamasıyla birlikte kabul edilen ırza geçmede failinin yalnızca erkek olabileceği şeklindeki görüş artık geçerli değildir²⁰⁰. Dolayısıyla bu açıklamaların, cinsel saldırı suçunun TCK m.102/2’de yer alan, 765 sayılı TCK döneminde ırza geçme olarak adlandırılan nitelikli hali için de geçerli olduğunu belirtmek gerekir.

Halihazırda yer alan düzenlemede, fail ve mağdur bakımından bir ayırım yapılmadığından cinsel saldırı fiilinin gerek basit ve gerekse nitelikli halinin erkek veya kadın tarafından gerçekleştirilmesi, yani kadının da TCK m.102/2’de yer alan nitelikli cinsel saldırı suçunun faili olabilmesi mümkündür²⁰¹.

¹⁹⁷ ERDEM, Eylül/TÜRAY, Aras: Türk Ceza Hukukunda Basit Cinsel Saldırı Suçunun Eşe Karşı İşlenmesi, Suç ve Ceza Dergisi, 12(2), 2019, s. 71.

¹⁹⁸ MERAN, Kişilere Karşı Suçlar, s. 315.

¹⁹⁹ ARTUK, Mehmet Emin/YENİDÜNYA, Caner: “Evlilik İçinde Irza Geçme”, Cumhuriyet’in 75. Yıl Armağanı, İstanbul 1999, s. 58.

²⁰⁰ ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞSIZ, s. 330.

²⁰¹ DÜLGER, Evlilik Birliği İçinde Gerçekleşen Nitelikli Cinsel Saldırı Suçu, s. 549; BAYTEMİR, Erdal: Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2019, s. 210; Ayrıca belirtmek gerekir ki, cinsel saldırı suçunun nitelikli hali 765 sayılı TCK’dan farklı olarak yeni Kanunda sair cisim sokmak suretiyle de gerçekleştirilebileceğinden suçun uygulama alanı genişletilmiştir.

Sonuç olarak basit ve nitelikli cinsel saldırı suçunun faili, her yaştan, sosyal sıfatı ve statüsü ile cinsel yönelimi ve cinsel gücünün suçun oluşması bakımından önemi olmayan kadın veya erkek gerçek kişi herkes olabilir. Failin belirli bir sığata sahip olması veya mağdurla arasındaki ilişki, yalnızca belirli durumlarda cinsel saldırı suçunun nitelikli hali olarak düzenlenmiştir ki, bu durumlar nitelikli hallerin açıklandığı kısımda detaylı olarak izah edileceğinden, bu konuya burada değinilmemektedir.

5.3.1.2 Mağdur

5.3.1.2.1 Genel Olarak

Basit ve nitelikli cinsel saldırı suçunun mağduru, kadın veya erkek herkes olabilir²⁰². Madde metninde “kimse” ibaresi kullanıldığı ve herhangi bir başka belirleme yapılmadığı için mağdurun kadın veya erkek herkes olabileceği sonucuna varılmaktadır²⁰³. Dolayısıyla basit ve nitelikli cinsel saldırı suçu, fail bakımından olduğu gibi mağdur bakımından da özgü nitelikte bir suç değildir.

Mağdurun evli, bekar, dul veya bakire olması da suçun oluşumu açısından bir önem arz etmemektedir²⁰⁴. Tüm bunların yanında, suçun mağduru seks işçiliği yapan bir kişi de olabilecektir²⁰⁵. Mağdurun 18 yaşını doldurmuş olması şart olmakla birlikte, genç veya yaşlı olmasının da bir önemi bulunmamaktadır²⁰⁶. Mağdurun kişisel, sosyal sınıfı,

²⁰² YOKUŞ SEVÜK, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 368; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s. 331; KORKUSUZ, “Cinsel Saldırı Suçu (TCK m.102)”, s. 825; YELDAN, Uygulamada Cinsel Suçlar, s. 65.

²⁰³ KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 365.

²⁰⁴ SOYASLAN, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 211; KILIÇ, Cinsel Hakimiyet ve Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Saldırı Suçu (TCK m.102), s. 192; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 376; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 325.

²⁰⁵ SOYASLAN, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 211; KILIÇ, Cinsel Hakimiyet ve Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Saldırı Suçu (TCK m.102), s. 192; TANER, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s. 88.

²⁰⁶ YENİDÜNYA, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, s. 3287.

ırkı, dini, fail ile tanışıp tanışmaması, faille daha önce cinsel ilişkiye girip girmemesinin de suçun oluşumuna etkisi yoktur²⁰⁷.

Mağdurun, bitkisel hayatta olması, ameliyat sırasında anestezi altında bulunması, bayılmış olması gibi durumlar da suçun oluşumunu engellemeyecektir²⁰⁸.

Cinsel saldırı suçunun mağdurunun mutlaka belirli bir kişi olması, yani cinsel saldırı teşkil eden fiillerin doğrudan belirli bir mağdura yöneliyor olmasının da gerekli bir şart olduğunu ifade etmek gerekir²⁰⁹. Failin cinsel içerikli davranışları, belirli kimseye yönelmeksizin açık bir yerde yapması halinde TCK m.102 değil, TCK m.225'te düzenlenen alenen hayasızca hareketlerde bulunma suçu meydana gelecektir.

Basit ve nitelikli cinsel saldırı suçlarının oluşumu bakımından, fail ve mağdurun ayrı cinsiyetten kişiler olmalarına da gerek bulunmamaktadır²¹⁰. Dolayısıyla, bu suç bir

²⁰⁷ TANER, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s. 87, 88; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 376.

²⁰⁸ ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 376; Ancak suçun mağduru yalnızca yaşayan bir kimse olabilir KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 365; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 325; YOKUŞ SEVÜK, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 369. Dolayısıyla suçun oluşumu bakımından mağdurun, insan ve canlı bir varlık olması zorunludur ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞSIZ, s. 331. Bu sebeple, cinsel saldırı teşkil eden fiillerin ölümlere ve hayvanlara karşı gerçekleştirilmesi halinde, cinsel saldırı suçunun oluştuğundan söz edilemeyecektir. Cinsel saldırı teşkil eden fiillerin ölümlere karşı gerçekleştirilmesi halinde ölünün hatırasına hakaret suçu oluşacak, hayvanlara yönelik olarak işlenmesi halinde de 5199 sayılı Hayvanları Koruma Kanunu m.14 ve m.28/A hükümlerine aykırılık gündeme gelecektir. Bkz. YOKUŞ SEVÜK, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 369; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 325; ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞSIZ, s. 331; KORKUSUZ, "Cinsel Saldırı Suçu (TCK m.102), s. 826; CENTEL/ZAFER, Cinsel Saldırı Suçu (TCK m.102), s. 233; YELDAN, Uygulamada Cinsel Suçlar, s. 65, 66; BAYTEMİR, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, s. 36; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 376; ÜNVER, Cinsel Suçların Eleştirisel Olarak İncelenmesi, s. 25. Ölü ile cinsel ilişkiye girilmesi durumunda ölünün hatırasına hakaret suçu oluşacak olsa da fiilin açık bir yerde gerçekleştirilmesi durumunda alenen hayasız hareketlerde bulunma suçunun oluşacağı da ileri sürülmektedir Bkz. SOYASLAN, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 211; ÜNVER, Cinsel Suçların Eleştirisel Olarak İncelenmesi, s. 25. Ölünün bedeni üzerinde gerçekleştirilen cinsel davranışlar, müstehcen içerikli yazı, ses veya görüntüleri içeren ürün üretmek amacıyla yapıldığı takdirde, TCK m.226/4'te düzenlenen müstehcenlik suçu oluşacaktır KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 365.

²⁰⁹ ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 376.

²¹⁰ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 325; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 365; KILIÇ, Cinsel Hakimiyet ve Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Saldırı Suçu (TCK m.102), s. 184; YENİDÜNYA, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, s. 3287; YOKUŞ SEVÜK, Cinsel Saldırı ve Cinsel Taciz Suçları, s. 251; CENTEL, Cinsel Suçlar Değişiklik Tasarısının Değerlendirilmesi, s. 272; CENTEL/ZAFER, Cinsel Saldırı Suçu (TCK m.102), s. 232; ŞEN, Türk Ceza Kanunu Yorumu, s. 382; ÖZEN, Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 463.

erkek tarafından erkeğe karşı işlenebileceği gibi, bir kadın tarafından kadına karşı da işlenebilir²¹¹.

Basit ve nitelikli cinsel saldırı suçlarında mağdur bakımından önem arz eden husus, mağdurun yaşıdır ve ancak 18 yaşını doldurmuş yetişkin bir kişi bu suçun mağduru olabilir²¹². TCK m.102’de gösterilen fiillerin 18 yaşını doldurmamış mağdura karşı işlenmesi durumunda, TCK m.103’te düzenlenen çocukların cinsel istismarı suçu meydana gelecektir²¹³. Belirtmek gerekir ki, 18 yaşından küçüğün ergin kılınması da çocuğa yönelik cinsel davranışın niteliğini değiştirmeyecektir, çünkü gerek TCK m.6’da çocuk 18 yaşını doldurmamış kişi olarak tanımlanmış ve gerekse 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu m.3/1-a’da, çocuğun daha erken yaşta ergin kılınmış olsa bile 18 yaşını doldurmamış kişiyi kapsadığı ifade edilmiştir²¹⁴. Dolayısıyla, 18 yaşını doldurmamış bir kişiye yönelik olarak işlenen her türlü cinsel saldırı eylemi TCK m.102’yi değil, TCK m.103’te bulunan çocukların cinsel istismarı suçunu oluşturacaktır. Her ne kadar Yargıtay’ın 18 yaşından küçük eşe karşı gerçekleştirilen eylemler bakımından TCK m.102’nin oluşacağına dair içtihadı bulunsa da bunu uygun bulmadığımızı ifade etmek

²¹¹ YOKUŞ SEVÜK, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 368; ÖZBEK/DOĞAN/BACAŞIZ, s. 331; SOYASLAN, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 210; YELDAN, Uygulamada Cinsel Suçlar, s. 138; GÖKCAN/ARTUÇ, Türk Ceza Kanunu Şerhi 3. Cilt, s. 3695; TANER, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s. 87; Madde gerekçesinde de bu husus açıkça vurgulanmıştır.

²¹² Mağdurun yaşı dikkate alınmadan, yalnızca kişinin vücut bütünlüğünü ihlal eden cinsel davranışlar ele alınarak, cinsel saldırı ile TCK m.103’de düzenlenen çocukların cinsel istismarı suçlarının birbirinden ayrılması mümkün değildir. Bkz. TANER, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s. 89.

²¹³ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 325; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 365; YOKUŞ SEVÜK, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 368; ÖZBEK/DOĞAN/BACAŞIZ, s. 331; KILIÇ, Cinsel Hakimiyet ve Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Saldırı Suçu (TCK m.102), s. 184, 185; Özgenç, mağdurun çocuk olmasının cinsel saldırı suçu (TCK m.102) ile cinsel istismar suçu (TCK m.103) arasındaki ayırımın temel ölçütü olarak kabul edildiğini belirtmektedir. Bkz. ÖZGENÇ, Türk Ceza Kanunu’nun Cinsel Suçlara İlişkin Düzenlemelerinin Dayandığı Felsefi Temel, s. 260; CENTEL, Cinsel Suçlar Değişiklik Tasarısının Değerlendirilmesi, s. 272; Yıldız, TCK m.103’de düzenlenen çocukların cinsel istismarı kabul edilen durumların haricinde, basit cinsel saldırı suçunda mağdurun 18 yaşından büyük olması koşuluyla herhangi kanun koyucunun bir kısıtlamaya gitmediğini ifade etmektedir. Bkz. YILDIZ, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu, s. 213; YELDAN, Uygulamada Cinsel Suçlar, s. 65; BAYTEMİR, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, s. 36; MEMİŞ KARTAL, Cinsel Saldırı, s. 471.

²¹⁴ KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 365, 366.

isteriz. Eşi tarafından gerçekleştirilse dahi 18 yaşından küçüğe karşı bu suç işlendiğinde TCK ve ÇKK hükümleri uyarınca TCK m.103 oluşacaktır.

Cinsel saldırı suçunun meydana gelmesi açısından mağdurun yaşının önem arz ettiğinden, mağdurun nüfustaki yaşı ile dışarıdan bakılan halinin uyuşmaması durumunda yaşı düzeltilmesi gerekmektedir. Dolayısıyla, öncelikli olarak suçun hukuki nitelendirmesinin yapılabilmesi için yaşı tespiti gerekmektedir²¹⁵. Yargıtay, mağdurun doğduğu yıl belli olmasına rağmen ayın ve günün belli olmaması durumunda Nüfus Kanunu'nun 59. maddesine gereğince mağdurun o yılın Temmuz ayının 1. günü doğduğunu kabul etmektedir. Bu görüşün, yeni TCK'da da geçerliliğini koruduğu ileri sürülmektedir²¹⁶.

Sonuç olarak basit ve nitelikli cinsel saldırı suçunun mağduru, 18 yaşını doldurmuş, yaşayan, kişisel ve sosyal durumu ile sıfatının ne olduğunun suçun oluşması bakımından önemi olmayan, erkek veya kadın gerçek kişi herkes olabilir.

Fail ile mağdur arasındaki ilişki ve kanunda öngörülen bazı durumlarda mağdurun belirli sığata sahip olması suçun nitelikli hal olarak düzenlenmiştir. Bu hususlar nitelikli hallerin açıklandığı kısımda ele alınacağından, burada ayrıca açıklamaya yer verilmemiştir.

5.3.1.2.2 Cinsel Saldırı Suçunun Basit Halinin Eşe Karşı İşlenip İşlenemeyeceğı Sorunu

765 sayılı Kanun döneminde ırza geçme ve ırza tasaddi suçlarının eşe karşı işlenip işlenemeyeceğı tartışmalı olmakla birlikte, Türk hukukunda bu dönemde gerek uygulamada ve gerekse doktrinde hakim görüş eşin bu suçların faili olamayacakları

²¹⁵ YOKUŞ SEVÜK, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 368.

²¹⁶ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 325.

şeklinde olmuştur²¹⁷. Buna karşılık bu uygulamanın isabetsiz olduğu, 765 sayılı TCK'da mağdur bakımından eş veya evlilik dışı ifadelerine dayalı bir tanımın yer almadığı, bu kapsamda 765 sayılı Kanun düzenlemeleri gereğince eşin gerek ırza tasaddi ve gerekse ırza geçme fiili bakımından ve diğer cinsel suçlardan mağdur olabileceği ileri sürülmüştür²¹⁸.

Basit ve nitelikli cinsel saldırı suçunun 5237 sayılı TCK'daki düzenlemesi de, eşlerin birbirlerine karşı hükmün birinci fıkrasında düzenlenen cinsel saldırı suçunun basit hali bakımından fail olup olamayacaklarına ilişkin doktrin ve uygulamada tartışmaya yol açmıştır. 5237 sayılı TCK'nın 102. maddesinin 2. fıkrasında yer alan nitelikli cinsel saldırı suçu düzenlemesinde, bu fıkra söz konusu olan eylemin eşe karşı gerçekleştirilmesi durumunda şikayete tabi olarak soruşturulup kovuşturulacağına ilişkin ifadeler yer verilmesi, maddenin ilk fıkrasında yer alan basit cinsel saldırı suçunun eşler arasında işlenip işlenemeyeceğine ilişkin olarak doktrinde yaşanan tartışmanın ana kaynağını oluşturmaktadır. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden kısa bir süre sonra doktrinde, TCK m.102/2'de yapılan bu düzenlemenin esasen suçun eşe karşı işlendiğinde şikayete bağlı olmasını vurgulamak için değil, 765 sayılı TCK dönemindeki Yargıtay uygulamasını²¹⁹ sona erdirmek ve eşe karşı işlenen cinsel saldırı fiillerinin de aile efradına karşı fena muamele suçunu değil cinsel saldırı suçunu oluşturması için getirildiği görüşü ortaya koyulmuş, Yargıtay ve öğretinin, ikinci

²¹⁷ ARTUK/YENİDÜNYA, Cumhuriyeti'in 75. Yıl Armağanı Evlilik İçinde Irza Geçme, s. 58.

²¹⁸ ÜNVER, Cinsel Suçların Eleştirisel Olarak İncelenmesi, s. 30; DÜLGER, İbrahim: Cinsel Özgürlüğe Karşı İşlenen Suçlardan Irza Geçme Suçu, Yayınlanmamış Doktora Tezi, s. 149 vd.

²¹⁹ 765 sayılı TCK döneminde, cinsel saldırının eşin rızasına aykırı olarak gerçekleştirilmesine ilişkin özel bir düzenlemeye yer verilmemiştir.

fıkradaki bu cümleyi eşe karşı işlenecek cinsel saldırının yalnızca ikinci fıkradaki nitelikli hal olabileceği şeklinde yorumlamaması ümit edilmiştir²²⁰.

Yargıtay uygulaması bu endişeyi haklı çıkarmış, Yargıtay içtihadında ikinci fıkroda yer alan bu özel düzenleme, birinci fıkradaki basit cinsel saldırı suçunun eşler arasında işlenemeyeceği şeklinde yorumlanmıştır²²¹. Yargıtay, TCK m.102/2’de eşler arasındaki nitelikli cinsel saldırı fiilinin şikayete tabi şekilde açıkça düzenlenmesini, birinci fıkroda ise ayrıca böyle bir düzenlemeye yer verilmemesini görüşüne dayanak olarak almaktadır.

Doktrinde de basit cinsel saldırı suçunun (TCK m.102/1) eşe karşı işlenilip işlenemeyeceği hususunda farklı görüşler mevcuttur. Bir kısım yazarlara göre, cinsel saldırı suçunun basit hali resmi nikahlı eşler arasında işlenemeyecekken²²², diğer görüşte olan yazarlara göre ise resmi nikahlı eşlerin de birbirlerine karşı basit cinsel saldırı suçunu işleyebilmeleri kanun düzenlemesi gereğince mümkündür²²³.

²²⁰ ÜNVER, Karşı Suçlar, s. 298.

²²¹ Cinsel saldırının basit halinin eşler arasında işlenemeyeceğine dair içtihatlar için bkz. Yargıtay 9. C.D., T. 13.02.2014, E. 2012/4276, K. 2014/1689; Yargıtay 14. C.D., T. 18.11.2019, E. 2016/11403, K. 2019/12539, <https://karararama.yargitay.gov.tr/> (e.t. 07.02.2025).

²²² KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 367; YOKUŞ SEVÜK, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 368; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 323; ŞEN/MAVİŞ/ŞAHİN, Cinsel Suçlar, s. 31; YELDAN, Uygulamada Cinsel Suçlar, s. 65; ARTUK, Mehmet Emin/GÖKCEN, Ahmet/ YENİDÜNYA, Caner: Türk Ceza Kanunu Şerhi, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2014, s. 3638, 3700; KOCAOĞLU, Yargı Kararları Işığında Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar (TCK m.102-105), s. 122; Tulay’a göre, TCK m.102/2’nin son cümlesindeki özel düzenlemeden evvel 2. fıkranın en başında yer alan “Bu fiilin” ibaresi kendisinden hemen önce gelen cümleyi karşıladığından, eşler arasında gerçekleştirilen cinsel saldırıdan sorumluluk alanı hükmün yalnızca 2. fıkrasında yer verilen hal ile sınırlıdır. Bkz. TULAY, Emre: “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçun Eşe Karşı İşlenmesi”, Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 8(16), 2020, s. 516; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 375; YENERER ÇAKMUT, Özlem: “Cinsel Şiddet Mağduru Evli Kadının Türk Ceza Kanunu’ndaki Konumuna İstanbul Sözleşmesi Bağlamından Bakış - Genel Değerlendirme, Hukuk ve Disiplinlerarası Yaklaşımla Şiddet ve Toplumsal Eşitlik, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, s. 133.

²²³ ÖZBEK/DOĞAN/BACAŞIZ, s. 330; YILDIZ, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu, s. 213; ÜNVER, Cinsel Suçların Eleştirisel Olarak İncelenmesi, s. 31; TANER, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s. 96; ALTUN, Volkan: “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu M.102/1 Kapsamında Kalan Fiillerin Eşler Arasında İşlenip İşlenemeyeceğine İlişkin Bir Değerlendirme”, Suç ve Ceza Dergisi, 17(1), 2024, s. 40, 41.

Basit cinsel saldırı suçunun mevcut kanun düzenlemesi gereğince eşler arasında işlenemeyeceğini belirtenlerin, olması gereken hukuk açısından bunun isabetli olmadığını ve basit cinsel saldırı suçunun da yasal eşler arasında suç olarak düzenlenmesi gerektiğini belirttikleri de görülmektedir²²⁴.

Hükmün gerekçesinde, ikinci fıkrada yer alan nitelikli cinsel saldırı suçunun eşler arasında işlenebileceği açıkça ifade edilmişken, birinci fıkrada yer alan basit cinsel saldırı suçunun eşler arasında işlenebilmesine ilişkin herhangi bir ifadeye yer verilmemiştir. Basit cinsel saldırı suçunu yasal eşlerin birbirilerine karşı işlemeyecekleri görüşü, büyük ölçüde hükmün gerekçesinde yer verilen ifadelere dayandırılmaktadır²²⁵. Doktrinde kanun koyucunun, hükmün ikinci fıkrasında yer verdiği özel düzenlemeyle neyi amaçladığına madde gerekçesinde yer verdiği, gerekçenin ilgili kısmı göz önünde bulundurulduğunda kanun koyucunun, eşler arasında cinsel saldırının hükmün birinci fıkrasında düzenlenen basit halini yaptırıma bağlamadığı ifade edilmekte, bu nedenle kanun koyucunun eşler arasında her türlü cinsel saldırı eylemini değil, sadece organ ve sair cisim sokmak niteliğine olan nitelikli halini eşler arasında açıkça düzenleyerek, diğer

²²⁴ Dülger, cinsel saldırı suçunun basit hali ve nitelikli hali bakımından aynı hukuksal değerin korunduğunu, bu sebeple suçun basit halinin de mağdur üzerinde oluşturacağı olumsuz etkiler gözetildiğinde ve bunun yanında suç tipinin basit halinin şikayete tabi olduğu dikkate alındığında bu sonuca ulaştığını belirtmektedir. Bkz. DÜLGER, Evlilik Birliği İçinde Gerçekleşen Nitelikli Cinsel Saldırı Suçu, s. 558; Tezcan/Erdem/Önok, mevcut TCK sistemi içerisinde eşlerin birbirilerine karşı basit cinsel saldırı suçunu işleyemeyeceklerini, gerek TCK m.102/2 hükmü ve gerekçesi ve gerekse TCK m.102/2'nin dahi eşler arasında ancak belli şartlarda işlenebileceğine dair açıklamalar sebebiyle kanun koyucunun iradesinin bu yönde olduğunu vurgulamaktadırlar. Bkz. TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 323; Alşahin, uygulamada yaşanan tereddüdün giderilmesi için basit cinsel saldırı suçunun da en azından boşanma aşamasında olan eşler arasında işlenebileceğine ve şikayete tabi olacağına dair düzenleme yapılması gerektiğini vurgulamakta, aksi kabulün evli olduğu kişinin eşine karşı cinsel özgürlüğünü kaybettiği anlamına geleceğini, bunun da kişiyi eşine karşı bir cinsel köle haline getireceğini belirtmektedir. Bkz. ALŞAHİN, Mehmet Emin: "Cinsel Saldırı Suçu (TCK m.102)", Prof. Dr. Mehmet Emin Artuk'a Armağan, (Ed.: Mahmut Koca), 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020, s. 862, 863; Aynı yönde bkz. ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 375, 376; HAKERİ/TEKİN, Tartışmalı Sorularla Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 174.

²²⁵ TCK m.102'nin gerekçesinde yer verilen, ifadelerde, cinsel saldırı suçunun nitelikli halinin eşler arasında işlenebileceğini açıkça söyleyen cümlede özellikle "de" bağlacının kullanılması ve devamındaki ifadeler cinsel saldırının basit halinin eşler arasında işlenemeyeceğini savunan görüşlerin dayanak noktalarından birisini oluşturmaktadır.

konularda sessiz kalmasının, eşler arasında suçun diğer şekillerini cezalandırma amacı gütmeyişini ve bunda bir yarar görmediğini gösterdiği ifade edilmektedir²²⁶.

Bunun yanında, hükmün ikinci fıkrasında suçun eşler arasında işlenebileceğine dair açık ibareye yer verilmesine rağmen, bu yönde bir ifadeye birinci fıkra da ayrıca yer verilmemesi de, eşler arasında basit cinsel saldırı ve sarkıntılık fiillerinin yaptırım altına alınmadığına ve cezalandırılmayacağına ilişkin bir başka gerekçe olarak ileri sürülmektedir²²⁷.

Doktrinde basit cinsel saldırının eşler arasında işlenemeyeceğinin yanı sıra, hükmün gerekçesinde cinsel saldırı fiilinin nitelikli halinin eşler arasında işlenebileceğinin belirtilmesinin hemen ardından gelen, evlilik birliğinin eşlere sadakat yükümlülüğü yanında karşılıklı olarak birbirlerinin cinsel arzularını tatmin etme yükümlülüğü de yüklediği, ancak evlilik birliği içerisindeki cinsel arzuların tatminine yönelik taleplerin dahi tıbbi ve hukuki sınırlarının olduğu ifadeleri dikkate alınarak, eş üzerinde cinsel arzuları tatmin amacıyla gerçekleştirilen cinsel saldırının nitelikli halini oluşturan davranışların tıbbi ve hukuki sınırları ihlal etmeyenlerinin, eşin rızasına aykırı olsa dahi suçun maddi unsurunu oluşturmayacağı da ileri sürülmektedir²²⁸. Ayrıca, evlilik birliği içerisindeki cinsel yaşamın doğal ve hukuki bir sonuç olduğu, bu sebeple eşler arasında gerçekleşen nitelikli cinsel saldırı eylemlerinin de TCK m.102/2 kapsamında ele

²²⁶ HAKERİ/TEKİN, Tartışmalı Sorularla Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 174; Kanun koyucunun sübjektif iradesinin birinci fıkranın eşler arasında işlenemeyeceğine yönelik olduğu hakkında bkz. TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 323.

²²⁷ Alşahin, bu görüşüne örnek olarak, rızasına aykırı olarak karısını öpen kocanın fiilinin suç teşkil etmeyeceğini belirtmektedir. Bkz. ALŞAHİN, Cinsel Saldırı Suçu (TCK m.102), s. 862; Aynı yönde bkz. ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 375.

²²⁸ KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 366; Kocaoğlu, ülkemiz insanın kültürel ve dinsel algı dünyasında, basit cinsel saldırı yanında nitelikli cinsel saldırı teşkil eden eylemlerin dahi Yaratıcı tarafından erkeğe bahşedilen bir ayrıcalık olduğunu ifade etmektedir. Bkz. KOCAOĞLU, Yargı Kararları Işığında Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, s. 123.

alınması yerine, yaralama suçu altında değerlendirilmesinin daha isabetli olacağı savunulmaktadır²²⁹.

Hem doktrinde ve hem de uygulamada tartışmalı olan bu konuya ilişkin kendi görüşümüzü açıklamadan önce belirtmek gerekir ki, gerek TCK m.102/2'nin son cümlesi uyarınca eşler arasındaki nitelikli cinsel saldırının şikayete tabi kılınması ve gerekse TCK m.102/1'deki basit cinsel saldırının eşler arasında işlenemeyeceğine ilişkin doktrin görüşleri ve pratik uygulama, eşe karşı gerçekleştirilen cinsel saldırı suçlarının öneminin ve ihlal ediciliğinin göz ardı edilmesine yol açmaktadır²³⁰.

Basit cinsel saldırı suçunun mağdurunun eş olup olamayacağına açıklık getirmeden önce TCK m.102/2'nin son cümlesinde yer alan özel düzenlemede bahsedilen eşin, resmi nikahlı eş olduğunu vurgulamak gerekir²³¹. Her ne kadar doktrinde aksi ifade edilse de, kanaatimizce böyle bir yorumun yasal düzenleme karşısında hukuken kabulü mümkün değildir²³². Bu nedenle, nişanlı, dini nikahlı veya sıfatı ve şekli her ne surette olursa olsun birlikte yaşayan kişilerin bu hükmün uygulama alanına dahil edilmemesi gerekir²³³. Zira eş kavramı 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu uyarınca teknik bir kavram olup, aynı kanunun 134. maddesi uyarınca eş sıfatının kazanılması belli şartlara bağlanmıştır. TMK m.134 hükmü uyarınca, yasal eş olmayan kişilerin de TCK m.102/2'nin son cümlesindeki özel düzenlemenin uygulama alanına dahil edilmesi, TCK

²²⁹ TULAY, "Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçun Eşe Karşı İşlenmesi", s. 518; Kocaoğlu da, eşe karşı nitelikli cinsel saldırı suçunun tamamen kaldırılmasını, suçun vajinal, anal ve oral versiyonlarının eşe karşı kötü muamele adı altında bağımsız bir suç tipinde düzenlenmesi gerektiğini savunmaktadır. Bkz. KOCAOĞLU, Yargı Kararları Işığında Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar (TCK m.102-105), s. 146;

²³⁰ ERDEM/TÜRAY, Türk Ceza Hukukunda Basit Cinsel Saldırı Suçunun Eşe Karşı İşlenmesi, s. 76.

²³¹ TULAY, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçun Eşe Karşı İşlenmesi, s. 514.

²³² Koca/Üzülmmez'e göre, yalnızca Türk Medeni Kanunu'na göre evliliğin tarafları değil, dini nikahla veya nikahsız olarak karı-koca gibi birlikte yaşayan kişilerin eş olarak kabul edilmesi ve bu hükmün uygulama kapsamına girmeleri gerekmektedir. Bkz. KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 366.

²³³ GÖKCAN/ARTUÇ, Türk Ceza Kanunu Şerhi 3. Cilt, s. 3695; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 322; ERDEM/TÜRAY, Türk Ceza Hukukunda Basit Cinsel Saldırı Suçunun Eşe Karşı İşlenmesi, s. 76;

m.2/3'te yasaklanan kıyasa yol açacak şekilde geniş yorum yapılması anlamına gelecektir²³⁴. Bu nedenle, resmi evlilik bağı olmaksızın herhangi bir şekilde birlikte yaşayan kimseler arasında bu suçun re'sen soruşturulması ve kovuşturulması gerekmektedir²³⁵.

Kanaatimizce, cinsel saldırı suçunun mevcut düzenlemesi uyarınca nitelikli hali yanında basit halinin de eşler arasında işlenmesi mümkündür. Hükmün ikinci fıkrasında yer alan, eşler arasında suçun şikayete tabi olacağına dair özel düzenleme, birinci fıkradaki basit halin eşler arasında işlenemeyeceğini gösteren bir husus olarak yorumlanmamalıdır. Hükmün ikinci fıkrasında böyle bir ibareye yer verilmesinin sebebi, ikinci fıkra da yer alan cinsel saldırı suçunun nitelikli halinin eşler arasında işlenmesi halinde re'sen soruşturulan bir suç olmasının önüne geçmektir²³⁶. Hükmün birinci fıkrasında düzenlenen cinsel saldırının basit hali zaten şikayete tabi olarak düzenlendiğinden, kanun koyucu bu hükümde ayrıca ikinci fıkra da olduğu gibi bir düzenlemeye yer verme gereği duymamıştır. İkinci fıkra da özel olarak bunun düzenlenmesi konusunda duyulan ihtiyaç, eşler arasında cinsel saldırı suçunun organ veya sair cisim ithal etmek şeklindeki nitelikli halinin gündeme gelmesi halinde, kanun koyucunun bu konuya doğrudan müdahale etmek istemeyişinden kaynaklanmaktadır ki, bu düzenlemenin zaten herkes açısından şikayete tabi olarak düzenlenen basit cinsel saldırının, yasal olarak evli olan eşler arasında işlenemeyeceği şeklinde yorumlanması hukuken doğru olmayacaktır. Birinci fıkra da yer alan cinsel saldırının basit halinin eşler

²³⁴ ERDEM/TÜRAY, “Türk Ceza Hukukunda Basit Cinsel Saldırı Suçunun Eşe Karşı İşlenmesi”, s. 76.

²³⁵ TANER, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s. 97.

²³⁶ Birinci fıkra da yer alan basit cinsel saldırı suçu şikayete bağlı olduğundan bu halle ilgili olarak herhangi bir ayırıma gidilmemiş, ikinci fıkra da yer alan suçun nitelikli hali bakımından ise şikayete tabi olma hali istisna olduğu için eşler açısından kanun koyucu burada bu hususu ayrıca belirtmeyi uygun görmüştür. Bkz. TANER, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s. 96.

arasında da işlenebileceğinin kabulü için, ilgili fıkra da suçun eşe karşı işlenebileceğine yönelik ayrıca bir özel düzenleme yapılmasına gerek bulunmamaktadır. Kaldı ki, kanun metninin hiçbir yerinde birinci fıkra da düzenlenen cinsel saldırının basit hali bakımından yasal eşin mağdur olamayacağına yönelik bir ifade yer almamaktadır.

Sonuç olarak, TCK m.102/1’de yer alan basit cinsel saldırı suçunun yasal eşler arasında işlenebilmesi için kanun metninde açık bir düzenlemeye yer verilmesine gerek olmadığını, suçun nitelikli halinin düzenlendiği ikinci fıkra da yer verilen özel düzenlemenin suçların eşler arasında işlenip işlenemeyeceğine ilişkin değil, yalnızca bir muhakeme şartı olan şikayet ile ilgili bir düzenleme olduğunu düşünmekteyiz²³⁷. Tüm bu nedenlerle kanun metninin halihazırdaki hali uyarınca, TCK m.102/1’de düzenlenen basit cinsel saldırı suçunun yasal eşler arasında da uygulanmasına bir engel teşkil etmemektedir²³⁸.

TCK m.102/2’nin son cümlesinde yer alan özel düzenlemenin amacının, normal şartlarda re’sen soruşturulacak olan nitelikli cinsel saldırının eşler arasında işlenmesi durumunun şikayete tabi olacağını ortaya koymak olduğu şeklindeki bizim de katıldığımız görüşe yönelik olarak kanun koyucunun sübjektif iradesinin bu yönde olmadığı ifade edilmektedir²³⁹. Belirtmek gerekir ki, kanun koyucunun sübjektif iradesine yönelik doğrudan bir tespitte bulunmak mümkün olmadığı gibi, kanun koyucunun sübjektif iradesinden veya hükmün gerekçesinden hareketle doğrudan bir değerlendirmede bulunulması da kanun metnine aykırılık oluşturacak bir uygulamaya

²³⁷ Karş. ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 375.

²³⁸ Benzer yönde yasal düzenlemenin halihazırdaki halinin eşler arasında basit cinsel saldırı suçunun işlenebileceği açısından yeterli olduğu görüşleri için bkz. ÜNVER, Cinsel Suçların Eleştirel Olarak İncelenmesi, s. 31; ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞSIZ, s. 330; YILDIZ, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu, s. 213; DURSUN, s. 65; ERDEM/TÜRAY, Türk Ceza Hukukunda Basit Cinsel Saldırı Suçunun Eşe Karşı İşlenmesi, s. 96; KANTARCI, Nurullah: “Cinsel İstismar Suçunun Eşe Karşı İşlenip İşlenemeyeceği Sorunu”, Ceza Hukuku Dergisi, 12(33), 2017, s. 158.

²³⁹ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 323.

sebebiyet vermektedir²⁴⁰. Madde gerekçesi, hükmün uygulanması hakkında fikir verse de madde metnine dahil olmayıp, gerekçeden hareketle bir suç hükmünün uygulamasının daraltılması mümkün değildir. Hükmün birinci fıkrasında, basit cinsel saldırının eşler arasında işlenemeyeceğine dair hiçbir husus yer almamaktadır. Bu nedenle, kanun koyucunun tahmine dayalı sübjektif iradesinden veya madde gerekçesinden hareketle yorumda bulunup, basit cinsel saldırı suçunun eşe karşı işlenemeyeceği kanaatine varılması TCK'nın halihazırdaki düzenlemesine aykırıdır²⁴¹.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, eşler arasında gerçekleştirilen basit cinsel saldırı niteliğindeki eylemlerin suç kapsamında görülmemesi, AİHS m. 3 hükmüne²⁴² de aykırılık teşkil edecektir²⁴³. Çünkü, eşler arasında gerçekleştirilen basit cinsel saldırının da ev içi şiddetin bir görünümü olduğu açıktır.

5.3.1.2.3 Evlenme Yoluyla Reşit Olanların Cinsel Saldırı Suçunun Mağduru Olup Olamayacakları Sorunu

Yasal olarak evli eşlerin birbirlerine karşı basit cinsel saldırı suçunu işleyip işleyemeyecekleri yanında, açıklık getirilmesi gereken diğer bir husus, yasal olarak evli eşlerden birisinin 18 yaşından küçük olup da evlenmeyle reşit kılındığı durumlarda, evlilik içerisinde gerçekleşen rızaya aykırı cinsel saldırı fiillerinden dolayı fail hakkında TCK m.102'nin mi, yoksa TCK m.103'ün mü tatbik edilmesi gerektiğidir. Diğer bir

²⁴⁰ Hükmün konuluş amacını araştıran amaçsal yorum yöntemi gereği, kanunun objektif iradesi ile birlikte kanun koyucunun iradesinin de dikkate alınması gerektiğine, kanun koyucunun iradesinin bir kenara bırakılamayacağına, bu sebeple suçun basit halinin metin ve gerekçenin bu haliyle eşler arasında işlenemeyeceğine dair görüş için bkz. YILMAZ, s. 1436, 1437.

²⁴¹ Bunun yanında böyle bir husus AİHS m.3'e aykırılık teşkil edeceği gibi İstanbul Sözleşmesi'ne de aykırıdır.

²⁴² AİHS m.3'e göre, "Hiç kimse işkenceye veya insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele veya cezaya tabi tutulamaz."

²⁴³ AİHM'in bu yönde verdiği kararlar için bkz. Opuz v. Türkiye, Başvuru no. 33401/02, Tarih: 09/06/2009; Bevacqua ve S. v. Bulgaristan, Başvuru no. 71127/01, Tarih: 09/06/2008; Talpis v. İtalya, Başvuru No. 41237/14, Tarih: 02/03/2017.

ifadeyle, evlenmeyle reşit olan bir kişiye karşı eşi tarafından rızaya aykırı cinsel saldırı teşkil eden eylemler gerçekleştirildiğinde, evlenmeyle reşit olan kişinin TCK m.102’den mi, yoksa TCK m.103’ten mi mağdur olacağı tartışmalıdır. Doktrinde, TCK m.103’te düzenlenen çocukların cinsel istismarı suçunun eşe karşı işlenip işlenemeyeceğinin madde düzenlemesi karşısında belirsiz ve sorunlu olduğu ifade edilmektedir²⁴⁴.

Bilindiği üzere TMK m.124²⁴⁵ hükmü gereğince, yasal temsilcinin izni halinde 17 yaşında, olağanüstü hallerin mevcudiyetinde ise ancak hakim kararıyla 16 yaşında evlenmeye imkan tanınmaktadır. İşte bu hüküm uyarınca evlenilen bir durumda, evlenmeyle reşit kılınan kişiye karşı yasal eşi tarafından cinsel saldırı teşkil eden fiillerde bulunulduğu takdirde TCK m.102’nin mi, yoksa m.103’ün mü uygulanacağı tartışmalıdır ki, bu durumda mağdur hem eş ve hem de çocuk sıfatına sahip olmaktadır²⁴⁶. Bu konunun önem arz etmesindeki en önemli neden, TCK m.102’de yer alan suçun eşler arasında şikayete tabi olmasıyken, TCK m.103’te yer alan çocukların cinsel istismarı suçunun ise sarkıntılık haricinde kalan kısmının re’sen soruşturulup kovuşturulan bir suç olmasıdır.

Bir kısım yazarlar, evlenmeyle reşit kılınan kişiye yönelik evlilik içi cinsel saldırı eylemlerinde bulunulduğu takdirde, eş sıfatının yaşı da kapsayan öncelikli bir kıstas olduğunu, Medeni Kanun’dan kaynaklanan belirlemelerin ceza hukuku açısından da değer taşıması gerektiğini belirterek, evlenmeyle reşit kılınan kişiye karşı eşi tarafından cinsel saldırı niteliğinde eylemlerde bulunulması halinde TCK m.102’nin uygulanması gerektiğini ifade etmektedir²⁴⁷. Bu görüşü savunanlara göre, 16 veya 17 yaşında bulunan

²⁴⁴ ÜNVER, Cinsel Suçların Eleştirisel Olarak İncelenmesi, s. 41.

²⁴⁵ TMK m.124’de, erkek veya kadının on yedi yaşını doldurmadıkça evlenemeyeceği, ancak hakim onayla olağanüstü durumlarda pek önemli sebeple on altı yaşını doldurmuş erkek veya kadının evlenebileceğine karar verebileceği, bu karardan önce imkan oldukça ana ve baba veya vasinin dinleneceği düzenleme altına alınmıştır.

²⁴⁶ KANTARCI, s. 160.

²⁴⁷ AKBULUT, Berrin: “Ceza Mevzuatında Çocuk ve Çocukların Yakalanması, Gözaltına Alınması”, Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel

kişiyne yönelik olarak, gerek eşı ve gerekse üçüncü kişiler tarafından gerçekleştirilecek olan rızaya aykırı cinsel davranışlar, TCK m.102’de yer alan cinsel saldırı suçu kapsamında değerdendirilecek olup, bu fikirde olanlar BM Çocuk Hakları Sözleşmesi’nde yer alan çocuk tanımından hareketle²⁴⁸, evlenerek veya mahkeme kanalıyla reşit olan kimselerin çocuk kabul edilemeyeceğı ve TCK m.103’te düzenlenen cinsel istismar suçunun mağduru olamayacağı sonucuna varmaktadır²⁴⁹. Çünkü BM Çocuk Hakları Sözleşmesi’nin 1. maddesi uyarınca, 18 yaşından önce herhangi bir sebeple reşit kılınan kişiler çocuk tanımı dışında bırakılmıştır.

Diğer görüşte olan yazarlar ise TCK m.6’da yapılan çocuk tanımının, kişinin evli veya bekar olduğuna bakılmaksızın, 18 yaşının altındaki kişileri çocuk olarak gördüğünü belirtmekte ve 18 yaşın altındaki kişinin eşı tarafından cinsel saldırı teşkil eden eylemlere zorlanması halinde çocukların cinsel istismarı suçunun oluşacağını vurgulamaktadır²⁵⁰. Bu görüşe göre, TCK m.6’da yapılan çocuk tanımı gereğı, 18 yaşından küçüğün evlenme veya başka bir sebeple reşit olması suçun oluşumu bakımından önem arz etmeyecek, yani 18 yaşını doldurmamış her kişi TCK anlamında çocuk sayıldığı için, eşı tarafından evlenmeyle reşit olan kişiyne karşı gerçekleştirilen rızaya aykırı cinsel saldırı fiilleri söz konusu olduğunda evlenmeyle reşit olan kişi TCK m.103’te düzenlenen çocukların cinsel istismarı suçundan mağdur olacaktır²⁵¹.

İfade etmek gerekir ki, böyle bir durumda eşlerle ilgili olarak TCK m.102/2’de özel düzenleme bulunması ve fail ile mağdur arasında resmi evlilik ilişkisi bulunması

Sayısı, 19(2), 2013, s. 547, 548; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, 17 yaşında olan mağdureyi, kocasının cinsel ilişkiye zorlaması halinde, failin TCK m.102/2 uyarınca sorumlu tutulması gerektiğini belirtmektedirler. Bkz. ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 376.

²⁴⁸ Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi’nin 1. maddesinde çocuk, daha erken reşit olma haricinde onsekiz yaşını doldurmamış kişi olarak tanımlanmıştır.

²⁴⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. KANTARCI, s. 160 vd.

²⁵⁰ Bkz. ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s.363; KANTARCI, s. 162.

²⁵¹ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 385; MEMİŞ KARTAL, Çocukların Cinsel İstismarı, s. 148.

sebebiyle TCK m.102'nin uygulanması gerektiği görüşünde olan yazarlar dahi, hem TCK m.103'te eşlerle ilgili özel bir düzenlemeye yer verilmemiş olmasının ve hem de 15-18 yaş arası kişilerin rızaya dayalı cinsel ilişkilerini düzenleyen TCK m.104'de eşlerle ilgili bir unsurun yer almayışının konuyu oldukça sorunlu hale getirdiğini ve her iki görüşün de kuvvetli şekilde savunulabileceğini belirtmektedir²⁵².

Doktrinde tartışmalı olan bu konu Anayasa Mahkemesi'nin önüne gitmiş, Yüksek Mahkeme 18 yaşından önce evlenme yoluyla reşit olmuş kişiye karşı eşi tarafından zorla gerçekleştirilen cinsel davranışların, cinsel istismar değil, TCK m.102'de yer alan cinsel saldırı suçu kapsamında değerlendirilmesi gerektiğine hükmetmiştir²⁵³. AYM, bu duruma gerekçe olarak evlenme yoluyla kişilerin ergin kılınacağına ilişkin Türk Medeni Kanunu düzenlemesini ve TCK m.102'nin ikinci fıkrasında eşlerle ilgili yer verilen özel hükmü göstermiştir.

Yargıtay içtihadına bakıldığında, mağdurun evlenme yoluyla reşit kılınmış olsa dahi, nüfus kayıtlarına göre 18 yaşından küçük olduğu sürece çocuk sayıldığı anlaşılmaktadır²⁵⁴. Ancak Yargıtay, 18 yaşından küçük herkesi evlenme veya mahkeme kararıyla reşit olsun veya olmasın çocuk kabul etmesine rağmen, bu kişilere karşı eşleri tarafından cinsel saldırı teşkil eden fiillerin gerçekleştirilmesi halinde, TCK m.103'te yer alan çocukların cinsel istismarı değil, TCK m.102'de düzenlenen cinsel saldırı suçunun oluşacağına hükmetmektedir²⁵⁵. Yargıtay içtihadında, evlenme veya mahkeme kararıyla 18 yaşından önce reşit olanların dahi çocuk sayılacağını ifade etmekte, ancak bu nitelikte olan evli çocuklara eşleri tarafından gerçekleştirilen cinsel saldırı fiillerinden dolayı TCK

²⁵² Bkz. ÜNVER, Cinsel Suçların Eleştirisel Olarak İncelenmesi, s. 41.

²⁵³ Anayasa Mahkemesi Kararı, 12.11.2015; E. 2015/43, K. 105/101.

²⁵⁴ YELDAN, Uygulamada Cinsel Suçlar, s. 66.

²⁵⁵ Yargıtay 14. C.D., T. 22.12.2014, E. 2014/582, K. 2014/14622, <https://karararama.yargitay.gov.tr/> (e.t. 07.02.2025).

m.102'nin uygulanması gerektiği görüşünde olduğunu belirtmektedir. Yargıtay'a göre, 18 yaşından küçük olup evlenmeyle reşit olan kişi eşi tarafından rızaya aykırı cinsel saldırı teşkil eden eylemlere maruz bırakılırsa TCK m.102'den, eşi haricinde bir başka üçüncü kişi tarafından aynı eylemlere maruz bırakılırsa ise TCK m.103'ten mağdur olacaktır.

Çocuk tanımı hakkında ülkemiz mevzuatına baktığımızda, çocuğun 5237 sayılı TCK m.6/1-b'de, onsekiz yaşını doldurmamış kişi olarak²⁵⁶, 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu'nun da 3. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendinde, daha erken yaşta ergin kılınsa dahi onsekiz yaşını doldurmamış kişi şeklinde tanımlandığı görülmektedir. Görüldüğü üzere, ülkemiz mevzuatında yer alan her iki kanunda da çocuk 18 yaşından küçük kişi olarak tanımlanmış, hatta Çocuk Koruma Kanunu 18 yaşından önce herhangi bir sebeple reşit kılınanların dahi bu kapsamda sayılacağını ayrıca belirtmiştir.

Belirtmek gerekir ki, Çocuk Koruma Kanunu'nda çocuk tanımının yapıldığı maddenin başında, bu Kanunun uygulanmasında; ifadesine yer verilmişken, TCK'da çocuğun tanımının yapıldığı 6. maddenin başında da, ceza kanunlarının uygulanmasında ifadesine yer verilmiştir. Buradan hareketle sistematik bir yorum yapılacak olursa, kanun koyucunun her iki kanunda da 18 yaşından küçük olan bir kişinin herhangi bir şekilde reşit kılınması söz konusu olsa bile 18 yaşını doldurmadıkça çocuk sayılması gerektiği iradesinde olduğu anlaşılmaktadır. Çünkü kanun koyucu, TCK'da hiçbir şekilde reşit kılınmayla ilgili bir istisnaya yer vermeksizin 18 yaşından küçük herkesin çocuk sayılacağını belirtmiş, Çocuk Koruma Kanunu'nda da BM Çocuk Hakları Sözleşmesi'nde yapılan tanımın tam aksine herhangi bir şekilde reşit kılınsa bile 18

²⁵⁶ Her ne kadar madde gerekçesinde birtakım ifadelerle yer verilerek, TCK'da çocuğun tanımı yapılırken BM Çocuk Hakları Sözleşmesi'nde yapılan tanımın dikkate alındığı belirtilse de TCK'da onsekiz yaşından evvel herhangi bir nedenle ergin kılınanlara yönelik istisnai bir düzenlemeye yer verilmemiştir.

yaşından küçük kişinin her halde çocuk sayılacağını vurgulamıştır. Elbette Anayasa m.90/5 hükmü karşısında BM Çocuk Hakları Sözleşmesi'nde yapılan tanımın göz ardı edilebileceği ve görmezden gelinebileceği söylenemez. Ancak BM Çocuk Hakları Sözleşmesi'ndeki bu hükmün TCK ve ÇKK hükümleri ile çelişmediği, çocuk sıfatının reşit ve evli sıfatına göre öncelikli korunması gerektiği savunulabilir.

Kanaatimizce, kanun koyucunun gerek TCK ve gerekse Çocuk Koruma Kanunu'nda yaptığı bu tanımlarda 18 yaşından küçük olup da evlenme veya mahkeme kararıyla reşit olanları kapsam dışına çıkarmaması bilinçli olarak tercih edilmiştir. 18 yaşından küçük olup da herhangi bir sebeple reşit kılınmış kişilerin de ceza kanunlarının uygulanmasında çocuk sayılmamaları isteniyorsa, kanun koyucu bu hususu tıpkı BM Çocuk Hakları Sözleşmesi'nde olduğu gibi vurgulamalıdır²⁵⁷. Ancak kanun koyucu böyle bir istisnaya TCK'da yer vermediği gibi Çocuk Koruma Kanunu'nda da 18 yaşını doldurmamış kişinin daha erken yaşta ergin kılınmış olsa bile çocuk sayılacağını vurgulamıştır. Ayrıca dikkat çekmek gerekir ki, TCK'nın 6. maddesinde çocuk tanımını yapılırken yalnızca yaş kıstası baz alınmış, reşitlikle ilgili hiçbir değerlendirmeye yer verilmemiştir²⁵⁸. Dolayısıyla TCK'nın 6. maddesinde yer alan tanım uyarınca, 18 yaşından evvel evlenmeyle veya mahkeme kararıyla reşit kılınan kişi ceza kanunlarının uygulanması bakımından hala çocuk kapsamında olacağından, failin 16 veya 17 yaşındaki eşine karşı rızaya aykırı cinsel davranışlarda bulunması halinde mağdur eş TCK m.103'te yer alan suçun mağduru olacak, böyle bir durumda TCK m.102'nin

²⁵⁷ Aynı yönde bkz. KANTARCI, s. 162.

²⁵⁸ Yenerer Çakmut'a göre, TCK m.6'da yapılan çocuk tanımı 18 yaşından önce evlenmiş kişilere karşı da çocukların cinsel istismarı suçunun oluşabileceği sonucuna bizi götürmektedir. Bkz. YENERER ÇAKMUT, Özlem: "Cinsel Şiddet Mağduru Çocuk Kavramı ve Türk Ceza Kanunu'nun Çocuğa Yönelik Cinsel Şiddet Düzenlemelerine Genel Bakış", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 22(1), 2016, s. 44.

uygulanmaması gerekecektir²⁵⁹. Bu nedenle kanaatimizce, yukarıda yer verdiğimiz Anayasa Mahkemesi kararı ve Yargıtay içtihadına katılmıyoruz.

Katıldığımız görüşe göre uygulama yapılması, elbette bazı sorunları doğurabilecektir. TCK m.103'te yer alan cinsel istismar suçunun sarkıntılık haricinde kalan basit hali, cinsel saldırı suçundan farklı olarak re'sen soruşturulup kovuşturulmaktadır. Bu nedenle, savunduğumuz görüş uyarınca 16 veya 17 yaşında evlenen kişiye karşı eşi tarafından gerçekleştirilen basit cinsel saldırı niteliğindeki eylemler dahi eşin şikayeti olmaksızın re'sen soruşturulup kovuşturulacaktır. Bu durumun, aile düzenine aşırı şekilde müdahale teşkil ettiği ifade edilmektedir²⁶⁰. Tam aksine aile içinde işlenen bu nevi fiillerin şikayete tabi kılınmasının sorunlara yol açtığını ifade etmemiz gerekir. Öncelikle belirtmek gerekir ki, bu tür filler şikayete tabi kılındığında ev içi şiddetin bir boyutunu oluşturan cinsel şiddetle mücadele zorlaştırılmaktadır. Bunun yanında, resmi nikahlı eşin şikayetini geri alabilmek için ciddi baskı görmesi söz konusu olabilir ki mağdurun çocuk olduğu durumlarda bu ihtimal oldukça yüksektir. Bu nedenlerle suçun re'sen soruşturulup kovuşturulmasının daha yerinde olduğunu düşünmekteyiz.

Yukarıda izah ettiğimiz TCK'daki çocuk düzenlemesi ve kanunilik prensibi gereğince, kanunda değişikliğe veya istisnai bir düzenlemeye gidilmediği takdirde, ceza

²⁵⁹ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, 17 yaşında olan mağdureyi kocasının zorla cinsel ilişkiye zorlaması halinde, fail eşin TCK m.102/2 uyarınca sorumlu tutulması gerektiğini belirterek, evlenmeyle reşit olan kişiye eşi tarafından gerçekleştirilen cinsel saldırıda TCK m.103'ün uygulanamayacağını vurgulamaktadırlar. Karş. ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 376. Burada görüşümüz doğrultusunda yaşanacak bir sorundan bahsedilebilir. 18 yaşından önce evlenme yoluyla reşit kılınan kişinin hala çocuk olduğunu savunduğumuzdan eşi ile girdiği rıza kapsamındaki cinsel ilişkiler bakımından reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun oluşacağı, bu nedenle ortada bir sorun olduğu savunulabilir. Bunun önüne geçilmesi amacıyla, reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun düzenlendiği 104. maddenin ilk fıkrasına "Evlenmeye yoluyla 18 yaşından önce reşit kılınanların eşleri ile girdikleri rıza kapsamındaki cinsel ilişkiler bakımından bu madde uygulanmaz." ifadesinin eklenmesi gerektiğini düşünmekteyiz.

²⁶⁰ KANTARCI, s. 171.

hukuku uygulaması bakımından 18 yaşından küçük herkesin herhangi bir sebeple reşit kılınmış olsa bile çocuk sayılmasının zorunlu olduğunu, çocuk sıfatının evli veya reşit sıfatına göre daha öncelikli korunması gerektiğini, bu sebeple de sorunlar doğuracağı mutlak olasılıklı olsa da evlenmeyle reşit kılınan 18 yaşından küçük kişinin, gerek eşi tarafından ve gerekse üçüncü kişiler tarafından maruz bırakılacağı rızaya aykırı cinsel saldırı eylemlerinde TCK m.103'te yer alan çocukların cinsel istismarı suçundan mağdur olacağını düşünmekteyiz.

5.3.1.3 Suçun Maddi Konusu

Basit ve nitelikli cinsel saldırı suçunun maddi konusunu açıklamadan önce suçun maddi konusunun, suçun hukuki konusu ile farklı anlamlara geldiğini ve her ikisinin birbirine karıştırılmaması gerektiğini ifade etmek gerekir²⁶¹. Suçun maddi konusu, üzerinde suç teşkil eden davranışın gerçekleştirildiği insan veya şeydir²⁶². Dolayısıyla, hukuki konudan farklı olarak suçun maddi konusunun beş duyu organıyla algılanabilir, dış dünyaya yansıyan bir şey olması gerekmektedir.

Basit ve nitelikli cinsel saldırı suçunun maddi konusuna bakıldığında, cinsel davranışların üzerinde gerçekleştirildiği kişinin vücudu, bedeni olduğunun belirtildiği görülmektedir²⁶³. Suçun konusunun, üzerinde cinsel saldırı suçu işlenen kişinin vücudunun yanı sıra cinsel bütünlüğü de olduğu ileri sürülmektedir²⁶⁴. Bunun yanında bir başka görüşe göre de suçun maddi konusunu, üzerinde cinsel davranışlar gerçekleştirilen

²⁶¹ Bkz. ÖZGENÇ, İzzet: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, 19. Baskı, Ankara 2023, s. 223; Ünver, hukuksal değer ile hareketin objesi olarak nitelendirdiği suçun konusu arasında bir ayırım yapılması gerekliliğinin, günümüz ceza hukuku öğretisinde uzlaşılan bir husus olduğunu ifade etmektedir. Bkz. ÜNVER, Hukuksal Değer, s. 126.

²⁶² ORHAN, Uğur: Suçun Maddi Konusu, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023, s. 37.

²⁶³ ÖZBEK/DOĞAN/BACAŞIZ, s.330; KOCA/ÜZÜLMEZ, s.367; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 376.

²⁶⁴ GÖKCAN/ARTUÇ, Türk Ceza Kanunu Şerhi 3. Cilt, s. 3708.

kişinin vücudu yanında cinsel dokunulmazlığı da oluşturmaktadır²⁶⁵. Bir başka görüş ise suçun maddi konusunun, cinsel özgürlüğü ihlal edilen kişi olduğunu belirtmektedir²⁶⁶.

Yargıtay, basit ve nitelikli cinsel saldırı suçunun maddi konusunu kişinin vücudu olarak kabul etmektedir²⁶⁷.

Basit ve nitelikli cinsel saldırı suçunun maddi konusu bakımından kanaatimizce Yargıtay'ın görüşü isabetli olup, kişinin cinsel bütünlüğü veya cinsel dokunulmazlığının suçun maddi konusu olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Kişinin cinsel bütünlüğü ile cinsel dokunulmazlığı soyut hukuki kavramlar olduğundan, cinsel saldırı suçunun konusunu oluşturmazlar. Suçun maddi konusunun beş duyu organı ile algılanabilir, maddi varlığı bulunan, somut olarak zarara uğratılması gerekli bir şey olması gerektiği göz önüne alındığında, basit ve nitelikli cinsel saldırı suçunun maddi konusunun yalnızca üzerinde hukuka aykırı cinsel davranışlar gerçekleştirilen kişinin vücudu olduğunun kabulü gerekmektedir. Bu kapsamda, cinsel bütünlük ve cinsel dokunulmazlık kavramları suçun maddi konusu kapsamında değil, suç ile korunması amaçlanan hukuksal değer konusunda ele alınmalıdır.

5.3.1.4 Fiil

5.3.1.4.1 Cinsel Davranış

5.3.1.4.1.1 Genel Olarak

Cinsel saldırı suçunun basit şekli TCK m.102'nin birinci fıkrasında, cinsel davranışlarla bir kimsenin vücut dokunulmazlığını ihlal eden kişi cümlesiyle ifade

²⁶⁵ ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Türk Ceza Kanunu Şerhi 3. Cilt, s. 3634.

²⁶⁶ ÖZEN, Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Hukuku Özel Hükümler Cilt 1, s. 463.

²⁶⁷ Yargıtay 14. C.D., T. 14.03.2016, E. 2014/2663, K. 2016/2459, <https://karararama.yargitay.gov.tr/> (e.t. 07.02.2025).

edilmiştir. Bu ifadeden anlaşıldığı üzere, cinsel saldırı suçunun temel halinin meydana gelmesi için, bir cinsel davranışın gerçekleştirilmesi ve bunun yanında gerçekleştirilen cinsel davranışla mağdurun vücut dokunulmazlığı ihlal edilmesi gerekmektedir. Dolayısıyla, hükümden ve gerekçeden anlaşıldığı üzere suçun maddi unsurunu, cinsel hareketler yoluyla başka bir şahsın vücut dokunulmazlığı üzerinde ihlal meydana getirmek oluşturacaktır²⁶⁸. Bir başka ifadeyle kanun koyucu tipiklik açısından, failin cinsel hareketler yapmasını ve bu cinsel davranışlar sebebiyle mağdurun vücut dokunulmazlığının ihlal edilmesini aramaktadır²⁶⁹. Buradan hareketle ifade edilmesi gerekir ki, cinsel davranışta bulunma, yani cinsel davranışın şartları gerek cinsel saldırının temel hali ve gerekse sarkıntılık olgusu ile cinsel saldırının hükmün ikinci fıkrasında düzenlenen nitelikli hali için ortaktır ve mutlak surette bulunmalıdır.

Suçun temel şeklinin oluşması bakımından gerek madde metninde ve gerekse gerekçede mağdurun vücut dokunulmazlığının ihlal edilmesi, yani mağdurun vücuduna temasın bulunması gerektiği açıkça belirtilmesine rağmen²⁷⁰, cinsel davranış ifadesinden ne anlaşılması gerektiğine ilişkin herhangi bir açıklamaya yer verilmemiştir. Bir başka ifadeyle, cinsel davranışın nelerden ibaret olduğu açık bir şekilde TCK'da

²⁶⁸ ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s. 331; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 367; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 334; YOKUŞ SEVÜK, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 372; SOYASLAN, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 211.

²⁶⁹ ÜNVER, Cinsel Suçların Eleştirisel Olarak İncelenmesi, s. 29.

²⁷⁰ Koca/Üzülmöz, tipik fiilin varlığının vücut dokunulmazlığını ihlal eden cinsel bir davranışın gerçekleştirilmesine bağlı olduğunu ifade etmektedirler. Bkz. KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 367, 368; Özbek/Doğan/Bacaksız, TCK m.102/1 bakımından failin mağdurun vücuduna fiziksel bir temasta bulunmasının şart olduğunu belirtmekte, gerekçedeki ifadelerle fiziksel temasın var olması gerektiğinin anlatıldığını ifade etmektedirler. Bkz. ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s. 324.

gösterilmemiştir²⁷¹. Bir görüşe göre, cinsel motif içerikli her türlü davranış cinsel davranış olarak değerlendirilebilecektir²⁷².

Doktrinde, cinsel davranışlarla bir kimsenin vücut dokunulmazlığını ihlal etme ifadesinin son derece belirsiz olduğu, anlamı ve sınırlarının ortaya koyulmadığı gerekçesiyle cinsel davranış kavramının kullanılması eleştirilmiştir²⁷³. Buna karşılık, suçun oluşması için vücut dokunulmazlığının ihlali açıkça maddede arandığından, ancak bu durumda eylemin tipik olacağı, dolayısıyla bir belirsizlik olmadığı görüşü de ileri sürülmektedir²⁷⁴. Kanaatimizce, belirsizlikle eleştirilen duruma, eylemin varlığı açısından vücuda temasın şart olduğunun belirtilmesi gerekçesiyle karşı çıkılması yeterli değildir. Çünkü eleştirilen husus, cinsel davranış kavramının belirsiz olmasıdır ki yukarıda ifade ettiğimiz gibi bu ifadeye ilişkin madde metni ve gerekçede herhangi tanım yapılmamıştır ve vücuda temas şartı tek başına bu ifadenin açığa kavuşturulması bakımından yeterli olmayacaktır.

Cinsel davranış kavramına açıklık getirilebilmesi için, İtalyan Ceza Kanunu uygulamasından yararlanılabileceği vurgulanarak, İtalyan Yargıtay'ına göre cinsel saldırı suçunun birisi objektif diğeri de sübjektif olmak üzere iki unsuru bulunduğu, objektif

²⁷¹ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar, s. 159; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır'a göre, cinsel davranıştan ne anlaşılması gerektiği madde gerekçesinde gösterilmiştir. Bkz. ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 373.

²⁷² ARSLANTÜRK, Mustafa: Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar, 7. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023, s. 67.

²⁷³ N. TOROSLU/ERSOY, "Kanunlaşmaması Gereken Bir Tasarı", s. 17; Aynı yönde, maddede cinsel davranıştan ne anlaşılması gerektiğinin açıkça belirtilmemiş olması eleştirilmektedir. Bkz. YARSUVAT, Duygun/BAYRAKTAR, Köksal/YÜZBAŞIOĞLU, Necmi ve diğerleri, "Türk Ceza Kanunu Tasarı'sı Hakkında Galatasaray Üniversitesi'nin Görüşü", Türk Ceza Kanunu Reformu İkinci Kitap, 1. Baskı, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2004, s. 308; Taner de, cinsel davranış kavramının cinsel suçlarla ilgili en önemli kavram olduğunu vurgulamakta ve cinsel suçlara ilişkin olarak TCK'ya yöneltlen en temel eleştirinin cinsel saldırı suçunun anlamının belirsizliğine yönelik olduğunu söylemektedir. Bkz. TANER, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s. 100.

²⁷⁴ Koca/Üzülmez'e göre, cinsel davranış cinsel arzuları tatmin amacıyla gerçekleştirilen hareketler olup, bu tür hareketler ancak vücut dokunulmazlığını ihlal ettiği takdirde TCK m.102/1'in tipik olması söz konusu olacağından, metinde bir belirsizlik bulunmamaktadır. Bkz. KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 368.

unsurun davranışın failin cinsel arzusunu tahrik veya tatmin edebilecek nitelikte ve bunun yanında mağdurun cinsel özerkliğini zedelemeye elverişli olması olduğu, sübjektif unsurun ise, failin şehvet amacıyla hareket etmesi, yani gerçekleştirilmesi istenilen amacın cinsel arzuyu ifade eden psişik bir ruh hali ortaya koyması olduğu söylenmektedir²⁷⁵. Bunun yanında karşılaştırmalı hukuka atıfta bulunulmadan, kanun metninde cinsel davranış kavramıyla, cinsel muhteva içeren, mağdurun vücuduna temas ederek gerçekleştirilen, fakat cinsel ilişki boyutuna ulaşmayan şehvi davranışların kastedildiğinin ileri sürüldüğü de görülmektedir²⁷⁶.

Kanaatimizce, cinsel davranış kavramı madde metninde ve gerekçede açıklanmamış olsa da bu durum, maddeyi muğlak hale getirecek şekilde belirlilik ilkesine aykırılık teşkil etmemektedir. Cinsel davranış kavramı, esas itibariyle hukuki bir kavram olmadığından, hukukçular tarafından doğru anlaşılabilmesi için tıp, antropoloji, psikoloji ve sosyoloji gibi bilim dalları bakımından da açıklanması önem arz etmektedir²⁷⁷. Cinsel davranış kavramı yalnız bir ceza hukuku kavramı olmayıp, disiplinler arası bir kavram niteliğindedir. Bu nedenlerle cinsel davranış kavramının, kanun metni veya gerekçede yer alacak bir soyut tanımlamayla kapsam ve sınırlarının çizilmesi belirlilik sağlamak bir tarafa daha problemli bir sonuca yol açacaktır. Cinsellik kavramının zaman içerisinde

²⁷⁵ İtalyan uygulaması hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 335 vd; TANER, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s. 100 vd.

²⁷⁶ Cinsel davranışla bu hususun kastedildiği görüşünde olan Yokuş Sevik'e göre, suçun temel şeklinin maddi unsurunu, kişinin vücudu üzerinde iradesi dışında gerçekleştirilen, cinsel arzuları tatmin amacına yönelik olan, ancak vücuda organ veya sair bir cisim sokma boyutuna varmayan cinsel davranışlar oluşturmaktadır. Bkz. YOKUŞ SEVİK, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 372; Centel'e göre cinsel davranışlar, cinsel amaçlı veya cinsel istekleri tatmine yönelik olarak yapılan hareketler olup, öpme, okşama, elleme, dokunma veya sarılma şeklinde olabilir. Bkz. CENTEL, Cinsel Suçlar Değişiklik Tasarısı'nın Değerlendirilmesi, s. 273; Yenidünya'ya göre cinsel davranıştan, cinsel ilişki boyutuna ulaşmayan ancak mağdurun vücuduna temas etmek suretiyle gerçekleştirilen cinsel arzuların tatminine yönelik hareketler kastedilmektedir. Bkz. YENİDÜNYA, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, s. 3287, 3288.

²⁷⁷ TANER, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s. 99, 100.

değişime uğradığı da düşünüldüğünde, cinsel davranış gibi geniş kapsamlı bir kavramın tek bir tanımlamayla baştan bir şekilde uygulama alanı ve kapsam ile sınırlarının belirlenmesi isabetli olmayacaktır. Sonuç olarak, cinsel davranış kavramının madde metni veya gerekçede doğrudan tanımlanmamasının, böylelikle kavramın iinin doldurulmasının diğerk disiplinlerden de faydalanılarak uygulama ve öğretiye bırakılmasının isabetli olduğunu düşünmekteyiz. Her somut olay kapsamında, tıp, sosyoloji, psikoloji gibi bilim dallarından faydalanılarak, davranışın objektif anlamda cinsel içeriğı, mağdurun temas edilen bölgesi, hareket sayısı, failin kastı gibi hususların tümünün bir bütün olarak değerlendirmesi ve buna göre davranışın cinsel olup olmadığına karar verilmesi gerekir²⁷⁸.

Belirtmek gerekir ki, cinsel davranışlarla vücut dokunulmazlığının ihlali, yalnızca ve illaki mağdurun cinsel uzuvları üzerinde gerçekleştirilecek bir ihlal şeklinde anlaşılmamalıdır²⁷⁹. Diğerk yandan failin, mağdurun vücuduna temas etmesi şartının mutlaka mağdurun bedenine dokunması şeklinde olması gerekmez²⁸⁰. Bir başka ifadeyle, fail ile mağdur arasında temas gerçekleşmesi şartı, illaki fail ile mağdurun vücutlarının birbirlerine değdirilmesini gerekli kılmaz²⁸¹. Fail, eline aldığı herhangi bir obje yoluyla da cinsel saldırıyı mağdurun vücudu üzerinde gerçekleştirebilir. Örneğın fail, bir sopa veya çubuk vasıtasıyla cinsel muhtevası olan bir hareketi mağdurun vücudu üzerinde

²⁷⁸ PAKIR, Yusuf: Cinsel Saldırı Suçu, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2018, s. 92.

²⁷⁹ ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s. 335; CENTEL, Cinsel Suçlar Değışiklik Tasarısı'nın Değerlendirilmesi, s. 273; TANER, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s. 159; Koca/Üzölmez'e göre, suçun tipiklik şartı olan bedensel temasın çıplak şekildeyken yapılması veya cinsel organlarla ilgili olması şart değildir. Bkz. KOCA/ÜZÖLMEZ, s. 371; Soyaslan da vücuda fiili dokunmanın şart olduğunu, ancak bu dokunmanın cinsel saldırı teşkil etmesi için mutlaka mağdurun vücudunun çıplak olmasının şart olmadığını vurgulamaktadır. Bkz. SOYASLAN, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 211.

²⁸⁰ ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 374. Yazarlar, bu hususa örnek olarak failin mağdurun sırtına kıyafetleri üzerinden dokunmasını göstermektedirler.

²⁸¹ Taner'e göre, fail eline aldığı bir sopa vasıtasıyla da mağdurun vücudu üzerinde cinsel saldırı eylemi gerçekleştirebilecektir. Bkz. TANER, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s. 160.

gerçekleştirerek cinsel saldırı suçunu işleyebilecektir. Dolayısıyla, yukarı belirtilen kriterlere uygun bir şekilde eylem bir bütün olarak değerlendirilmeli, yalnızca eylemin şekli ve mağdurun vücudunda yöneldiği bölge baz alınarak doğrudan bir değerlendirmede bulunulmamalıdır. Bu nedenle, cinsel davranışın doğrudan mağdurun cinsel bölgelerine yönelmesi suçun oluşması bakımından şart değildir.

Bunun haricinde, sıçratma ve fırlatma biçimindeki eylemlerle veya herhangi bir sıvının mağdurun vücuduna temas ettirilmesi hallerinde de fırlatılan sıvı veya cismin cinsel muhteva içerip içermemesine göre uygulama yapılması gerektiğini düşünmekteyiz. Örneğin, atılan sıvı cismin bir meni olması durumunda suç oluşacak, ancak su fırlatılması durumunda dışarıdan bakıldığında objektif olarak cinsel muhteva içeren bir fiilden bahsedilmesi söz konusu olmayacağından cinsel saldırı suçunun oluştuğunu söylemek mümkün olmayacaktır²⁸². Burada yine su vb. bir cismin mağdurun cinsel uzuvlarına, örneğin cinsel organına doğru fırlatıldığı durumları da değerlendirmek gerekmektedir. Kanaatimizce, bu durumda da fırlatılan şey ile fırlatılan bölgeyi bir bütünde değerlendirmek ve cinsel muhtevayı ortaya koymak icap eder. Böyle bir ihtimalde her ne kadar sıvı fırlatılan bölge cinsel olsa da fırlatılan cisim ile durum bir bütünde değerlendirildiğinde cinsel muhteva ortaya koyulamayacağından bu tür bir durumda cinsel saldırı suçunun oluşmayacağını düşünmekteyiz.

²⁸² Taner, bir cismin veya sıvının fırlatılması olasılığının sorunlu olabileceğini, fırlatılan şey failin kontrolünden çıktığından, hedeflenen yerin mağdurun hangi vücut bölgesi olduğuna dair sorunların ortaya çıkabileceğini, yine aynı şekilde davranışın cinsel anlamı açık olsa bile o davranışın her türlü gerçekleşme şeklinin cinsel saldırı teşkil edeceğini söylemenin mümkün olmayabileceğini, örneğin bardağa doldurulan meninin mağdurun yüzüne fırlatılması durumunda cinsel saldırının sarkıntılık hipotezinin oluşup oluşmayacağının sorunlu olacağını, aynı sorunun kadın mağdurun göğsüne su fırlatılması veya cisim atılması durumlarında da geçerli olacağını, bu örneklerin sarkıntılık olduğunun kabulü halinde hedeflenen vücut bölgesine isabet etmemesi halinde teşebbüs hükümlerinin gündeme geleceğini bunun da sorunu daha da içinden çıkılmaz bir hale getireceğini, dolayısıyla ilke olarak sıçratma veya fırlatma biçiminde gerçekleşen davranışların cinsel saldırı suçunu gerçekleştirmeye elverişli olmadığını düşünmektedir. Karş. Bkz. TANER, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s. 161.

Cinsel saldırı suçunun her şekli bakımından şart olan cinsel davranış kavramının izah edilmesi sonrasında, başlığın konusu olan cinsel davranışın oluşabilmesi için hangi şartların gerekli olduğunu ortaya koymak gerekmektedir. Cinsel davranışın gerçekleştirilmesi bakımından, eylemin mağdurun vücudu üzerinde gerçekleştirilmesi, failin eyleminin cinsel muhteva içermesi ile mağdurun rızasının bulunmaması şarttır²⁸³.

5.3.1.4.1.2 Fiziksel Temas

TCK m.102 anlamında cinsel davranışın oluşması bakımından muhakkak mağdurun vücuduna fail tarafından temas edilmiş olmasının şart olduğunu, bu hususun cinsel saldırı suçunu özellikle cinsel taciz suçundan ayıran bir ölçüt olduğunu vurgulamak gerekir²⁸⁴. Cinsel saldırının tüm şekilleri, vücuda fiziksel temas gerektiren eylemsel bir suçlardır²⁸⁵. Dolayısıyla, mağdurun vücuduna fiziksel müdahale yapılmadan gerçekleştirilen cinsel davranışlar cinsel saldırı suçunun hiçbir halini oluşturmaz²⁸⁶. Yargıtay da cinsel saldırı suçunda cinsel davranışın oluşması

²⁸³ GÖKCAN/ARTUÇ, Türk Ceza Kanunu Şerhi 3. Cilt, s. 3709; Tezcan/Erdem/Önok'a göre, mağdur üzerinde gerçekleştirilen, bedene fiziki temas barındıran, ancak organ ve cisim sokma düzeyine varmayan, ani olmayıp bir ölçüde sürekli bir biçimde yapılan cinsel hareketler cinsel saldırı suçunun temel halini oluşturmaktadır. Bkz. TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 342; Koca/Üzülmez cinsel saldırı suçunun temel halini, vücut dokunulmazlığını ihlal eden ve sarkıntılık düzeyini aşan cinsel davranışlar olarak tanımlamaktadır. Bkz. KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 367; Yokuş Sevük suçun temel halinin maddi unsurunu, kişinin vücudu üzerinde iradesi dışında gerçekleştirilen, cinsel arzuları tatmin amacına yönelik ancak vücuda organ veya sair bir cisim sokma boyutuna varmayan cinsel davranışlar olarak nitelemektedir. Bkz. YOKUŞ SEVÜK, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 372; Taner'e göre, 6545 sayılı Kanun değişikliği ile fıkra sarkıntılık eylemleri de eklendiğinden ve suçun temel şeklini sarkıntılık boyutunu aşan cinsel saldırılar olarak anlamak zorunlu hale geldiğinden suçun temel halinin maddi unsuru, mağdurun rızası bulunmamasına karşın cinsel özgürlüğünü ihlal etmeye elverişli olan sarkıntılık boyutunu aşan fakat vücuda organ veya sair cisim sokma boyutuna varmayan bir vücut temasında bulunmak oluşturmaktadır. Bkz. TANER, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s. 157, 158; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır'a göre suçun temel şeklinin fiil unsuru, kişinin vücudu üzerinde gerçekleştirilen, cinsel arzuları tatmin amacına yönelik ve fakat cinsel ilişki boyutuna ulaşmayan cinsel davranışlardır. Bkz. ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 373.

²⁸⁴ TANER, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s. 156; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 373; HAKERİ/TEKİN, Tartışmalı Sorularla Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 175, 176; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 371; YOKUŞ SEVÜK, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 373; GÖKCAN/ARTUÇ, Türk Ceza Kanunu Şerhi 3. Cilt, s. 3710.

²⁸⁵ ARSLANTÜRK, Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar, s. 59.

²⁸⁶ ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s. 334.

bakımından vücuda temas gerçekleşmesi gerektiği şeklinde uygulama yapmaktadır²⁸⁷. Gerek madde gerekçesi ile TCK'nın cinsel suçlar sistematığı ve gerekse Yargıtay uygulaması dikkate alındığında, vücuda bedensel temas içermeyen hareketler cinsel davranış teşkil etmeyecek, vücuda temas içermeyen cinsel içerikli davranışlar ile ilgili olarak TCK m.102'nin herhangi bir hükmünün değil TCK m.105 veya TCK m.109/5 hükümlerinin uygulanması gündeme gelebilecektir²⁸⁸.

Cinsel saldırı suçunun şartlarından olan vücuda temas şartı açısından açıklık getirilmesi gereken diğer iki durum, failin mağdura zor kullanarak kendi (failin) cinsel organını dokundurması ile yine failin zor kullanmak suretiyle mağduru kendi (mağdurun) vücut veya cinsel organına dokundurtmasıdır. Bu hallerden failin mağduru kendisine (faile) yönelik olarak cinsel davranışta bulunmaya zorlaması durumunda, mağdurun failin vücutuna dokunduğu, dolayısıyla bedensel temas kriterinin sağlandığı açık olduğundan cinsel saldırı suçunun oluşacağında bir tereddüt bulunmamaktadır²⁸⁹. Böyle bir durumda, esas olarak cinsel davranışı gerçekleştiren kişi mağdur gibi gözükse de tereddüt bulunmayacak şekilde asıl cinsel davranışı gerçekleştiren fail olup, mağdurun cinsel özgürlüğü ihlal edilmektedir²⁹⁰. Aynı şekilde bu halde, cinsel davranış mağdurun vücutu

²⁸⁷ Yargıtay 14. C.D., T. 17.06.2019, E. 2016/3168, K. 2019/10042, <https://karararama.yargitay.gov.tr/> (e.t. 07.02.2025).

²⁸⁸ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 340; Taner'e göre, böyle bir durumda zorlamanın türüne göre hem cebir veya tehdit suçlarından birisinin hem de cinsel taciz suçunun oluşması mümkündür. Çünkü kişinin yaptığı zorlama cebir veya tehdit suçuna vücut vermekte, cinsel ilişkiyi mağdurun izlemeye zorlanması ise, cinsel özgürlüğe yönelik vücuda temas içermeyen bir saldırı teşkil etmektedir. Bkz. TANER, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s. 159; Özbek/Doğan/Bacaksız'a göre, böyle bir durumda problem fail tarafından yapılan hareketlerin tek fiil olarak kabul edilip edilmeyeceğine göre çözümlenmeli, failin yaptığı hareketler bir bütünde tek fiil olarak görülebilir ise TCK m.109/5 ile TCK m.105 arasında fikri içtima hükümleri uygulanmalı, aksi halde ise gerçek içtima hükümleri çerçevesinde failin sorumluluğu belirlenmelidir. Bkz. ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞSIZ, s. 336.

²⁸⁹ ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞSIZ, s. 335; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 374. Yazarlar, bu duruma örnek olarak failin mağduru kendisine mastürbasyon yapmaya zorlamasını göstermektedir ve bu halde cinsel saldırı suçunun temel halinin oluşacağını belirtmektedirler. Koca/Üzölmez'e göre, failin tehditle cinsel organına mağdura elletmesi veya okşatması halinde cinsel saldırı suçunun temel hali oluşacaktır. Bkz. KOCA/ÜZÖLMEZ, s. 371.

²⁹⁰ TANER, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s. 159.

üzerinde gerçekleşmiyor olsa da mağdur, fail üzerinde istemediği ve cinsel özgürlüğünü ihlal edici bir cinsel davranışta bulunmaya zorlanmaktadır²⁹¹. Yargıtay da bu ihtimalde cinsel saldırı suçunun temel halinin oluşacağına hükmetmiştir²⁹².

Diğer ihtimal olan failin zor kullanarak mağdurun kendi (mağdurun) vücuduna dokundurtması durumunda, fail ile mağdur arasında doğrudan bir bedensel temas bulunmasa da dolaylı faillik kurumu gereği yine cinsel saldırı suçunun oluşacağı görüşü ortaya koyulmuştur²⁹³. Bir başka görüşe göre ise, böyle bir durumda fail mağduru bir suçta araç olarak kullanmamakta, kendisi bizzat bir eylem gerçekleştirmekte, bu nedenle dolaylı faillik değil doğrudan faillikle cinsel saldırı suçu oluşmaktadır²⁹⁴. Bu görüşe göre, dolaylı faillik kurumunda bir kimse başkasına üçüncü kişiye karşı suç işletmektedir ve faillik ve mağdurluk aynı kişide birleşmeyeceği için mağdurun suçta araç olarak kullanılması dolaylı faillik bakımından mümkün değildir²⁹⁵. Bu örneklerde dolaylı faillik kurumunun uygulanmamasına ilişkin gerekçelerin isabetli olduğunu kabul etmekle

²⁹¹ HAKERİ/TEKİN, Tartışmalı Sorularla Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 187.

²⁹² Yargıtay 14. C.D., T. 26.12.2014, E. 2013/5663, K. 2014/14916, <https://karararama.yargitay.gov.tr/> (e.t. 07.02.2025).

²⁹³ Özbek/Doğan/Bacaksız'a göre, bu durumda sanık ile suçun üzerinde işlendiği kişi arasında beden ile ilgili bir fiziksel temas bulunmamakta, ancak fail bu hareketleri mağdurun rızası aleyhine kendi yapması yerine mağdura yaptırarak onun vücut dokunulmazlığını ihlal etmekte, cinsellik içeren hareketleri fail mağduru araç şeklinde kullanmak suretiyle yaptırmaktadır. Bu nedenle bu halde dolaylı faillik söz konusu olup, cinsel saldırı suçu oluşmaktadır. Bkz. ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s. 335; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 375. Yazarlar bu duruma örnek olarak, failin mağdurun kafasına silah dayamak suretiyle cinsel bölgelerine dokunmasını istemesi ve korkuya kapılan failin kendi vücuduna dokunmak zorunda kalmasını göstermektedirler. Aynı yönde bkz. TANER, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s. 159; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 371, 372.

²⁹⁴ ÜNVER, Yener: "Yargıtay 5. Ceza Dairesinin Cinsel Dokunulmazlığa Karşı İşlenen Suçlara İlişkin Bazı Kararlarının Değerlendirilmesi", Yargıtay Kararları Çerçevesinde Ceza Hukuku Sempozyumu 2011, 1. Baskı, Türk Ceza Hukuku Derneği Yayınları, İstanbul 2011, s. 234; MEMİŞ KARTAL, Çocukların Cinsel İstismarı, s. 184.

²⁹⁵ ÜNVER, Cinsel Suçların Eleştirel Olarak İncelenmesi, s. 29, 30; Hakeri/Tekin'e göre, dolaylı faillikte suçun işlenmesinde araç olarak kullanılan kişi üçüncü bir kişi olabileceği gibi mağdurun bizzat kendisi de olabilecek olup, böyle bir durumda bir kimse bir suçun hem faili hem de mağduru olamaz kuralına hâlel gelmeyecek, dolaylı faillik kurumunun uygulanması isabetli olacaktır. Bkz. HAKERİ/TEKİN, Tartışmalı Sorularla Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 186. Aynı yönde görüş hakkında ayrıntılı için bkz. ÖZYÜKSEL, Özgün: Türk Ceza Hukukunda Dolaylı Faillik, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020, s. 43 vd.

birlikte, yukarıda izah ettiğimiz üzere cinsel saldırı suçunun her hali bakımından bedensel temas ölçütünün zorunlu ve ayırt edici bir kıstas olması sebebiyle, bu gibi durumlarda da failin mağdurun vücuduna hiçbir teması söz konusu olmadığından, cinsel saldırı suçunun bizzat faili olduğundan söz edilmesi mümkün değildir. Bu nedenle, uygulama açısından bu hallerde dolaylı faillik kuruma başvurulmasının tek çare olması sebebiyle isabetli olduğunu vurgulamak gerekmektedir. Doktrinde bu sorunun çözümü açısından, İtalyan ve Alman Ceza Kanunlarının formülasyonunun kabulünün gerektiği, ilgili ülkelerin kanunlarında suçun, “*cinsel davranışlarda bulunmaya veya bu davranışlara katlanmaya zorlanmayı*” da içine alacak şekilde düzenlendiği belirtilmektedir²⁹⁶. Kanaatimizce, dolaylı faillik kurumunun uygulanmasına yönelik itirazlara tümüyle karşı çıkmak mümkün olmadığından, madde metninde bu yönde bir değişiklik yaparak bu hususa yönelik belirliliğin sağlanması isabetli olacaktır²⁹⁷.

Bir başka ihtimal ise, failin mağduru bir başka kişiye karşı cinsel davranışta bulunmaya zorlaması halidir. Bu halde, failin cezai sorumluluğunun nasıl belirleneceği yanı sıra cinsel dokunulmazlığını ihlal ettirdiği kişi dışında iradesine hakim olarak kendisine cinsel dokunulmazlığı ihlal eden hareketleri icra ettirdiği kişi (aracı) açısından da cinsel saldırı suçundan sorumluluğun doğup doğmayacağının tartışılması gerektiği vurgulanmaktadır²⁹⁸. Böyle bir durumda, yani örneğin failin mağduru (aracı kıldığı kişiyi) üçüncü bir kişiyi öpmeye, dokunmaya veya herhangi bir başka cinsel davranışa zorlaması halinde, failin dolaylı fail sıfatıyla TCK m.102’den sorumlu olacağı açıktır²⁹⁹. Bu

²⁹⁶ TANER, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s. 162.

²⁹⁷ Yargıtay ise bu tür hallerde TCK m.105’te yer alan cinsel taciz suçunun oluşacağı görüşündedir. Bkz. Yargıtay 14. C.D., T. 22.03.2016, E. 2014/3380, K. 2016/2793, <https://karararama.yargitay.gov.tr/> (e.t. 07.02.2025).

²⁹⁸ KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 371.

²⁹⁹ HAKERİ/TEKİN, Tartışmalı Sorularla Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 188.

durumda, fail tarafından mağdura yönelik doğrudan bir müdahale olmasa da mağdur istemediği bir cinsel davranışa zorlanmakta olduğundan ve bu şekilde cinsel özgürlüğü ihlal edildiğinden, cinsel saldırı suçu dolaylı faillik yoluyla oluşacaktır³⁰⁰. İncelediğimiz ihtimalde, dolaylı failin aracı olarak cinsel davranışlarda bulunmaya zorladığı kişinin cinsel davranışları vücudu üzerinde gerçekleştirdiği kişinin cinsel içerikli davranışlara rızasının bulunmadığı, dolaylı failin zorlamasıyla bunlara maruz bırakıldığı olasılıkta, dolaylı failin cinsel içerikli davranışlara maruz bırakılan kişi açısından da cinsel saldırı suçundan ceza sorumluluğu doğacaktır³⁰¹. Burada, dolaylı failin aynı zamanda tek bir fiil yoluyla iki kişiye karşı cinsel saldırı suçunu işlemesi söz konusu olduğundan TCK m.43/2'nin uygulama alanı bulması gündeme gelebilecektir.

Son olarak, failin mağdura fiziki olarak temas etmediği, yalnızca failin kendi vücudu üzerinde cinsel içerikli davranışlarda bulunup da mağduru bunları izlemeye zor kullanarak mecbur bıraktığı hallerde, mağdurun vücut dokunulmazlığına yönelik herhangi bir eylem söz konusu olmadığından, yukarıda izah ettiğimiz çerçevede kapsamında TCK m.105 veya m.109/5 hükümlerinin uygulanabilecektir³⁰².

³⁰⁰ HAKERİ/TEKİN, Tartışmalı Sorularla Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 189.

³⁰¹ Hakeri/Tekin'e göre, gerek TCK m.37/2'de yer alan "Suçun işlenmesinde bir başkasını araç olarak kullanan kişi de fail olarak sorumlu tutulur." hükmünün ve gerekse TCK m.28'de düzenlenen "Karşı koyamayacağı veya kurtulamayacağı cebir ve şiddet veya muhakkak ve ağır bir korkutma veya tehdit sonucu suç işleyen kimseye ceza verilmez. Bu gibi hallerde cebir ve şiddet, korkutma ve tehdidi kullanan kişi suçun faili sayılır." hükümleri gereğince, istemediği cinsel içerikli davranışlara zorlamayla maruz bırakılan kişi açısından da dolaylı failin ceza sorumluluğu olacaktır. Bkz. HAKERİ/TEKİN, Tartışmalı Sorularla Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 189.

³⁰² Aynı yönde bkz. ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s. 335, 336; Bu konuda Koca/Üzülmez, mağduru kendisine yönelik bir cinsel harekette bulunmaya zorlama halinde suçun oluşmayacağını söyleyenler olduğunu belirterek, Özbek/Doğan/Bacaksız'ı eleştirmekte ve failin mağdurla fiziki teması olmadan gerçekleştirilen cinsel hareketlerin cinsel saldırıyı değil de cinsel tacizi oluşturduğu şeklindeki görüşlerine katılmadıklarını ifade etmiştir. Halbuki Özbek/Doğan/Bacaksız, vücuda temas bulunmayan ihtimalleri ikiye ayırmakta failin mağduru zorlayıp kendisi (mağdur) üzerinde cinsel davranışlarda bulundurttuğu hallerde vücut dokunulmazlığı ihlalinin olacağını ve dolaylı faillik gereği cinsel saldırı suçunun oluşacağını, diğer bir durum olan failin bizzat kendisi (fail) üzerinde cinsel davranışlarda bulunup da mağduru bunları seyretmeye zorunlu kılması halinde ise cinsel taciz veya cinsel amaçla kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun oluşacağını ifade etmektedirler. Gerçekten de ikinci ihtimalde mağdurun vücuduna hiçbir temas gerçekleşmemekte ve vücut dokunulmazlığı ihlal edilmemektedir. Bu nedenle yapılan ayırım ve ayırımlara göre ortaya koyula sonuç görüşü isabetlidir. Yazarlar, ayırım yaptıklarından fiziksel temasın

Bir görüşe göre, failin mağdurun vücuduna teması sonrasında suçun oluşması bakımından mağdurun vücut bütünlüğünün bozulmasına gerek olmamaktadır³⁰³. Bir başka görüş ise suçun oluşması bakımından failin mağdurun vücuduna teması sonrasında mağdurun vücut bütünlüğünün bozulması gerektiğini ifade etmektedir³⁰⁴. Doktrinde belirtildiği üzere, cinsel saldırı suçu sırf hareket suçu olup suçun tamamlanması için herhangi bir neticenin gerçekleştirilmesi aranmamalıdır³⁰⁵. Bu nedenle, kanaatimizce de mağdurun vücuduna temas içeren davranış ile suç oluşabilecek olup ayrıca mağdurun vücut bütünlüğünün bozulmasının aranması suçun yaralama suçlarıyla karıştırılmasına sebebiyet verebilecektir. Çünkü cinsel saldırı suçu, sırf hareketin yapılmasıyla tamamlanmakta olup ayrıca hareket haricinde bir somut bir neticeye yol açması gerekmemektedir.

5.3.1.4.1.3 Cinsel Muhteva

Cinsel davranışın oluşması bakımından söz konusu olan diğer bir şart, failin hareketinin cinsel muhteva taşımasıdır. Bu şarta ilişkin olarak madde gerekçesinde, suçun maddi unsuru için gerekli olan cinsel arzuları tatmine yönelik cinsel hareketlerin objektif olarak şehvi olmalarının gerektiği, suçun meydana gelmesi bakımından failin ayrıca cinsel arzularını fiilen tatmin etmesinin aranmayacağı ifade edilmiştir. Doktrinde de madde gerekçesine paralel olarak, cinsel saldırı suçunun cinsel arzuları tatmine yönelik vücuda temas içeren her türlü davranışla işlenebileceği, gerçekleştirilen bu cinsel

olmadığı her durumda cinsel saldırı suçunun oluşmayacağından söz etmemektedirler. Bu nedenle, Koca/Üzülmez tarafından yazarlara karşı yapılan yazarların fiziki temas olmadan gerçekleştirilen tüm cinsel davranışların cinsel saldırıyı değil de cinsel tacizi oluşturduğu şeklindeki görüş eleştirisine katılmıyoruz. İsaletli bulmadığımız eleştiri için bkz. KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 371, 372.

³⁰³ ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 374.

³⁰⁴ ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s. 334.

³⁰⁵ KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 372.

davranışların objektif anlamda şehevi niteliğe sahip olmasının yeterli olacağı, failin ayrıca somut olayda cinsel arzularını tatmin etmiş olmasının suçun oluşması için bir şart olarak aranmayacağı belirtilmektedir³⁰⁶. Belirtmek gerekir ki, madde gerekçesinde de failin cinsel arzuları tatmin amacıyla harekete başlamasından değil, fiilin cinsel arzuları tatmin amacına ilişkin olmasından ve bunun objektif olarak bu yönde olmasından söz edilmiştir³⁰⁷. Dolayısıyla burada failin cinsel bir saikle hareket etmesi değil, yaptığı eylemin dışarıdan bakıldığında cinsel içerikli olup olmaması aranmaktadır. Failin saikine ilişkin değerlendirme manevi unsur başlığı altında yapılacağından burada bu husus hakkında ayrıntılı değerlendirmede bulunulmamaktadır.

Bu şart açısından gerekli olan, failin mağdura yönelik vücut temasında bulunarak gerçekleştirdiği hareketin dışarıdan bir gözle bakıldığında objektif olarak cinsel içerikli ve cinsel muhtevaya sahip nitelikte olmasıdır. Failin böyle bir saikle hareket ettiğinin veya fiilin sonucunda cinsel arzularını tatmin amacına ulaşmış olmasının suçun oluşumuna bir etkisi olmayacaktır. Fiilin objektif anlamda cinsel muhteva içermesi gerektiği konusunda tereddüt bulunmamakla birlikte, failin cinsel arzuları tatmin amacıyla hareket etmesi ile fiilen cinsel arzularını tatmin etmiş olması da birbirinden ayrı hususlardır. Bu konuda ayrıntılı değerlendirmeyi manevi unsur başlığı altında yapacak olmakla birlikte, bu kısımda failin cinsel arzuları baştan itibaren tatmin amacıyla hareket etmesinin gerekmediğini belirtmekle yetiniyoruz³⁰⁸. Dolayısıyla, TCK'da cinsel

³⁰⁶ ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 373; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 368.

³⁰⁷ Ünver, maddede failin bu eylemleri cinsel arzuları tatmin amacıyla yapması gerektiğine ilişkin hem suçun manevi unsuru hem de fiilin bir niteliği biçimindeki bir ek unsuruna yer verilmemiş olmasına rağmen, madde açıklaması olan gerekçede iki fıkra biçiminde suçun mağdurun vücudu üzerinde gerçekleştirilen eylemlerin cinsel arzuların tatminine yönelik olması gerektiğinin belirtildiğini, bu düzenlemenin yerinde olmadığını, kanun gerekçesinin kanun metnine dolayısıyla madde metnine dahil olmadığını, bu sebeple gerekçe ile hükmün uygulamasının daraltılamayacağını veya genişletilemeyeceğini vurgulamaktadır. Bkz. ÜNVER, Cinsel Suçların Eleştirel Olarak İncelenmesi, s. 37.

³⁰⁸ Karş. ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 373. Yazarlar, fiilin objektif olarak şehevi nitelikte bulunması yanı sıra failin cinsel arzuları tatmine yönelik iradesinin de bulunmasının ayrıca şart olduğunu

davranışlardan bahsedildiğinden, fiilin objektif niteliği açısından davranışların cinsel muhtevası bulunmalı, failin şehvi his veya saikle hareket etmiş olması bir unsur olarak aranmamalıdır³⁰⁹.

Bu tespitin yanında vurgulamak gerekir ki, failin cinsel saldırıyı baştan bir itibar cinsel arzuları tatmin amacı güderek yaptığının bir unsur olarak kabulü halinde ciddi anlamda ispat sorunlarıyla karşılaşılacaktır, belli durumlarda suçun ispatı imkansızlık derecesinde zorlaşabilecektir. Failin şehvi hislerini tatmin amacıyla yola çıkması gibi ispatı her açıdan güç olan bir noktadan konu ele alındığında, cinsel saldırı suçunun temel hali açısından öpme, kucaklama, okşama, dokunma gibi birden fazla farklı anlamda gerçekleştirilebilecek hareketlerin cinsel amaçla mı, küçümseme amacıyla mı, nezaket veya arkadaşlık göstergesi olarak mı yapıldığı gibi konularda fiilin nitelendirmesinin tespiti imkansızla yakın derecede zorlaşacaktır³¹⁰.

5.3.1.4.1.4 Rıza Bulunmaması

Cinsel davranışın gerçekleşmesi açısından gerekli olan diğer bir şart da eylemin mağdurun rızasına aykırı olarak gerçekleştirilmesidir. Basit ve nitelikli cinsel saldırı suçunda rızanın hukuki niteliğini ve bu bağlamda hata hallerini hukuka aykırılık

düşünmektedirler. Böyle bir değerlendirmeye suçun her halinin genel kastla işleneceğini düşündüğümüzden katılmıyoruz. Bu husus, manevi unsur başlığı altında ayrıntılı şekilde izah edilecektir.

³⁰⁹ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 335, 336. Yazarlar, karşılaştırmalı hukuka atıfta bulunarak, İtalyan Hukukunda da suçun genel kasta tabi olduğunu, cinsel davranışın yukarıda kendilerine atıfla izah ettiğimiz sübjektif unsurunun failin saikine yönelik olmayıp, daha ziyade eylemin cinsel niteliğini teyit etmek için aranan bir kriter olduğunu vurgulamaktadırlar.

³¹⁰ TANER, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s. 114. Yazara göre böyle bir şart arandığında bu hususlara ek olarak, davranışın cinsel bölgelere yönelik olarak gerçekleştirilmesine rağmen, intikam amacıyla veya batıl bir inanca dayanılarak yapılması durumunda, failin şehvi hislerini tatmin amacı bulunmadığına göre, mağdurun cinsel özgürlüğü açıkça ihlal edilmesine rağmen, cinsel saldırı suçunun oluşmadığı sonucuna varılabilecektir. Aynı şekilde suçun unsuru olarak böyle bir şartın gerekli görülmesi halinde, TCK m.102/2'de yer alan nitelikli cinsel saldırı açısından da failin mağdurun vücuduna organ veya sair cismi aşağılamak, rencide etmek, işkence yapmak, intikam almak, mağduru evlenmeye zorlamak, bakire bir kadına bu anlamda zarar vermek veya erkek olan bir mağdura egemenliğini kabul ettirmek manasıyla sokması durumunda, fail şehvi amaçlarını tatmin gayesiyle hareket etmediği için suçun oluşmadığı şeklinde isabetsiz ve korunan hukuksal değerle bağdaşmayacak bir sonuca varılabilecektir.

başlığında inceleyecek olmakla birlikte, eylemin suç teşkil etmesi için mutlaka rızaya aykırı şekilde gerçekleştirilmesi gerektiğinden ve suç teşkil eden cinsel saldırı eylemi cebir, tehdit ve hile gibi araçlar ile gerçekleştirilebileceğinden bu kısımda bu şarta ilişkin açıklamalar yapılacaktır. Öncelikle belirtmek gerekir ki, suç açısından madde düzenlemesi gereğince rıza dışılık yeterli olup, ayrıca suçun oluşumu için cebir, tehdit veya hile kullanımı şart değildir³¹¹.

Suç açısından rıza dışılık esas olsa da bu durum³¹², suçun fail tarafından cebir, tehdit veya hile kullanılarak işlenemeyeceği anlamına gelmemekle birlikte cinsel saldırı suçu çoğu zaman bu araçlar kullanılarak gerçekleştirilmektedir. Bir başka ifadeyle, mağdurun rızasının bulunmaması, her üç tür cinsel saldırı bakımından da suçun oluştururken, cinsel saldırının gerçekleştirilmesine bağlı olarak mağdura karşı kullanılan bu araçlar, mağdurun cinsel saldırıya karşı koymasını zorlaştırması sebebiyle ilgili fiillerin işlenmesine yol açmakta, bu süreci kolaylaştırmaktadır³¹³. Bu hususlara 765 sayılı Kanun'dan farklı olarak bizzat madde metni içerisinde bir unsur olarak söz edilmemiş, ancak madde gerekçesinde fiilin bu araçlar kullanılarak işlenebileceğine dair açıklamalara yer verilmiştir³¹⁴.

5.3.1.4.1.4.1 Cebir

Cinsel saldırı suçu mağdura yönelik olarak cebir kullanılması suretiyle işlenebilir. Burada kastedilen cebir, mağdurun direncini kırarak failin arzu ve isteklerine göre hareket

³¹¹ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 325, 326; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 371. Akkaya, suçun mutlaka cebir, tehdit veya hile ile iradeyi etkileyen sebeplerle gerçekleştirilebileceğini savunmaktadır. Bkz. AKKAYA, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, s. 32.

³¹² Aşağıdaki kısımlarda da izah edileceği üzere cinsel saldırının sarkıntılık, nitelikli cinsel saldırı da olmak üzere üç hali de mağdurun rızası dışında gerçekleşmektedir. Bkz. ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s. 331.

³¹³ ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s. 331.

³¹⁴ Bkz. TCK m.102 gerekçesi.

etmesini sağlayan fiziki güç olarak ifade edilmektedir³¹⁵. Kullanılan bu fiziki güç ile beraber mağdur failin arzu ve isteklerine uygun şekilde davranmak zorunda kalmakta, bir başka ifadeyle bu arzu ve isteklere boyun eğmektedir³¹⁶. Dolayısıyla, cinsel saldırı suçunun işlenmesi için mağdurun direncini kırmak hedefiyle cebre bir araç olarak başvurulmaktadır³¹⁷.

İfade etmek gerekir ki, cebrin bir araç olarak mevcut olması için mutlaka cebrin eylemin tüm akışı içinde uygulanması şart olmayıp, fiile mağdurun baştaki direncini kırmaya matuf olması yeterli olacaktır³¹⁸. Cebrin cinsel saldırı fiilinin gerçekleştirildiği aşamaların yalnızca birisinde kullanılması yeterli olacaktır³¹⁹. Fail, mağdura yönelik olarak direncini kırdıktan sonra cinsel saldırı teşkil eden davranışlarda bulunabileceği gibi, cinsel davranışından önce veya cinsel davranışıyla eşzamanlı başladığı fiziki zorlamayı cinsel davranışları gerçekleştirdiği sırada sürdürebilir³²⁰.

Cinsel saldırı suçunda araç olan cebirden bahsedebilmek için cebrin mutlaka mağdur üzerinde gerçekleştirilmesi gerekmekte olup mağdurun bizzat kendisine değil de bir yakınına uygulanan cebir mağdura yönelen cinsel saldırı bakımından tehdit aracı olarak görülmelidir. Bunun sonucunda mağdur üzerinde unsurlarıyla birlikte cinsel saldırı gerçekleşirse cinsel saldırı suçu oluşacaktır³²¹. Ayrıca belirtmek gerekir ki, mağdurun bir yakınına karşı veya eşyası üzerinde gerçekleştirilen cebir sebebiyle benzer bir cebrin

³¹⁵ YENİDÜNYA, s. 3289; İtalyan Yargıtay'ına göre cebir, yalnızca mağduru istediği direnci gösterebilme olanağından yoksun bırakacak biçimde güç kullanmak olmayıp, mağdurun aksi yönde rızasını ortadan kaldıracak biçimde eylemin sinsice hızlı gerçekleştirilmesi halinde de bu koşul gerçekleşmiş sayılacaktır. İtalya'daki durum için bkz. TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 328.

³¹⁶ ÖZBEK/DOĞAN/BACAŞIZ, s. 332.

³¹⁷ TÜRAY, Aras: "Cinsel Saldırı Suçu ve Cebir İlişkisi", Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 18(217), Kasım-Aralık 2023, s. 1221.

³¹⁸ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 328; ÖZBEK/DOĞAN/BACAŞIZ, s. 332; TÜRAY, "Cinsel Saldırı ve Cebir İlişkisi", s. 1221, 1222; TANER, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s. 136.

³¹⁹ ÖZBEK/DOĞAN/BACAŞIZ, s. 332.

³²⁰ TÜRAY, "Cinsel Saldırı ve Cebir İlişkisi", s. 1222.

³²¹ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 328; CENTEL/ZAFER, s. 236; ÖZBEK/DOĞAN/BACAŞIZ, s. 332.

kendi üzerinde de gerçekleşeceği korkusuyla direnci kırılan mağdura karşı cebrin araç olarak kullanılmasından söz edilecektir³²².

5.3.1.4.1.4.2 Tehdit

Cinsel saldırı suçu işlenirken gerçekleştirilebilecek olan bir diğer araç tehdittir. Tehdidin kapsamı, mağdurun cinsel saldırıya rıza göstermemesi halinde, kendisinin veya bir yakınının ileride zarara uğratılacağına ilişkin beyanlardır³²³. Dolayısıyla kötülüğün cinsel saldırının gerçekleştirileceği mağdur üzerinde yapılması mutlak şart olmayıp, onun yakınlık hissettiği herhangi bir kişi üzerinde gerçekleştirilmesi yeterlidir³²⁴.

Yargıtay, tehdidin cinsel saldırı suçunda araç olması bakımından mağdurun uğratılacağına ilişkin bildirilen zararın cinsel saldırı sonucunda gerçekleştirilecek zarardan daha fazla olması gerektiğini aramaktadır. Bu kapsamda mağduru kendisiyle cinsel ilişkide bulunmaması halinde kendisini ilişki sırasında gördüğünü ailesine söyleyeceğini belirten kişinin fiili Yargıtay tarafından tehdit sayılmamıştır³²⁵.

Tehdidin mutlak surette cinsel saldırı amacıyla kullanılması gerekmekte olup, aksi takdirde tehdidin cinsel saldırı bakımından araç olmasından değil ayrı bir suç oluşturmamasından söz edilmesi gerekecektir³²⁶. Örneğin, failin kişiye cinsel saldırıda bulunduktan sonra bunu ailesine söylerse kendisini öldüreceğini beyan etmesi durumundan hem cinsel saldırı suçunun hem de tehdit suçunun oluştuğundan söz etmek gerekecektir.

³²² ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s. 332.

³²³ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 329; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s. 332.

³²⁴ YENİDÜNYA, s. 3290.

³²⁵ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 331, Yargıtay 5. Ceza Dairesi, 16.02.1983, 153/488; Karşılaştırmalı hukuka bakıldığında ise, İtalya'da Yargıtay'ın cebri veya tehdit bakımından mağdurun karşı koymasını engelleyecek nitelikte irade özerkliğini kısıtlaması yeterli görülmekte, böyle bir şart aranmamaktadır.

³²⁶ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 331.

5.3.1.4.1.4.3 Hile

Cinsel saldırı suçu gerçekleştirilirken kullanılabilecek bir diğer araç ise hiledir. Hile, mağdurun iradesini kırmaya yönelik aldatıcı hareketlerin tamamı olarak tanımlanabilir³²⁷. Hile durumunda, mağdurun kendisini cinsel saldırıya karşı koruyabilecek nitelikte yeterli ve açık iradesi ortadan kaldırılmaktadır³²⁸. Hile söz konusu olduğunda, iradeyi etkileyen ve suçta araç olarak kullanılan diğer nedenlerden ayırık olarak daha dikkatli tespit yapmak ve ne tür hilelerin cinsel saldırı suçunda iradeyi sakatlayıp rızaya zarar veren bir husus oluşturacağını doğru belirlemek gerekmektedir³²⁹.

Bu kapsamda cinsel saldırı suçunun işlenmesinde araç olarak kullanılabilecek olan hile ile ilgili en tartışmalı kısım, evlenme vaadinin bir hile sayılıp mağdurun iradesini, yani rızasını hilafa uğratacak bir neden olup olmadığıyla ilgilidir. Doktrinde evlenme vaadinin mağdurun fiile karşı direncini bertaraf edecek bir hile olarak kabul edilip edilmeyeceğine ilişkin görüş ayrılığı bulunmaktadır.

Bir görüşe göre, evlenme vaadi ile cinsel ilişkide bulunmak için verilen rıza hiçbir şartta geçerli değildir ve böyle bir durumda cinsel saldırı suçu oluşmaktadır³³⁰. Bu görüşe göre, mağdurun aksi takdirde rıza göstermeyeceği bir cinsel davranışa hileli davranışla ikna edilmesi durumunda irade sakatlanmaktadır ki bu görüş cinsel davranışına mağdurun rıza göstermesini sağlamak için başvuru her türlü aldatıcı hareketi bu kapsamda görmektedir³³¹.

³²⁷ YOKUŞ SEVÜK, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 370.

³²⁸ ÖZBEK/DOĞAN/BACAŞIZ, s. 333.

³²⁹ TANER, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s. 144.

³³⁰ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 333; CENTEL/ZAFER, s. 237; YOKUŞ SEVÜK, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 371.

³³¹ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 333.

Diğer bir görüşe göre ise evlenme vaadi ile cinsel ilişkide bulunmak iradeyi sakatlayacak ve rızayı hilafa düşürüp cinsel saldırı suçunu oluşturacak nitelikte bir hile değildir³³². Bu görüşte olanlar, her bireyin evlenme vaadinin, kişinin zengin olduğuna dair söylemlerinin ve diğer vaatlerinin gerçekleştirebileceğini bilmesi gerektiğini ve buna göre davranmaları gerektiğini savunmaktadırlar³³³. Bu görüşü savunanların bir diğer argümanına göre ise kanun koyucu eski kanunda yer verdiği evlenme vaadiyle kızlık bozma suçu gibi bir düzenlemeye yer vermeyerek, bu tür davranışları hile kapsamında görmediğini göstermiştir³³⁴. Bu nedenle, kanun koyucunun bu yönde bir iradesi olsaydı bunu kanunda açıkça düzenleyeceği savunulmaktadır.

Kanaatimizce de evlenme vaadi tek başına iradenin fesada uğratılması ve hukuka aykırı rızanın bulunması bakımından yeterli görülmemelidir. Çünkü rızanın hukuka aykırı şekilde alınması ile rızanın veriliş nedeni birbirinden farklı unsurlardır. Evlenme vaadi durumunda kişi rızası fesada uğratılmadan iradesi sakatlanmadan geçerli bir rıza vermekte, ancak rızanın veriliş sebebi ile sonuçlar bakımından yanılmaktadır. Bu nedenle rızanın veriliş sebebi ile iradeyi sakatlayacak nitelikte rıza hilelerini birbirine karıştırılmamalı, rıza dar yorumlanmalıdır³³⁵. Gerek özel daire ve gerekse Yargıtay Ceza Genel Kurulu da evlenme vaadinin tek başına cinsel saldırı suçunu oluşturacak biçimde hile tesis etmediği kanaatinde³³⁶.

³³² TANER, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s. 146; AKKAYA, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, s. 38; HAKER/TEKİN, Tartışmalı Sorularla Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 173; ÜNVER, Cinsel Suçların Eleştirisel Olarak İncelenmesi, s.38; ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞSIZ, s. 333.

³³³ TANER, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s. 146.

³³⁴ HAKER/TEKİN, Tartışmalı Sorularla Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 173; ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞSIZ, s. 333.

³³⁵ Aynı yönde bkz. AKKAYA, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, s. 38.

³³⁶ Yargıtay 14. C.D., T. 30.04.2015, E. 2014/1552, K. 2015/5994; C.G.K., T. 01.02.2023, E. 2020/14-309, K. 2023/56 Kararları Aktaran: Akkaya, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, s. 38, 39.

Ancak belirtmek gerekir ki, salt evlenme vaadi haricinde, mağdurun fail ile evlendiğine inandırılması için resmi nikah merasimini taklit eden sahte bir nikah merasimi düzenlenmesi ve mağdurun resmi bir evlilik sürdürdüklerine inandırılması halinde cinsel ilişki için elde edilen rıza hileye dayanacak ve geçersiz olacaktır³³⁷. Yargıtay'ın bu yönde içtihadı da bulunmaktadır³³⁸.

5.3.1.5 Cinsel Saldırı Suçunun Basit Şekli (TCK m.102/1, birinci cümle)

Öncelikle belirtmek gerekir ki, cinsel saldırının temel şekli bakımından yukarıda cinsel davranış başlığı altında yapılan tüm açıklamalar ve şartlar geçerlidir. Bir diğer ifadeyle cinsel saldırı suçunun temel halinin oluşabilmesi için failin yaptığı eylemin mağdurun vücuduna temas etmesi, mağdurun rızasına aykırı olarak gerçekleşmesi ve yapılan eylemin cinsel muhteva içerir olması gereklidir. Cinsel saldırının temel halinin oluşabilmesi için cinsel davranışın tüm şartları aranacağından öncelikle bu şartların eksiksiz bir şekilde somut olayda bulunması gerekmektedir.

Cinsel saldırı suçunun temel şeklinin gerçekleşmesi bakımından gerekli esas ve ayırt edici şart, mağdurun vücudu üzerinde yapılacak cinsel davranışın vücuda organ veya sair bir cisim sokma boyutuna ulaşmamış olması gerekliliğidir. Bu şart, özellikle hükmün ikinci fıkrasında yer alan nitelikli cinsel saldırı ile cinsel saldırı suçunun temel halinin ayırımı bakımından en önem arz eden kriterdir. Cinsel saldırının basit hali ile nitelikli halinin net ayırımı vücuda bir organ veya cismin girip girmediği noktasındadır³³⁹. Yine aynı şekilde, 2014 yılında 6545 sayılı Kanun değişikliği ile hükmün birinci fıkrasının ikinci cümlesine sarkıntılık eyleminin ayrı bir husus olarak eklenmesi nedeniyle, vücuda

³³⁷ TANER, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s. 147.

³³⁸ Yargıtay 14. C.D., T. 04.07.2013, E. 2013/4640, K. 2013/8615, <https://karararama.yargitay.gov.tr/> (e.t. 07.02.2025).

³³⁹ GÖKCAN/ARTUÇ, Türk Ceza Kanunu Şerhi, s. 3721.

organ veya sair cisim sokma boyutuna ulaşmamış nitelikte olan cinsel içerikli davranışların cinsel saldırının temel şeklini mi, yoksa sarkıntılığı mı oluşturduğu ayırımının net bir şekilde ortaya koyulması gerekmektedir.

Doktrinde ifade edildiği üzere sarkıntılığı aşan ve cinsel saldırı suçunun temel halini teşkil eden fiiller, okşama, vücudun çeşitli yerlerini elleme, sarılıp öpme, mahrem yerleri sıkma şeklinde gerçekleştirilebilir³⁴⁰. Dolayısıyla suçun sarkıntılık boyutunu aşan birinci cümlede yer alan temel hali bakımından, cinsel muhteva içeren, mağdurun rızasına aykırı olarak vücuduna temas içermekle birlikte sarkıntılık boyutunu aşan ve vücuda organ ve sair cisim sokma boyutuna da varmayan davranışların varlığı yeterli olacaktır³⁴¹.

Burada, eylemin cinsel ilişki boyutuna ulaşmaması gerekir ifadesi yerine, eylemin vücuda organ veya sair cisim sokma boyutuna ulaşmamış olması ifadesinin kullanılması daha doğru olacaktır³⁴². Çünkü, maddenin ikinci fıkrasında nitelikli hali tanımlarken nitelikli halin maddi unsuru olarak vücuda organ veya sair cisim sokulması gösterilmiş olup Yargıtay uygulaması gereğince cinsel suçlardan reşit olmayanla cinsel ilişkinin düzenlendiği 104. maddede geçen cinsel ilişki ifadesi Yargıtay tarafından dar yorumlanmakta, TCK m.102/2’de gösterilen nitelikli cinsel saldırının maddi unsurunu tam olarak karşılamamaktadır³⁴³.

Aşağıda cinsel saldırının sarkıntılık ve nitelikli hal görünüşleri ele alınırken bu olguların cinsel saldırının temel hali ile farkı da ortaya koyulacağından aşağıda yer alan anlatımlarla birlikte cinsel saldırının temel hali daha net bir şekilde anlaşılacaktır.

³⁴⁰ KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 369.

³⁴¹ ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 373.

³⁴² Bu bakımdan madde gerekçesinde suçun maddi unsuru açıklanırken, “kişinin vücudu üzerinde gerçekleştirilen cinsel arzuları tatmin amacına yönelik ve cinsel ilişkiye varmayan davranışlar” olarak belirtilmesi yerinde olmayıp, cinsel ilişkiye varmayan davranışlar ifadesi yerine vücuda organ veya sair cisim sokma boyutuna varmayan davranışlar ifadesinin kullanılması daha isabetli olacaktır.

³⁴³ Bu hususla ilgili ayrıntılı açıklamalar için, reşit olmayanla cinsel ilişki suçu ile cinsel saldırı suçunun karşılaştırılmasının yapıldığı başlığa bakılmalıdır.

5.3.1.6 Cinsel Saldırı Suçunun Hafif Şekli: Sarkıntılık (TCK m.102/1, ikinci cümle)

Sarkıntılık olarak adlandırılan cinsel saldırının hafif şekli, gerek 765 sayılı Kanun'un gerekse 5237 sayılı Kanun'un ilk halinde yer almamış, her iki kanunun da yürürlüğe girmesi sonrası gerçekleştirilen değişikliklerle kanun metinlerine eklenmiştir. Sarkıntılık fiilinin 765 sayılı Kanun'un ilk halinde yer almayıp, 20.06.1933 tarih ve 2275 sayılı kanun değişikliği ile 421. maddeye eklenmesi, daha sonrasında yine 2005 yılında kabul edilip yürürlüğe giren 5237 sayılı Kanun'un da 102 ve 103. maddelerinin ilk halinde bulunmayıp, 18.06.2014 tarih ve 6545 sayılı Kanun değişikliği ile ilgili maddelerde düzenlenmesi sarkıntılık kavramının önem arz ettiğini ve belli bir duruma işaret ettiğini göstermektedir³⁴⁴. Çünkü belirtmek gerekir ki, bu kanunlarda sarkıntılık fiili birebir aynı durumu ifade etmese de her iki kanunda da sarkıntılık kavramı ile belli bir farklı durumun ifade edilmeye çalışıldığı aşıkardır³⁴⁵.

6545 sayılı Kanun'la cinsel suçlara ilişkin düzenleme yapılmadan evvel, vücuda temas içeren ancak organ sokma boyutuna varmayan bütün cinsel içerikli davranışların, cinsel saldırının basit hali olarak görülerek aynı şekilde cezalandırılmasının olması gereken hukuk bakımından uygun olup olmadığı doktrinde tartışılmıştır³⁴⁶. Bir görüşe göre, bedensel temas boyutuna varan ve sarkıntılık niteliğinde olan her cinsel içerikli hareketin TCK m.102 anlamında cinsel saldırı teşkil edip etmeyeceği, olayda bulunan tüm şartlar dikkate alınarak, eylemin önemi, yoğunluğu ve süresi göz önüne alınarak tespit edilmeliydi³⁴⁷. Bu fikirde olanlar, mağdura yöneltilen en ufak cinsel içerikli fiziksel

³⁴⁴ ŞİMŞEK, Alaattin: "Cinsel Saldırı ve Cinsel İstismar Suçlarının Hafif Şekli: Sarkıntılık", Ceza Hukuku Dergisi, 10(28), 2015, s. 317, 318.

³⁴⁵ ŞİMŞEK, "Cinsel Saldırı ve Cinsel İstismar Suçlarının Hafif Şekli: Sarkıntılık", s. 318.

³⁴⁶ TANER, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s. 174.

³⁴⁷ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 420.

temasın her daim TCK m.102 kapsamına dahil edilmesinin, olması gereken hukuk ve karşılaştırmalı hukuk açısından isabetli olmadığını, işlenen fiilin ağırlığı ile orantılı olmayan cezaların ortaya çıktığını savunmuşlardır³⁴⁸. Yine aynı dönemde, bedeni temas içeren ancak ani şekilde gerçekleşen ve kesiklik gösteren fiillerin cinsel saldırı teşkil etmemesi gerektiği, cinsel saldırının oluşması için hareketlerin fazlalığının ve belirli bir devamlılığı bulunması gerektiği ifade edilmiştir³⁴⁹. Ancak 2014 yılında yapılan 6545 sayılı Kanun değişikliği öncesinde olan hukuk bakımından bu görüş geçerli olmamış, hareketin cinsel kasıtlı yapıldığının tespiti halinde Yargıtay’a göre bedensel temas içeren tek bir hareket dahi basit cinsel saldırı suçunun oluşumu için yeterli görülmüştür³⁵⁰. O dönemdeki olan hukuk açısından kanaatimizce de Yargıtay uygulamasında isabet bulunmuştur. Çünkü “kanunilik” ilkesi gereğince, olması gereken hukuka atıf yapılarak maddenin uygulanması daraltılamaz. O dönemde de vücuda ufak temas içeren davranışların dahi suç kapsamında görülmemesi, kanuni düzenlemeye aykırı bir uygulama olurdu.

Bu tartışmayı da gidermek amacıyla sarkıntılık fiili, 6545 sayılı Kanun değişikliğiyle birlikte cinsel saldırı suçunun düzenlendiği 102. madde kapsamına alınmıştır³⁵¹. Sarkıntılık fiilinin 6545 sayılı Kanun değişikliği ile 102. maddede yeniden suç olarak tanımlanmasıyla, tezin ilk bölümünde izah ettiğimiz 765 sayılı TCK’nın 421.

³⁴⁸ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 420.

³⁴⁹ AKÇİN, İhsan: “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar”, Yargıtay Dergisi, 32(1-2), 2006, s. 109; PARLAR, Ali/HATİPOĞLU, Muzaffer: Türk Ceza Kanunu Yorumu, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2008, s. 826.

³⁵⁰ TUĞRUL, Ahmet Ceylani: Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar-Enstest İlişkiler, 1. Baskı, Cantekin Matbaacılık, 2010, s. 77.

³⁵¹ Özbek/Doğan/Bacaksız’a göre, sarkıntılığı madde metnine kanun değişikliği ile dahil edilmesinin sebebi, bu tartışmayı gidermektir. Bkz. ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s. 336; Artuk/Gökcan/Alşahin/Çakır’a göre, sarkıntılığın kanun kapsamına alınmasının sebebi, haksızlık içeriği daha hafif olan fiillerin daha az cezaya cezalandırılmasının amaçlanmasıdır. Bkz. ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 385.

maddesinden farklı olarak yeniden tanımlanması gerekmiştir³⁵². Çünkü eski kanun döneminde sarkıntılık fiili, söz, yazı ile de gerçekleştirilebildiği gibi 765 sayılı TCK’da yer alan laf atma suçundan münferit olmaması ve devamlılık arz ederek sırnaşık şekilde olması nitelikleriyle ayrılıyordu³⁵³. Yeni kanunda yer alan sarkıntılık eylemi bakımından ise durum farklıdır. Belirtmek gerekir ki 5237 sayılı Kanun’un 102. maddesinin 1. fıkrasına eklenen sarkıntılık, ayrı bir suç tipi olmayıp cinsel saldırı teşkil eden davranışların daha az cezayı gerektiren hali olarak TCK kapsamına alınmıştır.

Kanun metnine bakıldığında sarkıntılığın tanımlanmadığı, 6545 sayılı Kanun’un değişiklik gerekçesinde ise, “ani hareketle yapılan dokunuş” olarak belirtildiği görülmektedir.³⁵⁴ Madde metnine sarkıntılıktan önce “suçun ani hareketlerle işlenmesi” ibaresinin koyulmak istenmesi ani nitelikli cinsel davranışlarla diğer cinsel davranışların ayrımının aynı madde içerisinde belirlenmesinin istendiği göstermektedir³⁵⁵. Ani hareket ifadesinin somut bir olayda kolaylıkla tespit edilebilecek bir kavram olmadığı, ceza yasalarında ise kullanılan kavramların uygulama ve hukuk dilinde yerleşmiş olmaları beklendiğinden, anlık temas, ani hareket veya tekrarlanmayan cinsel davranışlar ifadeleri yerine sarkıntılık kavramının norma alınmasının daha uygun olduğu, bu tür kavramların sübjektif olduğu, cinsel dokunulmazlığa karşı gerçekleştirilen ağır ihlalleri de içinde barındırabileceği, sarkıntılık kavramının bunun aksine tanımlayıcı ve sübjektiflikten uzak

³⁵² MERAN, Necati: “Cinsel İstismar ve Saldırı Suçlarında 6545 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikler ve Yeni Yorumlar”, Terazi Hukuk Dergisi, 9(98), 2014, s. 79.

³⁵³ ATAKEYA, Merve Aygöl: “Cinsel Saldırı ve Cinsel İstismar Suçlarında Sarkıntılık Fiili (Yargıtay Kararları Işığında)”, Selçuk Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu Dergisi, 5(1), 2022, s. 115, 116.

³⁵⁴ 6545 sayılı Kanun Değişikliği Gerekçesinin ilgili kısmına göre, “Bu nedenle, maddenin birinci fıkrasına hüküm eklenmekte ve ani hareketle yapılan dokunuşta maddenin mevcut metnindeki cezanın verilmesi sağlanmaktadır.” Belirtmek gerekir ki, değişiklik gerekçesinde sarkıntılık eylemi bu şekilde tanımlanmış olsa da, gerekçenin devamında “sarkıntılık” ibaresi yerine “suçun ani hareketle işlenmesi” ibaresinin tercih edildiği belirtilmiş, ancak daha sonra sarkıntılık ibaresinde karar kılınarak kanun metnine bu şekilde sarkıntılık ibaresinin eklenmesiyle değişiklik gerekçesiyle madde metni arasında uyumsuz bir durum söz konusu olmuştur. Bkz. ATAKEYA, s. 116, 117.

³⁵⁵ ŞİMŞEK, s. 327.

bir kavram olduğu söylenmiştir³⁵⁶. Değişiklik teklifinde ani hareket ifadesi ile açıklanan durum, komisyonda değiştirilmiş, en nihayetinde kanun metnine değişiklikle birlikte sarkıntılık ibaresi eklenmiştir³⁵⁷.

Doktrinde, cinsel saldırı suçunu basit hali ile sarkıntılığın ayırt edilmesi bakımından, mağdur üzerinde işlenen vücuda temas içeren ancak organ veya sair cisim sokma boyutuna varmayan davranışın ani olmayıp belirli süreklilik arz etmesi halinde basit hali, buna karşın ani olup kesiklik gösteren hareketlerin ise sarkıntılık oluşturacağı belirtilmektedir³⁵⁸. Yalnızca hareketin yapıp hemen sona erdirilmesi halinde sarkıntılık niteliğinde bir cinsel eylem söz konusu olacakken, harekete temas sonrasında da devam edilmesi durumunda eylemin cinsel saldırının basit halini teşkil edeceği ifade edilmektedir³⁵⁹.

Belirtmek gerekir ki, 5237 sayılı Kanun’a eklenen sarkıntılık fiili de diğer cinsel saldırı teşkil eden eylemler gibi ve 765 sayılı Kanun döneminden farklı olarak mutlaka vücuda temas içeren davranışlarla gerçekleştirilebilir³⁶⁰. Bu bakımdan TCK m.102/1 kapsamındaki her eylem bakımından vücuda temasın şart olduğunu ortaya koymak gerekir. Sarkıntılık fiili de basit cinsel saldırı gibi mağdurun vücuduna bizzat dokunarak

³⁵⁶ KAHRAMAN, Recep: “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlarda Sarkıntılık Fiilinin Ayırt Edilmesi Sorunu”, Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 9(18), 2021, s. 471, 472.

³⁵⁷ Kanun koyucu, vücuda anlık olarak gerçekleştirilen dokunuşların basit cinsel saldırı veya cinsel istismar olarak nitelendirilmesinin neden olduğu ceza ağırlığıyla cinsel tacizin ceza hafifliği arasında sıkıştığından, ilk olarak “anlık dokunuş”, “tekrarlanmayan temas”, “vücuda bir defaya mahsus dokunuş” olarak bu fiili düzenlemeyi düşünse de, bu kavramların net olmamasını ve karmaşıklığa neden olabileceğini göz önünde bulundurarak, halk arasında eski kanunda yer alan düzenleme sebebiyle daha çok bilinen “sarkıntılık” kavramını kullanmayı tercih etmiştir. Bkz. ŞEN/MAVİŞ/ŞAHİN, s. 20; Sarkıntılık ibaresinin kullanılmasının madde metni ile gerekçesi arasında uyumsuzluğa yol açtığı ileri sürülmektedir. Bkz. KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 381.

³⁵⁸ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 342.

³⁵⁹ GÖKCAN/ARTUÇ, s. 3739.

³⁶⁰ KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 382; ARTUK/GÖKCAN/ALŞAHİN/ÇAKIR, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 381.

gerçekleştirilebileceği gibi herhangi bir araç kullanılarak yapılan temas ile de gerçekleştirilebilir³⁶¹.

Ceza Genel Kurulu³⁶² 5237 sayılı TCK açısından sarkıntılık fiilini, mağdura karşı şehvi arzuları tatmin gayesiyle gerçekleştirilen, kişinin vücut dokunulmazlığını ihlal edici, ani ve kesik olup süreklilik göstermeyen, dolayısıyla cinsel saldırının basit hali boyutuna varmayan hareketler şeklinde tanımlamaktadır. Sarkıntılık fiilinin yer aldığı normun tipikliğine bakıldığında sarkıntılık, cinsel saldırı ve çocuğun cinsel istismarı şeklindeki suçun basit halinden önceki bir aşamayı ifade etmektedir ki cinsel davranışın sarkıntılık boyutunda kalması halinde daha az cezaya hükmedilmesi de bunu göstermektedir³⁶³. Belirtmek gerekir ki, gerek TCK m.102’de yer alan basit cinsel saldırı gerek mağdurunun ancak çocuk olabileceği TCK m.103’te bulunan cinsel istismar ile sarkıntılık eylemlerinin ayırımı bakımından aynı kriterler dikkate alınmalıdır³⁶⁴.

Cinsel saldırı, cinsel istismar, sarkıntılık ve cinsel taciz eylemlerinin her birinin ayırımı; sarkıntılığın mağdurun vücutuna temas ile gerçekleşen ancak ani hareketlerle yapılan cinsel davranışlar, cinsel saldırı veya çocuğun cinsel istismarın yine aynı şekilde mağdurun vücutuna temas edilmesi ve bunların sırasıyla hareketler niteliğinde davranışlarla gerçekleştirilmesi, cinsel tacizin ise mağdurun vücutuna temas olmaksızın gerçekleştirilen yazılı, sözlü biçimde veya işaretlerle yapılan cinsel davranışlar olduğu şeklinde yapılmaktadır³⁶⁵.

³⁶¹ ARTUK/GÖKCAN/ALŞAHİN/ÇAKIR, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 381.

³⁶² Yargıtay CGK, T. 08.12.2022, E. 2022/157, K. 2022/783,

³⁶³ ŞİMŞEK, s. 327.

³⁶⁴ ŞEN/MAVİŞ/ŞAHİN, s. 20.

³⁶⁵ ARTUK, Mehmet Emin/ALŞAHİN, Mehmet Emin: “Sarkıntılık Fiili”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 65(4), 2016, s. 3254.

İfade etmek gerekir ki, sarkıntılık eyleminin nitelikli cinsel saldırı ve cinsel taciz eylemlerinden ayırt edilmesinde bir zorluk veya karışıklık yoktur. Kanundan açıkça anlaşılacağı üzere, sarkıntılık eylemi vücuda mutlaka temas içeren cinsel taciz eylemi ise tam aksine mutlak surette vücuda temas olmaksızın gerçekleştirilen bir eylem olduğundan, sarkıntılık ile cinsel taciz eylemlerinin ayrımını nitelikli şekilde ortaya koymakla ilgili ciddi kriterler belirlemeye ihtiyaç yoktur. Aynı şekilde nitelikli cinsel saldırı eylemi içinde Yargıtay’ın kabul ettiği üzere mutlaka vajinal, anal veya oral yoldan organ veya sair cisim ithali gerektiğinden, bu fiilin de sarkıntılıktan ayırt edilmesi için ciddi bir çalışmanın ortaya konulmasına gerek bulunmamaktadır. Ancak esas sorun, sarkıntılık kavramı ile basit cinsel saldırı içeren eylemlerin ne şekilde ayırt edileceğinde kendini göstermektedir.

Cinsel içerikli bedensel temas içeren bir hareketin basit cinsel saldırı mı yoksa sarkıntılık mı teşkil ettiğinin tespitinde, eylemin ağırlığı ve işleniş süresi dikkate alınmalıdır³⁶⁶. Cinsel vücut bölgelerini çıplak hale getirilerek elle cinsel bölgelere okşama niteliğinde eylem gerçekleştirilmesi halinde, bu tür bir fiilin sarkıntılık düzeyini aşacağı özellikle belirtilmelidir³⁶⁷. Dolayısıyla, anlık gerçekleştirilmeyen, sistematik olarak mağdura yöneltilen cinsel dokunulmazlığı ihlal eden fiillerin “sarkıntılık” kapsamında sayılamayacağı, hem kanun koyucunun iradesi hem de madde ile korunması amaçlanan hukuksal değerin öneminden anlaşılmaktadır³⁶⁸. Bunun yanında, ani hareketin veya anlık bir temasın gerçekleşip gerçekleşmediğinin, eğer gerçekleşmişse de bu fiilin cinsel içerikli olup olmadığının detaylı şekilde incelenerek tespiti gerekir ki aksi durumda mağdurun vücuduna yapılan her temas veya dokunmanın mağdurun vücut bütünlüğünün

³⁶⁶ GÖKCAN/ARTUÇ, s. 3713.

³⁶⁷ GÖKCAN/ARTUÇ, s. 3715.

³⁶⁸ ŞEN/MAVİŞ/ŞAHİN, s. 21.

ihlal edildiğini düşünmesi halinde, cinsel içerikli olduğu gerekçesiyle kolaylıkla sarkıntılık sayılabilir, ancak bu durum hem kanun koyucunun amacına hem de adalete ters düşer³⁶⁹.

Her ne kadar yukarıda izah ettiğimiz şekilde sarkıntılık eylemi ile basit cinsel saldırının ayırımı bakımından belirli kriterler ileri sürülse de bu iki eylemi her durumda birbirinden ayırt edebilecek kesin bir formülün ortaya konulması mümkün değildir³⁷⁰. Bu nedenle uygulama açısından, sarkıntılık fiilinin tanımının gerek kanunda yapılmaması gerek madde gerekçesinde de bu fiile yönelik ayrıntılı bir anlatıma yer verilmemesi sebebiyle, sarkıntılık niteliği taşıyan cinsel saldırı eylemlerinin ayırt edilmesi hususunda Yargıtay içtihadı büyük önem arz etmektedir. Yargıtay’a göre, sarkıntılık fiilinin ayırt edilmesi ve belirlenmesinde esas alınacak kriterler failin belirlenebilir kastı, eylemin yöneldiği bölge ve sayısı, sürdürülen zaman dilimi, eylemin ani ve kesintili olup olmadığı, eylemin geçtiği yer, eylemin sona erme biçimi şeklinde ifade edilmektedir³⁷¹.

Yargıtay; sanığın mağdureyi omuzundan çekip yanağından öpmesi³⁷², sanığın mağdurenin yanına yaklaşarak saçını tutup çekmesi³⁷³, sanığın mağdurenin cinsel organını sıkması³⁷⁴, sanığın mağdurenin kalçasını okşamasının ardından göbeğinden tutup okşaması³⁷⁵, sanığın mağdurenin arkasından yaklaşarak kalçasını sıkması³⁷⁶,

³⁶⁹ ŞEN, Ersan: “Sarkıntılık Suçu”, Yorumluyorum 21, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020, s.

³⁷⁰ TANER, 6545 Sayılı Kanun, s. 76.

³⁷¹ Yargıtay CGK, E.2019/14-172, K.2020/294, T.16.06.2020, Karar için bkz. ŞEN/MAVİŞ/ŞAHİN, s. 21, 22.

³⁷² Yargıtay 14. C.D., T. 08.04.2016, E. 2014/7084., K. 2016/3515, <https://karararama.yargitay.gov.tr/> (e.t. 07.02.2025).

³⁷³ Yargıtay 14. C.D., T. 06.04.2016, E. 2014/12046., K. 2016/3417, <https://karararama.yargitay.gov.tr/> (e.t. 07.02.2025).

³⁷⁴ Yargıtay 14. C.D., T. 07.04.2016, E. 2016/1054., K. 2016/3471, <https://karararama.yargitay.gov.tr/> (e.t. 07.02.2025).

³⁷⁵ Yargıtay 14. C.D., T. 08.02.2016, E. 2014/4609., K. 2016/931, <https://karararama.yargitay.gov.tr/> (e.t. 07.02.2025).

³⁷⁶ Yargıtay 14. C.D., T. 11.12.2014, E. 2013/3556., K. 2014/14118, <https://karararama.yargitay.gov.tr/> (e.t. 07.02.2025).

sanığın mağduru cinsel amaçla yanağından öpmesi³⁷⁷, sanığın mağdurenin arkasından yanaşarak belinden sarılması³⁷⁸, sanığın elini minibüste yanında oturan mağdurenin ceket düğmesinden sokarak mağdurun vücudunu okşaması³⁷⁹, değişik zamanlarda mağdurenin göğüslerini, kalçasını elleme³⁸⁰, mağdureyi her iki kolundan tutup kapı arkasına sıkıştırdıktan sonra göğüslerini elleme³⁸¹, katılanın cinsel amaçla elini tutup telefonunu istemesi³⁸², kullandığı motosikletle seyir esnasında olduğu sırada kenarda yürümekte olan katılanı görünce yanına yaklaşp saçını tutarak failin kendisine çekmesi³⁸³, failin mağdureye karşı farklı zamanlarda gerçekleştirdiği öpme ve bacaklarını okşama³⁸⁴, üzerindeki kıyafeti kontrol etme bahanesiyle mağdurun cinsel organına dokunmak³⁸⁵, yolda yürüyen mağdura gel aşkım diyerek elini tutmak³⁸⁶, bakkala giden mağdurun cinsel organını elleyip kaçmak³⁸⁷, mağdurenin elbisenin içinden elini sokarak göğsüne dokunmak³⁸⁸, mağdureyi omzundan çekip yanağından öpmek³⁸⁹, mağdureyi kucağına

³⁷⁷ Yargıtay 14. C.D., T. 11.11.2014, E. 2013/2632., K. 2014/12481, <https://karararama.yargitay.gov.tr/> (e.t. 07.02.2025).

³⁷⁸ Yargıtay 14. C.D., T. 30.10.2014, 2013/1798., K. 2014/11863, <https://karararama.yargitay.gov.tr/> (e.t. 07.02.2025).

³⁷⁹ Yargıtay 14. C.D., T. 14.10.2014, E. 2013/1050., K. 2014/11069, <https://karararama.yargitay.gov.tr/> (e.t. 07.02.2025).

³⁸⁰ Yargıtay 14. C.D., T. 08.01.2019, E. 2015/7877, K. 2019/89, <https://karararama.yargitay.gov.tr/> (e.t. 07.02.2025).

³⁸¹ Yargıtay 14. C.D., T. 18.04.2016, E. 2015/9020, K. 2016/3885, <https://karararama.yargitay.gov.tr/> (e.t. 07.02.2025).

³⁸² Yargıtay 14. C.D., T. 03.06.2016, E. 2015/2556, K. 2016/5496, <https://karararama.yargitay.gov.tr/> (e.t. 07.02.2025).

³⁸³ Yargıtay 14. C.D., T. 06.04.2016, E. 2014/12046, K. 2016/3417, <https://karararama.yargitay.gov.tr/> (e.t. 07.02.2025).

³⁸⁴ Yargıtay 14. C.D., T. 24.05.2018, E. 2017/10368, K. 2018/3936, <https://karararama.yargitay.gov.tr/> (e.t. 07.02.2025).

³⁸⁵ Yargıtay 14. C.D., T. 08.03.2018, E. 2017/8616, K. 2018/1717, <https://karararama.yargitay.gov.tr/> (e.t. 07.02.2025).

³⁸⁶ Yargıtay 14. C.D., T. 20.11.2018, E. 2015/5272, K. 2018/6893, <https://karararama.yargitay.gov.tr/> (e.t. 07.02.2025).

³⁸⁷ Yargıtay 14. C.D., T. 25.06.2015, E. 2015/3343, K. 2015/7656, <https://karararama.yargitay.gov.tr/> (e.t. 07.02.2025).

³⁸⁸ Yargıtay 14. C.D., T. 26.10.2017, E. 2016/10934, K. 2017/5122, <https://karararama.yargitay.gov.tr/> (e.t. 07.02.2025).

³⁸⁹ Yargıtay 14. C.D., T. 08.04.2016, E. 2014/7084, K. 2016/3515, <https://karararama.yargitay.gov.tr/> (e.t. 07.02.2025).

oturtup öpmeye çalışmak³⁹⁰, mağdureyi tutarak dudağının kenarından öpmek³⁹¹ gibi durumları sarkıntılık kapsamında görmektedir.

Kanaatimizce, bu örneklerden bazıları sarkıntılık eyleminin niteliğine uygun olmayıp cinsel saldırının temel hali kapsamında görülmelidir. Özellikle, mağdur veya mağdurenin faile direniş gösterdiği ancak buna rağmen failin elleme veya okşama tarzında hal ve hareketlerine devam ettiği somut olaylarda fiilin belirli bir yoğunluğa ulaştığı, ani ve kesik özelliğini yitirdiğinden bahsetmek gerekecektir. Bu kapsamda yukarıda Yargıtay içtihatlarına konu olaylarda, sanığın mağdurenin önce kalçasını sonra da göbeğini tutup okşaması, değişik zamanlarda mağdurenin göğüs ve kalçalarını elleme, mağdureye karşı farklı zamanlarda öpme ve okşama davranışlarının gerçekleştirilmesi, mağdureyi kucağına oturtup öpmeye çalışmak gibi örneklerin sarkıntılık değil TCK m.102/1'in birinci cümlesinde yer alan cinsel saldırının temel halini oluşturduğunu düşünmekteyiz. Sarkıntılık olarak kabul edilen halin cezasının suçun birinci cümlede yer alan temel haline göre daha az olması sebebiyle, sarkıntılığın mağdurun vücuduna cinsel tatmin amaçlı temas içeren bir davranışın ardı sıra sürekli yapılması ve ısrarla sürdürülmesi biçimindeki davranışlar bakımından yorumlanması isabetsiz olacaktır³⁹².

Sarkıntılık açısından önemli olan, fiilin yalnızca tek seferde adeta dokunma ve ani şekilde çekme biçiminde anlık gerçekleştirilmesidir. Bunu biraz olsun aşan nitelikte, özellikle mağdurun mukavemetini kırarak ölçüde yoğunluğa varan hareketlerde sarkıntılıktan söz edilmemesi gerekmektedir. Dolayısıyla, sarkıntılığa sanığın mağdura ani şekilde cinsel amaçla dokunup çekilmesi, ani şekilde cinsel uzuvlarına veya

³⁹⁰ Yargıtay 14. C.D., T. 11.12.2018, E. 2015/3577, K. 2018/7365, <https://karararama.yargitay.gov.tr/> (e.t. 07.02.2025).

³⁹¹ Yargıtay 14. C.D., T. 08.02.2018, E. 2014/8370, K. 2018/821, <https://karararama.yargitay.gov.tr/> (e.t. 07.02.2025).

³⁹² MERAN, Cinsel İstismar ve Saldırı Suçlarında, s. 80.

vücudunun herhangi bir bölgesine cinsel amaçla el atması, arkadan gelip ani öpüp çekilmesi gibi örneklerle sınırlı olarak başvurulması gerektiğini, aksi takdirde okşama, belirli süre tutup öpmeye çalışma gibi az da olsa belli bir zaman dilimine yayılan bedensel temaslar bakımından sarkıntılığa başvurulmasının gerek düzenlemenin amacıyla uyuşmayacağı ve gerekse hakkaniyetli cezalara yol açmayacağı sebepleriyle hukuken isabetsiz olacağını düşünmekteyim. Netice olarak, doktrinde de açıkça belirtildiği üzere, cinsel saldırının birinci cümledeki temel halinin birden fazla ve yoğun, süreklilik içeren sırnaşık cinsel davranışlar olarak, sarkıntılık denilen olgunun ise bir kez gerçekleşen, süreklilik içermeyen, dokunma, tutma, öpme ve benzeri hareketlerle sınırlı olarak kabul edilmesi zorunluluk arz etmektedir³⁹³.

Bu kapsamda, Yargıtay'ın sarkıntılıkla ilgili yukarıda örnek kabilinde yer verdiğim belirli içtihatlarına katılmadığımı, TCK m.102/1 birinci cümle ile sarkıntılık eylemi sistematik olarak bir bütünde değerlendirildiğinde, ani şekilde başlayıp sonlanan, az da olsa belirli zaman dilimine yayılmayan, hiçbir şekilde yoğunluk ve süreklilik içermeyen cinsel davranışlar haricinde sarkıntılığın uygulanmaması gerektiğini düşünmekteyim.

5.3.1.7 Cinsel Saldırı Suçunun Nitelikli Şekli (TCK m.102/2)

TCK m.102/2'de fiilin vücuda organ veya sair cisim sokularak işlenen, cezayı ağırlaştıran nitelikli hali düzenleme altına alınmıştır. Belirtmek gerekir ki kanun koyucu böylelikle, bu cezayı ağırlaştıran nitelikli hale cinsel saldırının temel hali ile aynı madde içerisinde yer vererek 765 sayılı Kanun'da ırza geçme şeklinde ayrı bağımsız, müstakil bir suç tipi olarak farklı maddede düzenlenmiş olan suçu, bu kez cinsel saldırı başlığı

³⁹³ MERAN, Cinsel İstismar ve Saldırı Suçlarında, s. 80.

altında tek bir suç ve madde kapsamında geniş bir şekilde düzenleme altına almıştır³⁹⁴. Kanun koyucunun bu şekilde bir düzenlemeye gitmesinin sebebinin, ırz ve namus gibi ataerkil kavramları kullanmaması, geçme ve tasaddi kavramları yerine de saldırı ifadesinin kullanması suretiyle başka terimler altında eylemleri toplama zorunluluğu olduğu ileri sürülmektedir³⁹⁵. Ancak belirtmek gerekir ki, TCK m.102/2’de yer alan nitelikli hal ile suç, 765 sayılı TCK’da yer alan ırza geçmeden farklı olarak erkek cinsel organı dışındaki bir organ veya hatta sair bir cismin vücuda sokulması suretiyle de işlenebilecektir³⁹⁶.

Madde hükmünün ikinci fıkrasında düzenlenen fiilin vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle işlenen nitelikli halinin, yalnızca cezayı ağırlaştıran bir nitelikli hal mi, yoksa birinci fıkrada düzenlenen cinsel saldırının temel halinden farklı olarak bağımsız ve müstakil, 765 sayılı Kanun döneminde olduğu gibi ayrı bir suç mu olduğu konusunda doktrinde tartışma bulunmaktadır.

Doktrinde baskın olan görüşe göre burada ayrı bir suç tipi değil, hükmün birinci fıkrasındaki temel haline göre cezanın ağırlaştırılmasını öngören bir nitelikli hal düzenlemesi söz konusudur³⁹⁷. Bu görüşe göre, TCK m.102/2’de yer alan düzenleme bir nitelikli haldir ve yalnızca suçun cezasının ağırlaştırılmasını öngörmektedir. Bu görüş uyarınca, suçun nitelikli haline teşebbüs de mümkündür ve ayrıca bu halin nitelikli hal

³⁹⁴ ÖZBEK/DOĞAN/BACAŞIZ, s. 339; Taner, cinsel saldırının nitelikli halinin formüle edildiği TCK m.102/2’nin 765 sayılı TCK’da yer alan ırza geçme suçunun daha geniş kapsamlı bir görünümü olduğunu belirtmektedir. Bkz. TANER, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s. 184.

³⁹⁵ Tezcan/Erdem/Önok, bu görüşü ileri sürerek cinsel suçları düzenlerken cinsel özgürlüğü çıkış noktası olarak alan kanun koyucunun evlenmekle kişinin cinsel özgürlüğünü eşine terk etmediğinden hareketle cinsel saldırının temel şekline yönelik olarak da eşler bakımından bir düzenleme getirmesinin bekleneceğini ileri sürmektedirler. Bkz. TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 344.

³⁹⁶ GÖKCAN/ARTUÇ, Türk Ceza Kanunu Şerhi 3. Cilt, s. 3746; AKKAYA, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, s. 77.

³⁹⁷ KOCA/ÜZÜLMEZ, s.375; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s.377; ÖZBEK/DOĞAN/BACAŞIZ, s.339; YOKUŞ SEVÜK, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.377; TOROSLU, Haluk: “Nitelikli Suça Teşebbüs Sorunu”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 72(1), 2023, s. 437.

kabul edilmesi teşebbüs ile ilgili soruna yol açmayacaktır ki ceza kanunlarında nitelikli hale teşebbüs olamayacağına dair açık bir düzenleme öngörülmemiştir³⁹⁸.

Doktrindeki bir başka görüşe göre ise TCK m.102/2’de yer alan düzenleme cinsel saldırının temel hali ile aynı başlık altında ve aynı madde içerisinde düzenlenmiş olsa da müstakil bir suçtur. Bu görüşte olanlar, hükmün her iki fıkrasında da ayrı suçlar olduğunu savunmaktadırlar³⁹⁹. Yazarlar ikinci fıkranın nitelikli hal düzenlemesi olması halinde, failin mağdurun vücuduna organ veya sair cisim sokmaya yeltendiği ancak kendi isteği dışında herhangi bir başka sebepten dolayı bunu başaramadığı durumda, TCK m.102/1’den hüküm kurulması gerektiğini, ayrı bir suç tipi olmadığından TCK m.102/2’ye teşebbüsün söz konusu olamayacağını savunmaktadırlar⁴⁰⁰. Ancak kendileri, TCK m.102/2’de ayrı bir suçun bulunduğu kabulü halinde TCK m.102/2’ye teşebbüsten dolayı hüküm kurulabileceğini düşünmektedirler⁴⁰¹.

Yargıtay, hem TCK m.102/2’nin suçun cezayı ağırlaştıran nitelikli hali olduğunu düşünmekte hem de failin mağdurun vücuduna organ veya sair cisim sokmak amacıyla olduğu ve fakat bunu başaramadığı durumlarda, TCK m.102/1’den değil TCK m.102/2 hükmüne teşebbüsten hüküm kurulması gerektiğini ortaya koymaktadır.

Kanaatimizce, suçun ikinci fıkrasında yer alan düzenleme bir nitelikli haldir. Kanun koyucu, özellikle 765 sayılı Kanun’dan farklı olarak gerek eski kanundaki ırza tasaddi ve gerekse ırza geçme niteliğindeki eylemleri tek bir başlık ve tek bir madde

³⁹⁸ ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s. 340.

³⁹⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 344 vd; TÜTÜNCÜ, Efser Erden: “Vücuda Organ Veya Sair Cisim Sokmak Suretiyle İşlenen Cinsel Saldırı Suçu Bakımından Teşebbüse İlişkin Sorunlar, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 24(2), 2022, s. 626 vd; ÜNVER, Cinsel Suçların Eleştirisel Olarak İncelenmesi, s. 39, 40.

⁴⁰⁰ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 345; Toroslu, ancak failin davranışlarının nitelikli hali gerçekleştirmek olduğunun ortaya koyulduğu, ancak basit halin dahi tamamlanamadığı durumda nitelikli hale teşebbüsün söz konusu olabileceğini, basit hal tamamlanmışsa artık nitelikli hale teşebbüsten hüküm kurulmaması gerektiğini savunmaktadır. Bkz. H. TOROSLU, “Nitelikli Suça Teşebbüs Sorunu”, s. 437.

⁴⁰¹ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 345.

içerisinde düzenleyerek bilinçli bir tercih yapmış, tek bir suç meydana getirmiştir. Her ne kadar bu durumda, yukarıda ileri sürülen görüşler çerçevesinde teşebbüs ile ilgili bir problemin ve tartışmanın ortaya çıkabilmesi olağan olsa da yukarıda da yer verilen görüş gereği TCK veya herhangi bir başka kanunda suçların nitelikli haline teşebbüs edilemeyeceğine ilişkin bir düzenleme yer almamaktadır. Bu kapsamda, kanun metninin düzenlemesinden hareketle failin mağdura organ veya cisim sokmaya çalıştığı ancak dışsal bir etken nedeniyle bunu başaramadığı durumda TCK m.102/2'ye teşebbüsten hüküm kurulmasının isabetli olacağını, bu kabul ve uygulamanın TCK m.102/2'nin bir nitelikli hal olduğunu kabule engel teşkil etmeyeceğini düşünmekteyim. Ayrıca aksi kabul özellikle zincirleme suç hükümleri bakımından da hakkaniyete uygun olmayan sonuçlara yol açacaktır. Burada ortaya çıkabilecek olan sorun, zincirleme suç başlığı altında detaylı olarak ele alınacağından tekrara düşmemek adına bu konuya bu kısımda ayrıntılı olarak değinilmemektedir.

TCK m.102/2'de yer alan düzenleme ceza artış oranı yerine farklı bir ceza aralığı öngörüyor olsa da birinci fıkrada bulunan suçun bir işleniş şeklini yaptırım altına almaktadır⁴⁰². Nitelikli hallerde yer alacak unsurlar; suçun işlendiği yer veya zaman, suçun özel bir işleniş şekli, suçun işlenmesine kullanılan belirli bir araç, suçun konusunun veya suçtan zarar göreninin özel durumu, fail ile mağdur arasındaki özel ilişki gibi birçok nedenden meydana gelebilir⁴⁰³. Kanaatimizce de maddenin ikinci fıkrası, birinci fıkranın özel bir işleniş şeklidir ve nitelikli hal düzenlemesidir.

⁴⁰² Toroslu'ya göre, "vücuda organ veya sair cisim sokmak" şeklindeki suça etki eden neden suçun basit şeklindeki davranışla uyumsuz olmadığı gibi basit halin daha özel bir gerçekleştiriş biçimini göstermektedir. Bkz. H. TOROSLU, "Nitelikli Suça Teşebbüs Sorunu", s. 437.

⁴⁰³ YAVUZ, Yağız: Suçun Nitelikli Unsurları, On İki Levha Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul 2023, s. 46.

Fiilin mağdurun vücuduna organ veya sair cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilen nitelikli hali bakımından⁴⁰⁴ ortaya koyulması gereken önemli iki husus bulunmakta olup bunlar; vücudun hangi organ veya kısımlarına organ veya cisim sokulması gerektiği ile bu organ veya kısımlara hangi organ veya cisimlerin sokulması halinde nitelikli halin meydana gelebileceğidir⁴⁰⁵.

Vücudun hangi bölgelerine organ veya sair cisim sokulabilmesi halinde TCK m.102/2'nin oluşacağına dair madde metninde herhangi bir belirleme yapılmamakla birlikte gerekçede ancak vajinal, anal veya oral yoldan organ ithali durumunda bu hükmün oluşabileceği açıklanarak bu husus sınırlandırılmıştır⁴⁰⁶. Dolayısıyla bu nitelikli halin oluşabilmesi için vücuda organ veya sair cismin sokulacağı yerin vajina olması yanı sıra anüs veya oral bölge olması da mümkündür⁴⁰⁷. Karşılaştırmalı hukukta, bu durumun daha geniş düzenlendiği örneklerin mevcut olduğunu belirtmek gerekir⁴⁰⁸.

⁴⁰⁴ Kılıç, suçun nitelikli halinin maddi unsurunu vücuda organ veya sair cisim sokmak şeklinde tariflemektedir. Bkz. KILIÇ, "Cinsel Hakimiyet ve Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Saldırı Suçu, s. 193. Aynı yönde bkz. YENİDÜNYA, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, s. 3292; Yıldız, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu, s. 214; Yargıtay da suçun nitelikli halinin oluşması için vücuda organ veya sair cismin sokulması gerektiğini vurgulamaktadır. "Maddenin ikinci fıkrasındaki nitelikli halin oluşması için vücuda organ veya sair cismin sokulması gerekir." Yargıtay C.G.K., T. 03.05.2023, E. 2021/14-418, K. 2023/248 Karar için bkz. AKKAYA, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, s. 77 297. dipnot; Ünver, nitelikli hal bakımından tipe uygun eylemin "vücuda organ veya sair cisim sokulması" şeklinde düzenlenmesinin isabetsiz olduğunu, bunun çoğu zaman nitelikli halin başka suç tipleriyle karıştırılmasına sebebiyet vereceğini ifade etmektedir. Bkz. ÜNVER, Karşı Suçlar, s. 299.

⁴⁰⁵ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 346.

⁴⁰⁶ Doktrinde, bu hususun açıkça kanun metninde düzenlenmesi gerektiği ileri sürülerek, bu belirlemenin madde gerekçesine bırakılmasının kanunilik ilkesiyle bağdaşmadığı ileri sürülmüştür. Bkz. TANER, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s.185; ÜNVER, Karşı Suçlar, s. 299; YOKUŞ SEVÜK, Cinsel Saldırı ve Cinsel Taciz Suçları, s. 257; KILIÇ, "Cinsel Hakimiyet ve Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Saldırı Suçu", s. 193; YENİDÜNYA, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, s. 3292; AKKAYA, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, s. 76; Ünver'e göre, vücut teriminin çok geniş olması, her tür organ veya sair cisim sokmanın bu suça vücut vereceğinin düzenlenmesi, vücudun hangi bölgesinin kastedildiğinin belirlilik ilkesine aykırı şekilde düzenlenmesi isabetiz olup her ne kadar madde gerekçesinde bunun vajinal, anal veya oral yoldan olabileceği belirtilse de madde metnine dahil olmayan ve kanundan sonra gerekçeye yazılan bu ifadenin bir önemi ve sınırlayıcı fonksiyonu bulunmamakta, kanuni tipe göre burun, kulak deliği gibi vücutta bir delik olmasından söz edilmediği için vücuda batırılarak sokulan enjeksiyon dahil cisimlerle de suçun işlenebileceğinin düzenlenmesi uygun olmamıştır. Bkz. ÜNVER, Karşı Suçlar, s. 299.

⁴⁰⁷ GÖKCAN/ARTUÇ, Türk Ceza Kanunu Şerhi 3. Cilt, s. 3748.

⁴⁰⁸ Fransız Ceza Kanunu m.222-23'de "cinsel anlamda penetrasyon teşkil eden her türlü davranış" ifadesi kullanılarak, geçmişte yalnızca erkeğin kadına tecavüzü şeklinde gerçekleşen suç genişletilmiştir. Yapılan

Doktrinde de bu nitelikli halin ancak mağdurun vücuduna vajinal, anal veya oral yoldan organ veya sair cisim sokulması suretiyle oluşabileceği belirtilmektedir⁴⁰⁹. Fiilin objektif dıştan bakıma gereği cinsel bir anlam taşıması beklendiğinden gerekçe de göz önünde bulundurulduğunda, kulak boşluğuna veya burun deliği gibi bölgelere karşı gerçekleştirilen organ veya sair cisim sokma davranışları suçun nitelikli halini teşkil etmezler⁴¹⁰. Yargıtay uygulaması da bu yöndedir. Doktrinde de madde gerekçesinde vücuda organ veya sair cisim sokmanın vajinal, anal veya oral yoldan gerçekleştirilebileceği belirtildiği için bu yönde uygulama yapılmasının kanun koyucunun amacına da uygun düşeceği ifade edilmektedir⁴¹¹. Doktrinde gerekçenin yanı sıra organ veya cisim sokmanın vücudun elverişli bölgelerine yapılması gerektiği ifade edilmektedir⁴¹². Bunun yanında, sokulan cisim veya organla içine organ veya cisim sokulan vücut bölgesi arasında cinsel bağ ve ilişki bulunması gerektiği söylenmekte, bu ölçüt desteklenmektedir⁴¹³.

Buna karşılık her iki fıkra yönünden de cinsel arzuların tatmini amacının aranmadığı, dolayısıyla madde gerekçesiyle madde metninin uygulamasının daraltılamayacağı, bu nedenle de vajinal, anal veya oral bölgeden organ veya sair cismin sokulmasının nitelikli halin uygulanması için yeterli görülmesinin isabetli olmadığı savunulmaktadır⁴¹⁴. Kanaatimizce de madde gerekçesi ile madde hükmünün

bu tanım gereğince, mağdurun anüsüne cisim ithali veya mağdurun erkek cinsel organını ağzına alması durumunda da suçun oluşacağı belirtilmektedir. Bkz. TANER, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s. 185.

⁴⁰⁹ AKKAYA, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, s. 76.

⁴¹⁰ GÖKCAN/ARTUÇ, Türk Ceza Kanunu Şerhi 3. Cilt, s. 3748; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 375; AKKAYA, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, s. 78.

⁴¹¹ AKKAYA, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, s. 80, 81.

⁴¹² KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 375.

⁴¹³ TANER, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s. 186; Yıldız, vücuda anal, vajinal veya oral yoldan cisim sokulmasının nitelikli hal kapsamında olacağının belirtilmesinin gerekçe yerine madde metninde olması gerektiğini savunmuştur. Bkz. YILDIZ, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu, s. 214.

⁴¹⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. KORKUSUZ, “Cinsel Saldırı Suçu (TCK m.102)”, s. 827, 828.

uygulanmasının daraltılması mümkün olmasa da kanun koyucunun vücuda organ veya sair cismin vajinal, anal veya oral yoldan sokulması gerektiği ile ilgili madde gerekçesinde gösterdiği irade fail ve mağdur kısmında tartıştığımız gibi muğlak durumda kalan bir husus değildir. Dolayısıyla aşağıda izah edeceğim üzere, ağza penis dışında organ veya sair cisim sokulması durumunda da nitelikli halin oluşabileceğini düşünmekle birlikte⁴¹⁵ nitelikli hal bakımından organ veya sair cisim sokmanın mutlaka vajinal, anal veya oral yoldan yapılması gerektiği düşüncesini paylaşmaktayım. Bu kapsamda, sokulan cisim veya organla içine organ veya cisim sokulan vücut bölgesi arasında cinsel bağ ve ilişki bulunması gerektiğinden, kişinin koltuk altına herhangi bir organ veya cisim sokulması gibi bir durum cinsel saldırı suçunun nitelikli halini teşkil etmeyecektir⁴¹⁶.

Bu hususta Yargıtay da sokulmak istenilen organ ile sokulmaya çalışılan vücut bölgesinin en az birisinin cinsel özellik taşıması gerektiğine hükmetmekte ve ağza parmak sokulmasının nitelikli hal kapsamında değerlendirilemeyeceğini düşünmektedir⁴¹⁷. Yargıtay'ın benimsediği bu ölçütün her durumda doğru netice vermeyeceği, çünkü mağdurun ağızına parmak sokulması meselesinde davranışın gerçekleştirilme şekline göre ortada bir cinsel davranış olmama olasılığının da olabileceği, ancak örneğin parmağın fail tarafından mağdura oral seks yaptırılır gibi emdirilmesi durumunda cinsel davranışın olacağı savunulmaktadır⁴¹⁸. Yargıtay, mağduru zorla öperken failin dilini ağıza sokması eylemini de nitelikli hal kapsamında

⁴¹⁵ Yokuş Sevik, ikinci fıkrada belirtilen eylemin cinsel nitelikte olması gerektiğini belirterek, bir kimsenin ağızına sair cisim sokulması halinin cinsel davranış olarak nitelendirilebilmesi için davranışın cinselliğinin ve hareketin cinsel anlam taşıma niteliğinin aranması gerektiğini, ağza parmak sokma eyleminin vücut boşluğuna sadece sair cisim sokulduğu için doğrudan nitelikli cinsel saldırı olarak kabul edilmesinin kanun koyucunun nitelikli hali ihdas etme amacıyla bağdaşmayacağını savunmaktadır. Bkz. YOKUŞ SEVİK, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 378.

⁴¹⁶ ARSLANTÜRK, Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar, s. 56.

⁴¹⁷ Yargıtay 14. C.D., T. 28.05.2014, E. 2014/3281, K. 2014/7140, Karar için bkz. TANER, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s. 187 493. dipnot.

⁴¹⁸ TANER, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s. 187.

görmemiştir⁴¹⁹. Bu nedenle, failin mağdurun ağzına organ sokması nitelikli hal kapsamında görülürken ağzına organ dışında sair bir cisim sokması ise bu nitelikli hal kapsamında ele alınmamakta olup, Yargıtay'ın bu uygulaması istikrar kazanmıştır⁴²⁰.

Kanaatimizce, Yargıtay'ın benimsediği ölçütün her zaman doğru netice vermeyeceği görüşünde isabet bulunup ağza penis dışında organ veya sair cisim sokulması eylemlerinin doğrudan nitelikli hal kapsamı dışında bırakılmaması gerekmektedir. Netice olarak madde metninde vücuda organ veya sair cisim sokulmasından, gerekçede ise bunun vajinal, anal veya oral yoldan olabileceğinden söz edilmektedir. Dolayısıyla, madde metninde veya gerekçede vajinal, anal veya oral yoldan sokulacak organ veya sair cisim ile ilgili aşağıda da izah edeceğimiz üzere hiçbir sınırlama öngörülmemiştir. Hal böyle iken Yargıtay'ın kendisi ölçüt belirleyerek ağza penis sokulması dışındaki oral organ veya sair cisim sokma eylemlerini doğrudan uygulama dışında bırakması hukuken isabetli olmayacaktır. Bu nedenlerle, failin mağdura ağız yoluyla penis dışında organ veya sair cisim sokma eylemlerinin her bir somut olay kapsamında ayrı değerlendirilmesi gerektiğini, doğrudan bu eylemlerin nitelikli hal kapsamı dışında bırakılmaması gerektiğini, her bir olay kendi içinde değerlendirilerek cinsel içeriğe yoğun şekilde haiz ağza parmak, dil veya sair cisim sokma eylemleri yönünden madde metni ve gerekçe de engel bulunmadığı göz önünde bulundurulduğunda nitelikli halden uygulama yapılması gerektiğini düşünmekteyiz.

Belirtmek gerekir ki kanun koyucunun organ sokmak ile kastettiği, yalnızca erkek cinsel organı olan penisin ithali değildir. Buradaki organı penis ile sınırlı görmeyip

⁴¹⁹ Yargıtay C.G.K., T. 17.12.2013, E. 2013/14-294, K. 2013/615 Karar için bkz. AKKAYA, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, s. 80 307. dipnot.

⁴²⁰ Yargıtay 14. C.D., T. 14.01.2019, E. 2018/7173, K. 2019/243 Karar için bkz. AKKAYA, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, s. 81 309. dipnot.

vücuda sokmaya elverişli her türlü organ ile bu nitelikli halin oluşabileceğini kabul etmek gerekir⁴²¹. Bu kapsamda nitelikli hal, maddede yalnızca “organ” tabiri kullanıldığından cinsel organ dışında vücuda girme özelliği bulunan diğer birtakım organların vücuda sokulması ile de gerçekleştirilebilecektir⁴²². Dolayısıyla bu nitelikli halin oluşması bakımından, vücuda organ veya sair cisim sokulması yeterli olup organ veya cismin herhangi bir özellik arz etmesine gerek yoktur⁴²³. Bu sebeple, bu nitelikli halin illa ki bir erkek tarafından gerçekleştirilmesinin şart olmadığını, bir kadın tarafından da bu nitelikli halin işlenebileceğini ifade etmek gerekir⁴²⁴. TCK metninde “cinsel organ” değil “organ” ifadesi kullanıldığından nitelikli halin oluşması için mağdurun vücuduna sokulacak organın cinsel organ olması şart olmayıp, vücuda sokulmaya elverişli diğer organlar da bu kapsamda değerlendirilecektir⁴²⁵. Örneğin parmak sokulması Yargıtay tarafından bu nitelikli halin oluşması bakımından yeterli görülmektedir⁴²⁶. Bu kapsamda mağdurun vücuduna sokulan organın sahibinin erkek veya kadın olması arasında nitelikli halin oluşması bakımından bir fark bulunmadığı gibi bunun bir önemi de yoktur⁴²⁷.

Mağdurun vücuduna penis haricinde el, kol, parmak veya herhangi bir mağdurun vücuduna sokmaya elverişli başka organ veya cisim ithal edilebilmesi durumunda da nitelikli halin oluşması söz konusu olacaktır⁴²⁸. Örneğin, cop, sopa, şişe, vibratör gibi

⁴²¹ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 347.

⁴²² GÖKCAN/ARTUÇ, Türk Ceza Kanunu Şerhi 3. Cilt, s. 3749.

⁴²³ ÖZBEK/DOĞAN/BACAŞIZ, s. 339; Ünver’e göre, nitelikli cinsel saldırı bakımından “organ veya sair cisim” ifadesi kullanılarak araçlar bakımından eyleme bir sınır getirilmemesi çoğu kez suçun başka suçlarla karışmasına neden olabileceğinden doğru değildir. Bkz. ÜNVER, Cinsel Suçların Eleştirisel Olarak İncelenmesi, s. 29.

⁴²⁴ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 345; YILDIZ, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu, s. 215.

⁴²⁵ KILIÇ, Cinsel Hakimiyet ve Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Saldırı Suçu, s. 193; YENİDÜNYA, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, s. 3292.

⁴²⁶ Yargıtay 5. C.D., T. 27.10.2005, E. 2005/15761, K. 2005/21713. Karar için bkz. YILDIZ, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu, s. 215 535. dipnot.

⁴²⁷ GÖKCAN/ARTUÇ, Türk Ceza Kanunu Şerhi 3. Cilt, s. 3749.

⁴²⁸ KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 376; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 377; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 345; KILIÇ, Cinsel Hakimiyet ve Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Saldırı Suçu, s. 193; AKKAYA, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, s. 80.

herhangi bir katı maddenin veya sair cismin anal veya vajinal yoldan mağdura sokulmasıyla da bu suç doğrudan gerçekleştirilebilir⁴²⁹.

Mağdurun vücuduna sokulacak olan cisimle ilgili yukarıda izah ettiğimiz üzere, madde metninde herhangi bir sınırlama öngörülmediğinden cismin katı veya sıvı olması önem arz etmemekle birlikte hem katı hem de sıvı maddeler kullanılarak bu nitelikli halin işlenmesi mümkündür⁴³⁰. Aynı şekilde suçun nitelikli halinin tamamlanması için organ veya sair cismin kısmen dahi girmesi yeterli olduğundan ve mağdurun herhangi bir şekilde bundan dolayı fiziki acı çekmesi de şart olmadığından eylemin hangi cisimle gerçekleştirildiğinin bir önemi bulunmamaktadır⁴³¹.

Eğer vücuda girmesi zor veya kısmen mümkün olmayan bir organ veya sair cismi fail mağdurun vücuduna elverişli bölgelere sokmaya çalışıyorsa, bu durumda suçun nitelikli halinin teşebbüs aşamasında kaldığını kabul etmek gerekecektir⁴³². Vücuda sokulması hiçbir şekilde mümkün olmayacak bir organ veya cismin sokulması durumunda da ikinci fıkra açısından işlenemez suç gündeme gelecek, fail suçun birinci fıkradaki temel halinde sorumlu tutulacaktır.

Yukarıda da izah ettiğimiz üzere, nitelikli halin tamamlanması bakımından cinsel obje olan vücut boşluğuna organ veya sair cismin girmesi yeterli olup ayrıca ne kadar girdiği veya tamamının girip girmediğinin bir önemi bulunmamaktadır⁴³³. Dolayısıyla

⁴²⁹ ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 377; GÖKCAN/ARTUÇ, Türk Ceza Kanunu Şerhi 3. Cilt, s. 3746; YENİDÜNYA, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, s. 3292; AKKAYA, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, s. 76; KORKUSUZ, Cinsel Saldırı Suçu (TCK m.102), s. 826; YOKUŞ SEVÜK, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 379; AYGÖRMEZ UĞURLUBAY, Cinsel Suçlara İlişkin, s. 24; Aynı şekilde penis dışında vücuda, yapay penis, patlıcan, muz, şişe gibi şeylerin sokulması durumunda da nitelikli hal gündeme gelecektir.

⁴³⁰ KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 376; ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞIZ, s. 339; YENİDÜNYA, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, s. 3292.

⁴³¹ YENİDÜNYA, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, s. 3292.

⁴³² KILIÇ, Cinsel Hakimiyet ve Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Saldırı Suçu, s. 193.

⁴³³ GÖKCAN/ARTUÇ, Türk Ceza Kanunu Şerhi 3. Cilt, s. 3756.

organ veya sair cismin yalnızca bir kısmının vücuda sokulması nitelikli halin tamamlanması bakımından yeterlidir⁴³⁴. Vücudun vajinal, anal veya oral bölgelerine organ veya sair cismin az da olma girmesi suçun tamamlanmasına sebebiyet verecektir⁴³⁵. Bu kapsamda, nitelikli halin oluşumu bakımından organ veya sair cismin mağdurun vücuduna tamamının girmesi gibi bir şart aranmamalıdır⁴³⁶. Yargıtay da organ sokma eyleminin kısmen de olsa gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespit edilmesinin önemli olduğuna içtihadında vurgu yapmaktadır⁴³⁷. Nitelikli halin cezasının daha yüksek olduğu da göz önüne alındığında, Yargıtay'ın bu yöndeki içtihadının önemli olduğunu vurgulamak gerekir.

Burada önemle vurgulanması gereken bir diğer husus, somut olayda failin organ veya sair cismi mağdurun vücuduna sokup sokmadığının tam net olarak tespit edilememesi halinde şüpheden sanık yararlanır ilkesi kapsamında TCK m.102/1'den hüküm kurulması gerekliliğidir⁴³⁸. Dolayısıyla fail, mağdurun vücuduna organ veya cismi kısmen de olsa sokamamışsa nitelikli halin uygulanmaması gerekecektir⁴³⁹.

TCK m.102/2'de yer alan nitelikli halin gerçekleşmesi bakımından tartışmalı olan bir diğer husus kişinin mağduru zorlayarak kendisine veya mağdurun bizzat kendisine organ veya sair cisim sokturması durumunda TCK m.102/1'in mi, yoksa TCK m.102/2'nin mi oluşacağına ilişkindir. Vücuda organ veya sair cisim sokma eylemi fail tarafından bizzat gerçekleştirilebileceği gibi üzerinde cebir, şiddet veya tehdit kullanılıp

⁴³⁴ ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s.378; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s.341; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.347.

⁴³⁵ AKKAYA, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, s. 81.

⁴³⁶ YOKUŞ SEVÜK, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 379.

⁴³⁷ Yargıtay C.G.K., T. 22.11.2018, E. 2017/14-394, K. 2018/555, <https://karararama.yargitay.gov.tr/> (e.t. 07.02.2025). Aynı yönde kararlar için bkz. GÖKCEN/ARTUÇ, Türk Ceza Kanunu Şerhi 3. Cilt, s. 3756.

⁴³⁸ GÖKCEN/ARTUÇ, Türk Ceza Kanunu Şerhi 3. Cilt, s. 3756; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s. 341.

⁴³⁹ Yargıtay 14. C.D., T. 19.03.2019, E. 2018/9285, K. 2019/8336, Karar için bkz. AKKAYA, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, s. 79 305. dipnot.

zor kullanılarak mağdura da yaptırılabilir⁴⁴⁰. Burada her iki durumu da birbirinden ayırık olarak ele almak gerekir.

İlk olarak kişinin mağduru zorlayarak kendisine organ sokturması durumunda, madde metninde organ veya sair cisim sokmanın mağdur üzerinde gerçekleştirilmesi gerektiğinin arandığı ileri sürülerek böyle bir durumda organ veya sair cismi sokan tarafta olan mağdur olduğundan TCK m.102/2'nin değil TCK m.102/1'in oluşacağı ileri sürülmektedir⁴⁴¹. Bir başka görüşe göre ise mağdurun zorlama yoluyla faile organ veya sair cisim sokması halinde dolaylı faillik yoluyla TCK m.102/2'nin oluşabileceğinden söz etmek gerekir⁴⁴². Bu görüşte olanlar nitelikli hal bakımından neticede mağdurun böyle bir durumda konvansiyonel olarak sekse, yani penetrasyona zorlandığını, yani bu şekilde cinsel ilişkiye girmeye zorlandığı ve böyle bir durumda artık cinsel saldırının basit halinden söz edilmesinin mümkün olmadığını ifade etmektedirler⁴⁴³. Yargıtay, böyle bir durumda doktrindeki baskın görüşe uygun şekilde cinsel saldırının nitelikli halinin değil basit halinin oluşacağına hükmetmektedir⁴⁴⁴.

Belirtmek gerekir ki hükümde, fiilin vücuda organ veya sair cisim sokulması suretiyle olacağı açıklanmıştır. Buradan açıkça anlaşıldığı üzere kanunun aradığı kıstas, mağdurun vücudu üzerinde organ veya sair cisim sokma eyleminin gerçekleştirilmesidir. Hal böyle iken, her ne kadar olması gereken hukuk bakımından mağdurun failin vücuduna organ sokma boyutuna varan bir eyleme zorlanması halinde birinci fıkranın uygulanması isabetsiz dursa da madde metninin halihazırdaki şekli açıkken başka türlü

⁴⁴⁰ GÖKCAN/ARTUÇ, Türk Ceza Kanunu Şerhi 3. Cilt, s. 3750.

⁴⁴¹ ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞSIZ, s.376; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s.377; HAKERİ/TEKİN, Tartışmalı Sorularla Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 187.

⁴⁴² TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 345.

⁴⁴³ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 345.

⁴⁴⁴ Yargıtay 5. C.D., T. 03.05.2010, E. 2009/14703, K. 2010/3231, <https://karararama.yargitay.gov.tr/> (e.t. 07.02.2025).

uygulama yapılması mümkün değildir. Bunun yanında katıldığım görüş uyarınca, bu durumun hakkaniyete ve olması gereken hukuka uygun çözümü için madde metninde “vücuda organ veya ya da cisim sokmak veya sokturmak” şeklinde değişikliğe gidilmesi isabetli olacaktır⁴⁴⁵.

Diğer ihtimal olan mağdurun zorlanarak kendi vücuduna organ veya sair cisim sokması halinde ise bir tartışma söz konusu olmayıp, burada organ veya sair cismin sokulduğu kişi bizzat mağdur olduğundan TCK m.102/2’nin oluşmasından söz edilecektir. Ancak bu durumda, mağdura organı bizzat sokmayıp onu kullanarak bu eyleme zorlayan fail olduğundan mağduru kendisine organ sokmaya zorlayan kişinin dolaylı faillik kurumu çerçevesinde cezalandırılması gerekecektir⁴⁴⁶. Yukarıda madde lafzından yer verdiğimiz kısım uyarınca, mağdurun vücuduna nitelikli halin oluşması için organ veya sair cisim sokulması gerektiğinden bu durumda nitelikli halin oluşacağı tartışmasızdır. Bunun yanında bu ihtimalde failin organ veya cismi bizzat kendisi sokmayarak mağduru zorlaması söz konusu olduğundan dolaylı faillik hükümleri çerçevesinde doktrinde belirtilen görüşler uyarınca cezalandırılması isabetlidir.

Cinsel saldırının nitelikli halinin ne şekilde olabileceğini izah ettikten sonra netice olarak belirtmek gerekir ki, suçun ikinci fıkrasında yer alan bu nitelikli hal daha ağır cezayla cezalandırıldığından her somut olayda, hangi organ veya cismin vücudun neresine sokulmaya çalışıldığı, sokulmak istenilen organ veya cisim ve bunların

⁴⁴⁵ Aynı yönde bkz. TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 346; MEMİŞ KARTAL, Çocukların Cinsel İstismarı, s. 185; KOCAOĞLU, s. 103.

⁴⁴⁶ KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 376; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 377; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 346; HAKERİ/TEKİN, Tartışmalı Sorularla Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 186; Gökcan/Artuç’a göre, dolaylı faillik kurumu bakımından dolaylı failin kendisi dışında bir başka üçüncü kişiyi araç olarak kullanması gerektiğinden ve dolaylı faillik hükmünde “kimse” ibaresine yer verildiğinden böyle bir durumda dolaylı faillik kurumuna başvurulması mümkün değildir. Bkz. GÖKCEN/ARTUÇ, Türk Ceza Kanunu Şerhi 3. Cilt, s. 3752; Ünver’e göre de dolaylı faillikte bir kimse başka bir üçüncü kişiye suç işletmesi söz konusu olduğundan bu durumda dolaylı faillik kurumuna başvurulması doğru değildir. Bkz. ÜNVER, Cinsel Suçların Eleştirel Olarak İncelenmesi, s. 31.

sokulduğu vücut bölgesi arasında cinsel bir ilişki bulunup bulunmadığı, yapılan davranışın objektif olarak cinsel özgürlüğü ihlal edici nitelikte olup olmadığı, mağdurun cinsel özgürlüğünün suçun basit haline nazaran daha ağır biçimde ihlale uğrayıp uğramadığı belirlenerek, bu kriterlere göre uygulama yapılmalıdır⁴⁴⁷.

5.3.1.8 Üçüncü Fıkra da Yer Alan Nitelikli Haller

5.3.1.8.1 Suçun Beden veya Ruh Bakımından Kendisini Savunamayacak Durumdaki Kişiye Karşı İşlenmiş Olması

Bu nitelikli halde beden veya ruh bakımından olmak üzere mağdurun iki ayrı yönden kendisini savunamayacak durumda olmasından söz edilmiştir. Beden bakımından kendini savunamayacak durumda olmak, mağdurun ahlak dışılığını bildiği cinsel saldırıya karşı bedenlen direnemeyecek durumda olması iken; ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda olması hali ise cinsel saldırı mağdurunun saldırının sosyal anlamını, değersizliğini ve kötülüğünü anlayabilme yeteneğinden yoksun olması halidir⁴⁴⁸.

Burada bahsedilen mağdurun kendisini savunamayacak durumda olması hali, bedensel veya ruhsal bir hasatlardan ötürü olabileceği gibi mağdurun yaşlı veya engelli olmasından da kaynaklanabilir⁴⁴⁹. Bunun yanında, kişinin sürekli bir hastalığı olması, felç geçirmiş olması veya cinsel saldırı esnasında epilepsi krizi geçiriyor olması gibi hallerle sağ-dilsiz, kör veya akıl hastası gibi olması durumları bu kapsamda

⁴⁴⁷ GÖKCAN/ARTUÇ, Türk Ceza Kanunu Şerhi 3. Cilt, s. 3749; AKKAYA, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, s. 81.

⁴⁴⁸ YENİDÜNYA, s. 3295.

⁴⁴⁹ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 350; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 378.

değerlendirilmelidir⁴⁵⁰. Bu halin bilimsel olarak tespit edilmesi gerekmektedir⁴⁵¹. Dolayısıyla, mağdurun ruh veya beden bakımından kendini savunamayacak durumda olup olmadığına ilişkin olarak mutlaka uzmanından, genellikle adli tıptan rapor alınmalı ve buna göre belirleme yapılmalıdır⁴⁵². Burada önemle tespit edilmesi gereken husus, beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda olma halinin, mağdurun cinsel saldırı suçuna karşı koyma imkanını ortadan kaldırıcı mahiyette olmasıdır⁴⁵³. Dolayısıyla, yukarıda zikrettiğimiz örnekler haricinde kalan, örneğin mağdurun ortalama zeka düzeyinin altında saf olması durumunda bu nitelikli hal uygulanmamalıdır⁴⁵⁴.

Mağdurun beden veya ruh bakımından kendisini savunmayacak halde bulunması durumlarının kalıcı olması şart olmayıp, bu durumun fiilin işlendiği sırada mevcut olması nitelikli halin uygulanması bakımından yeterlidir⁴⁵⁵. Dolayısıyla beden veya ruh bakımından mağdurun kendisini savunamayacak durumda bulunması hali, fiilin işlendiği sırada nitelikli halin uygulanabilmesi için muhakkak var olmalıdır⁴⁵⁶. Ayrıca belirtmek gerekir ki, nitelikli halin uygulanabilmesi için mağdurdaki bedeni veya ruhsal arızanın fiilin işlenmesinden önce fail tarafından bilinmesi gerekir⁴⁵⁷. Önemle ifade etmek gerekir ki, alınan rapor içeriğine göre kendisinde hekim olmayanlarca anlaşılamayacak bir hastalık saptanan ve kendini ruhi bakımdan savunmayacak olan mağduru tanımayan faile bu nitelikli hal uygulanmamalıdır⁴⁵⁸.

⁴⁵⁰ MEMİŞ KARTAL, Cinsel Saldırı, s. 479; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Türk Ceza Kanunu Şerhi 3. Cilt, s. 3640.

⁴⁵¹ GÖKCEN/ARTUÇ, s. 3757.

⁴⁵² YOKUŞ SEVÜK, Cinsel Saldırı ve Cinsel Taciz Suçları, s. 266; AKÇİN, s. 114.

⁴⁵³ ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Türk Ceza Kanunu Şerhi 3. Cilt, s. 3640.

⁴⁵⁴ ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Türk Ceza Kanunu Şerhi 3. Cilt, s. 3640.

⁴⁵⁵ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 350; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 377; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 378.

⁴⁵⁶ ÖZBEK/DOĞAN/BACAŞIZ, s. 342.

⁴⁵⁷ GÖKCEN/ARTUÇ, s. 3760.

⁴⁵⁸ GÖKCEN/ARTUÇ, s. 3761.

Mağdurun kendi kendinin beden veya ruh bakımından savunamayacak hale getirmesi durumunda suçun işlenmesi halinde de bu nitelikli hal uygulanacaktır. Ancak önemle belirtmek gerekir ki, failin cinsel saldırı amacıyla mağduru beden veya ruh bakımından kendini savunamayacak hale getirmesi halinde bu nitelikli halin uygulanması mümkün olmayacaktır⁴⁵⁹. Daha başka bir anlatımla, mağdurun beden veya ruh bakımından kendisini savunmayacak durumda olması hali failin dahli bulunmadan, cinsel saldırı öncesinde mağdurdan veya herhangi başka bir nedenden kaynaklanmalıdır. Ancak failin, mağduru beden veya ruh bakımından savunamayacak hale getirmesinde bu nitelikli hal uygulanmayacaktır. Her ne kadar mağdurun beden veya ruh hali bakımından kendisini savunamayacak hale getirmesinde failin dahli bulunan durumlarda da bu nitelikli halin uygulanması gerektiğini savunan görüşler⁴⁶⁰ olsa da kanaatimizce bu durumda nitelikli hal uygulanmamalı, bu nitelikli halin uygulanabilmesi için baştan bir itibar mağdurda beden veya ruh hali bakımından kendisini savunmayacak bir durumun var olması gerekecektir.

Mağdurun alkollü bulunması halinin, her durumda beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak duruma getirip getirmediği tartışmalı olup böyle bir durumda alkolün mağdurda bu nitelikte bir etki oluşturup oluşturmadığı bakımından nitelikli halin uygulanmasının tespiti için adli tıptan rapor alınması önerilmektedir⁴⁶¹. Buradan çıkan sonuç, geçici nedenle mağdurun beden veya ruh hali bakımından kendini savunmayacak halde bulunması halinin mutlaka her somut olayın kendi özelliğine göre belirlenmesi gerektiğidir⁴⁶².

⁴⁵⁹ KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 377; Karş. ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 378; GÖKCAN/ARTUÇ, s. 3758.

⁴⁶⁰ TANER, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s. 227.

⁴⁶¹ ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s. 343.

⁴⁶² PAKIR, s. 156.

5.3.1.8.2 Suçun Kamu Görevinin, Vesayet ve Hizmet İlişkisinin Sağladığı Nüfuz Kötüye Kullanılarak İşlenmesi

Bu nitelikli halde kanun koyucu aynı bent içerisinde üç farklı hali ayrı şekilde düzenleme altına almıştır. Failin sıfatı ve konumu suçun işlenmesi anında mağdurun iradesi üzerinde etki yarattığından bu hususlar nitelikli hal olarak kabul edilmiştir⁴⁶³. Bu durumların tamamı, bu ilişkiler sebebiyle hüküm ve nüfuz sahibi olan kişilerin konumlarını kötüye kullanmak suretiyle mağdurun mukavemeti daha kolayca kırmalarını ve cinsel saldırı suçunu işlemelerini mümkün kılmaktadır⁴⁶⁴. Dolayısıyla kanun koyucu, fail ile mağdur arasında belli bir ilişkinin varlığının cinsel saldırı eylemine mağdurun direncini zayıflatabileceği düşüncesini dikkate alarak burada sayılan ilişkiler nitelikli hal olarak düzenlemiştir⁴⁶⁵. Vesayet ilişki ağırlaştırıcı neden olarak metnin ilk halinde yer almayıp 6545 sayılı Kanun değişikliği ile birlikte bende eklenmiştir.

Burada failin kamu görevlisi olması nedeniyle olan nitelikli halin uygulanması için failin yalnızca kamu görevlisi sıfatına sahip olması yeterli olmayıp aynı zamanda bu sıfatın suçun işlenmesinde kolaylaştırıcı etkiye sahip olması da gerekmektedir⁴⁶⁶. Hatta belirtmek gerekir ki, kamu görevi yanı sıra bentte yer alan üç hal bakımından da görev, vesayet veya hizmet ilişkisinin faile bir nüfuz, güç sağlaması ve bunun da kötüye kullanılması gerekmektedir⁴⁶⁷.

Hizmet ilişkisi bakımından da failin mağduru üzerindeki etki dikkate alınmaktadır, ancak fail ile mağdur arasında herhangi bir hiyerarşik ilişkinin bulunmadığı

⁴⁶³ ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 378.

⁴⁶⁴ ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Türk Ceza Kanunu Şerhi 3. Cilt, s. 3641.

⁴⁶⁵ KOCA/ÜZÜLMEZ, s.378; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.352; YENİDÜNYA, s.3296; GÖKCEN/ARTUÇ, s.3762.

⁴⁶⁶ KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 378; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 378; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 353.

⁴⁶⁷ GÖKCEN/ARTUÇ, s. 3762.

durumda nitelikli halin uygulanmaması gerekecektir⁴⁶⁸. Dolayısıyla, fail ile mağdur arasında herhangi bir hiyerarşi veya birbirleri üzerinde bir otorite veya tasarruf yetkileri bulunmamaktaysa, bu durumda nitelikli halin uygulanmaması gerekecektir. Ancak burada doğrudan bir İş Kanunu anlamında iş akdi veya hizmet akdinin de bulunmasının şart olmadığını vurgulamak gerekmektedir⁴⁶⁹. Önemle belirtmek gerekir ki, bu nitelikli halin uygulanması için fail ile mağdur arasındaki hizmet ilişkisinin devam etmesi gerekmekte olup, kişinin örneğin işten ayrılması sonrasında bu tür davranışlara patronu tarafından maruz bırakılması durumunda nitelikli hal uygulanmayacaktır⁴⁷⁰. Ancak, bu tür bir sınırlama doğrudan madde metninde yer almadığından her somut olayı kendi içerisinde değerlendirmek gerektiği kanısındayız. Örneğin, işten ayrılan bir işçinin eski patronu, faaliyet gösterdiği sektörde söz sahibiyse ve bu durumdan istifade ederek cinsel saldırıyı mağdur üzerindeki devam etmekte olan nüfuzunu kullanarak gerçekleştiriyorsa nitelikli halin uygulanması gerektiğini düşünmekteyiz. Yargıtay uygulaması da bu yöndedir⁴⁷¹. Ancak nitelikli halin uygulanması bakımından, fail ile mağdur arasındaki iş ilişkisinin sürekli veya geçici, ücretli veya ücretsiz olmasının bir önemi bulunmamaktadır⁴⁷².

Öğretim görevini üstlenenin öğrenciye yönelik olarak kamu görevinden kaynaklanan veya çalıştırının çalışanı üzerinde hizmet ilişkisinden kaynaklanan nüfuzu

⁴⁶⁸ ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 379; Tezcan/Erdem/Önok' göre, bu nitelikli halin uygulanması için faille mağdur arasında astlık üstlük ilişkisi bulunması gerekli olmayıp kamu görevinin sağladığı otorite kolaylığından faydalanılarak suçun işlenmesi bu nitelikli halin uygulanması bakımından yeterlidir. Bkz. TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 353.

⁴⁶⁹ GÖKCEN/ARTUÇ, s. 3765.

⁴⁷⁰ ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 379; İtalyan uygulaması bu şekilde olmayıp hizmet ilişkisi artık mevcut olmasa bile bu ilişkiden doğan saygıdan gelen korku, çekinme duygusu devam etmekte ise nitelikli hal uygulanmalıdır. Bkz. TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 353.

⁴⁷¹ Yargıtay 5. C.D., T. 20.09.2007, E. 2007/7481, K. 2007/6548, <https://karararama.yargitay.gov.tr/> (e.t. 07.02.2025).

⁴⁷² CENTEL/ZAFER, s. 247.

kötüye kullanması ile cinsel saldırı suçunu işlemesi bu nitelik hal bakımından örnek teşkil edebilir⁴⁷³.

Vesayet ilişkisi de yine Türk Medeni Kanunu'nda düzenleme altına alınmıştır. Dolayısıyla bu nitelikli hal kapsamında vesayet ilişkisi sebebiyle uygulama yapabilmek için TMK m.396 ila 494. maddeler kapsamında fail ile mağdur arasında bir ilişkinin mevcut olduğunu tespit etmek ve bunun kötüye kullanıldığını, yani suçun işlenmesinde kolaylık sağladığını ortaya koymak gerekmektedir⁴⁷⁴.

5.3.1.8.3 Suçun Üçüncü Derece Dahil Kan ve Kayın Hısımlığı İçinde Bulunan Bir Kişiye Karşı ya da Üvey Baba, Üvey Ana, Üvey Kardeş, Evlat Edinen veya Evlatlık Tarafından İşlenmesi

Bu nitelikli hal ile ilgili olarak ilk olarak belirtmek gerekir ki, bu bendin ilk halinde 6545 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikten önce fiilin üvey baba, üvey ana, üvey kardeş, evlat edinen veya evlatlık tarafından işlenmesi halleri düzenlenmemiştir⁴⁷⁵. Bu nedenle, lehe kanun uygulama ilkesi gereğince, 28.06.2014 tarihinden önce bu sıfatlara sahip kişiler tarafından cinsel saldırı suçunun işlenmesi bakımından bu nitelikli halin uygulanması söz konusu olamayacak, ancak bu tarih sonrasında bu sıfattaki kişiler tarafından cinsel saldırı suçunun işlenmesi durumunda cezayı ağırlaştıran nitelikli hal

⁴⁷³ ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s. 344.

⁴⁷⁴ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 353.

⁴⁷⁵ Kanaatimizce, bu fıkra hükmünde koruyucu aileliğe yer verilmemesi isabetsiz olmuştur. Koruyucu ailelik durumunda da koruyucu ailenin koruyucu ailelik yaptığı kişi üzerinde bu fıkarda belirtilen diğer ilişkiler gibi bir ilişki bulunacaktır. Bundan dolayı, madde metnine koruyucu aile durumunun da eklenmesi gerektiğini düşünmekteyiz. 2828 sayılı Sosyal Hizmetler Kanunu m.24'de belirtilen süreler zarfında da koruyucu ailelik kapsamının nitelikli hal olması gerektiğini düşünmekteyiz.

uygulama alanı bulabilecektir⁴⁷⁶. Bentte ifade edilen akrabalık ilişkisi Türk Medeni Kanunu hükümleri uyarınca belirlenmelidir⁴⁷⁷.

Kanun koyucunun bu şekilde bir nitelikli hale yer vermesinin sebebi, hısımlık ile diğer bazı ilişkilerin faile cinsel saldırı suçunun işlenmesi bakımından kolaylık sağlayacağı, failin bu ilişkiler suretiyle mağdur üzerinde kolaylıkla nüfuz ve güç sağlayacağı, mağdurun bu ilişkiler yoluyla faile güveneceği gibi düşüncelerden kaynaklanmaktadır⁴⁷⁸. Diğer bir ifadeyle kanun koyucu, bu tür akrabalık ilişkilerini mağdurun direncini kırmada kolaylık olarak görmüş, bu nedenle nitelikli hal olarak düzenlemiştir⁴⁷⁹. Fail, normal bir kişiye göre aradaki akrabalık ilişkisi sebebiyle rahat bir biçimde mağdura yaklaşmakta ve fiili gerçekleştirebilmektedir⁴⁸⁰.

Bu bent uyarınca, cinsel saldırı suçu anne, baba, dede, anneanne veya babaanne, büyük dede, büyük anneanne veya büyük babaanne, çocuk, torun, torunun çocukları, kardeş, kardeş çocukları, dayı, amca, hala, teyzeye karşı işlenirse ceza artırılarak verilecektir⁴⁸¹. Bunun yanında belirtmek gerekir ki, bu kişilere aynı şekilde yakın kayın hısımlığı durumunda da aynı artırım nedeninin uygulanması gerekecektir. Bu ağırlaştırıcı sebebin tatbiki için bentte söylendiği şekilde akrabalık ilişkisinin olması gereklidir ve ayrıca nüfuz kurma aranmayacaktır⁴⁸². Nitelikli halin uygulanabilmesi için failin mağdur

⁴⁷⁶ Özbek/Doğan/Bacaksız'a göre, Türk Medeni Kanunu'nda yalnızca üvey çocuklar düzenlendiğinden burada geçen diğer üvey ifadeleri belirsiz olup üvey çocuklar esas alınarak üvey ana, üvey baba ve üvey kardeşin kimler olabileceği belirlenmelidir. Bkz. ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s. 345.

⁴⁷⁷ ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s. 344.

⁴⁷⁸ YOKUŞ SEVÜK, Cinsel Saldırı ve Cinsel Taciz Suçları, s. 267; N. TOROSLU, Özel Kısım, s. 61; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 378; YENİDÜNYA, s. 3297; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Türk Ceza Kanunu Şerhi 3. Cilt, s. 3642.

⁴⁷⁹ ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 379.

⁴⁸⁰ KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 378.

⁴⁸¹ AKKAYA, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, s. 108.

⁴⁸² ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s. 344; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 379; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 354.

ile bentte belirtilen derece akraba olduğunu suçu işlemeden önce bilmesi gerekmektedir⁴⁸³.

Bu nitelikli hal bakımından tartışmalı olan husus, evlilik birliğinin sona erdiği durumlar bakımından bentte sayılan hısımlıkların devam edip etmediğine ilişkin olarak ortaya çıkmaktadır. Belirtmek gerekir ki, hukuk düzeni bir bütündür ve bir kanun da yer alan hüküm bütün hukuk düzeni bakımından değer ifade etmekle birlikte uygulanmalıdır⁴⁸⁴. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 18. maddesine göre, evlilik birliği sona ermiş olsa bile eski eşin akrabaları ile kişinin kayın hısımlığı devam etmektedir. Bu hüküm, TCK'nın uygulanması bakımından göz önünde bulundurulmalıdır⁴⁸⁵. Dolayısıyla evlilik birliği sona erse bile bu bentte gösterilen kayın hısımlarına karşı cinsel saldırı suçunun işlenmesi halinde nitelikli halin uygulanması önünde bir engel bulunmamaktadır⁴⁸⁶.

Önemle belirtmek gerekir ki, kayın hısımlığı evliliğin sona ermesiyle birlikte bitmemekle birlikte Yargıtay uygulaması uyarınca, evlilik bittikten sonraki dönem için eşler arasında yeni doğan kişiler bakımından kayın hısımlığı doğmayacak, böyle bir durumda nitelikli halin uygulanmasına gerek bulunmayacaktır⁴⁸⁷.

Belirtmek gerekir ki, Medeni Kanun'a göre bu bent uyarınca belirlenecek akrabalık derecesi haricinde kalan hısımlar arasındaki cinsel saldırı durumlarında, TCK

⁴⁸³ ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 379; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s. 344.

⁴⁸⁴ AKKAYA, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, s. 109.

⁴⁸⁵ AKKAYA, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, s. 109.

⁴⁸⁶ Artuk/Gökcen/Alşahin/Çakır'a göre, boşandıktan sonra eski eşe karşı gerçekleştirilecek olan cinsel saldırıda nitelikli hal uygulanmayacakken, eski eşin akrabalarına karşı uygulanacak olması adalet ilkesine aykırıdır. Bkz. ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 379.

⁴⁸⁷ Yargıtay 14. C.D., T. 13.01.2020, E. 2019/4360, K. 2020/333, <https://karararama.yargitay.gov.tr/> (e.t. 07.02.2025).

m.61/1-a uyarınca ceza tayin edilirken üst sınır değerlendirmesinde bulunulabilecek, ancak elbette bu durumda nitelikli hal uygulanamayacaktır⁴⁸⁸.

5.3.1.8.4 Suçun Silahla veya Birden Fazla Kişi Tarafından Birlikte İşlenmesi

Öncelikle belirtmek gerekir ki, bu düzenlemenin yer aldığı bentte iki farklı nitelikli hal düzenlenmiştir. Bunlardan bir tanesi suçun silahla işlenmesi iken; diğeri suçun birden fazla kişi tarafından işlenmesi halidir.

Faile cesaret sağlayarak cinsel saldırı fiilinin icrasını kolaylaştırdığı ve mağdur üzerinde ciddi bir korku meydana getirerek direncini kırdığı için fiilin silahla işlenmesi bir nitelikli hal olarak kabul edilmiştir⁴⁸⁹.

Suçta silahın kullanılmasında silah bakımından TCK'nın 6. maddesinin 1. fıkrasının (f) bendi dikkate alınmalıdır. Gerek madde metni gerek Yargıtay uygulaması dikkate alındığında, fiilen saldırı veya savunmaya elverişli her türlü aletin silah kabul edilmesi gerekecektir⁴⁹⁰.

Belirtmek gerekir ki, bu nitelikli hal bakımından silahın kullanılması, somut olayda mağdurun direncini kırarak şekilde silahtan faydalanılması anlamına gelmektedir⁴⁹¹. Silahın kullanılmadan yalnızca teşhir edilerek mağdura gösterilmesi durumunda bu nitelikli hal uygulanabilecektir⁴⁹². Dolayısıyla, silahın ateşlenmesi veya mağdura doğrultulması gibi bir şart bulunmamaktadır⁴⁹³. Netice olarak, failin silahı

⁴⁸⁸ GÜRKAN, Şeref/UGUZ, Ahmet: Yeni Ceza Yasamızda Cinsel Suçlar, Adalet Dergisi, (27), http://www.yayin.adalet.gov.tr/dergi/27_sayi.htm. (e.t. 07.02.2025)

⁴⁸⁹ ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 379; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 379; GÖKCEN/ARTUÇ, s. 3773; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Türk Ceza Kanunu Şerhi 3. Cilt, s. 3642.

⁴⁹⁰ Yargıtay CGK., T. 12.02.2008, E. 2008/3-25, K. 2008/22, <https://karararama.yargitay.gov.tr/> (e.t. 07.02.2025).

⁴⁹¹ KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 379.

⁴⁹² ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 379; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 355; YENİDÜNYA, s. 3297; CENTEL/ZAFER, s. 249.

⁴⁹³ ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s. 345; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Türk Ceza Kanunu Şerhi 3. Cilt, s. 3642.

mağdura doğru yöneltmesi, silahı mağdura doğru tutması zorunlu bir şart olmamakla birlikte mağdura silahın gösterilmesi ve cinsel saldırı suçuna karşı koyduğu takdirde kullanılacağını hissettirmesi bu nitelikli halin uygulanması için zorunludur⁴⁹⁴. Silahın cinsel saldırı sırasında kullanılması gerekmektedir. Dolayısıyla, suç işlendikten sonra korkutma amacıyla silahın kullanılması nitelikli halin uygulanmasını gerektirmeyecektir.

Silahın nitelikli hal olarak düzenlenmesinin sebebi korkutucu etkisi olduğundan, örneğin silahın yalnızca kılıf içerisinde bulunması gibi bir hal nitelikli hali doğrudan teşkil etmemekle birlikte hakikisine çok benzer kurusıkı tabancanın kullanılması veya yine gerçeğe çok benzer oyuncak bir tabancanın kullanılması durumunda da mağdurda korku meydana geleceğinden nitelikli halin uygulanması gerekmektedir⁴⁹⁵.

Suçun birden fazla kişi tarafından işlenmesi hali de suçun icrasını kolaylaştırdığı ve mağdurun direnmesini anlamsız kılacak bir işbirliği sağladığı gerekçesiyle nitelikli hal kapsamında yer almıştır⁴⁹⁶.

Suçun birden fazla kişi tarafından işlenmesi bakımından maddede belirtildiği üzere fail bakımından en az iki kişinin bulunması gerekmektedir⁴⁹⁷. Ağırlaştırıcı nedenin tatbiki bakımından en az iki kişinin suç işlenirken müşterek fail şeklinde hareket etmeleri aranacaktır⁴⁹⁸. Buna göre, cinsel saldırıya faillerin sunduğu etki, doğrudan cinsel davranış olmasa dahi diğer failin veya faillerin cinsel hareketi yapmalarını sağladığı takdirde bu etkiyi sağlayan faillerin de müşterek fail olarak cezalandırılması gerekecektir⁴⁹⁹. Bu kapsamda, örneğin müşterek faillerden birisi mağduru cebir kullanarak etkisiz hale

⁴⁹⁴ GÖKCAN/ARTUÇ, s. 3774.

⁴⁹⁵ ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Türk Ceza Kanunu Şerhi 3. Cilt, s. 3642, 3643.

⁴⁹⁶ KOCA/ÜZÜLMEZ, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 380.

⁴⁹⁷ ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Türk Ceza Kanunu Şerhi 3. Cilt, s. 3643.

⁴⁹⁸ ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 380; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 380; GÖKCAN/ARTUÇ, s. 3775.

⁴⁹⁹ KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 380.

getirir, diğeri de cinsel saldırıyı gerçekleştirirse ikisinin de bu nitelikli halden dolayı cezalandırılmaları gerekecektir⁵⁰⁰.

Birden fazla kişinin aynı cinsiyette bulunması gibi bir şart bulunmamakta olup farklı cins kişilerin de suçu birlikte işlemeleri halinde bu nitelikli hal uygulanacaktır⁵⁰¹.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, kişi hakkında bu nitelikli halin uygulanması için suçun birden fazla kişi tarafından gerçekleştirildiğinin tespiti yeterli olup sanıklar hakkında kurulan hükümde birden fazla kişinin mahkum edilmiş olmasına gerek bulunmamaktadır⁵⁰². Örneğin, suçu birlikte gerçekleştirenlerden birisi hakkında kusurluluğunun bulunmaması nedeniyle ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilmesi veya suçu birlikte işleyenlerden birisinin muhakeme sürecinde kaçak olup bulunamaması diğer kişi için bu nitelikli halin uygulanmasına engel değildir.

Buna karşılık, müşterek fail olmayıp da yalnızca azmettiren veya yardım eden, yani şerik olarak suça katkı sağlanması bu nitelikli halin uygulanması bakımından yeterli olmayacaktır⁵⁰³. Bu kapsamda, cinsel saldırı suçuna bir başkasını azmettiren veya suçun işlenmesine yardımcı olan kişiler hakkında nitelikli hal uygulanmayacaktır⁵⁰⁴. Yargıtay da suça azmettiren veya yardım eden sıfatıyla iştirak edilmesi durumunda bu tür failer bakımından nitelikli halin uygulanmaması gerektiğini ortaya koymaktadır⁵⁰⁵.

Burada birlikte terimi ile anlatılmak istenen, birden fazla kişinin cinsel saldırı suçunu gerçekleştirirken birlikte hareket etmeleri olmakla birlikte bu birden fazla kişinin suçun işlenmesinden önce aralarında anlaşmaları şart olmayıp yalnızca suçun işlenmesi

⁵⁰⁰ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 355.

⁵⁰¹ GÖKCAN/ARTUÇ, s. 3775.

⁵⁰² GÖKCAN/ARTUÇ, s. 3776.

⁵⁰³ AKÇİN, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, s. 120 vd; CENTEL/ZAFER, s. 250; YENİDÜNYA, s. 3297; MEMİŞ KARTAL, Cinsel Saldırı, s. 382.

⁵⁰⁴ ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Türk Ceza Kanunu Şerhi 3. Cilt, s. 3643.

⁵⁰⁵ Yargıtay 14. C.D., T. 21.06.2017, E. 2016/10358, K. 2017/3485, <https://karararama.yargitay.gov.tr/> (e.t. 07.02.2025).

sırasında birlikte hareket etmeleri nitelikli halin uygulanması bakımından yeterlidir⁵⁰⁶. Birden fazla kişinin cinsel saldırı suçunu gerçekleştirmesi açısından, bu kişilerin aynı cinsel davranışın birkaç kısmını birlikte veya yalnız işlemeleri nitelikli halin uygulanması bakımından gerekli ve yeterli olacaktır⁵⁰⁷.

Birden fazla kişiyi oluşturanlarda birisinin, davranışlarını yönlendirme yeteneğine sahip olmaması nitelikli halin uygulanmasına engel teşkil etmeyeceği gibi cinsel saldırı suçunun tamamlanması da aranmamalı, suçun teşebbüs halinde kalması söz konusu dahi olsa nitelikli hal uygulanmalıdır⁵⁰⁸.

Somut olaya mağdurlar ve failler birden fazla ise ve her bir fail tek mağdura karşı cinsel saldırıda bulunmuşsa nitelikli hal uygulanamayacaktır⁵⁰⁹. Ancak belirtmek gerekir, faillerin birden fazla mağdura karşı sırayla cinsel saldırıda bulunması söz konusu ise, yani bir fail bir mağdura karşı cinsel saldırıda bulunurken diğer faillerin başında beklemesi durumunda suçun artık tüm failler bakımından birlikte işlendiği ve nitelikli halin uygulanması gerektiği kabul edilmelidir.

5.3.1.8.5 Suçun İnsanların Toplu Olarak Bir Arada Yaşama Zorunluluğunda Bulunduğu Ortamların Sağladığı Kolaylıktan Faydalanmak Suretiyle İşlenmesi

Bu nitelikli hal, kanun metninin ilk halinde yer almayıp 6545 sayılı Kanun değişikliği ile madde metnine eklenmiştir. Kanun metninde insanların toplu olarak bir arada yaşamak zorunluluğunda bulunduğu yerin tanım ve açıklamasına ilişkin herhangi bir ibareye yer verilmemekle birlikte bu nitelikteki yerler 6545 sayılı Kanun'a ilişkin

⁵⁰⁶ ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 380.

⁵⁰⁷ ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞIZ, s. 345.

⁵⁰⁸ ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Türk Ceza Kanunu Şerhi 3. Cilt, s. 3643.

⁵⁰⁹ ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 380.

Hükümet tasarısının gerekçesinde, yetiştirme yurdu, ceza infaz kurumu, öğrenci yurdu, okul pansiyonu, hastane gibi yerler olarak gösterilmiştir⁵¹⁰.

Cinsel saldırı niteliğindeki eylemler, insanların toplu olarak bir arada yaşamak zorunda bulundukları ortamlarda kendilerinin güvende olduklarını zannetmeleri ve herhangi bir tedbir alma ihtiyacı hissetmemeleri nedeniyle daha kolaylıkla işlenebilmektedir⁵¹¹. Diğer bir ifadeyle, bu yerlerdeki kişiler bakımından suçun işlenmesi kolay olmakta ve mağdurun da bu yerlerde özellikle savunmasız kalabilmesi söz konusu olmaktadır⁵¹². Bu tür durumların nitelikli hal sayılması bir caydırıcılık oluşturabilecektir⁵¹³. Bu nitelikli halin kanun kapsamına sonradan alınmasındaki temel neden bundan kaynaklanmaktadır.

Belirtmek gerekir ki bu nitelikli halin uygulanabilmesi için suçun toplu olarak bir arada yaşamamanın zorunlu olduğu bir yaşam alanında ve bu ortamın sağladığını kolaylıkla işlenmesi gerekir. Böylelikle, insanların ihtiyari bir şekilde birlikte bulundukları ortamda cinsel saldırı gerçekleştirilmesi halinde cezanın artırılması ve bu bendin uygulanması mümkün olmayacaktır⁵¹⁴. Bu kapsamda, spor karşılaşmalarının oynandığı stadyum-salon gibi yerler, şenlik yeri, festival bölgesi, konser meydanı, miting yapılan bölgeler ve toplu taşıma araçları ağırlaştırıcı sebep içinde olmamalıdır⁵¹⁵. Dolayısıyla, bu bendin uygulanmasında yalnızca insanların devamlı olarak birlikte yaşamak durumunda oldukları yerler dikkate alınmalı, hüküm yaşamı sürdürmekten ziyade bir arada bulunulan

⁵¹⁰ AKKAYA, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, s. 118; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 356; GÖKCEN/ARTUÇ, s. 3779.

⁵¹¹ KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 380; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Türk Ceza Kanunu Şerhi 3. Cilt, s. 3644.

⁵¹² TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 356.

⁵¹³ ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Türk Ceza Kanunu Şerhi 3. Cilt, s. 3644.

⁵¹⁴ AKKAYA, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, s. 118, 119.

⁵¹⁵ ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞIZ, s. 346; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 380; Koca/Üzülmöz, s. 380.

alanları kapsamayacak şekilde dar yorumlanmalıdır⁵¹⁶. Yargıtay uygulamasında da pazaryeri, sinema, otobüs, minibüs, dolmuş, vagon, asansör gibi yerler bu nitelikli hal kapsamında görülmemiştir⁵¹⁷. Netice olarak, bu nitelikli halin uygulanabilmesi için suçun işlendiği yerin sadece insanların toplu olarak bulundukları bir yer olması tek başına yeterli değildir⁵¹⁸.

Nitelikli halin uygulanabilmesi için fiilin, insanların toplu olarak bir arada yaşama zorunluluğunda bulunduğu ortamlarda işlenmesinin yanında ayrıca bu durumun sağladığı kolaylıktan faydalanılarak da işlenmesi gerekmektedir⁵¹⁹. Ceza Genel Kurulu'na göre, bu nitelikli halin uygulanabilmesi için her somut olayda eylemin gerçekleştirildiği yere, mağdurun ve sanığın konumlarına, sıfatlarına bakılarak değerlendirme yapılmalı, herhangi bir kolaylık sağlanıp sağlanmadığına bu özellikler çerçevesinde dikkat edilmelidir⁵²⁰.

5.3.1.9 Suçun Netice Sebebiyle Ağırlaşmış Halleri

5.3.1.9.1 Cinsel Saldırı İçin Başvurulan Cebir ve Şiddetin Kasten Yaralama Suçunun Ağır Neticelerine Neden Olması

Kasten yaralamanın ağır hallerinden TCK m.87'de yer alan durumlar anlaşılmaktadır. Ancak buna rağmen özellikle TCK m.102/4'te yer alan kasten

⁵¹⁶ ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s. 346.

⁵¹⁷ Kararlar için bkz. AKKAYA, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, s. 120.

⁵¹⁸ ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 380; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 380. Koca/Üzülmez'e göre, bu nitelikli hal bakımından toplu olarak yaşanması zorunlu alan aranması isabetli olmamıştır. Yazarlara göre, cezanın ağırlaştırılması bakımından "insanların toplu olarak bir arada bulunduğu ortamın sağladığı kolaylıktan faydalanılarak işlenmesi" şeklinde düzenleme yapılması daha isabetli olacaktır. Aynı yönde eleştiri için bkz. GÖKCEN/ARTUÇ, s. 3779.

⁵¹⁹ GÖKCEN/ARTUÇ, s. 3779.

⁵²⁰ C.G.K., T. 22.03.2022, E. 2018/14-193, K. 2022/193, <https://karararama.yargitay.gov.tr/> (e.t. 07.02.2025).

yaralamanın ağır neticelerine neden olacağı ifadesi eleştirilmektedir⁵²¹. Bir görüşe göre, kanun koyucunun burada diğer bazı TCK’da yer alan suç tiplerinde yer verdiğinin aksine “kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış halleri” ifadesi yerine “kasten yaralama suçunun ağır neticelerine” ifadesine yer vermesi isabetsiz olmuştur⁵²².

Bu husus, Yargıtay uygulaması bakımından da ikiliğe neden olmuştur. Yargıtay bir kararında kasten yaralama suçunun ağır neticelerini basit müdahale ile giderilemeyecek kasten yaralama eylemlerinin tümü şeklinde ele almıştır⁵²³. Buna karşılık Yargıtay’ın yaygın ve güncel içtihadında ise bu kavram, yalnızca TCK m.87’de yer alan hallerin varlığı şeklinde uygulanmaktadır⁵²⁴.

Kanaatimizce de bu kavramdan ancak TCK m.87’de yer alan halleri anlamak ve o yönde uygulama yapmak gerekecektir⁵²⁵. Çünkü TCK m.86/1’in tamamında kasten yaralama suçunun temel hali düzenlenmektedir.

Bu nedenle, ancak cinsel saldırı suçu sonucunda TCK m.87’de yer alan hallerden birisinin söz konusu olması durumunda, ayrıca kasten yaralama suçundan da hüküm kurulması gerekecektir.

Cebir suçu ve cinsel saldırı arasındaki esas itibariyle suçun özel görünüş şekilleri başlığı altında tartışılacağından burada detaya yer verilmemekte, detay açıklamalar için ilgili kısma bakılmalıdır.

⁵²¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. TÜRÂY, Cinsel Saldırı Suçu ve Cebir İlişkisi, s. 1223-1225.

⁵²² ÜNVER, Cinsel Suçların Eleştirisel Olarak İncelenmesi, s. 31.

⁵²³ Yargıtay 3. C.D., T. 11.12.2018, E. 2018/7999, K. 2018/19313, <https://karararama.yargitay.gov.tr/> (e.t. 07.02.2025).

⁵²⁴ Yargıtay C.G.K., T. 15.06.2021, E. 2019/3-16, K. 2021/281, <https://karararama.yargitay.gov.tr/> (e.t. 07.02.2025).

⁵²⁵ Aynı yönde bkz. TÜRÂY, Cinsel Saldırı Suçu ve Cebir İlişkisi, s. 1225.

5.3.1.9.2 Suç Sonucu Mağdurun Bitkisel Hayata Girmesi veya Ölmesi

TCK m.102/5'te cinsel saldırı fiili sonucunda mağdurun bitkisel hayata girmesi veya ölmesi suçun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hali olarak düzenlenmiştir. Bitkisel hayat, beyin fonksiyonlarının işlevini yitirdiği, solunum ve dolaşım sistemlerinin ancak destek yoluyla işlevlerine devam edebildiği, tam bilinçsiz olunan yaşam türüdür⁵²⁶. Ölüm durumu ise, beyin sapının işlevini yitirmesi ve yaşam fonksiyonlarının geri dönüşümsüz olarak ortadan kalkmasıdır⁵²⁷.

Belirtmek gerekir ki, bu halin söz konusu olabilmesi için failin cinsel saldırı kastıyla hareket etmesi gerekir ki aksi durumda, yani öldürmek kastıyla hareket etmesi halinde artık bu neticesi sebebiyle ağırlaşmış hali uygulamaya gerek kalmayacaktır⁵²⁸. Ancak burada neticesi sebebiyle ağırlaşmış bir hal söz konusu olduğundan TCK m.23 gereğince failin ölüm neticesini istememiş olması, ancak ölüm bakımından en azından taksirinin bulunması aranacaktır⁵²⁹.

Burada yer alan neticesi sebebiyle ağırlaşmış halin uygulanabilmesi için, mağdurun bitkisel hayata girmesi veya ölmesi ile cinsel saldırı eylemi arasında nedensellik bağı bulunması, yani bu hallerin cinsel saldırıdan kaynaklanması gerekmektedir⁵³⁰. Dolayısıyla, mağdurun ölümünün cinsel davranışların icrasından önce gerçekleşmesi durumunda bu hal uygulanmayacaktır⁵³¹.

⁵²⁶ ÇÖLOĞLU, A. Sedat: Adli Tıp Sözlüğü, İstanbul 1993, s. 47; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 386.

⁵²⁷ ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 386.

⁵²⁸ AKKAYA, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, s. 121.

⁵²⁹ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 359; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s. 347.

⁵³⁰ KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 383; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 386.

⁵³¹ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 360.

Cinsel saldırıyı gerçekleştiren failler birden fazla olup da biri cebir hareketini diğeri yalnızca cinsel saldırıyı gerçekleştirmişse de netice bakımından taksir derecesinde kusuru olan tüm faillerin ağır neticeden sorumlu tutulmaları gerekmektedir⁵³².

Suçun tamamlanmasına gerek olmayıp, suç teşebbüs aşamasındayken dahi nedensellik bağı kurulacak şekilde suçtan dolayı ağır netice gerçekleşmişse bu hal uygulanmalıdır⁵³³. Yukarıda belirttiğimiz gibi neticesi sebebiyle ağırlaşmış halin uygulanabilmesi için mağdurun bitkisel hayata girmesi ve ölmesi ile cinsel saldırı eylemi arasında illiyet bağının bulunması şarttır. Ancak örneğin, nitelikli cinsel saldırının icra hareketlerine başlandığı ancak organ sokma fiili henüz gerçekleşmemişken uygulanan cebirden kaynaklı mağdurun öldüğü bir durumda, yine neticesi ağırlaşmış sebebi uygulamak gereceği kanaatindeyiz. Çünkü bu durumda, her ne kadar organ sokma biçimindeki nitelikli cinsel saldırı niteliğindeki fiile geçilmemiş olsa da o ana kadar ölüm öncesinde gerçekleştirilen hareketlerin basit cinsel saldırıyı oluşturduğunu kabul etmek gerekecektir.

Fail cinsel saldırıyı gerçekleştirdikten sonra mağduru öldürmüşse, hem cinsel saldırıdan hem de insan öldürme suçundan hüküm kurmak gerekecek, bu halde neticesi sebebiyle ağırlaşmış halin uygulanmasına gerek olmayacaktır.

5.3.2 Tipikliğin Sübjektif Unsurları

Cinsel saldırı suçu ancak kast ile gerçekleştirilebilen bir suçtur ve dolayısıyla taksirle işlenmesi söz konusu değildir⁵³⁴. Ancak suçun olası kastla işlenmesinin mümkün

⁵³² TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 360.

⁵³³ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 360; PAKIR, Cinsel Saldırı Suçu, s. 181.

⁵³⁴ ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞIZ, s. 348; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, s. 360; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 386; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 372; AKKAYA, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, s. 132; CENTEL/ZAFER, s. 242.

olabileceği ifade edilmektedir⁵³⁵. Cinsel saldırı suçu açısından failinin kastının, cinsel davranışı ve vücut dokunulmazlığının ihlali ile kullanılan araç davranışını kapsamaması gerekmektedir⁵³⁶. Aynı zamanda faildeki kastın, mağdurun cinsel birlik ve bütünlüğünü ihlal etmeye yönelik olması da şarttır⁵³⁷. Faildeki kastın, suç tipinin vücut teması, cinsel davranış, cinsel arzuların vücuda bir organ sokma veya sokmadan tatmine yönelik olmak üzere tüm bu unsurları kapsamaması gerekmektedir⁵³⁸.

Failin cinsel davranış, vücut dokunulmazlığını ihlal veya kullanılan araç davranış hususunda yanılması, kastı kaldıran bir hata hali teşkil edecektir⁵³⁹. Rızada hata hali aşağıda ayrıca incelenecektir.

Basit ve nitelikli cinsel saldırı suçları arasındaki temel farklılık da failin kastından kaynaklanmaktadır⁵⁴⁰. Belirtmek gerekir ki; TCK m.102/1 için failin kastının vücuda organ veya sair cisim sokmaya yönelik olmaması gerekirken, TCK m.102/2 bakımından ise failin mutlak surette vücuda organ veya sair cisim sokma kastıyla hareket etmesi gerekmektedir⁵⁴¹. Maddenin ikinci ve üçüncü fıkralarında yer alan nitelikli halleri açısından da failin kastının ilgili fıkra ve bentlerde bahsedilen hususları da ayrıca kapsamaması gerekmektedir⁵⁴². Ancak önemle belirtmek gerekir ki, failin basit hali ile nitelikli hali arasındaki kast farklılığı tamamen eylemin gerçekleştirilmiş şeklindeki farklılığa yönelik olup bir özel kast genel kast ayrımı değildir.

Cinsel saldırı suçunun taksirli hali düzenlenmediğinden bu şekilde işlenemeyeceği açık olup ancak kasten işlenebileceğinin açık olması yanında, suçla ilgili

⁵³⁵ ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s. 349; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 372.

⁵³⁶ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 360.

⁵³⁷ ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s. 348.

⁵³⁸ AKKAYA, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, s. 132.

⁵³⁹ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 360.

⁵⁴⁰ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 361.

⁵⁴¹ ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s. 348; AKKAYA, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, s. 134.

⁵⁴² KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 373.

esas tartışma konusu suçun birinci fıkrasındaki temel hali ile ikinci fıkrasında düzenlenen nitelikli hali arasında tipikliğin sübjektif unsuru, yani manevi unsur bakımından bir farklılık bulunup bulunmadığına ilişkindir.

Bir görüşe göre, hükmün gerekçesinde failin kastının cinsel arzuları tatmin amacına yönelmesi gerektiğine dair yer alan ifadeden hareketle, hükmün birinci fıkrasında yer alan temel hali bakımından failin cinsel amaç saiki ile hareket etmesi aranacaktır⁵⁴³. Bu görüş gerekçede yer alan, şehvi arzuyu tatmin gayesine ilişkin hareketlerle vücut dokunulmazlığının ihlali şeklindeki ifadeden dolayı, suçun temel hali bakımından failin cinsel tatmin amacına yönelik, şehvet hissi ile hareket etmesinin aranacağını ifade etmektedir⁵⁴⁴. Böyle bir koşul halinde artık genel kastla değil, özel kastla işlenebilen bir suç tipinden söz edilmesi gerekecektir. Aynı görüş, somut olayda failin kastının neye yönelik olduğunun ancak hangi amaçla hareket ettiğine göre belirlenebileceğini, somut olaylarda ancak failin kastının cinsel arzuları tatmin amacına yönelik olarak gerçekleştirildiği hallerde kastın cinsel saldırıya yönelik olduğunun kabul edilmesi gerektiği ifade edilmektedir⁵⁴⁵. Bu görüşe göre esasen bu sayede, vücut dokunulmazlığını ihlal eden hareketin cinsel saldırıyı mı, yoksa kasten yaralamayı veya hakareti oluşturduğu belirlenebilecektir⁵⁴⁶.

Her ne kadar hükmün gerekçesinde failin birinci fıkrada yer alan suçun basit hali bakımından cinsel arzuları tatmin amacı taşıması gerektiği, ancak nitelikli cinsel saldırı teşkil eden ikinci fıkra açısından davranışın cinsel arzuları tatmin amacına yönelik

⁵⁴³ Bkz. TCK m.102 gerekçesi. Doktrinde Yokuş Sevrük, bu görüştedir. Bkz. YOKUŞ SEVÜK, Cinsel Saldırı ve Cinsel Taciz Suçları, s. 252.

⁵⁴⁴ ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 386.

⁵⁴⁵ KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 372.

⁵⁴⁶ Koca/Üzülmöz, madde gerekçesinde geçen “cinsel arzuları tatmin amacına yönelik davranışlarla vücut dokunulmazlığının ihlal edilmesi gerekir” ifadesinin, somut olayda kastın belirlenmesine yönelik bir ölçüt getirdiğinin kabul edilmesi gerektiğini savunmaktadırlar. Bkz. KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 372; 373.

olmasının aranmayacağını belirtilse de suçun basit hali için aranan bir koşulun, aynı suçun nitelikli hali için aranmayacağı yönündeki açıklamanın dayanıksız olduğu ifade edilmektedir⁵⁴⁷. Kanaatimizce, bu ifade dayanıksız olması yanında, ifade gerekçede yer aldığından suçta failin kastı bakımından uygulamada doğrudan dikkate alınamaz ve gerekçede yer alan bu ifade ile hükmün uygulanma alanı daraltılamaz. Belirtmek gerekir ki, madde metninde saike yer verilmemiştir⁵⁴⁸. Suçun manevi unsurunu teşkil eden, yani tipikliğin sübjektif unsuruna ilişkin varsa özel bir belirlemenin bizzat madde metninde yer alması gerekir. Aksi takdirde bizzat madde metninde yer almayıp, madde gerekçesinde yer alan ifadelerle suçun uygulanma alanının daraltılması mümkün olmamalıdır⁵⁴⁹. Bu hususta esas sorunlu nokta, birinci fıkra bakımından aranacak bir şartın ikinci fıkra bakımından aranmaması durumunun her iki hükümde aynı ifadelerle kaleme alındığından “kanunilik” ilkesine aykırılık teşkil edecek olmasıdır. Dolayısıyla, failin yapmış olduğu hareketin objektif olarak cinsel anlam taşıması ile yapılan hareket ile mağdurun cinsel özgürlüğü arasında bağ kurulması yeterli olacaktır⁵⁵⁰. Ayrıca sübjektif olarak failin cinsel saik ile hareket etmesinin kastın oluşması bakımından aranmasına gerek bulunmamaktadır. Cinsel saldırıyı belirleyen husus failin bu yöndeki özel hareket etme saiki değil, dışarıdan bakıldığından vücut dokunulmazlığını ihlal edici hareketin objektif anlamda cinsel anlam taşıyıp taşımadığıdır. Dolayısıyla, basit ve

⁵⁴⁷ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 362.

⁵⁴⁸ CENTEL/ZAFER, s. 242.

⁵⁴⁹ Ünver’e göre, kanun gerekçesinde yer alan düzenleme isabetli olmayıp kanunun gerekçesi madde metnine dahil olmadığından gerekçe ile maddenin kapsamının genişletilmesi veya daraltılması mümkün değildir. Bkz. ÜNVER, Cinsel Suçların Eleştirel Olarak İncelenmesi, s. 37; Centel/Zafer’e göre, kanun koyucunun hüküm metninin tamamlanmasını bu derecede gerekçeye bırakması isabetli olmayıp hükmün kapsamı gerekçe ile genişletilemeyecektir. Bkz. CENTEL/ZAFER, s. 242, 243.

⁵⁵⁰ ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s. 348.

nitelikli cinsel saldırı suçunun işlenebilmesi için genel kast yeterli olup ayrıca failin özel bir cinsel saikle hareket etmesi gibi bir şart bulunmamaktadır⁵⁵¹.

Netice olarak, gerek TCK m.102/1 ve gerekse TCK m.102/2 bakımından davranışın objektif anlamda cinsel nitelik taşınması suçun manevi unsuru olan kast için yeterli olacak, failde ayrıca yaptığı davranışın cinsel arzuları tatmin amacına yönelik mi yaptığının, yani cinsel saikinin araştırılmasına gerek bulunmayacaktır⁵⁵².

5.3.3 Hukuka Aykırılık Unsuru

5.3.3.1 Genel Olarak

Cinsel saldırı suçunda meşru savunma veya zorunluluk hali gibi klasik hukuka uygunluk sebeplerinin hukuka aykırılığı ortadan kaldırıcı etkiye sahip olamayacağı vurgulamak gerekir⁵⁵³.

Basit ve nitelikli cinsel saldırı suçları hukuka uygun kılan en temel sebep tıbbi müdahaledir. Bu kapsamda, hekimlik sıfatını haiz kişinin, aydınlatmaya dayalı rızaya dayanacak şekilde yapacağı, genital bölgeleri veya dış görünüş itibarıyla göğüs bölgesi gibi cinsel motifli alanları muayenede bu bölgelere temas etmesi, suç açısından tipik olmasına rağmen hukuka aykırılığı ortadan kaldırıcı bir etkiye sahip olacaktır⁵⁵⁴. Dolayısıyla örneğin ameliyat esnasında, operasyon bakımından lüzumlu olan eylemlerin gerçekleştirilmesi amacıyla vücuda cisim sokulması halinde de hakkın icrası kapsamında hukuka uygunluk sebebinin var olduğunu ve suçun oluşmayacağını kabul etmek gerektiği

⁵⁵¹ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 362.

⁵⁵² Aynı yönde bkz. TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.362; ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞIZ, s. 348.

⁵⁵³ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 363.

⁵⁵⁴ ALŞAHİN, Cinsel Saldırı Suçu (TCK m.102), s. 877.

ileri sürülmektedir⁵⁵⁵. Tıbbi müdahalenin cinsel saldırı bakımından en temel hukuka uygunluk nedenlerinden birisini teşkil edeceğini kabul etmekle birlikte modern anlayış uyarınca tıbbi müdahalenin, hakkın icrası değil ilgilinin rızası hukuka uygunluk nedeni kapsamında ele alınmasının hukuken isabetli olacağını düşünmekteyiz.

Ancak elbette tıbbi müdahalenin, endikasyonla sınırlı bir müdahale olması halinde hukuka aykırılığı ortadan kaldıracağını ifade etmekte fayda vardır. Örneğin, kendisine enjeksiyon amacıyla gelmiş bir kadına yönelik olarak hekimin göğüs ve vajinasını ellemesi durumunda, artık endikasyon kapsamında olmayan bir müdahaleden söz edileceğinden bir tıbbi gereklilik bulunmadığını ve suçun oluşacağını söylemek gerekir⁵⁵⁶. Tıbbi müdahalenin dolayısıyla, tıbbi mevzuata uygun şekilde gerçekleştirilmesi hukuka aykırılığın ortadan kaldırılması bakımından şarttır⁵⁵⁷. Yargıtay da tıbbi müdahale esnasında gerekmediği halde hekimin hastanın cinsel bölgelerine dokunmasını suç kapsamında görmüştür⁵⁵⁸.

Tıbbi müdahaleler yanında CMK m.75 uyarınca yetkili makamların emri ile yapılacak beden ve vücut muayenesinde de kanun hükmünü yerine getirmek sebebiyle, hukuka aykırılık ortadan kalkacaktır⁵⁵⁹. Belirtmek gerekir ki, bu tür durumda muayenesi yapılacak kişinin rızası artık bir önem taşımaz. Mağdurun rızası hilafına da olsa maddi hakikate ve adalete ulaşmayı hedefleyen ceza yargılaması ve CMK'nın emredici hükümleri uyarınca müdahale gerçekleştirilmeli, aksi takdirde hekimler açısından görevi ihmal suçu oluşmalıdır. Her ne kadar etik tıp kuralları bulunsa da tıp etiği hukuk

⁵⁵⁵ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.365. Kanaatimizce bu halleri, yani hekimin tıbbi müdahalesini gerektiren her hali ilgilinin rızası veya varsayılan rıza kapsamında görmek daha isabetli olacaktır.

⁵⁵⁶ ÖZBEK/DOĞAN/BACAŞIZ, s. 348; YAŞAR, Osman/GÖKCAN, Hasan Tahsin/ARTUÇ, Mustafa: Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Cilt III, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2010, s. 3238.

⁵⁵⁷ ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 387.

⁵⁵⁸ Yargıtay 14. C.D., T. 10.10.2017, E. 2017/2443, K. 2017/4608, <https://karararama.yargitay.gov.tr/> (e.t. 07.02.2025).

⁵⁵⁹ ÖZBEK/DOĞAN/BACAŞIZ, s. 348.

kurallarının üzerinde değildir. Bu nedenle, böyle bir durumda beden muayenesi yapılacak kişinin rızası yok diyerek hekim müdahaleden kaçınmaz. Ancak belirtmek gerekir ki CMK'dan kaynaklanan bu yetkinin de kötüye kullanılmaması, yani özellikle beden muayenesi niteliğinde yapılan müdahalenin işkence boyutuna varacak hareketlere yol açmaması gereklidir.

5.3.3.2 Cinsel Saldırı Suçunda Rızanın Hukuki Niteliği

Ceza hukuku bakımından rıza, bireyin iradesi ile bir diğer kişinin irade ile yaptığı hareketlerinin örtüşmesine yönelik izah olarak tanımlanmaktadır⁵⁶⁰. Her ne kadar, cinsel saldırı suçunun rıza dışı gerçekleşmesi gereği açıksa da cinsel saldırı suçunun temel şeklinin düzenlendiği metinde rızaya ilişkin olarak herhangi bir belirlemeye yer verilmemiştir⁵⁶¹. Bu nedenle, basit ve nitelikli cinsel saldırı suçu, rızanın suç kapsamındaki niteliği bakımından tartışmalıdır. Bir görüşe göre, cinsel saldırı suçunda rıza klasik şekilde hukuka aykırılığın değil tipikliğe dair bir unsurdur ve rızanın olmaması tipikliği ortadan kaldırmaktadır⁵⁶². Diğer görüşe göre ise rıza, tipte olmayan bir unsur olup diğer suçlarda olduğu gibi hukuka aykırılık kapsamında işlev görmektedir⁵⁶³.

Cinsel saldırı suçunda rızanın tipikliğin içerisinde yer aldığı düşünceye göre, mağdurun rızasının varlığı halinde tipik fiil oluşmamakta, dolayısıyla ilgilinin rızası

⁵⁶⁰ KESSLER Richard: Die Einwilligung des Verletzten in ihrer strafrechtlichen Bedeutung, Berlin 1884, s. 26 aktaran: EKİCİ ŞAHİN, Ceza Hukukunda Rıza, s. 5.

⁵⁶¹ AKBULUT, Berrin: “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlarda Rızanın Niteliği”, Ceza Hukuku Dergisi, 14(40), 2019, s. 269.

⁵⁶² AKBULUT, Rızanın Niteliği, s. 269; DURSUN, s. 63; AYGÖRMEZ UĞURLUBAY, Cinsel Suçlara İlişkin, s. 26.

⁵⁶³ ŞARE, Ersin: “Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlarda İlgilinin Rızası”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 21(2), 2019, s. 992, 993; CENTEL/ZAHER, s. 244; KOÇ, Ziya “Rızanın Varlığında Hatanın Cinsel Saldırı Suçu Bakımından Değerlendirilmesi”, Ceza Hukuku Dergisi, 15(42), 2020, s. 237; ÜNVER, Cinsel Suçların Eleştirisel Olarak İncelenmesi, s. 38.

tipikliğin oluşumunu engelleyen bir fonksiyon icra etmektedir⁵⁶⁴. Bu görüşe göre, suçun temel şeklinin gerçekleştirilmesi bakımından madde gereğince rıza dışılık aranmakta ve dolayısıyla rızanın tipikliğe ait bir unsur olduğu anlaşılmaktadır⁵⁶⁵. Diğer bir görüşe göre ise rıza diğer suçlarda olduğu gibi cinsel saldırı suçunda da hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir etkiye sahiptir⁵⁶⁶. Bir başka görüş rızayı hukuka uygunluk sebebi olarak kabul eden görüşün pragmatik, tipikliği ortadan kaldıran neden olduğu görüşünün ise teorik bakımdan daha isabetli olduğunu ifade etmekte, netice olarak teorik temele dayanarak rızanın tipiklik unsuru olduğunu kabul etmektedir⁵⁶⁷. Bu görüş aynı zamanda rızanın hukuka uygunluk nedeni olarak görülmesi halinde hakim hareket alanının genişlediğini, tipikliği ortadan kaldıran neden olarak görüldüğünde ise hakim hareket alanının daraldığını belirtmektedir⁵⁶⁸.

Yargıtay, rızanın cinsel saldırı suçunda hukuka aykırılığı ortadan kaldırdığına ilişkin içtihat oluşturmaktadır⁵⁶⁹.

Kanaatimizce rıza, bu suçta da diğer suçlarda olduğu gibi hukuka aykırılığı ortadan kaldırıcı etki niteliğine sahiptir. Elbette rızanın cinsel saldırı suçunun gerek basit

⁵⁶⁴ KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 374; ALŞAHİN, Cinsel Saldırı Suçu (TCK m.102), s. 877; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır'a göre, evli bir kadın veya erkeğin başka biriyle birliktelik yaşaması halinde rıza bulunmasından dolayı ortada saldırı sayılacak bir eylem bulunmadığından suç oluşmayacaktır. Ancak bu durumda da eylem hukuka aykırı olmaya devam edecektir. Bu nedenle cinsel saldırı suçunda rıza, hukuka aykırılığı değil tipikliği ortadan kaldırıcı bir etkiye sahiptir. Bkz. ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 387.

⁵⁶⁵ AKBULUT, Rızanın Niteliği, s. 269; Özgenç de onbeş yaşını tamamlamış çocuklar arasında gerçekleşen ancak cinsel birleşmeye varmayan davranışlarda açıklanan rızanın fiili suç olmaktan çıkardığını, ancak hukuka uygun hale getirmedini savunarak tipikliği kaldıran rıza ile hukuka uygunluk sebebi oluşturan rıza ayırımına dikkat edilmesi gerektiği görüşündedir. Bkz. ÖZGENÇ, İzzet: "Cinsel Dokunulmazlığa Karşı İşlenen Suçlar Bakımından İlgilinin Rızasının Ceza Hukuku Sorumluluğu Üzerindeki Etkisi", Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 24(2), 2020, s. 263.

⁵⁶⁶ YENİDÜNYA, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, s. 3289; ÜNVER, Karşı Suçlar, s. 300; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 363; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s. 347; CENTEL/ZAFER, s. 244.

⁵⁶⁷ İBA, Hasan: "Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlarda Rızanın Hukuki Niteliği", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 29, 2023, s. 135.

⁵⁶⁸ İBA, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlarda Rızanın Hukuki Niteliği, s. 135.

⁵⁶⁹ Bkz. Yargıtay C.G.K'nın 20.12.2011 tarihli, 2011/5-230 E. ve 2011/273 K. sayılı kararı; Yargıtay 14. Ceza Dairesi'nin 03.05.2017 tarihli, 2016/8681 E., 2017/2375 K. sayılı kararı, <https://karararama.yargitay.gov.tr/> (e.t. 07.02.2025).

hali ve gerekse nitelikli hali bakımından son derece önemli, hatta en belirleyici faktör olduğunu, rıza varsa suçun oluşmayacağını yoksa suçun oluşacağını, dolayısıyla bu suç bakımından adeta bir unsur işlevi bulunduğunu kabul etmek gerekir. Ancak özellikle belirtmek gerekir ki, rıza suç tipinde bulunmamaktadır. Yani suçu düzenleyen kanun hükmünün herhangi bir yerinde, “rızası hilafına” veya “rızasına rağmen” ya da “rızasına aykırı olarak” şeklinde bir ibare geçmemektedir. Dolayısıyla rıza, açık bir şekilde tipiklikte bulunmamaktadır. Bu sebeple de ayrıca rızanın tipiklik kapsamındaki bir unsur olmadığını düşünmekteyiz.

Hukuka aykırılığı ortadan kaldıracak rızanın, gerek cinsel davranışa ve gerekse de cinsel davranışın gerçekleştiriliş şekline yönelik olması gerektiğini vurgulamak gerekir⁵⁷⁰. Örneğin ilgilinin, sadece vücuduna dokunulmasına rıza göstermiş olmasına rağmen failin mağdura vajinal veya anal yoldan organ sokması halinde cinsel saldırı suçunun nitelikli halinin oluştuğunu kabul etmek gerekecektir⁵⁷¹.

Yargıtay’ın bir kararından anlaşıldığı üzere görünüşte rıza da suçu ortadan kaldıracı niteliğe sahiptir⁵⁷². Görünüşte rıza dipnotta yer verdiğimiz karardan da anlaşılacağı üzere, mağdurun gerçek, hakiki iradesinin rızaya yönelik olmamasına rağmen faile rızası varmışçasına davranması ve failin de mağdurun rızasının olduğu kabulüyle hareket etmesi durumudur.

Belirtmek gerekir ki ilgilinin rızasının tipikliğe mi yoksa hukuka aykırılığa mı dahil olduğu yalnızca teorik bir tartışma olmayıp pratik bakımından da belirli sonuçları bulunan bir tartışmadır. Bu sonuçlar özellikle hata konusuyla ilgili ortaya çıkmaktadır. Rızanın tipikliği kaldırıcı etkide olduğu kabul edildiği takdirde bu husus, TCK m.30/3

⁵⁷⁰ ÖZBEK/DOĞAN/BACAŞIZ, s.347; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 387.

⁵⁷¹ ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 387.

⁵⁷² Karar için bkz. TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 364 284. dipnot.

değil TCK m.30/1 kapsamında değerlendirecek, hatanın böylelikle kaçınılmaz olması gerektiği aranmayacağından faile cezasızlık bakımından geniş bir alan bırakılmış olacaktır⁵⁷³.

Mağdurun rızasında hata olduğu takdirde, rıza suç tipi açısından tipte olmadığından ve bir hukuka uygunluk sebebi teşkil ettiğinden, TCK m.30/3 gündeme gelecektir⁵⁷⁴. Dolayısıyla burada hatanın kaçınılmaz olması aranacak, fail ceza sorumluluğundan basit bir yanılma ile kurtulamayacak ve hata hükümlerine geniş bir alan açılmayacaktır. Örneğin, fail ile mağdurun bara gittikleri mağdurun cinsel ilişkiye rızasının olduğunun fail tarafından anlaşıldığı ve fakat mağdurun bayılması sonrasında failin mağdurla birliktelik kurduğu bir durumda, rıza verildikten sonra geri de alınabileceğinden eylem sırasında mağdurun artık rızasını geri alamayacak bir durumda bulunması, yani ayırt etme gücünün bulunmaması önceden verilmiş rızayı işlevli kılmayacaktır. Bu nedenle, failin burada önceden verilmiş rızanın eylemi hukuka uygun hale getirdiğini düşündüğü durumda, rızanın hukuki bakımdan geçerliliğine ilişkin bir hataya düşmesi ve TCK m.30/4'ün gündeme gelmesi söz konusu olabilecektir. Burada failin düştüğü hatanın kaçınılabilir olup olmaması bakımından her somut olay özelinde ayrı değerlendirme yapılabilecektir.

Diğer hata hali ise mağdurun yaşında söz konusu olabilir. Bilindiği üzere, failin 18 yaşından küçük olması durumunda çocukların cinsel istismarı suçu oluşmaktadır. Mağdurun yaşı her iki suç bakımından da tipikliğin objektif unsurunu temsil ettiğinden

⁵⁷³ Tezcan/Erdem/Önok'a göre, rızanın tipikliği ortadan kaldıran bir etkiye sahip olduğu kabul edildiği takdirde, rızanın varlığı konusunda yanılan failin yanılması, kendi kusuruyla yanılmış olsa bile kastı ortadan kaldıracaktır. Böylelikle bu suç da ancak kasten işlenebildiği için fail beraat edecektir. Örneğin, çok sarhoş olan bir kadınla onun bu halinden faydalanarak birlikte olan, ancak sarhoş olduğunu bilmediğini ifade eden failin beraat etme imkanı bulunacaktır. Ayrıntılı bilgi için bkz. TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 363, 364.

⁵⁷⁴ ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s. 349; Karş. KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 374.

buradaki hatanın kaçınılmaz olması gibi bir zorunluluk olmayıp, mağdur 18 yaşından küçük olmasına rağmen failin bu konuda hataya düşmesi halinde artık TCK m.102 gündeme gelecektir. Bu ihtimalde, yani mağdurun yaşında hataya düşülmesi halinde esasında TCK m.102'nin de tipikliği oluşmamaktadır. Ancak burada TCK m.102 ile m. 103 arasında genel norm özel norm ilişkisinin bulunduğu ve failin böyle bir hata halinde genel norm olan TCK m.102'den sorumlu olması gerektiği ileri sürülebilir. Bu hatanın varlığı bakımından, fail ve mağdurun kültürel durumu, içinde yaşadıkları sosyal çevre, mağdurun dış görünümü, fail ile mağdurun önceye dayalı bir ilişkilerinin bulunup bulunmadığı gibi hususlar göz önünde bulundurulmalıdır⁵⁷⁵.

5.4 Kusurluluğu Etkileyen Haller

5.4.1 Yaş Küçüklüğü

Burada incelenmesi gereken husus, cinsel saldırının failinin 18 yaşından küçük çocuk olması halinde TCK'nın genel hükümleri uyarınca nasıl uygulama yapılması gerektiğidir. 5237 sayılı TCK'nın 31. maddesinde, çeşitli yaş kategorileri belirlenerek 18 yaş altı olarak nitelendirilen çocukların kusur yetenekleri ve yaş küçüklüklerinin ceza sorumlulukları üzerindeki etkisi bir düzenlemeye tabi tutulmuş, üç ayrı yaş kategorisi oluşturulmuştur⁵⁷⁶. Türk Hukukunda yaş küçüklüğü konusunda bu üç dönem için de farklı sonuçlar öngörülmüştür⁵⁷⁷.

Kanun'un oluşturduğu birinci yaş grubu 12 yaşın altında olanlar olup bu yaş grubundaki çocukların kusur yeteneklerinin olmadığı mutlak olarak kabul edildiğinden,

⁵⁷⁵ ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s. 349.

⁵⁷⁶ ÖZGENÇ, Genel Hükümler, s. 468; KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 16. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023, s. 320.

⁵⁷⁷ CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide/YENERER ÇAKMUT, Özlem: Türk Ceza Hukukuna Giriş, Beta Yayıncılık, 12. Baskı, İstanbul 2023, s. 407.

bu yaş grubu bakımından herhangi bir kusur araştırması yapılmasına gerek bulunmamaktadır⁵⁷⁸. Bu yaş grubundaki çocuğun ceza sorumluluğu yoktur⁵⁷⁹. Bu nedenle, gerek basit ve gerekse nitelikli cinsel saldırı suçunu gerçekleştiren bir kişinin 12 yaşını doldurmamış bir çocuk olması halinde herhangi bir ceza ile karşılaşması mümkün olmayacaktır. Ancak dikkat edilmesi gerekir ki, herhangi bir suç işleyen çocuk 12 yaşını doldurmamış olsa bile hakkında kovuşturma dışında kalan soruşturma işlemleri yapılabilecek ve Kanun'un öngördüğü çocuklara özgü güvenlik tedbirlerine başvurulabilecektir⁵⁸⁰. Bu nedenle, cinsel saldırı suçunun gerek basit ve gerekse nitelikli halini işleyen 12 yaşın altındaki bir çocuk hakkında ilgili soruşturma işlemleri yapılabilecek ve bunun sonucunda çocuklara özgü güvenlik tedbirlerine hükmedilebilecektir.

Kanun'un belirlediği diğer yaş grubu 12-15 yaş aralığında bulunan çocuklardır. Kanun koyucu bu yaş grubundaki çocuklar bakımından, algılama ve irade yeteneğinin her somut olayda tetkik edilmesi gerektiğini ve varılan sonuca göre, çocuk hakkında ceza veya güvenlik tedbirine hükmolunması gerektiğini düzenleme altına almıştır⁵⁸¹. Dolayısıyla bu yaş aralığındaki çocuklar cinsel saldırı suçunu meydana getirmeleri halinde ikili bir ayırıma tabi tutulacak, cinsel saldırı fiilini işleyen 12-15 yaş aralığındaki çocuğun cinsel saldırı fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayabileceği tespit edildiği takdirde hakkında kovuşturma yapılması ve indirimli de olsa cezaya hükmolunması mümkün olacaktır. Ancak cinsel saldırı eylemi bakımından kusur yeteneğinin bulunmadığına karar verilmesi halinde ise ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilmesi

⁵⁷⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZGENÇ, Genel Hükümler, s. 469 vd.

⁵⁷⁹ KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 321.

⁵⁸⁰ ÖZGENÇ, Genel Hükümler, s. 469.

⁵⁸¹ ÖZGENÇ, Genel Hükümler, s. 470.

gerekecektir. Bu halde ilgili çocuk hakkında çocuklara özgü güvenlik tedbirlerine başvurulacaktır.

Son yaş grubu 15-18 yaş grubundaki çocuklar olmakla beraber kural olarak bu yaş aralığındaki çocukların ceza sorumlulukları bulunmaktadır. Dolayısıyla istisnai bir durum söz konusu olmadıkça bu yaş grubundaki çocukları bakımından TCK m.31/3'te gösterilen indirimlere uygun olarak cezaya hükmolunması mümkün olacaktır.

5.4.2 Geçici Nedenler, Alkol ve Uyuşturucu Madde Etkisinde Olma

TCK m.34/1'de, geçici bir nedenle veya irade dışı alınan alkol veya uyuşturucu madde etkisiyle gerçekleştirdiği hareketin hukuki manasını ve sonuçlarını algılayamayan veya bu hareketle ilgili davranışlarını yönlendirme kabiliyeti önemli ölçüde azalan kişiye ceza verilmeyeceği öngörülmüştür. Elbette bir geçici nedenin kabulü için bunun kişinin algılama yeteneğini zedelemesi ve bu geçici nedenin oluşmasında failin taksirinin dahi bulunmaması gerekmektedir⁵⁸². Dolayısıyla; geçici nedenin oluşturulmasında failin bir kusurunun bulunmaması gerekmekte olup, aksi takdirde fail geçici nedenden yararlanamayacaktır⁵⁸³. Bu kapsamda, kişinin geçici bir nedene dayanarak veya kendi iradesi dışında alkol veya uyuşturucu madde etkisindeyken gerçekleştireceği cinsel saldırıdan ceza sorumluluğu doğmayacaktır.

TCK m.34/2'de ise iradi olarak alınan alkol veya uyuşturucu madde etkisindeyken suç işlenmesi halinde ceza sorumluluğunun olacağına ilişkin hükme yer verilmiştir. Bu kapsamda genel kural fiilin işlenmesi sırasında kusur yeteneğinin aranması olsa da doktrinde sebebinde serbest hareketler kuramı (actio libera in causa, ALIC) olarak ifade edilen kural ve bu hüküm gereğince, kişinin taksirle dahi kendisini kendi iradesiyle alkol

⁵⁸² Ayrıntılı bilgi için bkz. KOCA/ÜZÜLMEZ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 331-333.

⁵⁸³ CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 430.

veya uyuşturucu etkisine sokması durumunda cinsel saldırının anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği o an için sona erse dahi bu gerçekleştireceği cinsel saldırıdan dolayı sorumlu olması gerekecektir.

5.4.3 Haksız Tahrik

Haksız tahrik; cezayı azaltıcı kişisel ve genel yasal neden olup, haksız tahrik durumunda fail daha az kusurlu sayılmaktadır⁵⁸⁴. Haksız tahrik bir hukuka uygunluk nedeni olmamakla birlikte, aynı zamanda TCK’da yer alan haksız tahrik düzenlemesiyle tahrik ve tepki fiilleri arasında bir denge gözetilmesi de amaçlanmamıştır⁵⁸⁵. Ancak belirtilmektedir ki, tepki olarak işlenen fiilin tahrik fiiline kıyasla çok daha önemli bir hukuki varlık veya menfaati ihlal etmesi halinde haksız tahrikin uygulanıp uygulanmaması ile ilgili olarak tereddüt oluşabilmektedir⁵⁸⁶. Cinsel saldırı suçu da bu bakımdan önem arz etmekte olup tahrik niteliğindeki bir eyleme karşı cinsel saldırı fiilinin işlenip işlenemeyeceği, işlendiği takdirde haksız tahrik hükümlerinin uygulanıp uygulanamayacağı belirsizdir.

Doktrinde bu konuda ilk olarak herhangi bir orantılılık aranmasa da bu tür bir çözümün noktasında tahrik edici eylem ile hiddet ve şiddetli elem altında işlenen fiil arasında nedensellik ilişkisinin varlığının tespit edilmesi gerektiği savunulmakta, ciddi oransızlık olsa da tepki eylemini doğuran tahrik edici fiil olduğunun tespit edilmesi gerektiği ileri sürülmektedir⁵⁸⁷. Bu kapsamda da örneğin hırsızlık şeklindeki haksız tahrik eylemine karşı cinsel istismarda bulunma eyleminin hiddet ve elemle bağdaşmayacağı,

⁵⁸⁴ CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 445.

⁵⁸⁵ ÖNTAN, Yaprak: “Haksız Tahrike Tepki Fiili Olarak İşlenebilecek Suçlara İlişkin Genel Değerlendirmeler”, Ceza Hukuku Dergisi, 15(44), 2020, s. 957.

⁵⁸⁶ ÖNTAN, s.957; CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT’a göre, haksız tahriki oluşturan fiil ile işlenen suç arasında bir orantı bulunması gerekmektedir. Bkz. CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 451.

⁵⁸⁷ ÖNTAN, s. 957.

cinsel hazzın bu hiddet ve elemenden kaynaklanmayacağı ileri sürülmektedir⁵⁸⁸. Gerçekten de böyle bir hususa karşı gerçekleştirilen cinsel saldırının haksız tahrike bağlanması mümkün değildir. Ancak belirtmek gerekir ki, hiçbir durumda haksız tahrike karşı cinsel saldırı gerçekleştirilmeyeceğinin de ileri sürülmesi TCK düzenlemesi karşısında isabetli olmayacaktır.

Bu kapsamda açıklık getirilmesi gereken bir diğer bir ihtimal ise cinsel saldırı eyleminin mağdurunun buna karşılık olarak şiddetli hiddet ve elemle cinsel saldırı gerçekleştirmesi durumunda haksız tahrik hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağıdır⁵⁸⁹. Yargıtay güncel tarihli kararlarında böyle bir durumda haksız tahrik hükümlerinin uygulanabileceğine hükmetmektedir⁵⁹⁰. Yargıtay'ın benzer nitelikte başka bir kararı da bulunmaktadır⁵⁹¹. Bu kararlar kapsamında Yargıtay'ın cinsel saldırı suçunun haksız tahrik altında işlenebileceğini kabul ettiğini ve bu yönde uygulama yaptığını ortaya koymak gerekmektedir.

TCK'da haksız tahrikin uygulanacağı suçlara ilişkin herhangi bir sınırlama öngörülmemiştir. Dolayısıyla, her suç bakımından haksız tahrik hükümlerinin uygulanabileceği savunulabilir. Ancak ifade etmek gerekir ki, tahrik olarak gerçekleştirilen fiil ile tahrike tepki olarak işlenen eylem arasında nedensellik ilişkisi yanı sıra bir mantıksal illiyetin de bulunması aranmalıdır. Bu nedenle, yukarıda belirtildiği gibi hırsızlık eylemine karşı cinsel saldırı ile tepki verilmesi durumunda haksız tahrik hükümlerinin uygulanmaması gerektiğini düşünmekteyiz.

⁵⁸⁸ ÖNTAN, s. 957.

⁵⁸⁹ Bu konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ÖNTAN, s. 957 vd.

⁵⁹⁰ Yargıtay 14. C.D., T. 09.02.2016, E. 2015/8193, K. 2016/981, <https://karararama.yargitay.gov.tr/> (e.t. 07.02.2025).

⁵⁹¹ Yargıtay 14. C.D., T. 23.02.2015, E. 2014/7973, K. 2015/2105, <https://karararama.yargitay.gov.tr/> (e.t. 07.02.2025).

Buna karşılık, dipnotlarda yer verdiğimiz kararlarda yer alan örneklerde, yani herhangi bir cinsel ilişki, münasebet veya cinsel saldırının doğurduğu hiddet ve şiddetli eleme karşılık cinsel saldırıda bulunulması durumunda tahrik fiili olan cinsel eylem ile tepki olarak işlenen cinsel saldırı arasında mantıksal bir bağ bulunacağını, TCK’da haksız tahrik hükümlerinin uygulanması bakımından herhangi bir suç sınırlaması da getirilmediğinden bu kararların isabetli olduğunu düşünmekteyiz.

5.4.4 Haksızlık Yanılgısı

Haksızlık yanılgısı TCK m.30/4’te, düzenlenmiş, hüküm uyarınca gerçekleştirdiği eylemin haksız olduğu konusunda kaçınılmaz hataya düşen failin cezalandırılmayacağı öngörülmüştür. Haksızlık yanılgısı halinde, kişi işlediği fiilin hukuk düzenince yasaklandığını bilmemektedir⁵⁹².

Cinsel saldırı suçunu işleyen failin TCK m.30/4 kapsamında haksızlık yanılgısına düşmesi söz konusu olabilmektedir. Yargıtay halihazırdaki uygulamasında, müteaddit defa cinsel saldırıya uğrayan mağdurun kendisini cinsel saldırıya maruz bırakan kişiyi öldürmesi durumunda, haksız tahrik indirimi uygulayarak cinsel saldırı mağdurunu mahkum etmektedir⁵⁹³. Buna karşılık Yargıtay’ın bu durumda meşru savunmada sınırın aşılması hükmünü tatbik ederek sanığı cezalandırmadığı da görülmektedir⁵⁹⁴.

Doktrindeki birtakım görüşlere göre, bu tür bir durumda, şiddete maruz kalmış kadın sendromunda bulunan mağdurun tekrarı muhakkak bir saldırı altında bulunması söz

⁵⁹² KOCA/ÜZÜLMEZ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 369.

⁵⁹³ Yargıtay 1. C.D., T. 05.02.2018, E. 2017/90, K. 2018/284, <https://karararama.yargitay.gov.tr/> (e.t. 07.02.2025). Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ERGÜNE, Elif/DEMİREL, Muhammed: “Müteaddit Defa Cinsel Saldırı Suçunun Mağduru Olan Kadının ‘Muhtemel Cinsel Saldırıya’ Binaen Faili Öldürmesine İlişkin ‘Birbiriyle Çelişen’ İki Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi, Prof. Dr. Türkan Rado’nun Anısına Armağan, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, 2020, s. 165.178.

⁵⁹⁴ Yargıtay 1. C.D., T. 13.07.2011, E. 2011/1267, K. 2011/4491, <https://karararama.yargitay.gov.tr/> (e.t. 07.02.2025).

konusu olduğundan meşru savunma veya meşru savunmada sınırın aşılması şartları kapsamında hareket ettiğinin kabul edilmesi gerektiği ileri sürülmektedir⁵⁹⁵. Bir görüşe göre, burada suçun hukuka aykırılık unsuru ortadan kalkmayıp failin kusuru bulunmamaktadır⁵⁹⁶. Doktrindeki başka görüşe göre ise bu tür bir durumda meşru savunmanın veya meşru savunmada sınırın aşılması hükümlerinin tatbik edilmesinin mümkün olmadığı, bu durumda haksızlık yanılığı çerçevesinde değerlendirme yapılması gerektiği ileri sürülmektedir⁵⁹⁷. Yazarlar bu tür bir durumda, cinsel saldırı mağdurlarının öldürme eylemlerinde meşru savunma şartları içerisinde değil, meşru savunma yaptıkları zannıyla hareket ettiklerini savunmaktadırlar. Doktrindeki bir başka görüş ise, örselenmiş kadın sendromu durumlarında akıl hastalığına bağlı mazeret nedeninin düşünülmesi gerektiğini ortaya koymaktadır⁵⁹⁸. Bu görüştekilere göre; örselenmiş kadın sendromuna maruz kalan kişinin kendisini buna maruz bırakan kişiyi öldürmesi durumunda, hukuka aykırılık ortadan kalkmamakta, fiilin haksızlık ve kusur içeriğini önemli ölçüde azaltan

⁵⁹⁵ MERMURTLUOĞLU, Ceren: “Ceza Hukukunda Kadın ve Haksız Tahrik”, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), 2017, s. 111; ERDEN TÜTÜNCÜ, Efser: “Örselenmiş Kadın Sendromu Argümanının Türk Hukukunda Meşru Savunma Kapsamında Uygulanabilirliği Üzerine Düşünceler”, Fasikül Hukuk Dergisi, Say: 111, 2019, s. 479; EROĞLU, Fulya/ÖZEROĞLU, Alev: “Kötü Muameleye Maruz Kalmış Kadın Sendromunun Meşru Savunma Açısından Değerlendirilmesi”, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 5, Sayı: 1, 2020, s. 1478; Nadir’e göre, örselenmiş kadın sendromunda bulunanlara karşı meşru savunma kurumunun düşünülmemesi, tipik bir meşru savunma halinden çok daha vahim ve kapsamlı bir şiddet biçiminin meşru savunma dışına itildiğinin kabulünü göstermektedir. Bkz. NADİR, İlkey: Örselenmiş Kadın Sendromu: Geleneksel Meşru Savunma Doktrini Karşısında Sürekli Şiddet Hali, Adalet Yayınevi, 1. Baskı, Ankara 2024, s. 127; Erden Tütüncü’ye göre, bu tür durumlarda TCK m.27/2’de yer alan meşru savunmada sınırın aşılması hükmünün uygulanabilmesi mümkündür. Bkz. ERDEN TÜTÜNCÜ, Örselenmiş Kadın Sendromu, s. 478; Eroğlu/Özeroğlu’na göre, bitmek bilmeyen bir şiddet döngüsü içinde kalan kadının, o an için mevcut bir saldırı olmasa bile tekrarlanması muhakkak bir saldırı altında bulunduğunu kabul etmek gerekmektedir. Bkz. EROĞLU, Fulya/ÖZEROĞLU, Alev: “Kötü Muameleye Maruz Kalmış Kadın, s. 1428.

⁵⁹⁶ APAYDIN, Cengiz: “Kötü Muameleye (Şiddete) Maruz Kalan Kadın Reaksiyonunun Meşru Savunma Hukukundaki Yansımaları”, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt: 12, Sayı: 125, 2017, s. 51.

⁵⁹⁷ ERGÜNE/DEMİREL, s. 175.

⁵⁹⁸ Bu görüş hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. TAŞKIN, Ozan Ercan: “Kötü Muameleye Maruz Kalmış Kadın Reaksiyonu: Meşru Savunma mı, Mazeret Nedeni mi?”, Ceza Hukuku Dergisi, 8(21), 2013, s. 114 vd; Aynı yönde bkz. APAYDIN, Cengiz: Meşru Savunma, Seçkin Yayıncılık, 4. Baskı, Ankara 2023, s. 217, 218.

ve bu sebeple kanun koyucunun faili cezalandırmaktan kaçınması sonucunu doğuran bir mazeret nedeni bulunmaktadır⁵⁹⁹.

Kanaatimizce de yer verdiğimiz Yargıtay kararlarına konu olaylarda meşru savunma veya meşru savunmada sınırın aşılması şartları bulunmamaktadır. Çünkü her iki örnekte de öldürme eylemlerinin gerçekleştiği sırada devam eden veya devamı muhakkak bir saldırı söz konusu değildir⁶⁰⁰. Özellikle uyku durumunda bulunan saldırganları uykusunda öldüren kişilerin olaylarında meşru savunma veya meşru savunmada sınırın aşılması kurumuna başvurulması meşru savunmanın sınırlarını aşırı şekilde genişletecektir. Belirtmek gerekir ki, meşru savunmanın en temel koşullarından birisi, saldırının mevcut veya muhakkak olması koşuludur⁶⁰¹. Defalarca şiddete maruz kalmış kişinin, kendisine yönelik şiddetin tekrar uygulanacağını düşünmek için geçerli sebepleri bulursa dahi şiddete yönelik icra hareketleri başlamamış veya uykusundaki kişinin şiddet göstereceğine dair herhangi bir emare somut olayın koşullarında bulunmuyor olabilecektir. Bir diğer ifadeyle meşru savunma koşulları oluşmasa dahi şiddete maruz kalmış kadın sendromu cezai sorumluluğu ortadan kaldıracıdır.

Cinsel saldırı mağdurlarına yönelmiş ciddi bir haksızlık zinciri olduğundan kişilerin bunu önlemek ve bu fiillerin verdiği zulmü ortadan kaldırmak amacıyla öldürme fiiline son çare olarak başvurdukları da açıkça anlaşılmaktadır. Bu kapsamda kanaatimizce de doktrinde belirtildiği şekilde bu ihtimallerde kişilerin yaptıkları eylemin haksızlık oluşturduğu konusunda kaçınılmaz bir hataya düştüklerini kabul etmek ve TCK m.30/4'ü tatbik etmek veya geçici neden kurumuna başvurmak düşünülmelidir.

⁵⁹⁹ APAYDIN, s. 218.

⁶⁰⁰ Aynı yönde bkz. TAŞKIN, Meşru Savunma mı, Mazeret Nedeni mi?, Ceza Hukuku Dergisi, Sayı: 21, 2013, s. 117.

⁶⁰¹ TOPÇU, Namık Kemal: Meşru Savunma İngiliz ve Amerikan Hukukuyla Karşılaştırmalı, Adalet Yayınevi, 1. Baskı, Ankara 2022, s. 377.

6. CİNSEL SALDIRI SUÇUNUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ,

YAPTIRIM, YARGILAMA USULÜ VE İNFAZ REJİMİ

6.1 Suçun Özel Görünüş Şekilleri

6.1.1 Teşebbüs

Cinsel saldırı suçunun birinci fıkrasında suçun temel hali ile sarkıntılık düzeyinde kalması, ikinci fıkrasında ise nitelikli hali olan organ veya sair cisim sokulması düzenlenmiştir. Bu sebeple, teşebbüs hükümlerinin suçta nasıl tatbik edileceği ele alınırken bu hususlar ayrı ayrı göz önüne alınarak belirleme yapılması gerekmektedir⁶⁰². Dolayısıyla, bu ayırımların yapılması ve failin kastının ne tür bir cinsel saldırı gerçekleştirmeye yönelik olduğunun açıkça ortaya koyulması gereklidir⁶⁰³.

İlk olarak ifade etmek gerekir ki, suçun gerek basit ve gerekse nitelikli haline teşebbüs mümkündür⁶⁰⁴. Hem basit cinsel saldırının hem de nitelikli cinsel saldırının sırf hareket suçu olduğunu, dolayısıyla tamamlanmaları için failin cinsel arzularını tatmin etmesine gerek bulunmadığını, bu nedenle de bu husus dikkate alınarak teşebbüs hükümlerinin uygulanması gerektiğini de belirtmek gerekir⁶⁰⁵. Bir başka ifadeyle cinsel saldırı suçu, failin mağdurun vücudu üzerinde cinsel bakımdan ihlal niteliğindeki davranışı yapmasıyla tamamlanacaktır ve failin eylemi sonucunda illa ki cinsel yönden

⁶⁰² Ünver, failin ister vajinal veya oral organlara bir cisim sokmak istersen anal yoldan vücuda bir şey sokmak olsun, saptanması ve gerçekleştirilen eylemin nitelikli bir cinsel saldırı mı, buna teşebbüs mü, yoksa basit cinsel saldırı suçunu mu oluşturduğunun saptanması gerektiğini ifade etmektedir. Bkz. ÜNVER, Cinsel Suçların Eleştirel Olarak İncelenmesi, s. 39.

⁶⁰³ AKKAYA, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, s. 138.

⁶⁰⁴ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 365; ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞIZ, s. 350; SEVÜK, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 394; AKKAYA, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, s. 135.

⁶⁰⁵ KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 383; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 365; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 388; SEVÜK, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 394; AKKAYA, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, s. 135.

şehvi hislerini tatmin edip etmediği suçun tamamlanması bakımından önem arz etmeyecektir⁶⁰⁶. Karşılaştırmalı hukukta da cinsel saldırı sırf hareket suçu olarak kabul edilip cinsel davranışın gerçekleştirilmesiyle tamamlanmaktadır⁶⁰⁷.

Cinsel saldırı suçunu elverişli hareketlerle işlemeye yönelik icra hareketlerine başlayıp da elinde olmayan nedenlerle icra hareketlerini tamamlayamayan fail, teşebbüs hükümlerinden dolayı sorumlu tutulacaktır⁶⁰⁸. Elbette suça teşebbüsün söz konusu olabilmesi için icra hareketlerinin kısımlara ayrılabilirdiği bir cinsel saldırı eyleminin gündeme gelmesi gerekecektir⁶⁰⁹. Yani cinsel saldırı suçu sırf hareket suçu olarak düzenlendiğinden, ancak hareketlerin kısımlara ayrıldığı durumlarda teşebbüs hükümlerinin uygulanması söz konusu olacaktır⁶¹⁰. Dolayısıyla somut olayda, tespitinin kolay olmadığını kabul etmekle birlikte failin kastının suçun temel şekline yönelik olduğunun ortaya koyulması halinde suçun temel şekline de teşebbüs edilebilecektir⁶¹¹.

Bu aşamada, sarkıntılık hususuna değinmek gerekmektedir. Bir görüşe göre, cinsel saldırının sarkıntılık düzeyinde kalmış haline teşebbüs mümkün olmayacak, suçun sarkıntılık düzeyinde kalıp kalmadığının tespiti ancak failin tamamlanan fiiline göre belirlenecektir⁶¹². Dolayısıyla bu görüş çerçevesinde suçun sarkıntılık halinde kalan şekline teşebbüs mümkün değildir⁶¹³. Ancak cinsel davranışın sarkıntılık boyutunda gerçekleştirilecek olması durumunda, failin kastının suçun temel şekline mi, yoksa daha az cezayı gerektiren sarkıntılığa mı yönelik olduğunu tespit etmek ispat bakımından zordur. Sarkıntılık açısından failin kastının ani hareketle eylemini gerçekleştirmeye

⁶⁰⁶ ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s. 350.

⁶⁰⁷ İtalya'daki durum hakkında bilgi için bkz. TANER, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s. 271

⁶⁰⁸ SEVÜK, Cinsel Saldırı ve Cinsel Taciz Suçları, s. 253.

⁶⁰⁹ ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 388.

⁶¹⁰ AKKAYA, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, s. 135.

⁶¹¹ TÖTÖNCÜ, Teşebbüse İlişkin Sorunlar, s. 629.

⁶¹² KOCA/ÖZÜLMEZ, s. 384.

⁶¹³ AKKAYA, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, s. 136.

yönelik olduğu dikkate alındığında, örneğin mağdura “göğüslerine bir kez dokunmak istiyorum” diyen failin mağdura tam elini uzatmışken yakalanması durumunda sarkıntılığa teşebbüs hükümlerinin uygulanması gündeme gelebilir⁶¹⁴. Yargıtay da cinsel saldırının sarkıntılık düzeyinde kalmış haline teşebbüsün mümkün olduğunu kabul etmektedir⁶¹⁵. Kanaatimizce, failin mağdura yönelik cinsel davranış biçiminde hamle yaptığı, ancak bedensel teması hiçbir şekilde gerçekleştiremediği hallerde, şüphe sanık lehine yorumlanır prensibi de dikkate alınarak cinsel saldırının sarkıntılık düzeyinde kalmış haline teşebbüsten hüküm kurulması hukuken isabetli olacaktır. Ancak belirtmek gerekir ki, failin mağdura temas edemeden eylemini bırakmak zorunda kaldığı her durum için doğrudan bir değerlendirme ile sarkıntılığa teşebbüsten hüküm kurmak isabetsiz olacaktır. Burada her somut olay kendi içerisinde değerlendirilmeli, failin temas olmaksızın başladığı icra hareketlerinin failin temel haline yönelik olduğunun tespit edildiği durumda temel hale teşebbüsten hüküm kurulması gerekecektir⁶¹⁶. Bu noktada önemli olan failin tasavvur ettiği failin icrasında hangi aşamaya geldiği ve buradan yola çıkarak kastını tespit etmek ve ona göre hüküm kurmaktır.

Türk doktrininde suçun işlenmesi için araç olarak kullanılabilen tehdit ve şantajla salt olarak başvurulması teşebbüs hükümlerinin uygulanması için yeterli görülmemekte, mağdura bedensel teması sağlamaya yönelik hareketlere mutlaka başvurulması

⁶¹⁴ SEVÜK, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 395; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 366.

⁶¹⁵ Yargıtay 14. C.D., T. 27.03.2019, E. 2015/8942, K. 2019/8556, <https://karararama.yargitay.gov.tr/> (e.t. 07.02.2025). Yargıtay aynı şekilde cinsel istismar suçunda da sarkıntılığa teşebbüsün olabileceğini kabul etmektedir. Bkz. Yargıtay 14. CD., T. 03/05/2016, E. 2016/2584, K. 2016/4499, <https://karararama.yargitay.gov.tr/>

⁶¹⁶ Bu hususla ilgili benzer bir durum TCK m.86’da yer alan kasten yaralama suçu bakımından da söz konusudur. Orada da basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek yaralayama teşebbüsün uygulanıp uygulanmayacağı hususu tartışmalıdır. Tezcan/Erdem/Önok, bizim cinsel saldırı suçunda savunduğumuza benzer şekilde failin kastına göre uygulama yapılması gerektiğini, failin kastının 86/1’e yönelik olması durumunda bu hale teşebbüsten 86/2’ye yönelik olması durumunda ise buraya teşebbüsten hüküm kurulması gerektiğini isabetli şekilde ifade etmektedirler. Bkz. TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 250.

gerekliliği teşebbüs için aranmaktadır. Karşılaştırmalı hukukta ise salt silahlı tehdit eylemi dahil teşebbüs hükümlerinin uygulanması açısından yeterli görülmektedir⁶¹⁷. Kanaatimizce de cinsel saldırı suçlarının işlenmesi için cebir, tehdit veya hileye mutlaka başvurulması şart olmasa da bunlara başvurularak suçun işlenmesi halinde artık bunlar ayrıca cezalandırılmayan ve suçun içinde eriyen eylemler olmaktadır. Bu sebeple karşılaştırmalı hukuktaki uygulamanın isabetli olduğunu, böyle bir durumda failin tehdide başvurusunun kaçınılmaz şekilde cinsel saldırı kastına yönelik olduğunun tespit edildiği durumlarda teşebbüs hükümlerinin uygulanması gerektiğini düşünmekteyim. Ancak bu uygulama tehditle cinsel saldırı fiilini işleme amacının kesin olarak ortaya koyulduğu hallerde mümkündür. Yani örneğin failin mağduru “seni öpmek istiyorum” diyerek açıkça cinsel saldırıya yönelik fiiliyle birlikte tehdit etmesi durumunda cinsel saldırıya teşebbüs hükümlerinin uygulanması isabetli olacakken, failin mağdura cinsel eylem içeren herhangi bir beyanda bulunmadan salt tehditte bulunması durumunda cinsel saldırıya teşebbüsten hüküm kurulması doğru olmayacaktır.

Failin iktidarsızlığından dolayı eylemi tamamlayamayıp nitelikli cinsel saldırıyı gerçekleştirememesi halinde, işlenemez suçtan söz edilmeyip TCK m.102/2’ye teşebbüs hükümlerinin uygulanması gerekecektir⁶¹⁸. Yargıtay da bu durumda suçun teşebbüs aşamasında kaldığını kabul etmektedir⁶¹⁹.

⁶¹⁷ İtalyan Yargıtay’ı failin silahla fahişe olan mağdureyi korumalı cinsel ilişki karşılığında korunmaksızın cinsel ilişkiye zorlamak için tehdit etmesi eylemini teşebbüs kapsamında değerlendirmiştir. Bkz. TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 366.

⁶¹⁸ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 370; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s. 350; SEVÜK, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 396.

⁶¹⁹ Yargıtay 5. Ceza Dairesi, 27.10.1992, 1491/3363 (Karar için bkz. ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s. 350 92. dipnot).

Bir görüşe göre ise, suçun nitelikli haline teşebbüs mümkün olmayıp ancak ikinci fıkra da yer alan nitelikli hal failin bunu tamamlaması durumunda cezalandırılmalıdır⁶²⁰. Yargıtay ise suçun ikinci fıkrasındaki fiili nitelikli hal kabul etmekle birlikte failin mağdura organ veya sair cisim sokma kastını açıkça ortaya koyduğu, fakat engel sebeple tamamlamadığı hallerde TCK m.102/1'in oluştuğunu değil TCK m.102/2'ye teşebbüsün oluştuğunu kabul etmektedir⁶²¹. Yargıtay'ın aksine ikinci fıkradaki fiilin nitelikli hal değil bağımsız suç tipi olduğu ifade edilerek de aynı yönde uygulama yapılması gerektiği savunulmaktadır⁶²². Kanaatimizce yukarıda yer alan bölümlerde izah ettiğimiz gibi ikinci fıkradaki hal bağımsız bir suç tipi değil nitelikli haldir ve her ne kadar maddenin farklı fıkralarında farklı suçların düzenlendiğinin kabul edilmesine engel bir kural yoksa da nitelikli hale teşebbüse de engel bir ceza hukuku kuralı bulunmamaktadır. Bu kapsamda, Yargıtay'ın kabul ettiği gibi ikinci fıkradaki halin nitelikli hal olduğunu ve somut olayda şartları mevcut olduğu takdirde bu nitelikli hale teşebbüsün mümkün olacağını düşünmekteyiz.

⁶²⁰ Koca/Üzülmez'e göre, ikinci fıkra da yer alan halin nitelikli hal olması nedeniyle, bu nitelikli hal gerçekleşmedikçe faili bundan sorumlu tutmak mümkün olmayacaktır. Bu durumda yazarlara göre fail, suçun basit halinden cezalandırılmalıdır. Bkz. KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 385; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır'a göre, cinsel saldırının vücuda organ veya sair cisim sokularak işlenmesi suçun nitelikli hali olduğu için sokma fiilinin gerçekleşmediği durumlarda failin suçun temel şekline göre cezalandırılması gerekmektedir. Yazarlara göre, örneğin failin zorla kıyafetlerini çıkardığı mağdura cinsel organını sokmaya çalışmasına rağmen mağdurun direnmesi ya da üçüncü bir kişinin gelmesi üzerine fiilin yarıda kalması halinde cinsel saldırı suçunun temel şekli oluşacaktır. Bkz. ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 388.

⁶²¹ Yargıtay 14. C.D., T. 26.09.2017, E. 2014/8697, K. 2017/4204., <https://karararama.yargitay.gov.tr/> (e.t. 07.02.2025).

⁶²² Yenerer Çakmut'a göre, ikinci fıkra da düzenlenen hal ayrı bir suç olarak değerlendirilerek, fiilin tamamlanmaması durumunda ağırlaştırılmış ceza dikkate alınarak ikinci fıkraya teşebbüsten hüküm kurulmalıdır. Bkz. YENERER ÇAKMUT, Cinsel Şiddet Mağduru Kadın, s. 16; Erden Tütüncü'ye göre, birinci fıkradan farklı olarak ikinci fıkra da şehvi hisleri tatmin amacının aranmaması, nitelikli hallerin suçun temel şeklindeki tüm unsurları kapsamayı gerekliliğini karşılamakta, aynı maddenin farklı fıkralarında ayrı suçların düzenlenmesine de bir engel bulunmamaktadır. Bu nedenle, ikinci fıkrayı ayrı suç kabul ederek bu hale teşebbüsün mümkün olduğunu kabul etmek gerekir. Bkz. ERDEN TÜTÜNCÜ, Efser: "Vücuda Organ veya Sair Cisim Sokmak Suretiyle İşlenen Cinsel Saldırı Suçu Bakımından Teşebbüse İlişkin Sorunlar", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 24(2), 2022, s. 633.

Failin mağdura cinsel davranışlarda bulunması halinde kastının temel şekle mi yoksa nitelikli hale mi yönelik olduğu tespiti suça teşebbüs bakımından önem arz etmekte olup bu durum her somut olay özelinde değerlendirilmelidir⁶²³. Esasında, gerek basit cinsel saldırının ve gerekse nitelikli cinsel saldırının başlangıç anlamında icra hareketleri benzer ve ortaktır. Failin kastının basit hale mi, yoksa nitelikli hale mi olduğunu eylemin en başında tespit etmek kolay değildir. Ancak basit hale ve sarkıntılığa teşebbüste yaptığımız ayırım gibi burada da failin kastının önem arz ettiğini, failin başladığı icra hareketlerinden kastının vücuda organ veya sair cisim sokmak olduğunun anlaşıldığı durumlarda, nitelikli hale teşebbüsten hüküm kurulması gerektiğini düşünmekteyiz. Yargıtay cinsel ilişki teklifinde bulunulup yalnızca failin cinsel organını çıkarması durumunda dahi nitelikli hale teşebbüsün oluştuğunu kabul etmektedir⁶²⁴. Kanaatimizce de suçun nitelikli haline teşebbüs olmayacağına dair madde gerekçesi ve metinde herhangi bir ibare ve düzenleme bulunmadığından, suçun nitelikli haline teşebbüs mümkündür⁶²⁵. Elbette failin kastının basit cinsel saldırıya yönelik mi, yoksa nitelikli cinsel saldırıya teşebbüse yönelik mi olduğunun tespiti, her somut olayın kendi içerisinde tarafların yaşları, konumları, olay yerinin özellikleri, suçta kullanılan araçların niteliği, sanığın dış dünyaya yansıyan söz ve fiilleri gibi somut olayı nitelendirmeye yarayan tüm hususlar dikkate alınarak hakim tarafından yapılmalıdır⁶²⁶. Eylemin basit cinsel saldırıya mı, yoksa nitelikli cinsel saldırıya mı yönelik olduğu hususu somut olayda ispat standardı

⁶²³ SEVÜK, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 395.

⁶²⁴ Yargıtay 5. C.D., T. 10.12.2009, E. 2008/10132, K. 2009/14060, <https://karararama.yargitay.gov.tr/> (e.t. 07.02.2025).

⁶²⁵ Aynı yönde bkz. TUĞRUL, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, s. 105.

⁶²⁶ AKKAYA, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, s. 139.

bakımından tam net bir şekilde ortaya koyulamıyorsa, bu durumda şüpheden sanık yararlanır ilkesi uyarınca, basit cinsel saldırıya teşebbüsten hüküm kurulması gerekir⁶²⁷.

Yargıtay, suçun nitelikli haline teşebbüs durumunda, nitelikli halin geçitli suç olması ve kendi içerisinde TCK m.102/1’de yer alan basit cinsel saldırıyı barındırması sebebiyle kurulacak hükmün, ilk fıkrada temel halin cezası için öngörülenden az olmaması gerektiğini belirtmektedir⁶²⁸. Suçun nitelikli halinden gönüllü vazgeçilmesi söz konusu ise o ana kadarki icra hareketlerinin vücuda temas içermesi halinde TCK m.102/1’den ceza verilmesi isabetli olacaktır⁶²⁹.

Failin mağdura cinsel saldırıda bulunacağını söyleyip, mağdurun adet döneminde⁶³⁰ olduğunu görünce vazgeçmesi, mağdura seni öpeceğim dedikten sonra kendi iradesi ile mağdurun vücuduna temas etmeksizin eylemi yapmaması halleri de gönüllü vazgeçme durumlarına örnek gösterilmektedir⁶³¹. Dolayısıyla cinsel saldırı

⁶²⁷Bu yönde bkz.” Yargıtay 14. C.D., T. 28.03.2016, E. 2016/1824, K. 2016/2966, <https://karararama.yargitay.gov.tr/> (e.t. 07.02.2025).

⁶²⁸ Yargıtay 14. C.D., T. 16.10.2017, E. 2014/10527, K. 2017/4790, <https://karararama.yargitay.gov.tr/> (e.t. 07.02.2025). Burada verilen karar her ne kadar cinsel saldırı suçuna değil de çocukların cinsel istismarı suçuna yönelik olsa da TCK m.102/1 ile 102/2 arasındaki ilişkinin aynısının TCK m.103/1 ve 103/2 arasında da aynen mevcut olduğunu ifade etmek gerekir.

⁶²⁹ Tezcan/Erdem/Önok, bu görüşü savunarak Yargıtay 14. Ceza Dairesi’nin 31.10.2016 tarihli, 2016/7931 E. ve 2016/7434 K. sayılı kararındaki, tespitini eleştirmekte, burada TCK m.102/2’nin tamamlandığını vurgulamaktadırlar. Bkz. TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 369.

⁶³⁰ Kanaatimizce, bu durumda, yani failin mağdurun adet durumunda olup cinsel saldırıyı gerçekleştirmekten vazgeçtiği durumda gönüllü vazgeçme söz konusu olmamalıdır. Fail burada kendi iradesiyle değil, mağdura bulunan bir dışsal etki nedeniyle eylemini tamamlamaktan vazgeçmektedir. Dolayısıyla, bu durumda teşebbüs hükümlerinin uygulanmasının hukuken doğru olacağını düşünmekteyiz. Bu kapsamda İzmir BAM 15. Ceza Dairesi’nin 16.02.2017 tarihli, 2016/313 E. ve 2017/376 K. sayılı kararında yer verilen, “Her ne kadar ilk derece mahkemesi mağdurenin regl olup tampon kullanmasının ve sanığın bu sırada inzal olması nedeniyle eylemin nitelikli cinsel istismara teşebbüs aşamasında kaldığını kabul etmiş ise de, öncelikle sanığın gerek kendi savunmalarında gerekse de mağdure iddialarında olay sırasında inzal olduğunun hiç iddia edilmediği, mağdurenin vajinal sürüntüsündeki sanığı çift DNA’nın inzal olmadan da oluşabileceği ayrıca mahkemece mağdurenin tampon kullanmasını kast ettiği nitelikli cinsel istismar eylemini gerçekleştirmesine mani olduğu kabul edilmiş ise de, bu halin başlı başına mani bir hal olmayıp tamponun çıkartılıp rahatlıkla organ sokmanın gerçekleştirilebileceği gibi, fiili livata yada oral anlamda da organ sokularak eylemin tamamlanmasının mümkün olduğu halde, sanık tarafından bu yollara başvurulmayıp eyleme kendi isteğiyle son verilip mağdurenin gitmesinin sağlanması nazara alındığında olayda nitelikli cinsel istismara teşebbüs halinin değil TCK’ nın 36. maddesi kapsamında gönüllü vazgeçme halinin söz konusu olduğu kabul edilmiştir.” şeklindeki tespitine de katılmamaktayız.

⁶³¹ ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 389.

suçundan gönüllü vazgeçme mümkün olup, böyle bir durumda fail o zamana kadarki hareketleri bir suç teşkil ediyorsa yalnızca ondan cezalandırılacaktır⁶³². Yargıtay da cinsel saldırı suçunda gönüllü vazgeçme hükümlerini tatbik etmektedir⁶³³. Ancak Yargıtay'ın gönüllü vazgeçme hükümlerini çok geniş bir şekilde hukuken isabetsiz olarak oldukça fazla uyguladığını belirtmek isteriz. Bu bakımdan bu aşamada hukuken isabetsiz olduğunu düşündüğümüz birkaç içtihadı yer vermek isabetli olacaktır.

Yargıtay 14. Ceza Dairesi'nin 17.09.2018 tarihli, 2015/4628 E. ve 2018/5242 K. sayılı kararında⁶³⁴, failin mağdureyi öpmek istediği, ancak mağdurenin geri çekilmesi ile eylemine son verdiği olayda failin eylemini tamamlamasına mağdurenin izin vermemesi haricinde ciddi engel olmadığından bahisle, failin cinsel saldırıdan gönüllü vazgeçtiği ve cinsel taciz suçunun oluştuğu sonucuna varılmıştır. Kanaatimizce, burada mağdurun geri çekilmesi cinsel saldırı hareketinin yapılamaması bakımından bir dışsal etki olup failin cinsel saldırıya teşebbüsten cezalandırılması gerekirdi.

Bu tür kararların hukuken isabetsiz olduğunu, yer verdiğimiz kararda failin kastının TCK m.102/2'ye yönelik olduğunu ve bu eylemi gerçekleştirmekten mağdurdan kaynaklanan sebeplerle vazgeçtiğini, bu nedenle burada gönüllü vazgeçme hükümlerinin tatbikinin mümkün olmayacağını, TCK m.102/2'ye teşebbüsten hüküm kurulmasının isabetli olacağını düşünmekteyiz. Çünkü fail, olay anında yakalanma ve bunun sonucunda da cezalandırılma tehlikesini göze alamadığından dolayı suç yolundan dönüyorsa vazgeçmenin gönüllü olduğunun söylenmesi mümkün değildir⁶³⁵.

⁶³² ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s. 350.

⁶³³ Yargıtay C.G.K., T. 09.05.2015, E. 2014/600, K. 2015/194, <https://karararama.yargitay.gov.tr/> (e.t. 07.02.2025).

⁶³⁴ Karar için bkz: ÖNOK, Murat: "Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlarla İlgili Yargıtay Kararlarına İlişkin Eleştirel Bir Yaklaşım", Kadına Yönelik Erk'ek Şiddeti İle Mücadele Sorunlar ve Çareler", 1. Baskı, Beta Yayıncılık, 2020, s. 74.

⁶³⁵ SÖZÜER, Adem: Suça Teşebbüs, 1. Baskı, Alfa Yayınları, İstanbul 1994, s. 248.

Nitelikli cinsel saldırıdan gönüllü vazgeçilmesi durumunda, o ana kadar gerçekleştirilen eylemler suç tipini oluşturduğundan dolayı, basit cinsel saldırıya ilişkin hükümlerin faile uygulanması gerekecek, hatta oluşması halinde böyle bir durumda cinsel tacize ilişkin hükümlere de başvurulabilecektir⁶³⁶.

Cinsel saldırı suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerine teşebbüsün mümkün olmadığını ifade etmek gerekir⁶³⁷. Ancak ifade etmek gerekir ki, cinsel saldırı esnasında cinsel saldırı eyleminden bağımsız olarak failin mağduru ayrıca öldürmek gibi bir amacının da olduğu ve bu kapsamda boğazını sıktığı ancak mağdurun ölmediği bir durumda faili, artık neticesi sebebiyle ağırlaşmış hale teşebbüsten değil bizzat kasten insan öldürmeye teşebbüs suçundan sorumlu tutmak gerekecektir. Çünkü böyle bir durumda ölüm neticesi bakımından taksir değil cinsel saldırı haricinde ayrıca bizzat öldürme kastı da somut olayda mevcut olacaktır.

Teşebbüs nedeniyle yapılacak indirim açısından, failin teşebbüs gerçekleşene kadar yaptığı icra hareketlerinin mağdurun cinsel özgürlüğü üzerinde oluşturduğu tehlike dikkate alınmalıdır⁶³⁸.

6.1.2 İştirak

Cinsel saldırı suçuna iştirakin her şekli uygulanabilir olup her şerik böyle bir durumda kendi iştirak şekline göre sorumlu tutulacaktır⁶³⁹. Dolayısıyla cinsel saldırı suçu, iştirak bakımından herhangi bir özellik göstermemekte, bu suçta iştirakin her türü mümkün görünmektedir⁶⁴⁰. Bu nedenle, cinsel saldırı suçuna ilişkin özel bir iştirak

⁶³⁶ ÜNVER, Cinsel Suçların Eleştirisel Olarak İncelenmesi, s. 39.

⁶³⁷ KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 385.

⁶³⁸ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 367.

⁶³⁹ ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s. 354.

⁶⁴⁰ ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 389; TANER, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s. 287.

hükmü kanunda yer almamakta olup genel hükümlere göre uygulama yapılması gerekmektedir⁶⁴¹. İştirak açısından önemli olan, sanıkların her birisinin iştirak iradesinin somut olayda ortaya koyulması ile sanıkların cinsel saldırı üzerindeki davranışlarının, yani rollerinin açıklığa kavuşturulmasıdır⁶⁴².

Cinsel davranışı bizzat gerçekleştirenlerin sayısının birden fazla olması halinde, her biri müşterek fail olarak sorumlu olacak olup aynı zamanda bu durumda ceza TCK m.102/3-d uyarınca yarı oranında artırılacaktır⁶⁴³. Örneğin iki failin olduğu, öncelikle birisinin sonra bir diğerinin, yani sırayla mağdura cinsel saldırıda bulundukları durumlarda da aynı şekilde uygulama yapılması gerekmektedir. Burada tek bir cinsel saldırı suçunun oluştuğunu kabul etmek, faillerin cezasında TCK m.102/3-d uyarınca artırım yapılması yeterli olmalıdır. Yargıtay; bu konuda önceden failler hakkında zincirleme suç hükümlerinin de tatbik edilmesi gerektiğine hükmederken, güncel içtihadında bundan dönmüş failler hakkında zincirleme suç hükümleri uyarınca artırım yapılmamasına karar vermiştir⁶⁴⁴. Biz de güncel içtihadın isabetli olduğunu düşünmekteyiz⁶⁴⁵.

Belirtmek gerekir ki, cinsel saldırı suçunda müşterek failliğin kabul edilmesi, failin mutlak surette cinsel davranış icra etmesine bağlı değildir. Cinsel nitelikte eylem gerçekleştirmemesine rağmen suçun icrasına yönelik bir başka katkıyla fiil üzerinde fonksiyonel hakimiyet kuran kişi de müşterek fail olarak kabul edilecektir⁶⁴⁶. Fonksiyonel

⁶⁴¹ AKKAYA, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, s. 145.

⁶⁴² TANER, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s. 287.

⁶⁴³ ÖZBEK/DOĞAN/BACAŞIZ, s. 354; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 386.

⁶⁴⁴ Bu yönde kararlar için bkz. TANER, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s. 294, 295.

⁶⁴⁵ Aynı yönde görüş için bkz. TANER, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s. 295

⁶⁴⁶ Koca/Üzülmöz'e göre, örneğin mağdureyi kandırarak onu cinsel saldırıyı gerçekleştirecek diğer faillerin yanına götüren ve cinsel saldırı gerçekleştirilirken varlığı ile mağdurenin mukavemetinin kırılmasına neden olan veya diğer failin saldırısını kolaylıkla gerçekleştirmesi için mağdureyi tutan kişi de müşterek faildir. Bkz. KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 386; Bu konu ile ilgili Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır da Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 27.03.2018 tarihli, 2017/938 E. ve 2018/119 K. sayılı kararına atıfla böyle bir durumda

hakimiyet, birden çok failin fiilin icrası üzerinde müşterek hakimiyet kurarak suç işlemeleri gerektiğini ifade eder⁶⁴⁷. Dolayısıyla, müşterek faillerin katkısının suç planının başarıya ulaşması bakımından önem taşıması fonksiyonel hakimiyet kurulması için yeterli olup bu katkı olmasaydı suç işlenemezdi gibi bir etkinin de mutlaka bulunması şart değildir⁶⁴⁸. Örneğin, cinsel saldırı suçunu işlemek isteyen iki kişiden birisinin cebir ve tehdit kullanarak mağdurun direncini kırdığı, diğerinin ise cinsel saldırıda bulunduğu durumda, her iki failin de sağladıkları katkı suçun icrası bakımından tamamlayıcı olduğundan müşterek fail olarak sorumlu tutulmaları gerekecektir⁶⁴⁹. Yargıtay da bu tür durumlarda sanıkların müşterek fail olduklarına yönelik içtihatla bulunmaktadır⁶⁵⁰.

Dolayısıyla bu suç tipinde, bizzat işlenebilen bir suç özelliği bulunmadığından suçu gerçekleştiren birden fazla kişiden biri veya birkaçı mağdura karşı yalnızca onun direncini kırmaya yönelik cebir veya tehdit hareketini gerçekleştirmiş, diğerleri ise bizzat cinsel saldırıyı gerçekleştirmiş olsa da tümünün müşterek fail olarak cezalandırılması, ayrıca cezanın TCK m.102/3-d gereği artırılarak verilmesi gerekir⁶⁵¹.

Cinsel saldırı suçunda dolaylı faillik de mümkün olup kişinin cinsel arzularını tatmin amacıyla suçu kusur yeteneği bulunmayan birisini araç olarak kullanarak işletmesi durumunda, suçu işleten kişi dolaylı fail olarak sorumlu olacaktır⁶⁵².

Basit ve nitelikli cinsel saldırı suçunda azmettiren veya yardım eden şeklinde şerik olma bakımından da bir özellik bulunmamaktadır. Cinsel saldırıda faile suç kararı aldırın

müşterek faillikten sorumluluk doğacağını ifade etmektedirler. Bkz. ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 389, 390.

⁶⁴⁷ ÖNOK, R. Murat: Yapısal Suçlarda Failin Tespiti Müşterek Suç Girişimi ve Örgütsel Hakimiyete Dayalı Dolaylı Faillik Doktrinleri, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019, s. 65.

⁶⁴⁸ ÖNOK, Yapısal Suçlarda Failin Tespiti, s. 66.

⁶⁴⁹ SEVÜK, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 400.

⁶⁵⁰ Yargıtay 5. C.D., T. 15.04.2008, E. 2008/650, K. 2008/3485, <https://karararama.yargitay.gov.tr/> (e.t. 07.02.2025).

⁶⁵¹ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 375.

⁶⁵² SEVÜK, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 400.

kişinin azmettiren, cinsel saldırı eyleminin icrasını kolaylaştıracak adımlarda bulunan kişilerin ise yardım eden olarak sorumlu olmaları söz konusu olacaktır⁶⁵³. Kişinin yardım eden mi, yoksa müşterek fail mi olduğu tespitinde, fiil üzerinde mutlak hakimiyet kurulması ve katkının asli olup olmadığına bakılması gerekmekte olup gözcülük yapan failin durumu her somut olay kapsamında bu kıstaslara göre belirlenmelidir⁶⁵⁴.

Burada şeriklerin iradelerinde farklılık bulunduğu durumların da incelenmesi gerekmektedir. Örneğin, azmettirenin faili cinsel saldırının basit haline azmettirdiği, ancak failin nitelikli hali gerçekleştirdiği veya gözcülük yapan yardım eden ile failin basit hali gerçekleştirmek için anlaştığı ve fakat failin nitelikli hali gerçekleştirdiği durumlarda nasıl uygulama yapılması gerektiği ortaya koyulmalıdır. Yargıtay bu tür durumlarda bağıllık kuralı gereğince, her failin kendi eyleminden sorumlu olacağına hükmetmektedir⁶⁵⁵. Dolayısıyla birlikte faillerden birisinin kararlaştırılan ortak suçun sınırını bilinçli olarak aşması halinde diğer faillerin ancak ortak karar kısmındaki suçtan sorumlu tutulmalıdırlar⁶⁵⁶. Örneğin, üç arkadaşın birisine basit cinsel saldırıda bulunmayı kararlaştırdıkları, ancak içlerinden birisinin fiilin gerçekleştirilmesi sırasında mağdurun vücuduna organ veya sair cisim ithal etmesi halinde diğer failleri bu nitelikli halden sorumlu tutmamak gerekecektir.

Aynı durumun azmettiren ve yardım eden şerikler bakımından da geçerli olacağını azmettirenin yalnızca azmettirdiği fiilden, yardım edenin de ancak yardım kararlaştırılan fiilden sorumlu tutulması gerektiğini düşünmekteyiz. Bu tür durumlarda, failin kendisine basit cinsel saldırı söylenmişken veya basit cinsel saldırıya yardım kararlaştırılmışken

⁶⁵³ KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 387; SEVÜK, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 401.

⁶⁵⁴ TANER, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s. 288.

⁶⁵⁵ Yargıtay 1. C.D., T. 25.06.2014, K. 2014/3654, <https://karararama.yargitay.gov.tr/> (e.t. 07.02.2025).

⁶⁵⁶ ÖNOK, Yapısal Suçlarda Failin Tespiti, s. 73.

gidip nitelikli cinsel saldırıda bulunması durumunda bu nitelikli halden yalnızca fail sorumlu olmalıdır.

6.1.3 İçtima

6.1.3.1 Zincirleme Suç

Cinsel saldırı suçunda zincirleme suç hükümlerinin uygulanması mümkündür. Failin bir suç işleme kararının kapsamında mağdura değişik zamanlarda birden fazla cinsel davranışlarda bulunması durumunda, TCK m.43/1 uyarınca zincirleme suç hükümleri uygulanmalıdır⁶⁵⁷. Yargıtay önce TCK m.102/1'in sonrasında ise ikinci fıkra da yer alan nitelikli halin meydana getirilmesi halinde zincirleme suç hükümlerinin tatbiki gerektiğini ileri sürmektedir⁶⁵⁸. Bu yönde Yargıtay içtihatları bulunmaktadır⁶⁵⁹. Birinci fıkra da yer alan basit hal ile ikinci fıkra da yer alan nitelikli hal arasında ayrı suç değil nitelikli hal ilişkisi bulunduğunu düşündüğümüzden bu uygulamanın isabetli olduğu kanaatindeyiz.

Sanığın aynı suç işleme kararı kapsamında⁶⁶⁰ olsa dahi, bir cinsel davranışı yaptıktan sonra diğer davranışı gerçekleştirmeden önce iddianame düzenlenmesi halinde,

⁶⁵⁷ ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 390.

⁶⁵⁸ Tezcan/Erdem/Önok, iki fıkra arasında farklı suçlar düzenlendiğini ileri sürdüklerinden bu durumda zincirleme suç hükümlerinin tatbik edilmemesi gerektiğini ifade etmektedirler. Karş. TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 372.

⁶⁵⁹ Yargıtay 9. CD., T. 18/04/2022 E. 2021/22896, K. 2022/3574, <https://karararama.yargitay.gov.tr/> (e.t. 07.02.2025).

⁶⁶⁰ Aynı suç işleme kararı, failin tek bir suç işleme kararı çerçevesinde birden fazla kez aynı hükmü ihlal etmesi anlamına gelmektedir. Örneğin, failin yakını olan bir mağdura yönelik olarak sistematik şekilde ve belli bir zaman içerisinde cinsel saldırıda bulunması halinde aynı suç işleme kararından bahsedilebilir. Ancak bunun çok geniş yorumlanması da doğru olmayacaktır. Örnek vermek gerekirse araya uzun zaman dilimi giren hallerde, failin mağdura cinsel saldırıda bulunması sonrası aynı mağdura yönelik olarak 1 yıl sonra tekrar failini tekrar etmesi halinde failin yalnızca aynı mağdura yöneltmesinin yeterli olmayacağını, aradan bu kadar zaman geçmesi durumunda aynı suç işleme kararından bahsedilemeyeceğini düşünmekteyiz.

zincirleme suç hükümleri uygulanmayacak, her iki fiil dolayısıyla ayrı ayrı cezaya hükmolunması gerekecektir⁶⁶¹. Yargıtay içtihadı da bu yöndedir⁶⁶².

Zincirleme suç hükümlerinin aynı neviden fikri içtima şeklinde uygulanması için tek bir mağdur olması gerektiğinden, failin ayrı zamanlarda ayrı mağdurlara karşı cinsel saldırı gerçekleştirmesi halinde zincirleme suç hükümleri uygulama alanı bulamayacaktır⁶⁶³.

Yargıtay, bir süre önce faillerin aynı zaman ve mekanda birbirlerini takiben cinsel saldırıyı gerçekleştirmeleri halinde TCK m.43/1'in uygulanmayacağına hükmederek içtihat değişikliğine gitmiştir⁶⁶⁴. Yargıtay böyle bir durumda cinsel saldırı eylemlerinin aynı yerde birbirini takiben çok kısa aralıkla meydana geldiğini kabul ederek, zincirleme suç hükümlerinin uygulanmayacağını belirtmektedir⁶⁶⁵.

Yargıtay içtihadına göre, failin aynı zaman dilimi içerisinde ani hareketlerle vücudun birden fazla bölgesine dokunması halinde tek bir sarkıntılık suçu meydana gelecektir⁶⁶⁶. Kanaatimizce de böyle bir durumda zincirleme suç hükümlerinin tatbik edilmemesi ve tek bir cinsel saldırıdan söz edilmesi isabetlidir.

6.1.3.2 Cebir ve Tehdit ile Cinsel Saldırı Arasındaki İlişki

Yukarı yer alan başlıklarda izah ettiğimiz üzere cebir ve tehdit niteliği gereği cinsel saldırı suçunun işlenmesinde araç olarak kullanılabildiğinden, böyle bir durumda sanığa ayrıca bu suçlardan ceza verilemeyecek, ancak cebir neticesinde mağdurda

⁶⁶¹ ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 390.

⁶⁶² Yargıtay 14. C.D., T. 22.01.2016, E. 2015/703, K. 2016/601, <https://karararama.yargitay.gov.tr/> (e.t. 07.02.2025).

⁶⁶³ ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 390.

⁶⁶⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. AKKAYA, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, s. 146, 147.

⁶⁶⁵ Yargıtay C.G.K., T. 15.12.2022, E. 2021/14-271, K. 2022/810, <https://karararama.yargitay.gov.tr/> (e.t. 07.02.2025).

⁶⁶⁶ Yargıtay 14. C.D., E. 2011/10334, K. 2013/3878, <https://karararama.yargitay.gov.tr/> (e.t. 07.02.2025).

neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış yaralama durumu oluşturulduğu takdirde TCK m.102/4 uyarınca failin ayrıca kasten yaralama suçundan da sorumlu tutulması gerekecektir⁶⁶⁷.

Cebir hukuki anlamda, zor kullanma ve kişiye karşı şiddet kullanma anlamına gelmektedir⁶⁶⁸. Cebrin diğer hürriyeti kısıtlayıcı davranışlardan farkı ve önemi, mağdurun düşünme ve hareket hürriyetini manevi olarak ortadan kaldırmasının yanında, mağdur üzerinde zor kullanma ve hatta şiddet hareketleri teşkil ediyor olmasıdır. Cebrin tam karşılığının zorlama olduğu da söylenmektedir⁶⁶⁹. Bir görüş, cebir ve tehdit ile cinsel saldırı suçu arasında bileşik suç ilişkisi olduğunu ileri sürmektedir⁶⁷⁰. Bu görüşe göre, cinsel saldırının cebir veya tehdit araç olarak kullanılarak işlenmesi halinde, bu araçlar suçun birer unsuru haline geldiğinden faile bunlardan ayrıca ceza verilmemektedir. Diğer bir görüşe göre ise böyle bir durumda faile cebir ve tehditten ayrıca ceza verilmemesinin nedeni, bunların cinsel saldırı ile aralarında geçitli suç ilişkisinin bulunmasıdır⁶⁷¹. Kanaatimizce de cinsel saldırı suçunun işlenmesi bakımından cebir ve tehdide başvurulması olmazsa olmaz bir koşul olmamakla birlikte bunlara başvurulması halinde cebir ve tehdit cinsel saldırı içinde erimektedir. Bunlar suçun birer zorunlu unsuru olmadıklarından, cinsel saldırı suçu ile aralarında bileşik suç ilişkisi bulunmamaktadır. Bu kapsamda cebir ve tehdit tüketen tüketilen norm çerçevesinde değerlendirilmelidir⁶⁷².

Elbette bu açıklamalar cebrin veya tehdidin kasten yaralamanın basit halini teşkil ettiği haller için geçerlidir. Kullanılan cebir ve tehdidin kasten yaralamanın ağır

⁶⁶⁷ ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 390, 391.

⁶⁶⁸ CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 432.

⁶⁶⁹ KÜÇÜKTAŞDEMİR, Özgür: Türk Ceza Hukukunda Maddi ve Manevi Cebir (TCK m.28), Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, Ankara 2012, s. 58.

⁶⁷⁰ KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 387.

⁶⁷¹ CENTEL/ZAFER, s. 255.

⁶⁷² Aynı yönde bkz. TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 371; TÜRAY, Cinsel Saldırı Suçu ve Cebir İlişkisi, s. 1229.

neticelerine yol açması halinde ise TCK m.102/4 gereğince gerçek içtima hükümleri uygulanacak ve sanık bundan da ayrıca cezalandırılacaktır⁶⁷³.

6.1.3.3 Fikri İçtima

Yargıtay, cinsel saldırı suçu ile kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu arasındaki ilişki bakımından, açıkça zikretmemekle birlikte fikri içtima hükümlerine göre uygulama yapmaktadır⁶⁷⁴. Cinsel saldırı eylemi işlenirken cebir kullanılarak mağdurun zorla tutulması halinde TCK m.109'da yer alan kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun tipikliği meydana gelmektedir. Bu durumda, fikri içtima hükümlerine başvurulması isabetli olacaktır⁶⁷⁵. Ancak belirtmek gerekir ki, bu durum yalnızca cinsel saldırı eyleminin devam ettiği sıradaki hürriyetinden yoksun kılma eylemi için geçerlidir. Kişinin cinsel saldırının gerçekleştirildiği süreden sonra hürriyetinden yoksun kılınması söz konusu olduğu takdirde artık burada gerçek içtima hükümlerine başvurulması gerekecek, sanığın her iki suçtan da cezalandırılması gerekecektir⁶⁷⁶.

Cinsel saldırı suçu işlenirken niteliği gereği birçok durumda mağdurun hürriyet kısıtlanacaktır. Bu nedenle, cinsel saldırı suçu gerçekleştirildiği sırada yapılan hürriyeti kısıtlayıcı eylemden dolayı faile ayrıca ceza verilmeyecektir⁶⁷⁷. Ancak, hürriyeti kısıtlayıcı davranışın cinsel saldırı teşkil eden eylem sırasında değil de cinsel saldırı teşkil eden davranışın öncesinde veya cinsel davranış gerçekleştirildikten sonra yapılması

⁶⁷³ Karşılaştırmalı hukuka bakıldığında İtalya'da korunan hukuksal değerlerdeki farklılıktan yola çıkılarak kullanılan cebirin yalnızca mağdurun direncini kırmaya yönelik olduğu saptandığında dahi ayrıca cezalandırma yoluna gidildiği görülmektedir. Bkz. TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 371.

⁶⁷⁴ Yargıtay 14. C.D., T. 16.01.2014, E. 2013/10526, K. 2014/366, <https://karararama.yargitay.gov.tr/> (e.t. 07.02.2025).

⁶⁷⁵ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 372.

⁶⁷⁶ KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 387, 388; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 391.

⁶⁷⁷ ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 391.

halinde gerçek içtima kuralları uyarınca failin ayrıca bu suçtan da sorumlu tutulması gerekecektir.

6.2 Suçun Yargılama Usulü

6.2.1 Şikayet

Cinsel saldırı suçunun, birinci fıkrasında düzenlenen temel hali ile sarkıntılık düzeyinde kalan halleri, takibi şikayete bağlı suç olarak düzenlenmiştir. Yargıtay uygulama yaparken bu hususu özellikle göz önünde bulundurmaktadır⁶⁷⁸. TCK’da yer alan genel hüküm gereğinde şikayet süresinin 6 ay olduğunu belirtmek gerekir. Bu sürenin, TCK’da yer alan aynı maddenin 2. fıkrası gereğince cinsel saldırı mağdurunun cinsel saldırı fiiline maruz kaldığını öğrendiği andan itibaren başlayacağının tespiti de ayrıca önem arz etmektedir. Yani fiil işlendiği anda mağdur bunun farkında değilse örneğin, mağdura uykusunda cinsel saldırı teşkil edecek şekilde dokunulmuş ve mağdur bunu daha sonra video kaydından öğrenmişse, bu durumda artık şikayet süresi olan 6 ayı mağdurun videodan cinsel saldırıya maruz kaldığını anladığı andan itibaren başlatmak gerekecektir.

Şikayet hakkı, doğrudan mağdura, suçtan zarar görene ait olduğundan şikayetten vazgeçme yetkisi de mağdura ait olacaktır⁶⁷⁹. CMK’da, şikayetten vazgeçmenin şekli ile ilgili bir belirleme yapılmadığından şikayetten vazgeçme Cumhuriyet savcılığı, mahkeme, hakim gibi yargı organları önünde yapılabileceği gibi zabıta veya noter gibi

⁶⁷⁸ Yargıtay 14. C.D., T. 21.03.2022, E. 2022/413, K. 2022/2516 (Karar için bkz. Akkaya, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, s. 169).

⁶⁷⁹ AKKAYA, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, s. 170.

makamlar yanında da gerçekleştirilebilir olup tüm bu durumlarda şikayetten vazgeçme bizzat suçtan zarar gören tarafından yapıldığı ispatlanabildiği takdirde geçerli olacaktır⁶⁸⁰.

TCK'nın 102. maddesinin 2. fıkrasında yer alan nitelikli cinsel saldırı suçu, eşe karşı işlenmesi halinde ancak eşin şikayetine bağlı olup diğer tüm hallerde re'sen soruşturulup kovuşturulacaktır. Belirtmek gerekir ki, nitelikli cinsel saldırı suçunun eşler arasında şikayete tabi olması bazı sorunları da beraberinde getirmektedir. Bu durum mağdur eşe failin bu husustaki baskıları artırmakta, mağdur eşinde belirli korkulara ve endişelere kapılıp şikayette bulunmaktan kaçınmasına neden olabilmektedir. Bu gerekçelerle, nitelikli cinsel saldırının eşler arasında işlenen halinin de re'sen soruşturulup kovuşturulmasının daha isabetli olacağını düşünmekteyiz.

Suçun 3. fıkrasında yer verilen nitelikli halleri de 2. fıkrada yer alan nitelikli hal gibi re'sen soruşturulup kovuşturulmakta idi. Nitekim Yargıtay içtihadı da bu yönde idi⁶⁸¹. Ancak Yargıtay 9. Ceza Dairesi, güncel bir kararında kanunda açık hüküm bulunmamasına rağmen cinsel taciz suçunun nitelikli hallerinin de şikayete tabi olduğuna karar vermiştir⁶⁸². Düzenlenme bakımından benzer durumda olan TCK m.102'nin 3. fıkralarındaki nitelikli haller bakımından da ileride uygulamanın değişmesi mümkündür. Ancak bu içtihadın hukuken isabetsiz olduğunu, suçun nitelikli hallerinin de şikayete tabi olabilmesi için bunun mutlaka kanun metninde açıkça belirtilmesi gerektiğini, dolayısıyla cinsel saldırı suçunun üçüncü fıkrasında yer alan nitelikli hallerinin re'sen soruşturulup kovuşturulması gerektiğini düşünmekteyiz.

⁶⁸⁰ AKKAYA, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, s. 170, 171.

⁶⁸¹ Yargıtay C.G.K., T. 03.10.2006, E. 2006/5-193, K. 2006/203, <https://karararama.yargitay.gov.tr/> (e.t. 07.02.2025).

⁶⁸² Yargıtay 9. C.D., T. 26.01.2023, E. 2021/14742, K. 2023/374, <https://karararama.yargitay.gov.tr/> (e.t. 07.02.2025).

6.2.2 Görev ve Yetki

CMK m.3'te ceza mahkemelerinin görevinin kanunla belirleneceği öngörülmüştür. Ceza yargılaması hukukunda mahkemelerin görevleri 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'un 10 ve devamı hükümlerine göre belirlenmektedir. Kanun koyucu ceza mahkemelerinin görevlerini belirlerken burada suçun ceza miktarını esas almakta, asliye ceza mahkemeleri aynı Kanun'un 11. maddesi uyarınca genel görevli mahkeme kabul edilmekte ve 10 yıl ve üzeri hapis cezasını gerektiren suçlara ağır ceza mahkemesinin bakması gerektiği düzenlenmektedir.

Halihazırdaki uygulamaya göre cezaların üst sınırı dikkate alınarak, birinci fıkra da yer alan basit halin asliye ceza mahkemesinde, ikinci fıkra da yer alan nitelikli halin ise yargılamasının ağır ceza mahkemesinde yapıldığı görülmektedir⁶⁸³. 5235 sayılı Kanun düzenlemelerine bakıldığında Kanun'un 14. maddesinde cezaların üst sınırı dikkate alınırken ağırlaştırıcı ve hafifletici nedenlerin nazara alınmaması gerektiği, suçun temel haline göre belirleme yapılacağı düzenlenmiştir. Bu kapsamda doktrinde, ikinci fıkradaki hal nitelikli hal kabul edildiğinden, TCK m.102'nin tamamı bakımından asliye ceza mahkemelerinin görevli olması gerektiği savunulmaktadır⁶⁸⁴. Ancak belirtmek gerekir ki, her ne kadar günümüzde aynı anlam kapsamında kullanılsa da nitelikli hal ile ağırlaştırıcı hal arasında birbirinden farklıdır. 5235 sayılı Kanun'daki hükümler yorumlanırken oransal artırım ve indirimler görevli mahkemenin belirlenmesinde dikkate alınmamaktadır. Fakat TCK m.102/2'deki gibi kanunun bağımsız ceza aralığı öngördüğü

⁶⁸³ AKKAYA, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, s. 175, 176.

⁶⁸⁴ TANER, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s. 317.

durumlar dikkate alınmaktadır. Bu bakımdan nitelikli cinsel saldırı suçu açısından görevli mahkemenin ağır ceza mahkemeleri olması isabetli bir durumdur.

Yetkili mahkeme meselesine bakıldığında, CMK m.12 uyarınca cinsel saldırı suçunun işlendiği yerdeki mahkemenin yetkili olacağını söylemek gerekir. Ancak burada bazı durumlarda sorunlar gözlemlenebilmektedir. Cinsel saldırı suçunun kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu ile birlikte işlenmesi halinde, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu mütemadi suç olduğundan temadinin sona erdiği yerin yetkili olması gerekmektedir⁶⁸⁵.

6.2.3 Uzlaştırma

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu yürürlüğe girdiğinde, hem TCK m.102/1’de yer alan basit cinsel saldırı ve hem de TCK m.102/2’de bulunan nitelikli cinsel saldırının eşler arasında işlenen şekli açık bir şekilde şikayete tabi olarak soruşturulup kovuşturulduğundan, CMK m.253’te düzenlenen uzlaştırma kapsamına girmekteydi. Dolayısıyla, bu suçlar bakımından suçun uzlaştırma yoluna gitmesi mümkündü.

CMK’da 06.12.2006 tarih ve 5560 sayılı Kanun’la gerçekleştirilen değişiklikle uzlaştırma kurumuna ilişkin hükümler, TCK’dan CMK’ya geçirilmiş, halihazırda CMK m.253/3’de yer bulan düzenleme uyarınca da cinsel suçların tamamı hiçbir istisnası bulunmaksızın uzlaştırma kurumunun kapsamı dışına çıkarılmıştır⁶⁸⁶.

Yapılan değişiklik sanık aleyhine olduğundan, cinsel saldırı suçunun şikayete tabi halleri bakımından yukarıda ifade ettiğimiz düzenleme yapılmadan önceki durum

⁶⁸⁵ AKKAYA, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, s. 175; TANER, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s. 318.

⁶⁸⁶ TANER, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s. 316.

bakımından uzlaştırma hükümleri uygulanmıştır⁶⁸⁷. Yargıtay uygulaması da bu yönde olmuştur⁶⁸⁸.

Cinsel dokunulmazlığa karşı suçların Türk toplumunun en önemli sorunlarından birisini oluşturuyor olması, bu alanda suç oranının tezin ilk bölümünde ortaya koyduğumuz üzere artışta olduğu da gözetildiğinde, kanaatimizce caydırıcılığın bir nebze de olsa artırılması bakımından cinsel saldırı suçunun her halinin uzlaştırma hükümler kapsamı dışına çıkarılması isabetli olmuştur.

6.2.4 Zamanaşımı

6.2.4.1 Dava Zamanaşımı

Dava zamanaşımı, TCK'nın 66. maddesinde suç karşılığı öngörülen ceza esas alınarak düzenlendiğinden cinsel saldırı suçunun gerek sarkıntılık ve gerekse temel hali ile nitelikli hali bakımından öngörülen cezaya göre ayrı ayrı değerlendirme yapmak gerekmektedir.

Bu kapsamda, ilk olarak cinsel saldırı suçunun sarkıntılık düzeyini aşan temel hali bakımından TCK m.66/1-c uyarınca zamanaşımı süresinin onbeş yıl olduğunu ifade etmek gerekmektedir.

Cinsel saldırı suçunun sarkıntılık düzeyinde kalmış hali için ise öngörülen ceza miktarı iki yıldan beş yıla kadar olduğundan bu durumda, TCK m.66/1-e gereğince zamanaşımı süresi sekiz yıl olacaktır.

⁶⁸⁷ TANER, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s. 316.

⁶⁸⁸ Yargıtay 5. C.D., T. 23.10.2009, E. 2007/14383, K. 2009/11924 (Karar için bkz. TUĞRUL, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar Enstest İlişkiler, s. 167, 168).

Cinsel saldırının organ veya sair cisim sokma boyutuna varan nitelikli hali için de öngörülen ceza miktarı oniki yıldan az olmamak üzere hapis cezası olduğundan, bu hal için zamanaşımı TCK m.66/1-d uyarınca onbeş yılın geçmesiyle dolacaktır.

TCK m.66/3'te, dava zamanaşımı süresi belirlenirken suçun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hallerinin de göz önünde bulundurulması gerektiği düzenlenmiştir. Bu nedenle, suçun üçüncü fıkrada yer alan nitelikli haller gerçekleştirilerek işlenmesi durumunda, dava zamanaşımı TCK m.66/1-c gereğince yirmi yıl olacak, suç sonucunda mağdurun bitkisel hayata girmesi veya ölmesi halinin gerçekleşmesi halinde ise otuz yıl olarak belirlenecektir.

Cinsel saldırı suçunun failinin TCK m.66/2 gereğince, oniki ile onbeş yaş arasında olması halinde bu sürelerin yarısının, onbeş ile onsekiz yaş aralığında olması halinde ise üçte ikisinin geçmesiyle dava zamanaşımı dolacak ve kamu davası düşecektir.

6.2.4.2 Ceza Zamanaşımı

Ceza zamanaşımı, TCK'nın 68. maddesinde düzenlenmiştir. Hükmün birinci fıkrası uyarınca ceza zamanaşımı; ağırlaştırılmış müebbet hapis cezalarında kırk yıl, müebbet hapis cezalarında otuz yıl, yirmi yıl ve daha fazla hapis cezalarında yirmi dört yıl, beş yıldan fazla hapis cezalarında yirmi yıl, beş yıla kadar hapis ve adli para cezalarında on yıl olarak belirlenmiştir.

Hükmün beşinci fıkrası gereğince ceza zamanaşımı, hükmün kesinleştiği veya ceza zamanaşımının herhangi bir suretle kesintiye uğradığı anlardan itibaren işlemeye başlayacaktır.

Bu genel hükümler kapsamında basit ve nitelikli cinsel saldırı suçunu incelediğimizde, basit cinsel saldırının cezasının beş ila on yıl arasında hapis cezası olduğu gözetildiğinde ceza zamanaşımının yirmi yıl olduğunu tespit etmek

gerekmektedir. Sarkıntılığın ise cezası iki yıl ila beş yıl arasında belirlendiğinden, ceza zamanaşımı on yılın geçmesiyle dolacaktır. Hükümün ikinci fıkrasında düzenlenen nitelikli cinsel saldırının ceza karşılığı on iki yıldan az olmamak kaydıyla hapis cezası olup süreli hapis cezasının üst sınırının TCK m.49/1 uyarınca 20 yıl olduğu dikkate alındığında, ceza zamanaşımının yirmi dört yıl olduğu anlaşılmaktadır.

TCK m.102/5'te yer alan basit veya nitelikli cinsel saldırı sonucu mağdurun bitkisel hayata girmesi veya ölümü söz konusu olduğunda ceza karşılığı olarak müebbet hapis cezası öngörüldüğünden, bu durumda ceza zamanaşımı otuz yıl olarak hesaplanacaktır.

6.3 Yaptırım ve İnfaz Rejimi

6.3.1 Genel Olarak

TCK m.102/1'e göre cinsel saldırının temel hali için beş yıldan on yıla kadar hapis cezası öngörülmüşken, suçun sarkıntılık düzeyinde kalan hali için ise iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası öngörülmüştür. Elbette bu cezalar 2014 yılındaki 6545 sayılı Kanun ile getirildiğinden, 28.06.2014 tarihinden sonra işlenen suçlar bakımından ancak uygulanabilecektir.

Sarkıntılık düzenlemesi, 2014 yılında yukarıda bahsettiğimiz kanun değişikliği ile getirildiğinden, işlenen basit cinsel saldırı suçunun lehe kanun değerlendirmesi yapılarak cezasının 6545 sayılı Kanunla yapılan değişiklik sonrasındaki hükme göre verilmesi gerekecektir⁶⁸⁹. Yargıtay da bu hususa dikkat edilmesi gerektiğine yönelik içtihat oluşturmuştur⁶⁹⁰. Aynı şekilde, nitelikli cinsel saldırının cezası da 7 yıldan 12 yıla kadar

⁶⁸⁹ AKKAYA, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, s. 163.

⁶⁹⁰ Yargıtay 14. C.D., T. 06.03.2017, E. 2014/7138, K. 2017/1152, <https://karararama.yargitay.gov.tr/> (e.t. 07.02.2025).

olmak üzere hapis cezası olup 6545 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği 28.06.2014 tarihinden itibaren ise 12 yıldan az olmamak üzere hapis cezasıdır.

Fail, cinsel saldırı suçundan aldığı cezanın sonuçlarından birisi olarak TCK m.53'de bulunan haklarından da mahrum olacaktır.

Nitelikli cinsel saldırıya teşebbüs nedeniyle uygulanacak cezanın hakkaniyet gereğince cinsel saldırının temel hali bakımından kanunda düzenlenen alt sınır cezadan az olmaması gerekmektedir. Bu gereklilik ile aynı doğrultuda suçun işleniş biçimi, gerçekleştirildiği zaman dilimi, sanığın kasta dayalı kusurunun ağırlığı dikkate alınıp fiilin ağırlığıyla orantılı şekilde, sanık hakkında nitelikli cinsel saldırıya teşebbüsten TCK m.102/2 uyarınca verilecek temel cezadan aynı Kanun m.35/2 uyarınca teşebbüs sebebiyle uygulanacak indirimin, mağdura verilen zarar ve tehlikenin ağırlığı göz önünde bulundurularak uygun oranda yapılması suretiyle cinsel saldırının temel şekline ilişkin yer alan cezanın altında olmayacak şekilde belirlenmesi gerektiği şeklinde uygulama yapılmaktadır⁶⁹¹. Yargıtay'ın bu yönde içtihatları bulunmaktadır⁶⁹².

Gerek basit cinsel saldırının ve gerekse nitelikli cinsel saldırı suçunun, üçüncü fıkralarda yer alan nitelikli şekiller suretiyle işlenmesi durumunda cezanın yarı oranında artırılması gerekmekte olup bu hususta hakime takdir yetkisi tanınmamıştır⁶⁹³.

Cinsel dokunulmazlığa suçlarda infaz hukukunun özel bir önemi bulunmaktadır. 6545 sayılı Kanun'la Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 108. maddesine eklenen 8 ve 9. fıkralar ile birlikte cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar yeni özel tehlike suç tipleri kapsamına alınmıştır⁶⁹⁴. Bunun yanında, TCK m.58'de değişiklik

⁶⁹¹ AKKAYA, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, s. 164.

⁶⁹² Yargıtay 14. C.D., T. 02.07.2013, E. 2011/19808, K. 2013/8436; Yargıtay 14. C.D., T. 20.06.2013, E. 2012/10432, K. 2013/8187, <https://karararama.yargitay.gov.tr/> (e.t. 07.02.2025).

⁶⁹³ AKKAYA, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, s. 164, 165.

⁶⁹⁴ ÖZBEK/DOĞAN/BACAŞIZ, s. 328.

yapılmamakla birlikte Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun m.108'e eklenen fıkralar ile infaz bakımından mükerrirlere özgü infaz rejimi öngörülerek, TCK m.58'de sayılanlar haricinde özel tehlikeli suç kategorisi oluşturulmuştur⁶⁹⁵.

Dolayısıyla, İnfaz Kanunu'na getirilen bu düzenlemeyle birlikte, İnfaz Kanunu m.108/1'de düzenlenen mükerrirlere özgü infaz rejimi, cinsel dokunulmazlığa karşı suçlardan TCK m.102/2'de yer alan nitelikli cinsel saldırı, 103. maddede yer alan çocukların cinsel istismarı suçundan ve m.104/1 ve m.104/2'de bulunan reşit olmayanla cinsel ilişki suçları bakımından tatbik edilmektedir. Dolayısıyla buna göre, TCK m.102/2'de yer alan nitelikli cinsel saldırı suçu bakımından koşullu salıverilme ve denetimli serbestlik bakımından ayrı süre ve oranlar uygulanacaktır.

6.3.2 Koşullu Salıverilme

İnfaz Kanunu uyarınca koşullu salıverilmek için aranan infaz şartı, suça ve hükmedilen cezanın miktarına göre değişmekle birlikte, kural olarak İnfaz Kanunu m.107/2'ye göre, koşullu salıverilmeden faydalanabilmek için ceza infaz kurumunda geçirilmesi gereken süre, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezalarında 30 yıl, müebbet hapis cezalarında 24 yıl ve süreli hapis cezalarında ise hükmedilen cezanın yarısıdır.

Cinsel dokunulmazlığa karşı suçlarda infaz rejiminin önem arz etmesinin sebebi, işte bu kural olan koşullu salıverilme sürelerinin belirli cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar bakımından uzamasıdır. TCK'da yer alan basit cinsel saldırı (TCK m.102/1, 3), reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun basit hali (TCK m.104/1), cinsel taciz (TCK m.105) ile çocukları tarafından cinsel suçlardan birisinin işlenmesi halinde koşullu salıverilme süresi hükmolunan hapis cezasının yarısının değil üçte ikisinin tamamlanması halinde

⁶⁹⁵ ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s. 328.

uygulanacaktır. Bu şekilde, cinsel dokunulmazlığa suçlardan yer verdiklerimizde koşullu salıverilme süresi uzatılarak, mahkumun cezaevinde bu suçlardan dolayı geçirmesi gereken süre kural düzenlemeye göre artırılmıştır.

Bunun yanında cinsel dokunulmazlığa karşı suçlarda İnfaz Kanunu organ veya sair cisim sokma şeklindeki nitelikli cinsel saldırı suçu ile çocuklara karşı işlenen cinsel suçlar bakımından yukarıdaki koşullu salıverilme süresinde ayrılmış, daha ağır bir süre şartı getirmiştir. İnfaz Kanunu m.108/9 uyarınca, TCK m.102/2, m.103 ile m.104'ün 2 ve 3. fıkralarında yer alan nitelikli hallerinden mahkum olanlar cezalarının ancak dörtte üçünü cezaevinde iyi halli olarak tamamlamaları halinde koşullu salıverilmeden yararlanabilecektir. Dolayısıyla, kanun koyucu mükerrirlere özgü infaz rejimi bakımından 7242 sayılı Kanun'la İnfaz Kanunu m.108'de yaptığı değişiklikle tekerrür halinde koşullu salıverilme oranını dörtte üçten üçte ikiye indirerek hükümlü lehine bir düzenleme öngörse de İnfaz Kanunu m.108/9 uyarınca TCK m.102/2, m.103, m.104/2'de yer alan cinsel suçlarda koşullu salıverilme süresi dörtte üç olarak uygulanmaya devam edecektir⁶⁹⁶. Ancak bu sürenin belirttiğimiz cinsel suçların failinin çocuk olması halinde uygulanmayacağını ayrıca belirtmek gerekir. Bu düzenlemeden anlaşıldığı üzere kanun koyucu, çocuklara karşı gerçekleştirilen cinsel suçlar ile yetişkinlere karşı organ veya sair cisim sokma şeklinde gerçekleştirilen nitelikli cinsel saldırı suçlarını mağdur üzerinde oluşturdukları etkiyi göz önüne alarak infaz şartlarını oldukça ağırlaştırmıştır.

Ülkemizde cinsel dokunulmazlığa karşı suçlarda yaşanan artış ve bu suçların gerek mağdur ve gerekse toplum nezdinde oluşturduğu olumsuz etkiler göz önünde bulundurulduğunda, infaz rejiminin bu şekilde ağırlaştırılmasını isabetli bulmaktayım.

⁶⁹⁶ ŞEN, Ersan/BAŞER BERKÜN, Beyza: Koşullu Salıverilme, Denetimli Serbestlik ve Ceza İnfaz Sorunları, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022, s. 47.

Koşullu salıverilme sürelerine ilişkin bu ağırlaştırıcı düzenlemeler aynı zamanda infazın etkin bir şekilde uygulanması ve cezaların caydırıcı etkisine de hizmet edecektir.

Ancak belirtmek gerekir ki, bu süreler ancak 28.06.2014 tarihinden sonra işlenen suçlar bakımından uygulanacaktır. 5275 sayılı Kanun'un geçici m.9/4 hükmüne eklenen düzenleme gereğince 28.06.2014 tarihinden önce işlenmiş olan nitelikli cinsel saldırı, çocukların cinsel istismarı ve reşit olmayanla cinsel ilişki ile cinsel taciz suçlarının tamamı bakımından koşullu salıverilme oranı üçte iki olarak uygulanacaktır. Doktrinde de belirtildiği üzere, böyle bir düzenleme getirilmemiş olsa dahi, TCK m.7/3'te bulunan koşullu salıverilme hükümlerinden lehe olanın uygulanması prensibi gereğince, yine bu tarihten önce işlenen tüm cinsel suçlar bakımından koşullu salıverilme süresinin üçte iki olarak uygulanması gerekecekti⁶⁹⁷.

6.3.3 Denetimli Serbestlik

Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 105/A maddesi uyarınca, koşullu salıverilmesine 1 yıldan az kalan hükümlülerin denetimli serbestlik tedbirine ayrılmasına karar verilebilmektedir. Ancak belirtmek gerekir ki, cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlar denetimli serbestlik bakımından da özel ve istisnai bir durum içermektedir.

Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'a eklenen geçici 6. maddede, 30.03.2020 tarihi dahil olmak üzere bu tarihe kadar işlenen suçlardan dolayı denetimli serbestlik süresinin 1 yıl değil 3 yıl olarak uygulanacağı düzenleme altına alınmıştır. Ancak aynı düzenleme, TCK m.102, m.103, m.104 ve m.105'te yer alan cinsel dokunulmazlığa karşı suçları bu düzenlemenin kapsamı dışında bırakmıştır. Dolayısıyla,

⁶⁹⁷ ŞEN/MAVİŞ/ŞAHİN, Cinsel Suçlar, s. 329.

İnfaz Kanunu geçici m.6'da yer alan 3 yıllık denetimli serbestlik süresinden faydalanamayacak olan hükümlüler, TCK m.102, m.103, m.104 ve m.105'te yer alan cinsel dokunulmazlığa karşı suçlardan mahkum olan hükümlüleri olmaktadır⁶⁹⁸. Bu kapsamda kanun koyucunun, denetimli serbestliğe getirdiği avantajlı 3 yıllık süre düzenlemesinden cinsel dokunulmazlığa karşı suçlardan dolayı hüküm giyenleri faydalandırmadığını, cinsel dokunulmazlığa karşı suçlardan hüküm giyen mahkumların aynı şekilde ancak koşullu salıverilme sürelerine 1 yıl kalması halinde denetimli serbestliğe ayrılacaklarını ifade etmek gerekir.

Gerek koşullu salıverilme gerekse denetimli serbestlik hükümleri açısından cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar incelendiğinde, kanun koyucunun ağır şartlar öngörerek cinsel dokunulmazlığa karşı suçları birçok suç tipinden ayırdığı ve özel nitelikli olarak gördüğü, bu kapsamda infaz düzenlemelerine getirdiği hiçbir hükümlü lehine düzenlemeden de faydalandırmadığı ifade edilebilir. Ülkemizde cinsel suçların gerek medya ve gerekse kamuoyu ile halkta yarattığı etki ve cinsel suçlardaki artış ile kara rakamlar dikkate alındığında infaz düzenlemelerinin bu şekilde olmasının isabetli olduğunu, cinsel suçlarda özellikle caydırıcı etki oluşturulabilmesi açısından sert bir infaz rejimi uygulanmasının gerekli olduğunu düşünmekteyim.

Denetimli serbestlik başlığı atında kastrasyona da değinilmesi gerektiğini düşünmekteyiz. Kastrasyon, bireyin cinsel salgı bezlerinin alınmasıyla cinsellikte bulunmalarını ve üremelerini engelleyen bir tıbbi müdahaledir⁶⁹⁹. Öncelikle, kastrasyonun niteliği itibarıyla bir tıbbi müdahale olduğunu ifade etmek gerekir. Tıbbi

⁶⁹⁸ ŞEN/MAVİŞ/ŞAHİN, Cinsel Suçlar, s. 330.

⁶⁹⁹ YENERER ÇAKMUT, Özlem: "Türk Hukukunda Kastrasyon Tıbbi Müdahalesi ve Yeni Gelişmeler", II. Türkiye-Slovenya Uluslararası Evlilik Hukuku Sempozyumu, Cinsel Suçlar ve Evlilik Hukuku, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2014, s. 134.

müdahale bakımından günümüzde kabul edilen haliyle hukuka uygunluk sağlayan en önemli unsur mağdurun rızasıdır.

Belirtmek gerekir ki, kastrasyon ile kısırlaştırma farklı müdahalelerdir. Kastrasyon işleminde cinsel birleşme yeteneği ortadan kaldırılırken, kısırlaştırma işleminde ise yalnızca çocuk yapma yeteneği sona erdirilmektedir⁷⁰⁰. Dolayısıyla, insan vücudu üzerinde oluşturdıkları etki bakımından kastrasyon ve kısırlaştırma birbirinden tamamen farklı karıştırılmaması gereken tıbbi müdahale türleridir.

Kastrasyonun, faili rehabilite ederek tekrürü önleyeceği, caydırıcılık sağlayacağı, geri çevrilebilir olduğu şeklindeki gerekçelerle lehine görüşler bulunduğu gibi tekrürü önlediğine dair bilimsel veri bulunmadığı, kimler üzerinde uygulanacağının muğlak kaldığı, gerçek çözüm metodu olmadığı ve ciddi yan etkileri olması, yöntemin insan onuruna aykırı olması sebepleriyle aleyhine görüşler de bulunmaktadır⁷⁰¹.

Türk Hukukunda kastrasyon ile ilgili ilk hükümler, 2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun'da yer almıştır. Bu kanun hükümleri uyarınca, kanunun öngördüğü haller dışında kastrasyonun yapılması yasaklanmış, bir ameliyatın yapılması sırasında ise tıbbi zorunluluk doğduğu halde kişinin rızasına ihtiyaç duyulmadan kastrasyonun yapılabileceği düzenlenmiştir. Buradan hareketle, tüm tıbbi müdahalelerde kural olduğu gibi kastrasyon işleminin gerçekleştirilebilmesinde de ana hukuka uygunluk sebebinin kişinin rızası olduğunu belirtmek gerekir⁷⁰².

Bu kanunda yer alan izah ettiğimiz düzenlemeler haricinde Türk Hukukunda kastrasyon özellikle çocuklara yönelik olarak işlenen cinsel suçlara yaptırım olarak

⁷⁰⁰ YENERER ÇAKMUT, Türk Hukukunda Kastrasyon, s. 135.

⁷⁰¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. KIZILIRMAK, Baran: "Kimyasal Kastrasyonun Cinsel Suç Faillerine Uygulanabilirliği Üzerine Kapsamlı Bir İnceleme", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 25(2), 2019, s. 1029-1032.

⁷⁰² Ayrıntılı bilgi için bkz. YENERER ÇAKMUT, Türk Hukukunda Kastrasyon, s. 136-137.

gündeme gelmiş, bu hususta yasa teklifi hazırlanmıştır. İlk kez teklif, 08.02.2011 tarihinde TBMM Başkanlığı'na verilmiştir. Bunun haricinde, dayanağını İnfaz Kanunu'nun 108. maddesinden alan hükümden alan 26.07.2016 tarihli Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlardan Hükümlü Olanlara Uygulanacak Tedavi ve Diğer Yükümlülükler Hakkında Yönetmelik yürürlüğe koyulmuştur. Kimyasal kastrasyon ile ilgili son olarak da İnfaz Kanunu m.108'de değişiklik yapmayı öngören, 4 Nisan 2018 tarihli Türk Ceza Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı Meclis'e sunulmuştur.

Kastrasyonla ilgili bir çekince ortaya koyulabilir. Kastrasyonun geçici yapılması ve failin sonrasında eski haline geri dönmesi, yani bunun kalıcı bir çözüme ulaştırmaması hususu eleştiriye açıktır. Bu kapsamda, kastrasyonun kalıcı bir caydırıcı etki yaratıp yaratmadığı ile ilgili ciddi endişeler ileri sürülebilecektir. Tüm bunların yanında, tıbbi müdahale niteliğinde olan kastrasyonun insan onuru ile bağdaşmayan bir yaptırım olduğu da göz önünde bulundurulmalıdır.

Kanaatimizce bu tür bir tedbirdense bu suçların adli sicilden silinmemesi ve faillerinin ciddi anlamda takiplerinin gerçekleştirilmesi, bunun yanında faillerin tehlikelilik halinin sürekli olarak izlenmesi ve bilimsel olarak ortaya koyulması bir çözüm olabilir. Bilimsel olarak tehlikeliliği geçmeyen failin toplum içine girmesinin önüne geçilmelidir⁷⁰³.

Tüm bu tavsiyelerin yanında illa bu tıbbi müdahale uygulanmak da isteniyorsa bunun bir tıbbi müdahale olması, insan vücudu üzerinde uygulanarak kişi hak ve

⁷⁰³ Bu tavsiyeye benzer şekilde ABD'de tehlikeli suçlular hakkında uygulanan bazı özel tedbirler hakkında detaylı bilgi için bkz. ŞENTÜRK, Kıvanç: "Amerika Birleşik Devletleri'nde Yüksek Riskli Suçlular Hakkında Uygulanan Özel Tedbirler", Ceza Hukuku Dergisi, 45, 2021, s. 235-248.

hürriyetlerine müdahale teşkil ediyor olması sebebiyle, tüm düzenlemelerinin kanunla yapılması ve hiçbir hususun detay dahi olsa yönetmeliklere bırakılmaması gerekmektedir.



7. SONUÇ

Öncelikle ifade etmek gerekir ki ilk bölümde ortaya koyduğumuz verilerden de anlaşılacağı üzere, cinsel özgürlüğe karşı suçlar özellikle çocuk mağdurlara yönelik olarak başta olmak üzere hemen hemen tüm dünya ülkelerinde artıştır. Bu yönü ile yakın zamanlarda ülkemizin de en çok konuşulan konularından ve çözüm bekleyen toplumsal sorunlarından birisini oluşturmaktadır.

765 sayılı TCK ile 5237 sayılı TCK'yı karşılaştırdığımıza literatür ve kavramsal olarak çağdaş anlayışına daha da uyumun sağlandığını, bugünün anlayışıyla bağdaşmayacak belli suç tiplerinin kanunun dışına çıkarıldığını, ancak bunun haricinde yeni Türk Ceza Kanunu'nda var olan suç tipleri bakımından terminolojik değişikliğe yer verilse bile suçun unsurları ve işleniş şekilleri bakımından büyük ölçüde 765 sayılı Kanun'un sistematığına riayet edildiğini belirtmek gerekmektedir.

İlk bölümde ortaya koyduğumuz üzere, cinsel dokunulmazlık kavramı cinsel özgürlük kavramının negatif yönüne karşılık gelerek sadece bir boyutunu oluşturmaktadır. Ancak belirtmek gerekir ki hal böyle olduğundan cinsel dokunulmazlığın korunması dolaylı olarak cinsel özgürlüğün korunması anlamına gelecektir. Bu nedenle, cinsel saldırı suçu ile korunan hukuksal değer temelde cinsel özgürlük olduğunu düşünmekteyim. Dolayısıyla, suçun düzenlendiği başlığın "cinsel özgürlüğe karşı suçlar" olmasının daha isabetli olacağı kanaatindeyim.

Cinsel saldırı suçunun faili herkes olabilecektir. Ancak suçun mağdurunun kim olabileceği konusunda iki temel tartışma bulunmaktadır. Öncelikle suçun temel hali de kanaatimizce eşe karşı işlenebilecektir. Bunun mümkün olmayacağına dair bir belirleme, kanun metninde yer almadığı gibi ikinci fıkrada yer alan nitelikli halin eşler arasında işlenilmesi halinde şikayet koşulunun yalnızca usul bakımından bir belirleme getirdiğini

düşünmekteyiz. Ancak her ne kadar düşüncelerimiz bu yönde olsa da TCK'nın mevcut düzenlemesinin gerek doktrinde ve gerekse uygulamada tereddüde ve tartışmaya yol açtığını da kabul etmek, bu nedenle de hükmün belirli olması ilkesine hanel geldiğini ortaya koymak gerekmektedir. Buradan hareketle kanaatimizce, TCK m.102'nin birinci fıkrasının sonuna *“Bu fıkıada belirtilen fiiller resmi nikahlı eşı karşı da gerçekleştirilebilir.”* cümlesinin eklenmesi isabetli olacaktır.

Öte yandan, 18 yaşında küçük olanlar evlenme ile reşit kılınmalar bile kocaları tarafından cinsel saldırıya uğramaları halinde Türk Ceza Kanunu ve Çocuk Koruma Kanunu düzenlemeleri karşısında TCK m.102'nin değil TCK m.103'te yer alan cinsel istismar suçunun mağduru olacaklardır. Bu durumda 18 yaşın altında olup da evlenenlerin eşleri ile girdikleri rıza kapsamındaki cinsel ilişkiler bakımından sorunun ortadan kalkması için TCK 104. maddenin ilk fıkrasına, *“Evlenmeye yoluyla 18 yaşından önce reşit kılınanların eşleri ile girdikleri rıza kapsamındaki cinsel ilişkiler bakımından bu madde uygulanmaz.”* ifadesinin eklenmesi gerektiğini düşünmekteyiz.

Suçun maddi konusu, cinsel saldırının gerçekleştirildiği kişinin vücududur. Özellikle burada suçun hukuki konusu ile maddi konunun karıştırılmaması gerektiğini, cinsel özgürlük veya cinsel dokunulmazlığın suçun maddi konusu içeriğinde yer alamayacağını ifade etmek isterim.

Cinsel saldırının temel şekli vücuda temas içeren, şehvi hisleri tatmine yönelik, rızaya aykırı vücuda organ veya sair cisim sokma boyutunda olmayan cinsel davranışlarla işlenecektir. Cinsel davranış kavramı disiplinlerarası geniş bir kavram olduğundan kanunda tek bir tanımının yapılmaması ve bu hususun uygulama ve doktrine bırakılması kanaatimizce isabetli olmuştur. Ancak elbette suçun oluşması bakımından cinsel

davranışın objektif olarak dışarıdan görünüşü dikkate alınmalı bu şekilde uygulama yapılmalıdır.

Sarkıntılık, suçun temel halinden farklı olarak ani, kesintili, süreklilik arz etmeyen şekilde vücuda temas ile gerçekleştirilen cinsel saldırının bir görünüş formudur. Belirtmek gerekir ki kanaatimizce sarkıntılık, yalnızca anlık dokunup çekme şeklinde saniyelik olaylarda uygulanmalıdır. Bu kapsamda, tezde yer verdiğimiz Yargıtay'ın sarkıntılık kapsamında gördüğü bazı eylemlerin suçun temel halini oluşturduğunu, bu içtihatların hukuken isabetsiz olduğunu düşünmekteyiz.

Suçun ikinci fıkrasında yer alan vücuda organ veya sair cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilen hali kanaatimizce cezanın ağırlaştırılmasına sebebiyet veren bir nitelikli haldir. Bu husus, madde gerekçesinden de açıkça anlaşılmakta, bunun yanında 765 sayılı Kanun'da iki farklı maddede düzenlenen ırza tasaddi ve ırza geçmenin bu kez aynı madde içerisinde düzenlenmiş olmasıyla kanun koyucunun iradesinden de açıkça görülmektedir.

Cinsel saldırı suçunun, gerek ilk fıkradaki basit hali ve gerekse ikinci fıkrada yer alan nitelikli hali bakımından gerekli olan manevi unsur kasttır. Suçun temel hali bakımından failin, sübjektif olarak cinsel arzuları tatmin saiki ile hareket etmesinin aranacağına dair kanunda bir belirleme yapılmamıştır. Böyle bir hususa, madde metninde değil de madde gerekçesinde yer verilerek suçun uygulanma alanının daraltılması hukuken isabetli olmayacak "kanunilik" ilkesini ihlal edecektir.

Cinsel saldırı suçunda meşru savunma ve zorunluluk hali gibi klasik hukuka uygunluk nedenleri geçerli değildir. Cinsel saldırı suçunda gündeme gelebilecek hukuka uygunluk nedeni rıza olup kanaatimizce rıza suç tipinde bizzat madde metninde yer almadığından tipikliği değil hukuka aykırılığı kaldırıcı etkiye sahiptir. Böylelikle rıza

konusunda olası bir hata halinde TCK m.30/1'in değil m.30/3'ün uygulanması, yani hatanın kaçınılmaz bir hata olmasının aranması gerekmektedir.

Yaş küçüklüğü, geçici nedenler, alkol ve uyuşturucu madde etkisinde olma halleri gibi kusurluluğu etkileyen haller bakımından herhangi bir özel durum söz konusu olmayıp genel hükümlere göre uygulama yapılacaktır. Haksız tahrik hükümlerinin uygulanması bakımından, haksız tahrike yol açan eylem ile tepki olarak gerçekleştirilecek eylem arasında mantıksal bir illiyet arandığından her türlü haksız eyleme karşı cinsel saldırının haksız tahrik indiriminden faydalanmaması gerektiğini ifade etmek gerekir. Ancak örneğin haksız bir cinsel saldırıya karşı tepki olarak cinsel saldırı eylemi gerçekleştirildiğinde, burada uygun illiyet ilişkisinin bulunduğunu ve dolayısıyla haksız tahrik indiriminin uygulanabileceğini düşünmekteyiz.

Müteaddit defa cinsel saldırı eylemine maruz kalanların gerçekleştirdikleri yaralama veya öldürme eylemleri bakımından haksızlık yanılığı hükümlerinin uygulanması gerektiğini düşünmekteyiz. Tez içerisinde verdiğimiz ve incelediğimiz hükümlerden açıkça anlaşıldığı üzere, burada gerçekleştirilen öldürme eylemleri cinsel saldırının gerçekleştiği veya tekrar gerçekleşmesinin muhakkak olduğu zamanlarda ifa edilmemektedir. Ancak kişi bu tür durumlarda müteaddit defa bu tür bir eyleme maruz kaldığından hukuk dışı hareket ettiği konusunda yanılığa düşmektedir. Bu nedenle bu tür somut olaylarda TCK m.30/4'te yer alan haksızlık yanılığı hükmünün tatbik edilmesi gerektiğini düşünmekteyiz.

Suçun gerek basit ve gerekse nitelikli haline teşebbüs mümkündür. Bunun yanında somut olayın şartları çerçevesinde tespit edilebildiği durumda suçun sarkıntılık boyutunda kalan haline de teşebbüsün mümkün olduğunu düşünmekteyiz.

Suç, iştirak bakımından herhangi bir özellik göstermemekte olup genel hükümler çerçevesinde iştirakin her türünün basit ve nitelikli cinsel saldırıya uygulanması mümkün görünmektedir. Burada önemli olarak ortaya koyulması gereken husus, iştirak halinde hareket edenlerin önceden anlaştıkları kapsamın dışına çıkılması durumlarıdır. Burada her bir faili kendi fiilinden ve ilk anlaşılan kapsamdan sorumlu tutmak gerektiği kanaatindeyiz.

Cinsel saldırı suçunun gerek basit hali ve gerekse nitelikli hali bakımından zincirleme suç hükümleri uygulanabilecektir. Suçun birinci ve ikinci fıkraları arasında nitelikli hal ilişkisi olduğunu kabul ettiğimizden, her iki eylemin işlenmesinde şartları varsa Yargıtay'ın yaptığı gibi aralarında zincirleme suç hükümlerinin uygulanmasını isabetli bulmaktayız.

Cinsel saldırı suçunun işlenmesi bakımından cebir ve tehdit kullanılması zorunlu olmasa da bunlara başvurulduğu durumda, cebir ve tehdidin cinsel saldırı eylemi içerisinde erdiği, bunların suçun bir unsuru haline gelmediği, bu durumun tüketen tüketilen norm ilişkisi içerisinde değerlendirilmesi gerekeceği görüşündeyiz.

Cinsel saldırı esnasında fiilin niteliği gereği mağdurun hürriyeti kısıtlanacaktır. Bu durumun fikri içtima çerçevesinde değerlendirilmesi ve faile ayrıca TCK m.109'dan ceza verilmemesi gerekmektedir. Ancak hürriyetten yoksun kılma halinin cinsel saldırı eyleminin anları ile sınırlı kalmayıp öncesinde yapıp tamamlanması üstüne cinsel saldırının gerçekleştirilmesi veya cinsel saldırının devamında gerçekleştirilmesi söz konusu oluyorsa, burada artık her iki suçtan da hüküm kurulması gerektiği kanaatindeyiz.

Cinsel saldırı suçunun şikayete tabi basit hali ve sarkıntılıktaki genel hükümler gereği şikayet süresi altı ay olup bu sürenin mağdurun fiili ve faili öğrendiği tarihten itibaren işlemeye başlayacağını dikkate almak gerekir. Bunun yanında cinsel taciz suçu

bakımından öngörülen nitelikli haller için şikayet şartı aranmasına rağmen Yargıtay, içtihat değişikliğine gitmiş ve yeni içtihadında suçun nitelikli halleri bakımından da şikayet şartı aramıştır. Cinsel saldırı suçu bakımından da gündeme gelebilecek, özellikle TCK m.102'nin üçüncü fıkrasındaki haller bakımından gündeme gelebilecek bu uygulamanın hukuken isabetsiz olduğunu düşünmekteyiz.

Ceza karşılıkları gereğince basit cinsel saldırı ve sarkıntılık boyutunda kalan hali, asliye ceza mahkemesince, nitelikli cinsel saldırı suçu ise ağır ceza mahkemesince kovuşturulacaktır. Yetkili mahkeme suçun işlendiği yer mahkemesi olup suçun hürriyeti yoksun kılma suçu ile beraber işlenmesi durumunda, temadinin sona erdiği yer mahkemesi de yetkili olabilecektir.

Cinsel saldırı suçu açısından dava ve ceza zamanaşımı konularında genel hükümlere göre uygulama yapılabilecek olup halihazırdaki düzenleme gereğince isabetli şekilde cinsel saldırı suçunun gerek basit ve gerekse nitelikli hali uzlaştırma kurumunun kapsamı dışında bırakılmıştır.

Belirtmek gerekir ki cinsel saldırı suçu infaz rejimleri bakımından özellik arz etmekte, özel suç kategorisi içerisinde yer almaktadır. Yukarıda da belirttiğimiz üzere, 18.06.2014 tarihli ve 6545 sayılı Kanun'la Ceza ve Güvenlik Tedbirleri Hakkında Kanun'un 108. maddesine eklenen 8 ve 9. fıkralar ile birlikte cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar yeni özel tehlike suç tipleri kapsamına alınmıştır. Bunun yanında, TCK m.58'de değişiklik yapılmamakla birlikte Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun m.108'e eklenen fıkralar ile infaz bakımından mükerrirlere özgü infaz rejimi öngörülerek, TCK m.58'de sayılanlar haricinde özel tehlikeli suç kategorisi oluşturulmuştur.

Bu kapsamda basit cinsel saldırı suçunun cezasının üçte ikisinin, nitelikli cinsel saldırı suçunun cezasının ise dörtte üçünün infaz kurumunda tamamlanması sonrasında

mahkumun koşullu salıverilme hakkından faydalanabilmesi mümkün olabilmektedir. Benzer şekilde cinsel saldırı suçu mahkumları üç yıllık denetimli serbestlik avantajının da dışında bırakılmış, ancak koşullu salıverilme sürelerine bir yıl kala denetimli serbestlikten faydalandırılmaktadırlar. Tezde de belirttiğimiz şekilde cinsel suçların ülkemizde yaşanan artışı, toplumda oluşturduğu sorun ve infialler göz önünde bulundurulduğunda bu yöndeki infaz rejiminin hukuken isabetli olduğunu düşünmekteyiz.



KAYNAKÇA

- AKBULUT, Berrin: “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlarda Rızanın Hukuki Niteliği”, Ceza Hukuku Dergisi, 14(40), 2019, s.265-288. (Rızanın Niteliği)
- AKBULUT, Berrin: “Ceza Mevzuatında Çocuk ve Çocukların Yakalanması, Gözaltına Alınması”, Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Sayısı, 19(2), 2013.
- AKÇİN, İhsan: “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar”, Yargıtay Dergisi, 2006, 32(1-2), s.99-144.
- AKKAYA, Çetin: Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, Adalet Yayınevi, 3. Baskı, Ankara 2024.
- AKSİN, Ahmet/MARAL, Emrah: “Osmanlı Devletinde Irza ve Namusa Yönelik Olarak İşlenen Suçlar ve Uygulanan Cezalar (1789-1850)” II. Türk Hukuk Tarihi Kongresi Bildirileri Cilt:1, Fethi Gedikli (ed.), On İki Levha Yayıncılık, 1. Baskı, 2016, s.819-829.
- AKSOY, Özgün Sinem: Cinsel Saldırı Suçu (5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu m.102), (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2010.
- ALTUN, Volkan: “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu m.102/1 Kapsamında Kalan Fiillerin Eşler Arasında İşlenip İşlenemeyeceğine İlişkin Bir Değerlendirme”, Suç ve Ceza Dergisi, 17(1), 2024.
- APAYDIN, Cengiz: Meşru Savunma, Seçkin Yayıncılık, 4. Baskı, Ankara 2023.
- ARSLANTÜRK, Mustafa: Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar, Seçkin Yayıncılık, 7. Baskı, 2023.

- ARTUK, Mehmet Emin: “Cinsel Taciz ve Ceza Hukuku”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, 49(3), 1994, s.31-50.
- ARTUK, Mehmet Emin/YENİDÜNYA, Ahmet Caner: “Evlilik İçinde Irza Geçme”, İstanbul Üniversitesi Cumhuriyet’in 75. Yıl Armağanı, İstanbul 1999.
- ARTUK, Mehmet Emin/GÖKÇEN, Ahmet/YENİDÜNYA, Ahmet Caner: Türk Ceza Kanunu Şerhi, Adalet Yayınevi, 2. Baskı, Ankara 2014.
- ARTUK, Mehmet Emin/ALŞAHİN, Mehmet Emin: “Sarkıntılık Fiili”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 65(4), 2016, s.3243-3270.
- ARTUK, Mehmet Emin/GÖKÇEN, Ahmet/ALŞAHİN, Mehmet Emin/ÇAKIR, Kerim: Ceza Hukuku Özel Hükümler, Adalet Yayınevi, 20. Baskı, 2022.
- ARTUK, Mehmet Emin/ÇINAR, Ali Rıza: “Yeni Bir Ceza Kanunu Arayışları ve Adalet Alt Komisyonu Tasarısı Üzerine Düşünceler”, Türk Ceza Kanunu Reformu İkinci, 1. Baskı, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2004.
- AVCI, Mustafa: Osmanlı Hukukunda Suçlar ve Cezalar, Gökkuşbu Yayınları, 1. Baskı, 2004.
- AYGÖRMEZ, Gülsün Ayhan: “Cinsel Suçlara İlişkin Güncel Maddi Hukuk Sorunları”, Alman ve Türk Hukukunda Cinsel Suçlar ve Cinsel Suçları Önleme Stratejileri I. Uluslararası Adli Bilimler ve Ceza Hukuku Kongresi 15-16 Nisan 2019, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019. (Cinsel Suçlara İlişkin)
- AYGÜL ATAKEYA, Merve: “Cinsel Saldırı ve Cinsel İstismar Suçlarında Sarkıntılık Fiili (Yargıtay Kararları Işığında)”, Selçuk Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu Dergisi, 5(1), 2022, s.113-147.
- BAYTEMİR, Erdal: Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, Adalet Yayınevi, 1. Baskı, Ankara 2019.

- CENTEL, Nur: “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Saldırı Suçu ve Cinsel Suçlar Değişiklik Tasarısının Değerlendirilmesi”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 25(99), 2012, s.269-290. (Cinsel Suçlar Değişiklik Tasarısının Değerlendirilmesi)
- CENTEL, Nur: “Ceza Hukuku Şiddete Karşı Kadını Koruyor mu?”, Ceza Hukukunda Kadının Şiddete Karşı Korunması, Nur Centel (ed.), İstanbul 2013. (Kadını Koruyor mu?)
- CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide: “Cinsel Saldırı Suçu (TCK m.102)”, Prof. Dr. Mehmet Emin Artuk’a Armağan, Mahmut Koca (ed.), Ankara 2020.
- CENTEL, Nur/ ZAFER, Hamide/ YENERER ÇAKMUT, Özlem: Türk Ceza Hukukuna Giriş, Beta Yayıncılık, 12. Baskı, İstanbul 2023.
- ÇÖLOĞLU, A. Sedat: Adli Tıp Sözlüğü, İstanbul 1993.
- DİDEM AYDIN, Öykü: “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar”, Hukuki Perspektifler Dergisi, (2), 2005, s.152-163.
- DÖNMEZER, Sulhi: Ceza Hukuku Özel Kısım Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler, Filiz Kitabevi, 5. Baskı, İstanbul 1983.
- DURSUN, Selman: “Türk Ceza Hukuku’nda Cinsel Suçlara Genel Bir Bakış”, Ceza Hukuku Dergisi, 9(24), 2014, s.57-73.
- DÜLGER, İbrahim: Cinsel Özgürlüğe Karşı İşlenmiş Suçlardan Irza Geçme Suçu, SÜSBE, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), 1998.
- DÜLGER, Murat Volkan: “Evlilik Birliği İçinde Gerçekleşen Nitelikli Cinsel Saldırı Suçu, Bu Suçun Mağdur Üzerindeki Etkileri ve Mağduru Korumaya Yönelik Önlemler”, İstanbul Barosu Dergisi, 80(2), 2006, s.543-575. (Evlilik Birliği İçinde Gerçekleşen Nitelikli Cinsel Saldırı Suçu)

- ERDEM, Eylül/TÜRAY: Aras, “Türk Ceza Hukukunda Basit Cinsel Saldırı Suçunun Eşe Karşı İşlenmesi”, Suç ve Ceza Dergisi, 12(2), 2019, s.65-101.
- EREM, Faruk/TOROSLU, Nevzat: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Savaş Yayınevi, 8. Baskı, Ankara 2000.
- ERDEN TÜTÜNCÜ, Efser: “Vücuda Organ veya Sair Cisim Sokmak Suretiyle İşlenen Cinsel Saldırı Suçu Bakımından Teşebbüse İlişkin Sorunlar”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 24(2), 2022, s.619-672. (Teşebbüse İlişkin Sorunlar)
- ERDEN TÜTÜNCÜ, Efser: “Örselenmiş Kadın Sendromu Argümanının Türk Hukukunda Meşru Savunma Kapsamında Uygulanabilirliği Üzerine Düşünceler, Fasikül Hukuk Dergisi, 11(111), 2019, s.469-482. (Örselenmiş Kadın Sendromu)
- EKİCİ ŞAHİN, Meral: Ceza Hukukunda Rıza, On İki Levha Yayıncılık, 1. Baskı, 2012.
- ERGÜNE, Elif/ DEMİREL, Muhammed: “Müteaddit Defa Cinsel Saldırı Suçunun Mağduru Olan Kadının ‘Muhtemel Cinsel Saldırıya’ Binaen Faili Öldürmesine İlişkin ‘Birbiriyle Çelişen’ İki Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi”, Türkan Rado’nun Anısına Armağan, Abuzer Kendigelen (ed.), On İki Levha Yayıncılık, 2020, s.165-178.
- EROĞLU, Fulya/ÖZEROĞLU, Alev: “Kötü Muameleye Maruz Kalmış Kadın Sendromunun Meşru Savunma Açısından Değerlendirilmesi”, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 5(1-2), 2020, s.1405-1431. (Kötü Muameleye Maruz Kalmış Kadın)
- GÖKCAN, Hasan Tahsin/ARTUÇ, Mustafa: Türk Ceza Kanunu Şerhi, Adalet Yayınevi, 1. Baskı, Ankara 2021.

- GÖZÜBÜYÜK, Abdullah Pulat: Alman, Fransız, İsviçre ve İtalyan Ceza Kanunlarıyla Mukayeseli Türk Ceza Kanunu Gözübüyük Şerhi, Kazancı Hukuk Yayınları, 5. Baskı.
- GÜRKAN, Şeref/UGUZ, Ahmet: “Yeni Ceza Yasamızda Cinsel Suçlar”, Adalet Dergisi, 27, 2007.
- GÜVEN, Kudret: “Özel Hukukta Cinselliğe Bakış”, Hukuk Düzeninde Cinselliğe Genel Bakış Sempozyumu (Ed.: Ezgi Aygün EŞİTLİ), 1. Baskı, Başkent Üniversitesi Geliştirme Vakfı İktisadi İşletmesi Yayınları, 2017.
- HAFIZOĞULLARI, Zeki/ÖZEN, Muharrem: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar, USA Yayıncılık, 8. Baskı, 2022.
- HAKERİ, Hakan/ TEKİN, Derya: Tartışmalı Sorularla Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Adalet Yayınevi, 3. Baskı, 2023.
- <https://www.sozcu.com.tr/>
- <https://www.voaturkce.com/>
- <https://www.trthaber.com/>
- <https://sozluk.gov.tr/>
- <https://karararama.yargitay.gov.tr/>
- İBA, Hasan: “Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlarda Rızanın Hukuki Niteliği”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 29(1), 2023, s.98-139.
- İBİŞ, Rabia: “Türk Ceza Hukukunda Cinsel Taciz Suçu”, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2022.
- KAFES, Veli: “Yargı Uygulaması Açısından Cinsel Saldırı Suçu”, II. Türkiye-Slovenya Uluslararası Hukuk Sempozyumu Cinsel Suçlar ve Evlilik Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, Ankara 2014.

- KAHRAMAN, Recep: “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlarda Sarkıntılık Fiilinin Ayırt Edilmesi Sorunu”, Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 9(18), 2021, s.469-498.
- KANTARCI, Nurullah: “Cinsel İstismar Suçunun Eşe Karşı İşlenip İşlenemeyeceği Sorunu”, Ceza Hukuku Dergisi, 12(33), 2017, s.151-180.
- KELEP PEKMEZ, Tuba: “Suçla Korunan Hukuki Değer Çerçevesinde Çocuklar Arasında Gerçekleşen ‘Rızaya Dayalı’ Cinsel İlişkinin Cezalandırılabilirliği Sorunu”, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 8(2), 2020, s.179-199.
- KESKİN KIZIROĞLU, Serap: “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Kadına İlişkin Düzenlemeler ve Cinsel Suçlar”, Sulhi Dönmezer Armağanı, Ankara 2008.
- KESSLER Richard: Die Einwilligung des Verletzten in ihrer strafrechtlichen Bedeutung, Berlin 1884.
- KILIÇ, Abbas: “Cinsel Hakimiyet ve Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Saldırı Suçu (TCK m.102)”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 21(78), 2008, s.167-204.
- KIZILAY, Muhammed Emin: “Osmanlı Devleti’nde Cinsel Saldırı Suçları: 1869 Vakayii Zabtiye Gazetesi Örneği”, Dinbilimleri Akademik Araştırma Dergisi, 21(2), 2021, s.987-1018.
- KIZILIRMAK, Baran: “Kimyasal Kastrasyonun Cinsel Suç Faillerine Uygulanabilirliği Üzerine Kapsamlı Bir İnceleme”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 25(2), 2019.
- KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Adalet Yayınevi, 9. Baskı, Ankara 2023.
- KOÇAOĞLU, Sinan: Yargı Kararları Işığında Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, Yetkin Yayınları, 1. Baskı, Ankara 2016.

- KONAN, Belkıs: Osmanlı Hukukunda Tecavüz Suçu, OTAM, 2011.
- KORKUSUZ, Gülşah: “Cinsel Saldırı Suçu (TCK m.102)”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 73(1), 2013, s.815-854.
- KÜÇÜKTAŞDEMİR, Özgür: Türk Ceza Hukukunda Maddi ve Manevi Cebir (TCK m.28), Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, Ankara 2012.
- MEMİŞ KARTAL, Pınar: “Cinsel Saldırı Suçu”, Özel Ceza Hukuku Cilt 2, On İki Levha Yayıncılık, 1. Baskı, 2017. (Cinsel Saldırı)
- MEMİŞ KARTAL, Pınar: Türk Ceza Hukukunda Çocukların Cinsel İstismarı, Der Yayınları, 1. Baskı, 2014. (Çocukların Cinsel İstismarı)
- MEMİŞ KARTAL, Pınar: “Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu (TCK m.104), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 65(4), 2016, s.2083-2100.
- MERAN, Necati: “Cinsel İstismar ve Saldırı Suçlarında 6545 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikler ve Yeni Yorumlar”, Terazi Hukuk Dergisi, 9(98), 2014, s.78-83. (Cinsel İstismar ve Saldırı Suçlarında)
- MERAN, Necati: Yeni Türk Ceza Kanununda Kişilere Karşı Suçlar, Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, Ankara 2008. (Kişilere Karşı Suçlar)
- NADİR, İlkey: Örselenmiş Kadın Sendromu: Geleneksel Meşru Savunma Doktrini Karşısında Sürekli Şiddet Hali, Adalet Yayınevi, 1. Baskı, Ankara 2024.
- NUHOĞLU, Ayşe: “Türk Ceza Kanunu’nda ve 2002 Tasarısı’nda Cinsel Suçlar”, Çetin Özek Armağanı, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2004.
- ÖNDER, Ayhan: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Beta Yayıncılık, 3. Baskı, İstanbul 1991.

- ÖNOK, R. Murat: Yapısal Suçlarda Failin Tespiti Müşterek Suç Girişimi ve Örgütsel Hakimiyete Dayalı Dolaylı Faillik Doktrinleri, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019. (Yapısal Suçlarda Failin Tespiti)
- ÖNTAN, Yaprak: “Haksız Tahrike Tepki Fiili Olarak İşlenebilecek Suçlara İlişkin Değerlendirmeler”, Ceza Hukuku Dergisi, 15(44), Aralık 2020, s.949-966.
- ÖZBEK, Veli Özer/DOĞAN, Koray/BACAŞIZ, Pınar: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, 18. Baskı, Ankara 2023.
- ÖZBEK, Veli Özer: Müstehcenlik Suçu (TCK m.226), 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2009.
- ÖZEN, Mustafa: Ceza Hukuku Özel Hükümler Cilt 1, Adalet Yayınevi, 7. Baskı, Ankara 2023.
- ÖZGENÇ, İzzet: “Türk Ceza Kanunu’nun Cinsel Suçlara İlişkin Düzenlemelerinin Dayandığı Felsefi Temel, Cinsel Suçlara İlişkin Kanun Hükümlerinin Uygulanmasından Kaynaklanan Sorunlar”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 24(1), 2020, s.257-284. (Türk Ceza Kanunu’nun Cinsel Suçlara İlişkin Düzenlemelerinin Dayandığı Felsefi Temel)
- ÖZGENÇ, İzzet: “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı İşlenen Suçlar Bakımından İlgilinin Rızasının Ceza Hukuku Sorumluluğu Üzerindeki Etkisi”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 24(2), 2020, s.251-288.
- ÖZGENÇ, İzzet: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, 19. Baskı, Ankara 2023 (Genel Hükümler)
- PAKIR, Yusuf: Cinsel Saldırı Suçu, Adalet Yayınevi, 1. Baskı, 2018.
- PARLAR, Ali/HATİPOĞLU, Muzaffer: Türk Ceza Kanunu Yorumu, Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, Ankara 2008.

- SAK, İzzet/TAŞIN, Mustafa Fırathan: “Şer’iye Sicillerine Göre Osmanlı Hukukunda Cinsel Suçlar: Konya Örneği (1660-1740)”, Uluslararası Tarih ve Sosyal Araştırmalar Dergisi, (22), 2019, s.189-251. (Konya Örneği (1660-1740))
- SAVAŞCI, Bilgehan: Çocukların Cinsel İstismarı Suçu, 1. Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul 2013.
- ŞEN, Ersan/MAVİŞ, Mert/ŞAHİN, Buğra: Cinsel Suçlar, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, Ankara 2023.
- ŞEN, Ersan: Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, Vedat Kitapçılık, 1. Baskı, İstanbul 2006. (Türk Ceza Kanunu Yorumu)
- ŞEN, Ersan: “Sarkıntılık Suçu”, Yorumluyorum 21, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, Ankara 2020.
- ŞEN, Ersan/BAŞER BERKÜN, Beyza: Koşullu Salıverilme, Denetimli Serbestlik ve Ceza İnfaz Sorunları, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022.
- ŞENTÜRK, Kıvanç: “Amerika Birleşik Devletleri’nde Yüksek Riskli Suçlular Hakkında Uygulanan Özel Tedbirler”, Ceza Hukuku Dergisi, 45, 2021.
- ŞİMŞEK, Alahattin: “Cinsel Saldırı ve Cinsel İstismar Suçlarının Hafif Şekli: Sarkıntılık”, Ceza Hukuku Dergisi, 10(28), 2015, s.309-359.
- ŞİŞMAN, Sefa: “Cinsel Saldırı Suçu”, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2010.
- SÖZÜER, Adem: Suça Teşebbüs, 1. Baskı, Alfa Yayınları, İstanbul 1994.
- TANER, Fahri Gökçen: Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, Seçkin Yayıncılık, 3. Baskı, Ankara 2023. (Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar)

- TANER, Fahri Gökçen: “6545 Sayılı Kanun Cinsel Saldırı ve Cinsel Taciz Suçlarına Ne Getirdi? Ne Getirebilirdi?” Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 30(133-2), 2017, s.65-92. (6545 Sayılı Kanun)
- TAŞKIN, Ozan Ercan: “Kötü Muameleye Maruz Kalmış Kadın Reaksiyonu: Meşru Savunma mı, Mazeret Nedeni mi?”, Ceza Hukuku Dergisi, Sayı: 8(21), 2013, s.43-58. (Meşru Savunma mı, Mazeret Nedeni mi?)
- TEZCAN, Durmuş/ERDEM, Mustafa Ruhan/ÖNOK, Murat: Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 21. Baskı, Ankara 2023.
- TOPÇU, Namık Kemal: Meşru Savunma İngiliz ve Amerikan Hukukuyla Karşılaştırmalı, Adalet Yayınevi, 1. Baskı, Ankara 2022.
- TOROSLU, Nevzat: Ceza Hukuku Özel Kısım, Savaş Yayınları, Ankara, 2005. (Özel Kısım)
- TOROSLU, Nevzat/ERSOY, Yüksel: “Kanunlaşmaması Gereken Bir Tasarı”, Türk Ceza Kanunu Reformu İkinci Kitap, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 1. Baskı, 2004, s.1-20. (Kanunlaşmaması Gereken Bir Tasarı)
- TOROSLU, Haluk: “Nitelikli Suça Teşebbüs Sorunu”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı: 72(1), 2023, s.417-446.
- TUĞRUL, Ahmet Ceylani: Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar-Ensest İlişkiler, Cantekin Matbaacılık, 1. Baskı, 2010.
- TULAY, Emre: “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçun Eşe Karşı İşlenmesi”, Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 8(16), 2020.
- TÜRAY, Aras, “Cinsel Saldırı Suçu ve Cebir İlişkisi”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 18(217), 2023, s.1219-1250.

- ÜNVER, Yener: “Türk Maddi Ceza Hukukunda Cinsel Suçların Eleştirisel Olarak İncelenmesi”, II. Türkiye-Slovenya Uluslararası Hukuk Sempozyumu Cinsel Suçlar ve Evlilik Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, Ankara 2014. (Cinsel Suçların Eleştirisel Olarak İncelenmesi)
- ÜNVER, Yener: Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, Ankara 2003. (Hukuksal Değer)
- ÜNVER, Yener: “Cinsel Dokunulmazlığa ve Genel Ahlak Karşı Suçlar”, Türk Ceza Kanunu’nun 2 Yılı, Türk Ceza Hukuku Derneği Yayınları, İstanbul 2008. (Karşı Suçlar)
- ÜNVER, Yener: “Özellikle Cinsel Suçlar Alanında Olmak Üzere Kadınlarla İlgili Ceza Hukuk Normlarındaki Değişim ve Türkiye’deki Durum”, Adalet Yüksekokulu 20. Yıl Armağanı, Beta Yayıncılık, 2001.
- ÜNVER, Yener: “Yargıtay 5. Ceza Dairesi’nin Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlara İlişkin Bazı Kararlarının Değerlendirilmesi”, Yargıtay Kararları Çerçevesinde Ceza Hukuku Sempozyumu, İstanbul 2011.
- YALÇIN SANCAR, Türkan: Türk Ceza Hukukunda Kadın, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, Ankara 2013.
- YARSUVAT, Duygun: “Mukayeseli Hukukta Cinsi Suçlar ve Müeyyideleri”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 30(1-2), 1964.
- YARSUVAT, Duygun/BAYRAKTAR, Köksal/KOCASAKAL, Ümit: “Türk Ceza Kanunu Tasarısı Hakkında Galatasaray Üniversitesi’nin Görüşü”, Türk Ceza Kanunu Reformu İkinci Kitap, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 1. Baskı, 2004, s.285-317.

YAVUZ, Yağız: Suçun Nitelikli Unsurları, On İki Levha Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul 2023.

YELDAN, Didem: Uygulamada Cinsel Suçlar, Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, Ankara 2022.

YENİDÜNYA, Ahmet Caner: 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, Legal Hukuk Dergisi, 3(34), 2005, s.3284-3316. (Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar)

YENERER ÇAKMUT, Özlem: “Türk Hukukunda Kastrasyon Tıbbi Müdahalesi ve Yeni Gelişmeler”, II. Türkiye-Slovenya Uluslararası Hukuk Sempozyumu Cinsel Suçlar ve Evlilik Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, Ankara 2014. (Türk Hukukunda Kastrasyon)

YENERER ÇAKMUT, Özlem: “Kadına Karşı Şiddet-Cinsel Şiddet Kavramı ve Türk Ceza Kanunu m.102'ye Genel Bakış”, Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 5(9), 2017, s.15-26. (Türk Ceza Kanunu m.102'ye Genel Bakış)

YENERER ÇAKMUT, Özlem: “Cinsel Şiddet Mağduru Evli Kadının Türk Ceza Kanunu'ndaki Konumuna İstanbul Sözleşmesi Bağlamından Bakış-Genel Değerlendirme, Hukuk ve Disiplinlerarası Yaklaşımla Şiddet ve Toplumsal Eşitlik, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık.

YENERER ÇAKMUT, Cinsel Şiddet Mağduru Kadın ve Türk Ceza Kanunu'ndaki Konumu, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, (2016/1), s.3-21. (Cinsel Şiddet Mağduru Kadın)

YENERER ÇAKMUT, Özlem: “Cinsel Şiddet Mağduru Çocuk Kavramı ve Türk Ceza Kanunu'nun Çocuğa Yönelik Cinsel Şiddet Düzenlemelerine Genel Bakış”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 22(1), 2016, s.35-51. (Cinsel Şiddet Mağduru Çocuk)

- YENERER ÇAKMUT, Özlem: “Kavramsal Olarak Kadına Karşı Şiddet/Cinsel Şiddet ve Türk Ceza Hukukunda Cinsel Saldırı Suçunun Genel Değerlendirmesi”, Marmara Üniversitesi Kadın ve Toplumsal Cinsiyet Araştırmaları Dergisi, (2-1), 2018, s.49-54.
- YILDIZ, Ali Kemal: 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu, İstanbul Barosu Yayınları, 1. Baskı, 2007.
- YILDIRIM, Adem: “İslam Hukukunda Cinsel Dokunulmazlığa Karşı İşlenen Hetk-i Irz (Tecavüz) Suçunun Cezası ve Kur’an Ceza İlkeleri Açısından Değerlendirilmesi”, Dokuz Eylül Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, (47), 2018, s.255-261.
- YILMAZ, Yeşim: “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlara İlişkin Değerlendirmeler ve Öneriler”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 18(217), 2023, s.1421-1505.
- YOKUŞ SEVÜK, Handan: “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Saldırı ve Cinsel Taciz Suçları”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, (57), 2005, s.243-282. (Cinsel Saldırı ve Cinsel Taciz Suçları)
- YOKUŞ SEVÜK, Handan: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Adalet Yayınevi, 4. Baskı, 2022. (Özel Hükümler)
- YURTSEVEN, Yılmaz: “İslam Öncesi Türk Toplumlarında Ceza Hukuku Yaptırımlarının İnsaniliği Üzerine”, Selçuk Hukuk Kongresi 2 Tam Metin Kitabı, On İki Levha Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul 2022, s.597-615. (İslam Öncesi Türk Toplumlarında)