



TÜRK CEZA KANUNU'NDA CİNSEL SALDIRI SUÇU

Yüksek Lisans Tezi

Fatma EZEROĞLU

Eskişehir 2024

TÜRK CEZA KANUNU'NDA CİNSEL SALDIRI SUÇU

Fatma EZEROĞLU

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Kamu Hukuku Anabilim Dalı

Danışman: Prof. Dr. Hakan KARAKEHYA

Eskişehir

Anadolu Üniversitesi

Sosyal Bilimler Enstitüsü

Aralık 2024

JÜRİ VE ENSTİTÜ ONAYI

Fatma EZEROĞLU'nun "Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Saldırı Suçu" başlıklı tezi .../.../2024 tarihinde aşağıdaki jüri tarafından değerlendirilerek "Anadolu Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği'nin ilgili maddeleri uyarınca, Hukuk Anabilim dalında Yüksek Lisans Yeterlilik tezi olarak kabul edilmiştir.

	<u>Unvanı Adı Soyadı</u>	<u>İmza</u>
Üye (Tez Danışmanı)	:	
Üye	:	
Üye	:	
Üye	:	
Üye	:	

.....
Enstitü Müdürü

ÖZET

TÜRK CEZA KANUNU'NDA CİNSEL SALDIRI SUÇU

Fatma EZEROĞLU

Kamu Hukuku Anabilim Dalı

Anadolu Üniversitesi, Lisansüstü Enstitü, Ekim 2024

Danışman: Prof. Dr. Hakan KARAKEHYA

İnsanoğlu mevcudiyetinden bu yana gerek kültürel gerek dini gerek sosyolojik anlamda iç içe olduğu cinsellik eylemini ve sınırlarını tartışmalarına konu edinmiştir. Cinsel davranışların bedensel, psikolojik ve sosyal koşullardan etkilendiği, cinselliğin tüm yaşam alanlarıyla bir bütün halinde olduğu, ölünceye kadar da yaşamın önemli bir parçasını oluşturduğu âşikardır. Dolayısıyla sosyal hayatta karşılaşılan birçok hak ihlali içeren davranış gibi cinsellik içeren fiillerin de meydana getirdiği sorunları çözmek amacıyla hukuki düzenlemelere yer verilmiştir. Günümüzde daha sık kadına karşı şiddetin bir tezahürü olarak ortaya çıktığı görülen cinsel suçların kadının yanında tüm toplumu etkilediği bu suretle ağır yaptırımlara tabi tutulduğu görülmektedir.

TCK'nda Cinsel Dokunulmazlığa Karşı İşlenen Suçlar bölümü altında yer alan cinsel saldırı suçu yetişkinlere karşı cinsel davranışlarla vücut dokunulmazlığının ihlali ya da organ veya sair cisim sokulması suretiyle işlenmektedir. Suçun düzenlendiği TCK m.102'nin ikinci ve üçüncü fıkralarında daha ağır cezanın öngörüldüğü nitelikli haller ele alınmıştır. Aynı maddenin dördüncü ve beşinci fıkralarında ise neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerinin düzenlendiği görülmektedir. Çalışmamızda suç tipi ile ilgili kavramlara, kanuni metinde yer alan haline, unsurlarına, nitelikli hallerine, suçun özel görünüş biçimleri ve muhakemesine ilişkin kurallara yer verilerek cinsel saldırı suçu ayrıntılı şekilde ele alınmaktadır. Aynı zamanda vicdani kanaate ulaşırken değerlendirilmesi gereken hususlar, mevcut kanuni düzenlemeye ilişkin eleştiriler ve çözüm yolları da açıklanmaya çalışılmıştır.

Anahtar Sözcükler: Cinsel, Cinsel saldırı, Sarkıntılık, Vücut dokunulmazlığı, Cinsel dokunulmazlık, Tecavüz.

ABSTRACT

THE CRIME OF SEXUAL ASSAULT IN THE LIGHT OF HIGHER JUDICIAL DECISIONS

Fatma EZEROĞLU

Department of Law

Anadolu University, Graduate Institute, October 2024

Supervisor: Prof. Dr. Hakan KARAKEHYA

Since the existence of humankind, the act of sexuality, which has been intertwined in both cultural, religious and sociological terms, and its limits have been the subject of discussions. It is clear that the sexual behaviour is affected by physical, psychological and social conditions, that sexuality is integrated with all areas of life, and that it forms an important part of life until death. Because of these reasons, legal regulations have been included in order to solve these problems caused by sexual acts, such as many rights violating behaviours encountered in social life. It is seen that sexual offences, which are more frequently seen as a manifestation of violence against women nowadays, affect the whole society as well as women, and thus are subject to heavy sanctions.

The crime of sexual assault, which is included under the section of Crimes Against Sexual Immunity in the TCK, is committed by violating body immunity by sexual behaviour against adults or by inserting organs or other objects. The second and third paragraphs of Article 102 of the TCK, which regulates the offence, deal with the qualified cases for which a heavier penalty is foreseen. It is seen that the aggravated forms are regulated in the fourth and fifth paragraphs of the same article. In our study, the crime of sexual assault is discussed in detail by giving place to the concepts related to the type of crime, its legal text, its elements, its qualified forms, special forms of appearance of the crime and the rules regarding on its judgement. At the same time, the issues that should be evaluated while reaching a conscientious opinion, criticisms and solutions regarding the current legal regulation are tried to be explained.

Keywords: Sexual, Sexual assault, Harassment, Body inviolability, Sexual inviolability, Rape.

TEŞEKKÜR

Yüksek lisans savunma tez konusu belirlerken hem güncelliği gerektiren akademik çalışmalara katkıda bulunmak hem de uygulamada Cumhuriyet Savcısı, Hâkim ve Avukat meslektaşlarıma, hukuk fakültesi öğrencilerine erişim kolaylığı sağlayabilecek kaynak seçeneği sunmak amaç edinilmiştir.

Çalışmamda bana yardımını esirgemeyen değerli tez danışmanım Prof. Dr. Hakan Karakehya'ya ve kıymetli jüri üyeleri Dr. Öğr. Üyesi Nazmiye Özenbaş Boydağ ve Dr. Öğr. Üyesi Semih Yumak'a sonsuz teşekkür ederim. Ayrıca varlığıyla bana umut olan biricik kızım İdil Asya Arslan'a ve bu süreçte hedefime ulaşabilmem adına her anlamda bana destek veren annem Beyhan Ezeroğlu, babam İbrahim Ezeroğlu ve kardeşlerim Kübra Kara ile Zeki Ezeroğlu'na ne kadar teşekkür etsem azdır.

ETİK İLKE VE KURALLARA UYGUNLUK BEYANNAMESİ

Bu tezin bana ait, özgün bir çalışma olduğunu; çalışmamın hazırlık, veri toplama, analiz ve bilgilerin sunumu olmak üzere tüm aşamalarında bilimsel etik ilke ve kurallara uygun davrandığımı; bu çalışma kapsamında elde edilen tüm veri ve bilgiler için kaynak gösterdiğimi ve bu kaynaklara kaynakçada yer verdiğimi; bu çalışmanın Anadolu Üniversitesi tarafından kullanılan “bilimsel intihal tespit programı”yla tarandığını ve hiçbir şekilde “intihal içermediğini” beyan ederim. Herhangi bir zamanda, çalışmamla ilgili yaptığım bu beyana aykırı bir durumun saptanması durumunda, ortaya çıkacak tüm ahlaki ve hukuki sonuçları kabul ettiğimi bildiririm.

(imza)

Fatma EZEROĞLU

....../....../20....

ÜRETKEN YAPAY ZEKÂ KULLANIM BEYANI

Bu tezi hazırlarken (ChatGPT, Gemini, DALL-E vb.) üretken yapay zekâ programlarından destek aldığımı/almadığımı beyan ederim. Tezin hazırlığı aşamasında üretken yapay zekâ programlarından (örneğin çeviri, bilimsel makale vb.) desteği aldım. Üretken yapay zekâ programlarından aldığım bilgilerin doğruluğunu kontrol ettiğimi bildiririm. Herhangi bir zamanda, çalışmamla ilgili yaptığım bu beyana aykırı bir durumun saptanması durumunda, ortaya çıkacak tüm ahlaki ve hukuki sonuçları kabul ettiğimi bildiririm.

(imza)

Fatma EZEROĞLU

İÇİNDEKİLER

TÜRK CEZA KANUNU'NDA CİNSEL SALDIRI SUÇU	i
JÜRİ VE ENSTİTÜ ONAYI	ii
ÖZET	iii
ABSTRACT.....	iv
TEŞEKKÜR	v
ETİK İLKE VE KURALLARA UYGUNLUK BEYANNAMESİ	vi
ÜRETKEN YAPAY ZEKÂ KULLANIM BEYANI	vii
İÇİNDEKİLER.....	viii
SİMGELER VE KISALTMALAR DİZİNİ	xi

BİRİNCİ BÖLÜM

1. CİNSEL SALDIRI SUÇUNA İLİŞKİN TEMEL BİLGİLER VE SUÇUN UNSURLARI	1
1.1. Genel Olarak Cinsel Saldırı Suçu	1
1.1.1. Temel kavramlar	1
1.1.2. Cinsel saldırı suçunun Türk hukuk sisteminde tarihi gelişimi ve yeri	3
1.1.3. Kanuni düzenleme	4
1.1.4. İstatistiksel veriler	7
1.2. Korunan Hukuksal Yarar	9
1.3. Suçun Unsurları.....	12
1.3.1. Tipiklik	12
1.3.1.1. <i>Tipikliğin maddi unsuru</i>	12
1.3.1.1.1. <i>Fail</i>	12
1.3.1.1.2. <i>Mağdur</i>	19
1.3.1.1.3. <i>Suçun konusu</i>	27
1.3.1.1.4. <i>Fiil</i>	28
<i>Genel olarak</i>	28
<i>Cinsel saldırı suçunda iradeyi etkilemeye yönelik hareketler</i>	35
<i>Cebir</i>	37

<i>Tehdit</i>	40
<i>Hile</i>	42
<i>Diğer hususlar</i>	44
1.3.1.2. <i>Tipikliğin manevi unsuru</i>	44
1.3.2. Hukuka aykırılık	46
1.4. Nitelikli Haller.....	47
1.4.1. Daha hafif cezayı gerektiren nitelikli hal (sarkıntılık).....	47
1.4.2. Daha ağır cezayı gerektiren nitelikli haller	49
1.4.2.1. <i>TCK'nun 102/2 hükmünde düzenlenen nitelikli hal: suçun vücuda organ veya sair cisim sokulması suretiyle işlenmesi</i>	49
1.4.2.2. <i>TCK'nun 102/3. hükmünde düzenlenen nitelikli haller ...</i>	58
1.4.2.2.1. <i>Suçun beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak kişiye karşı işlenmesi</i>	58
1.4.2.2.2. <i>Suçun kamu görevinin, vesayet veya hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle işlenmesi</i>	63
1.4.2.2.3. <i>Suçun üçüncü derece dahil kan ve kayın hısımlığı ilişkisi içinde bulunan kişiye karşı ya da üvey baba, üvey anne, üvey kardeş, evlat edinen veya evlatlık tarafından işlenmesi</i>	65
1.4.2.2.4. <i>Suçun silahla veya birden fazla kişi tarafından işlenmesi</i>	67
1.4.2.2.5. <i>Suçun insanların toplu olarak bir arada yaşama zorunluluğunda bulunduğu ortamların sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle işlenmesi</i>	72
1.5. Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Cinsel Saldırı	74

İKİNCİ BÖLÜM

2. KUSURLULUK VE SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİ.....	75
2.1. Kusurluluk.....	75
2.2. Teşebbüs ve Gönüllü Vazgeçme	75

2.2. İştirak.....	84
2.3. İçtima	87

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

3. MUHAKEME, YAPTIRIM VE ZAMANAŞIMI.....	90
3.1. Muhakeme	90
3.1.1. Şikâyet	90
3.1.2. Uzlaşma olanağı olmaması	98
3.1.3. Görevli ve yetkili mahkeme	100
3.1.4. Mağdurun beyanının alınması	102
3.1.5. İspat	104
3.1.5.1. Genel olarak.....	104
3.1.5.2. Cinsel saldırı suçu bakımından ispat.....	107
3.2. Yaptırım	112
3.3. Zamanaşımı	118
KAYNAKÇA	121
ÖZGEÇMİŞ	

SİMGELER VE KISALTMALAR DİZİNİ

A.g.k.	: Adı geçen kaynak
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
Bkz.	: Bakınız
CD	: Ceza Dairesi
CGK	: Ceza Genel Kurulu
CGTİHK	: Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun
CMK	: Ceza Muhakemesi Kanunu
ÇİM	: Çocuk İzlem Merkezi
ÇKK	: Çocuk Koruma Kanunu
E.	: Esas
f.	: Fıkra
İBK	: İçtihadı Birleştirme Kararı
K.	: Karar
m.	: Madde
No.	: Numara
RG	: Resmî Gazete
S.	: Sayı
s.	: Sayfa
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TCK	: Türk Ceza Kanunu
TMK	: Türk Medeni Kanunu
UYAP	: Ulusal Yargı Ağı Portalı
vb.	: ve benzeri
vd.	: ve diğerleri
Yarg.	: Yargıtay

BİRİNCİ BÖLÜM

1. CİNSEL SALDIRI SUÇUNA İLİŞKİN TEMEL BİLGİLER VE SUÇUN UNSURLARI

1.1. Genel Olarak Cinsel Saldırı Suçu

1.1.1. Temel kavramlar

İnsan yaradılışı gereği üreme (cinsellik), barınma (güvenlik), beslenme vb. temel ihtiyaçlarını gidermek üzere yaşamaktadır. Söz konusu ihtiyaçların giderimi sırasında bireyin kontrolü elinden kaybettiği dönemler olabilmektedir. Birey cinsellik de dahil olmak üzere ilkel dürtülerini kontrol edebildiği oranda uygarlığını sağlayabilmektedir.¹ Ancak cinsel suçları oluşturan eylemler gibi bazı kuralların ihlali toplumda ve mağdurda diğer suçlara nazaran daha ağır travmalar yaratabilmektedir. Dolayısıyla uygarlık düzeyi farklı olan toplumlarda cinsel bir eylemin ihlal oluşturduğu sınırlar da farklılık gösterebilecektir. Bu farklılık toplumunda suç ve ceza politikasını belirlemektedir.² Ceza hukukumuz bakımından da cinsel saldırı suçunda kanun metnini yorumlayabilmek adına bazı kavramların açıklanmasında fayda bulunmaktadır.

Cinsiyet, Türk Dil Kurumu'na göre; “bireye üreme işinde ayrı bir yol veren ve erkekle dişiği ayırt ettiren özel bir yaratılış, eşey, cinslik, seks” olarak tanımlanmaktadır. Erkek ve dişi olmak üzere iki biyolojik cinsiyet bulunmaktadır.³ Toplumsal cinsiyet ise içinde bulunulan toplumda kadın ve erkeğin nasıl tanımlandığıdır. Şöyle ki her toplum kadın ve erkeğe belirli özellikler, davranış biçimleri, roller belirlemektedir. Bu durumda her iki cinsten de beklentileri ayrı olmakta, zamanla bu beklenti ve roller değişiklik de gösterebilmektedir. Cinsel kimlik, şahsın biyolojik olarak taşıdığı cinsel özelliği ile aynı doğrultuda olmasıdır. Cinsel yönelim ise kişinin biyolojik özelliklerinden bağımsız cinsel yönden hangi cinse ilgi gösterdiği ile ilgili bir durumdur. Cinsel davranış, cinsel uyarılma sonucunda bireyde gelişen cinsel faaliyetlerdir. Örneğin, öpüşme, sevişme, dokunma cinsel davranış eylemine örnek olarak gösterilebilir. Cinsel davranışın gelişimi ve

¹Ş. Akkaya (2024). *Batı Uygarlığı Bağlamında Kadın Bedeninin Seyirlik Nesneye Dönüşmesine İlişkin Bir İnceleme: Tanrıça Venüs'ten Hottentot Venüsü'ne*, İmgelem Sayı/Issue 14, Doi: 10.53791/imgelem.1454734 Derleme Makale / Review Article, s. 221. <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/3803008> (Erişim tarihi:14.09.2024).

²A. H. Topal (2009). *Uluslararası ceza yargılamalarında cinsel suçlar*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, s. 10.

³A. Walsh (2011). *Feminist criminology through a biosocial lens*. (1. Baskı), Durham N.C.:Carolina Academic Press, s. 7.

şekillenmesi yukarıda bahsedildiği gibi kişinin kültürel, sosyal ve biyolojik etkileri ile değişiklik gösterebilmektedir.⁴ Cinsel ilişki, penil, vajinal, oral ve anal seks içeren tüm cinsel davranışları ifade etmektedir.⁵

Cinsel, cinsiyet ile ilgili anlamını taşımaktadır. Ayrıca cinsî, eşeysel, tensel, seksüel anlamları yerine de kullanılmaktadır.⁶ Cinsellik; doğumdan önce başlayan ve hayatın sonuna kadar devam eden insanların ve içinde bulunduğumuz topluluğun değer yargıları, kanaatleri, duyguları, karakterleri, ilgi duyulan veya duyulmayan her türlü olguyu, fikirleri, tavırları, fiziksel görünümünü içine alacak şekilde farklılaşan ve içinde yaşadıkları topluma göre şekillenen karmaşık bir kavram olarak tanımlanabilir. Sevme, sevilme, haz alma gibi kişisel ihtiyaçların giderilmesini amaçlayan bu ihtiyaçlarla ilgili davranışları ve insan ilişkilerini içeren aynı zamanda neslin devamını sağlayan, kişinin sağlıklı ve dengeli halde varlığını sürdürmesi için gerekli ve önemli olan bir bütünü içerir.⁷ Yapılan açıklamadan da anlaşılacağı üzere cinselliğin biyo psiko sosyal ve kültürel olmak üzere birçok boyutu bulunmakla doğum öncesi dönemden ölüme kadarki süreçte insan sağlığı ve temel yaşam gereksinimlerinin vazgeçilmez bir unsuru olarak kabul edilebilmektedir.

Davranış, bilinçli gayelerle hareket etmek demektir. Cinsel davranış ise cinsel amaca yönelik bilinçli şekilde hareket etmek anlamına gelmektedir.⁸

Cinsel şiddet, mağdurun rızası dışında ya da rıza vermeye ehil olmayan mağdura karşı, tatmin olmak amacıyla cinsel içerikli söylemlerde bulunmak, cinsel içerikli eylem tekliflerinde bulunmak ya da cinsel içerikli temasta bulunmak suretiyle vücut dokunulmazlığını ihlal etmek şeklinde tanımlanabilir.⁹ Bu sırada fail tehdit, hile veya cebir kullanabilir. Cinsel şiddet geniş anlam içeren bir kavramdır. Öyle ki örneğin mağdurun gebeliği engellemek ya da bulaşıcı hastalıklara karşı korunmasını engellemek, zorla evlendirilmesi, gizlice çıplak fotoğraflarının çekilmesi gibi fiilleri de

⁴D. Scully (2017). *Cinsel şiddeti anlamak*. (Çev: Ş. Tekeli ve L. Aytek), İstanbul: Metis Yayınları, s. 178.

⁵N. Büyükkayacı Duman (2019). *Cinsel sağlık*. İstanbul: Nobel Tıp Kitabevleri, s. 3.

⁶Güncel Türkçe Sözlük, <https://sozluk.gov.tr/> (Erişim tarihi: 14.09.2024).

⁷A. Beyhan, (2022). *Genç yetişkin erkeklerin cinsellik algıları ve sağlıklı cinsellik eğitiminin bilgi ve davranışlara etkisi*, Marmara Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü Hemşirelik Ana Bilim Dalı, Konu: Halk Sağlığı = Public Health; Hemşirelik, s. 9.

<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp> (Erişim tarihi: 14.09.2024).

⁸S. S. Kocaoğlu (2016). *Yargı kararları ışığında cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar (TCK m.102-105)*. Ankara: Yetkin Yayınevi, s. 181.

⁹V. Maviş (2017). *İnsanlığa karşı suçlar ve soykırım suçu kapsamındaki cinsel şiddet fiilleri*. Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 130, s. 33.

barındırmaktadır.¹⁰

Saldırı, silahlı veya silahsız doğrudan veya dolaylı olarak yıpratmak, kötülük yapmak maksadıyla eylemde bulunmaktır. Ayrıca saldırı yerine kelime anlamı olarak hücum, taarruz, tecavüz terimleri kullanılabilir. ¹¹

1.1.2. Cinsel saldırı suçunun Türk hukuk sisteminde tarihi gelişimi ve yeri

Cinsel suçlara ilişkin kavramlar son zamanlarda tanımlanıyor olsa da cinsellik insanoğlunun varlığından bu yana sürmektedir. Cinsel şiddet de insanlık tarihinin tabu haline gelmiş problemlerinden biridir. Her toplum ve her dönemde sosyal çevrenin bize uymamız konusunda telkinde bulunduğu gelenek, örf, din ve genel ahlak kurallarının hukukun oluşum ve değişim aşamasında yeri vardır. Cinsellik dediğimiz zaman ise akla ilk ahlak kelimesi gelmektedir. 20. yüzyılın başlarına kadar da bu kanıdan topluma yön vermenin en önemli araçlarından birinin cinsellik sayılması nedeniyle vazgeçilmemiş ise de bireyin yaşamında evlilik yaşının yükselmesi, evlilik öncesi dönemin uzaması ile evlilik dışı cinsel ilişkilerin ve evlilik dışı doğan çocuk sayısının artması genel ahlakın cinselliğe bakış açısında değişiklikler meydana getirmiştir. 20. yüzyılın ortalarından itibaren cinsellikle bağlantılı kavramlara hoşgörü ile yaklaşılmaya başlandığı görülmekte ise de fonksiyonel genel ahlak kıstası günümüz anayasalarında ve hatta insan hakları sözleşmesinde dahi yerini korumuştur. Dolayısıyla kanunilik ve hukuki güvenlik ilkesi ile genel ahlakın bir hukuk normu içerisinde bir arada bulunması çelişkiye neden olmakta gibi görünmektedir. Oysa esasında bu durum egemenin iktidarını meşrulaştırarak cinselliğin ve toplumun cinsel ilişkilerinin denetimini sağlama yöntemi olarak kullanılmaktadır. Çünkü her ne kadar hukuk cinselliği, cinsel suçları, aile düzenini, rızai unsurları tanımlasa da somut olayda maddi gerçeğe ulaşırken genel ahlak çerçevesinden uzaklaşmamaktadır. ¹²

Hukuk sistemimizde cinsel suçlar 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’nu zamanında herhangi bir ayrıma tabi tutulmaksızın “Adabı Umumiye ve Nizamı Aile Aleyhinde Suçlar” başlığı altında sekizinci bölümde özel hükümler kitabında düzenlenmişti. Dolayısıyla söz konusu kanun yürürlükte bulunduğu sırada korunan hukuki değerin genel ahlak ve aile yapısı olduğu kabul edilmekteydi. Bazı görüşlere göre genel adapla birlikte

¹⁰B. Bulut, (2022). *Sosyal medya aracılığıyla cinsel şiddet*, Mersin Üniversitesi Tıp Fakültesi Ana Bilim Dalı, Uzmanlık Tezi, s. 15.

¹¹(http-1).

¹²Kocaoğlu, 2016, a.g.k., 79.

cinsel özgürlüğün de korunduğu düşünölmekteydi.¹³ Toplumsal gelişim ve değışim ile cinsel dokunulmazlığın toplumun yanında hatta esas olarak bireyin iradesinde olması gerektiğı gözetilerek yeni yasada cinsel suçlara karşı bakış açısı değıştirilmiştir. 5237 S. Türk Ceza Kanunu'nda cinsel dokunulmazlık bir cinsel özgürlük kavramı olarak ele alınmıştır.¹⁴ Bunun sonucu olarak özel hükümlere ilişkin ikinci kitabın kişilere karşı suçları cezalandıran ikinci kısmının altıncı bölümünde cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar başlığı altında yerini almıştır. Bireyin şahsının önem kazanması ve toplumun önüne geçtiğı dünya anlayışında doğrudan doğruya kişilerin cinsel bütönlüklerini etkileyen eylemlerin toplumsal yaşamın benimsediğı ahlak duygusunu zedeleyen fiiller arasında tutulması temel hak ve özgürlüklerin mahiyetine aykırı olacaktır. Böylelikle doğrudan doğruya kişilerin cinsel bütönlüklerini etkileyen eylemler ile cinsel kavramlar içeren ancak toplumsal yaşamın benimsediğı ahlak duygusunu zedeleyen eylemler arasında bir ayrıma gidilmiştir. Cinsel dokunulmazlığa karşı suçlarda cinsel davranışın boyutu, mağdurun yaşı, olgunluğu, ilgilinin rızası, tarafların evlilik durumu, akrabalık ve yakınlık durumu, failin nüfuzunu kötüye kullanması, işlenme kolaylığı, meydana gelen neticenin ağırlığı gibi hususlar bakımından kıstaslara tabi tutulmuştur.

1.1.3. Kanuni düzenleme

Genel itibariyle Türk Ceza Kanunu'nda cinsel nitelik taşıyan suçlar kategorik ayrıma tabi tutulmuştur. Cinsel saldırı, çocukların cinsel istismarı, reşit olmayanla cinsel ilişki, cinsel taciz suçları özel hükümlere ilişkin ikinci kitabın kişilere karşı suçları cezalandıran ikinci kısmının altıncı bölümünde cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar başlığı altında düzenlenmiştir. Cinsel dokunulmazlığın ihlaline neden olan eylemlerin yetişkinlere karşı işlenmesi halinde cinsel saldırı suçu oluşmaktadır. 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 102. maddesinde yer alan cinsel saldırı suçu 18/06/2014 tarih, 6545 sayılı Kanun'un 58. maddesiyle yapılan değışiklikle beş fıkradan oluşmaktadır.¹⁵

Cinsel saldırı suçunun ilk fıkrasının birinci cümlesinde suçun basit halinin, ikinci

¹³İ. Dölger (2000). *Irza geçme suçunun fail ve mağdur açısından değeriendirilmesi*. Selçuk Üniversitesi Hukuk Faköltesi Dergisi, 8(1-2), s. 234.

¹⁴A. Yeldan ve G. Taneri (2017). *Cinsel suçlarda ispat ve sübut*. Adana: Karahan Kitabevi, s. 10; N. Centel ve H. Zafer (2020). *Cinsel saldırı suçu (TCK m.102)*. Prof. Dr. Mehmet Emin Artuk'a Armağan içinde. Ankara: Seçkin Yayınevi, s. 231.

¹⁵6545 sayılı Kanun ile yapılan değışiklikler hakkında bkz. F. G. Taner (2017a). *6545 sayılı Kanun cinsel saldırı ve cinsel taciz suçlarına ne getirdi? Ne getirebilirdi?* Türkiye Barolar Birliğı Dergisi, Sayı: 133, s. 65-92.

cümlesinde daha az cezayı gerektiren nitelikli halinin, ikinci ve üçüncü fıkralarında daha ağır cezayı gerektiren nitelikli halinin dördüncü ve beşinci fıkrasında ise neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerinin düzenlendiği görülmektedir. Kanun metninde yapılan son değişiklik yukarıda da belirtildiği üzere 6545 sayılı yasa ile getirilen değişikliktir.

Maddenin birinci fıkrasında suçun eski tanımı ile ırza tasaddi düzenlenmektedir.¹⁶ Burada failin cezalandırılmasının amacı mağdurun cinsel özgürlüğüne saldırmasıdır. Fail ve mağdur bakımından herhangi bir cinsiyet ayrımına gidilmemiştir.

Yapılan son değişiklikle suçun cezası ağırlaştırılmıştır. Suçun basit hali ve eşe karşı gerçekleştirilen nitelikli hali takibi şikâyet tabi suç olarak düzenlenmiştir. Suçla korunan hukuki değer, fiilin toplum ve kişide yarattığı infial ve getirilen ceza miktarı birlikte değerlendirildiğinde şikâyet müessesesi ile bağdaşmadığı, sayılan nedenlerle resen soruşturmayı gerektiren bir suç olarak düzenlenmesi gerektiği belirtilmiştir.¹⁷

Fiilin sarkıntılık düzeyinde kalması daha az cezayı gerektiren nitelikli hal olarak ele alınmıştır.¹⁸ Önceki TCK'da söz konusu fiil sarkıntılık adı altında 421. maddede ayrıca belirtilmişti. Dolayısıyla sarkıntılık eylemi de saldırı olarak değerlendirilmiş ve daha az cezayı gerektiren bir hal olarak düzenlenmiştir.

Maddenin ikinci fıkrasında saldırının farklı bir hali olan önceki kanunda ırza geçme diye tabir edilen hali ele alınmıştır. Kanun metninde sair cisim açıklanmamıştır. Aynı şekilde cebir veya şiddet eylemlerinin saldırı adı kapsamında kalıp kalmayacağı konusunda açıklık getirilmemiştir. Organ veya sair cisim sokma şeklindeki eylemin eşe karşı işlenmesi, yapılan değişiklik ile suç haline getirilmiştir.

Maddenin üçüncü fıkrasında bazı hallerde cezanın artırılacağı şeklinde hüküm belirtilmiştir. Söz konusu ağırlaştırıcı hallerin birinci ve ikinci fıkrada yer alan fiilleri kapsadığı yönünde anlam çıkartılabilmektedir.

Üçüncü fıkranın c bendi nitelikli haller arasına eklenmiştir. Dördüncü fıkrada ise içtima hükmü "suçun cebir kullanılarak işlenmesi halinde cebrin direncin kırılmasını sağlayacak ölçünün ötesine geçmesiyle failin kasten yaralama suçundan da sorumlu

¹⁶N. Centel (2012). 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda cinsel saldırı suçu ve cinsel suçlar değişikliği Tasarısı'nın değerlendirilmesi. Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 99, s. 270.

¹⁷E. Yurtcan (2018). Türkiye Barolar Birliği Yargıtay kararları ışığında cinsel suçlar. Mart 2018 tarihi itibarıyla güncelleştirilmiş 3. Bası, Ankara: Şen Matbaa, s. 13.

¹⁸"Sanığın cinsel organını mağdurenin eline sürmesi şeklindeki eyleminin doğrudan genital organa tensel temas olması nedeniyle sarkıntılık düzeyini aştığı, eyleme uyan suç vasfıyla yaptırımın doğru biçimde belirlendiği anlaşıldığından hükümde hukuka aykırılık bulunmamıştır." Yarg. 9. CD, 29.05.2024 T., 2021/12172 E., 2024/5238 K.

tutulacağı” şeklinde iken “cebir ve şiddetin kasten yaralama suçunun ağır neticelerine neden olması halinde gerçek içtimanın uygulanarak failin kasten yaralama suçundan da cezalandırılması” yoluna gidilerek değiştirilmiştir. Bu suretle cebrin kasten yaralama suçunun basit halini oluşturur şekilde sonuçlanması saldırı fiilinin unsurlarından biri haline getirilmiştir. Son olarak değişiklikle cinsel saldırı mağdurunun suç sonucunda beden veya ruh sağlığının bozulması nitelikli hal kapsamında çıkarılmıştır.^{19 20}

Önceki ceza kanununda suçun meydana gelmesi neticesinde mağduru beden sağlığı ya da ruh sağlığının bozulması hali ayrıca ele alınarak ağırlatıcı neden olarak değerlendirilen hükmün kaldırılması uygulamada meydana gelen zorluklar gerekçe gösterilerek yapılmıştır. Bunlar mağdurların söz konusu nitelikli hal bakımından bilirkişi olan hekimler tarafından hazırlanacak raporlara dair defaten hastanelere sevklerinin gerekli olması, bununla birlikte yaşadıkları fiilin tekrar kendilerine hatırlatılmasına neden olması gibi durumlar olarak belirtilmiştir. Ayrıca ruh sağlığının bozulması şeklindeki ifadenin ne izah ettiği hususunda da ortak bir payda sağlanamadığı da bir başka gerekçe olarak öne sürülmüştür. Buna karşın cezalar artırılarak denge sağlanması istenmiştir. Söz konusu değişiklik bakımından cezaların bireyselleştirilmesi, failin fiilinin esas alınarak doğurduğu sonuçlara göre cezalandırılması gerektiği şeklinde eleştiriler getirilmiş ise de uygulamanın zorluğunun söz konusu sonucu doğuran fail bakımından teşdiden uygulanarak çözüme kavuşturulduğu yönünde eleştiriler de getirildiği bilinmektedir.^{21 22}

Maddenin dördüncü ve beşinci fıkralarında fiillerde failin mağdura karşı cebir ve şiddet uygulaması ve suçu işlemesi haline yer verilmiştir. Failin uyguladığı cebir ve şiddet neticesinde mağdurun ağır yaralanması halinde cezanın ağırlaştırılması gerektiği failin

¹⁹M. Koca ve İ. Üzülmüş (2020). *Türk ceza hukuku özel hükümler*. (Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş Yedinci Baskı), Ankara: Adalet Yayınevi, s. 335.

²⁰Yargıtay kapatılan 14. Ceza Dairesinin 26.04.2021 tarihli ve 2016/11568 E., 2021/3187 K. sayılı kararı ile "Mağdurun söz konusu cinsel istismar eyleminden dolayı ruh sağlığının bozulup bozulmadığı hususunda Kocaeli Üniversitesi Tıp Fakültesi Adli Tıp Anabilim Dalı tarafından düzenlenen 23.09.2010 tarihli rapor ile İstanbul Adli Tıp Kurumu 6. İhtisas Kurulundan alınan 17.02.2012 günlü raporların çelişkili olması nedeniyle bu konuda İstanbul Adli Tıp Kurumu 1. Üst Kurulundan nihai rapor alındıktan sonra suça sürüklenen çocuk hakkında 5237 sayılı TCK'nın 103/6. maddesinin uygulanıp uygulanmayacağı hususunun değerlendirilmesi ve Kocaeli Üniversitesi Tıp Fakültesi tarafından düzenlenen raporda mağdurun, suça sürüklenen çocuk ile babası arasında geçtiğini beyan ettiği olaya dayalı husumet araştırıldıktan sonra toplanacak delillere göre hukuki durumunun tayin ve takdiri gerekirken eksik araştırma ile yazılı şekilde hükümler kurulması," nedeniyle bozulmasına karar verilmiştir.

²¹Yurtcan, 2018, **a.g.k.**, 25.

²²Yapılan bu değişiklikle lehe kanun belirlenmesinde ihtilaf için bkz. F. G. Taner (2017b). *Türk ceza hukukunda cinsel özgürlüğe karşı suçlar*. (6545 ve 6763 sayılı Kanun değişiklikleriyle- genişletilmiş ve güncelleştirilmiş 2. Baskı.), Ankara: Seçkin Yayınevi, s. 280. ve G. Taneri (2021). *Cinsel suçlar*. (Genişletilmiş - gözden geçirilmiş 4. Baskı). İstanbul: Aristo Yayınevi, s. 6.

ayrı ayrı cezalandırılacağı hususu düzenlenmiştir.

Özet olarak, 6545 sayılı yasa ile ceza miktarlarının arttırıldığını, sarkıntılık suçunun yeniden Kanun’umuzda yer aldığını, vesayet ilişkisinin sağladığı nüfuzun kötüye kullanılmasının cezada artırım sebebi olarak sayıldığını, üveylik durumunda dahi anne, baba, kardeş ve evlat edinen veya evlatlık alınan kimselerin suçu işlemesi halinde cezada artırım yapılacağını, insanların toplu olarak bir arada yaşamasının zorunlu bulunduğu ortamların kolaylık sağladığından bahisle artırım nedeni olarak ele alındığını, kasten yaralama suçunun ağır neticelerine sebep olunması halinin ayrıca cezalandırılacağını, mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması şeklindeki nitelikli halin kaldırılmasını düzenlediği görülmekle Kanun metninde yapılan değişiklikler uygulamada meydana gelen birtakım sorunları gidermeyi amaçlamış ise de eleştirilerin (değişiklik yapılan maddeler de dahil olmak üzere) farklı nedenlerle devam ettiği söylenebilir. Öte yandan her ne kadar TCK’nun 58. maddesinde değişiklik yapılmamış ise de CGTİHK m. 108’de eklenen değişiklik ile cinsel saldırı suçu bakımından da infaz rejiminde mükerrirlere özgü infaz rejimi uygulanmasına ilişkin düzenleme yapılmıştır.²³ Aynı Kanun hükmüne göre cinsel saldırı suçundan mahkûm olanlar özel tehlikeli suçlu kategorisinde yer almaktadır.

1.1.4. İstatistiksel veriler

Suçla ilişkin kanuni düzenleme ve terimlerin yanında hukuk sistemimizdeki yerini ortaya koyabilmek adına istatistiki veriler oldukça önem arz etmektedir. Adalet Bakanlığı merkez ve taşra teşkilatının, bağlı ve ilgili kuruluşlarının, adli ve idari tüm yargı ve yargı destek birimlerinin donanım ve yazılım olarak iç otomasyonunu ve benzer şekilde bilgi otomasyonu sistemlerini kurmuş kamu kurum ve kuruluşları ile dış birim entegrasyonunu sağlayan UYAP bilişim sisteminde, söz konusu verilerin doğru şekilde işlenmesi ve işlenen veriler ile sonuçların okunması, yapılacak bilimsel çalışmalar bakımından oldukça önem arz etmektedir.²⁴ Bu nedenle Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü tarafından yayımlanan bazı sonuçlara değinmekte fayda bulunmaktadır.

Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü’nün 2023 yılında yayınladığı Adli İstatistikler raporuna göre,

TCK uyarınca Cumhuriyet başsavcılıklarında soruşturma evresinde cinsel saldırı

²³V. Ö. Özbek, K. Doğan ve P. Bacaksız (2020). *Türk ceza hukuku özel hükümler*. (Genişletilmiş ve güncellenmiş 15. Baskı), Ankara: Seçkin Yayınevi, s. 324.

²⁴Medya, TRT Yeni."TRT TÜRK - UYAP (Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi) nedir?". www.trtturk.com.tr(İngilizce) (Erişim tarihi: 15.09.2024).

suçu bakımından 2023 yılında yaklaşık 100.000 dosyanın kaydının yapıldığı, dosya temizleme oranının %106,4 olduğu, ortalama görülme süresinin 318 gün olduğu, devreden dosyaların elden çıkarılma süresinin 298 gün olduğu, çıkan dosyaların gelen dosyalara oranının %55,1 olduğu, yıl içinde açılan dosya endeksinin 126 olduğu,

Ceza mahkemelerinde dosya temizleme oranının %96,8 olduğu, bir dosyanın ortalama görülme süresinin 339 gün olduğu, devreden dosyaların elden çıkarılma süresinin 351 gün olduğu, dosyaların gelen dosyalara oranının %51,0 olduğu, yıl içinde açılan dosya endeksinin 124 olduğu,

Cumhuriyet başsavcılıklarında soruşturma evresinde cinsel saldırı suçu bakımından 36397 gelen dosya, 39604 şüpheli ve 44352 suç sayısının bulunduğu, içerisinden geçen yıldan devreden dosyanın 17561, şüphelinin 21269, suçun 22183 olduğu, 2023 yılı içinde açılan dosya sayısının 18836, şüpheli sayısının 18335, suç sayısının 2169 olduğu,

Cumhuriyet başsavcılıklarında soruşturma evresinde karara bağlanan 20047 toplam dosya sayısının, 21719 toplam şüpheli sayısının, 23760 toplam suçun bulunduğu, bunların içinde 8617 kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilen dosyanın, 9819 adet kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilen şüphelinin, 10142 tane kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilen suç sayısının olduğu, kamu davası açılan dosya sayısının 8422, kamu davası açılan şüpheli sayısı 9 028, kamu davası açılan suç sayısı 9929, diğer kararlar bakımından 3008 dosya, 2872 şüpheli, 3689 suç bulunduğu,

TCK uyarınca ceza mahkemelerinde kovuşturma evresinde cinsel saldırı suçuna ilişkin gelen toplam 15504 dosya olduğu, 16499 sanık ve 18096 suç bulunmakta olduğu, bunlardan 7340 adet dosyanın geçen yıldan devrettiği, 8152 sanığın geçen yıldan devrettiği, 8823 suçun geçen yıldan devrettiği, yalnızca 2023 yılı bakımından 7113 dosyanın açıldığı, 7170 sanığın bulunduğu, 8015 suçun bulunduğu, bozularak gelen 1051 dosyanın, 1177 sanığın, 1258 suçun bulunduğu,

TCK uyarınca ceza mahkemelerinde kovuşturma evresinde cinsel saldırı suçuna ilişkin toplam karara bağlanan dosya 7431, toplam sanığın 7872 ve toplam suç sayısının 8218, olduğu, bunlardan 2500 dosya bakımından mahkumiyet kararının, 2605 sanık hakkında mahkumiyet kararının, 2776 suç bakımından mahkumiyet kararının verildiği, 2789 dosya bakımından, 3115 sanık ve 3224 suç bakımından beraat kararının verildiği, 926 dosya 913 sanık ve 943 suç bakımından hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının verildiği, 1216 dosya, 1239 sanık ve 1275 suç bakımından diğer kararların

verildiği tespit edilmiştir.²⁵

Cinsel saldırı suçu ya da genel itibariyle cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar bakımından meydana gelen suçların yalnızca yayımlanan verilerden ibaret olduğunu düşünmek yanıltıcı olacaktır. Çünkü bu tür suçlarda mağdur travmanın etkisinden kurtulabilmek adına şikâyetle bulunmak istemeyebilir. Ya da mağdur söz konusu saldırı nedeniyle kendisinin suçlanabileceğini düşünerek müracaatta bulunmayabilir. Bir başka sebep ise her ne kadar şikâyetle bulunsada dahi sonuca ulaşamayacağı ön yargısı ile hareket ederek yetkililere bildirmeyebilir. Tüm bu sebepler reelde meydana gelen suçlar ile istatistiksel veriler arasında önemli derecede farklılıklar meydana gelmesine sebep olabilmektedir. Bu durumun ortadan kalkması, bu suçların soruşturulması, kovuşturulması ve infaz aşamasının titizlikle yürütülmesine bağlıdır. Bununla birlikte mağdurun yaşadığı travma sonrası ilgili merciiler tarafından hazırlanacak iyileştirme ve destek programlarının iyi işlemesi de mağdurun uğradığı haksızlığı rahatça ifade edebilmesine katkı sağlayacaktır.²⁶

1.2. Korunan Hukuksal Yarar

Cinsel saldırı suçu da her suçta olduğu gibi bir değer veya menfaatin ihlalidir. Genel itibariyle suçlar bir veya birden fazla hukuken korunan değeri veya menfaati koruma altına alır. Bu durumda hangi hukuki değer veya menfaatin daha önemli olduğu konusunda kanun koyucu takdir yetkisini kullanır. Cinsel suçlar (cinsellikle ilgili) diye tabir edebileceğimiz suçlar bakımından da hem toplumun genel ahlaki değerleri hem de bireyin özelinde cinselliği ihlal edilmektedir.

Suçun kanunun sistematığı içerisinde nerede yer aldığı suçla korunmak istenen hukuki değer ne olduğu konusunda bir göstergedir.²⁷ 765 sayılı kanun bireyin özelinde ihlale uğrayan dokunulmazlığını göz ardı ederek tamamını, “Adabı Umumiye ve Nizamı Aile Aleyhinde Suçlar” başlığı altında düzenlediği, takdirini bu şekilde kullandığı görülmüştür. Ancak 5237 sayılı Kanun cinselliği barındıran tüm suçların her halini bir başlık altında düzenlemekten vazgeçmiştir. 5237 sayılı yasa cinselliği barındıran bazı suçların kişiye karşı meydana getirdiği ihlalin toplumsal değerlere getirdiği ihlalden çok

²⁵Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü, Adli İstatistikler 2023. (Çevrimiçi), https://adlisicil.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/22042024115644ADalet_ist-2023CALISMALARI59.pdf (Erişim tarihi 14.09.2024).

²⁶Kocaoğlu, 2016, **a.g.k.**, 34.

²⁷M. Taştan (2021). *Cinsel suçlarda ispat sorunu ve yargılama usulü*. Ankara: Seçkin Yayınevi, s. 26.

daha fazla olduğu kanaatine varmıştır. Buna göre; cinsellikle ilgili ihlallerin bir kısmını “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar”, bir kısmını “Genel Ahlaka Karşı Suçlar” altında düzenlemiş ve diğer bir kısmını da “Hürriyete Karşı Suçlar” arasında yer alan m. 109/5 gibi ağırlatıcı nedeni saymıştır. Cinsel saldırı suçu, cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar kategorisinde yer almaktadır. Hükmün yorumunda esas alınması gereken “suçla ihlal edilen-ceza ile korunan” değer veya menfaattir. Bu nedenle suçun hukuki konusu hükmün yorumunda kesin sınırı oluşturmaktadır. Kanun metni yorumlanırken ifadelerden hukuki konuyu esas alan amaç söze yüklenen anlam açıkça belirlenmelidir.²⁸

Cinsel saldırı suçunda suçun düzenlendiği yer dikkate alındığında cinsel bütünlük kişiye atfedilmiştir. Toplumun genel ahlak kurallarından mümkün olduğunca ayrıştı tutulmuştur. Korunan cinsel bütünlük, mağdurun ruhsal, manevi bütünlüğü ya da cinsellikle ilgili kişisel değeri değildir.²⁹ Maddenin gerekçesinde; cinsel dokunulmazlığın kişilerin vücudu üzerinde cinsel davranışlarda bulunulması suretiyle ihlal edileceği, bu bölümde yer alan suçlarla korunan ortak hukuki değer kişilerin cinsel dokunulmazlığı olduğu, bu bölümde yer alan suçların esasen kişiye karşı işlenmiş suçlar olması itibarıyla ikinci kitabın kişilere karşı suçlar başlıklı ikinci kısım altında düzenlenmiş olduğu belirtilmiştir.³⁰ Dolayısıyla korunan hukuki değer bireyin cinsel dokunulmazlığıdır.

Cinsel saldırı suçunda korunan hukuki değer cinsel özgürlük olduğu konusunda görüşler olduğu gibi bu görüşe katılmayan yazarlar da bulunmaktadır.³¹ Kocaoğlu’na göre; kanun koyucunun kanun metninde özgürlük kavramından bahsetmediği, eğer isteseydi kavrama yer verebileceği ancak tercihini dokunulmazlık ifadesinden yana kullandığını belirtmiştir. Yazara göre aksi, subjektif bakış açısının doğuracağı zararları kaçınılmaz hale getirecektir. Olması gerekenin ise hem cinsel dokunulmazlığın hem de cinsel özgürlüğün korunması gerektiğidir.³²

Artuk-Gökçen’e göre; cinsel saldırı suçuyla korunan hukuki değer cinsel dokunulmazlıktır. Cinsel saldırı suçu mağdurun vücut bütünlüğünü ihlalini içerdiğinden vücuda temas içermektedir. Öncelikle korunan hukuki değer mağdurun cinsel

²⁸Z. Hafizoğulları ve D. Güngör (2007). *Türk ceza hukukunda suçların tasnifi*. Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 69, s. 44.

²⁹Kocaoğlu, 2016, **a.g.k.**, 96.

³⁰M. Arslantürk (2019). *Türk Ceza Kanunu uygulamasında cinsel suçlar*. (Güncellenmiş ve genişletilmiş 5. Baskı), Ankara: Seçkin Yayınevi, s. 106.

³¹CGK 11.10.2016 Tarih, 2015/14-282 E., 2016/350 S. kararında korunan hukuki değer, kişilerin cinsel özgürlüğü ve dokunulmazlığı olduğunu kabul etmiştir.

³²Kocaoğlu, 2016, **a.g.k.**, 97-98.

özgürlüğüdür. Bireyin cinsel tercihlerini özgürce belirleme hakkı koruma altına alınmıştır. Vücuda temasın aranması bireyin ruhsal bütünlüğünü ayrı kılmayı gerektirmez. Bu suretle mağdurun hem fiziksel hem ruhsal bütünlüğü korunmaktadır.³³ Aynı doğrultuda Tezcan vd.'ne göre; cinsel saldırı suçu ile mağdurun cinsel davranışta bulunup bulunmama iradesi de korunduğundan korunan hukuksal yararın cinsel özgürlük olduğu anlayışı hâkim anlayıştır.³⁴

Kişi bedeni üzerinde gerçekleştirilecek cinsel davranışa ilişkin rıza gösterebilir. TCK' nun 26/2 hükmüne göre bireyin rızası dışında cinsel davranışın gerçekleşmesi bireyin vücut dokunulmazlığını ihlal eder.³⁵ Cinsel dokunulmazlık; mağdurun rızası hilafına cinsel davranışlara maruz kalmasıdır.

Bireyin cinsel dokunulmazlığı ihlal edildiğinde vücut dokunulmazlığı ihlal edildiği gibi ruhen de olumsuz etkilenmekte, ruhsal bütünlüğü zedelenmektedir. Ancak cinsel saldırı suçunun vücut dokunulmazlığı ifadesini kullanması karşısında ruhsal bütünlüğü de içerisine katmak genişletici yorum niteliğinde olacağından mümkün olmamaktadır. Cinsel saldırıya maruz kalan mağdurun ruhi cinsel bütünlüğün her halükârda zedeleneyeceği, bu zedelenmenin ölçüsünün kişiden kişiye değişeceği, ölçümünün imkânsız olduğu unutulmamalıdır.³⁶ Dolayısıyla cinsel özgürlük kavramı cinsel dokunulmazlık kavramından daha geniş kapsamlı bir ifadedir. Cinsel özgürlük kişinin cinselliği barındıran seçimlerinde etki ve baskı altında kalmadan hareket etmesini, düşünmesini ifade eder.³⁷

Sonuç olarak; cinsel saldırı suçunda “suçla ihlal edilen-ceza ile korunan” hukuki değer veya menfaat; bireyin cinsel dokunulmazlığını korumayı, cinsel davranışa rıza göstermemesi halinde kimsenin kendisine dokunmamasını talep etme hakkını ifade eder.³⁸

³³Ç. Akkaya (2020). *Cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar*. (2. Baskı), Ankara: Adalet Yayınevi, s. 19; M. E. Artuk, A. Gökcen, M. E. Alşahin ve K. Çakır (2021). *Ceza hukuku özel hükümler*. (Yenilenmiş ve gözden geçirilmiş 19. Baskı), Ankara: Adalet Yayınevi, s. 380; Özbek, Doğan ve Bacaksız, 2020, **a.g.k.**, 325; Taştan, 2021, **a.g.k.**, 26;

³⁴D. Tezcan, M. R. Erdem ve R. M. Önok (2014). *Teorik ve pratik ceza özel hukuku*. (Güncellenmiş 11. Baskı), Ankara: Seçkin Yayınevi, s. 324.

³⁵Artuk, Gökcen, Alşahin ve Çakır, 2021, **a.g.k.**, 380.

³⁶Kocaoğlu, 2016, **a.g.k.**, 98.

³⁷İ. S. Peker (2021). *Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda yer alan cinsel ilişki kavramı üzerine bir değerlendirme*. KTO Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, (1), s. 17.

³⁸Kocaoğlu, 2016, **a.g.k.**, 99.

1.3. Suçun Unsurları

1.3.1. Tipiklik

1.3.1.1. *Tipikliğin maddi unsuru*

1.3.1.1.1. *Fail*

Faillik müessesesi TCK'nun 37. maddesinde düzenlenmiştir. Suçun kanuni tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştiren kişilerden her birinin fail olarak sorumlu tutulacağı hükme bağlanmıştır.³⁹ Türk Dil Kurumu'nun Güncel Türkçe Sözlüğü'ne göre ise; "işleyen, yapan, eden" demektir. Fail kelimesi esasında fiil kelimesi kökünden türemiştir. Dolayısıyla ilk anlamı fiili gerçekleştiren kişidir. Hukuki anlamda ise; suç olarak tanzim edilen hukuka aykırı normu ihlal eden davranışı gerçekleştiren kişi veya kişilerdir.

Fail sıfatı gerçek kişilere haiz bir sıfattır. Yani suçun faili yalnızca yaşayan gerçek kişiler olabilir. Tüzel kişiler fail olamaz. Tüzel kişi lehine bir suç işlenmesi durumunda da fiili gerçekleştiren muhakkak bir gerçek kişi olmaktadır. Yetkili olan kişinin cezai sorumluluğuna gidilmesi gerekmektedir.⁴⁰

Cinsel saldırı suçu bakımından failin belirli faillik vasfına haiz olması gibi bir durum öngörülmemiştir. Herkes cinsel saldırı suçunun faili olabilir.⁴¹ Cinsel davranışlarla rızası olmaksızın vücut dokunulmazlığını ihlal eden kişi cinsel saldırı suçunun failidir.⁴² Bu suçun faili cinsiyet bakımından tarafsız (gender neutral)'dır. Kadın, erkek veya cinsel yönelimi her ne olursa olsun herkes bu suçun faili olabilir.⁴³ 765 Sayılı Kanun zamanındaki düzenlemeye göre; kadınların cinsel saldırı suçunu karşılayan ırza geçme suçunun faili olamayacağı öngörülmüş idi. Ancak 5237 S. Yasa'da organ veya sair cisim sokulması suretiyle denilerek kadınların da fail olması ve bu suçu işleyebileceği yönünde düzenlemeye gidilmiştir.⁴⁴ Böylece modern ceza hukuku anlayışına yaklaşma eğilimi gösterilmiştir.⁴⁵ Aynı cinsiyet/cinsel yönelimdeki kişilerin birbirine karşı ya da farklı

³⁹M. Artuç (2019). *Pratik ceza muhakemesi kanunu açıklamalı*. (Genişletilmiş ve güncellenmiş 3. Baskı), Ankara: Adalet Yayınevi, s. 177; Suçun bir kişi tarafından işlenmesi durumunda yalnızca fail kavramından bahsedilmekte iken birden fazla kişinin katılımıyla işlendiğinde iştirak ifadesinden bahsedilmektedir.

⁴⁰C. Şahin (2015). *Ceza Muhakemesi Hukuku* (1), (6.b). Ankara: Seçkin Yayınevi, s. 32.

⁴¹Akkaya, 2020, **a.g.k.**, 19; Arslantürk, 2019, **a.g.k.**, 134; Özbek, Doğan ve Bacaksız, 2020, **a.g.k.**, 326.

⁴²Koca ve Üzülmüş, 2020, **a.g.k.**, 327.

⁴³Özbek, Doğan ve Bacaksız, 2020, **a.g.k.**, 326.

⁴⁴Akkaya, 2020, **a.g.k.**, 19; Taştan, 2021, **a.g.k.**, 26.

⁴⁵Koca ve Üzülmüş, 2020, **a.g.k.**, 327.

cinsiyet/cinsel yönelimdeki kişilerin de birbirlerine karşı bu suçu işlemesi mümkündür. Failin yaşı hususunda da ayrıma gidilmemiştir. On sekiz yaşından küçük kimseler de cinsel saldırı suçu oluşturur fiilleri gerçekleştirse cinsel saldırı suçu bakımından cezalandırılacaktır.⁴⁶

5237 Sayılı TCK'nun 31. maddesine göre; on iki yaşını tamamlamayan bireylerin cezai sorumlulukları bulunmamaktadır. Kusur yeteneklerinin bulunmadığı kesin olarak kabul edilmiştir. On iki yaşından küçüklerin suç işlemesi halinde ancak çocuklara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunabilir. Dolayısıyla bu yaş grubunda bulunanların "davranışlarının anlam ve sonuçlarını algılayabilme ve davranışlarını bu doğrultuda yönlendirme yeteneklerinin bulunup bulunmadığı" araştırma konusu yapılamaz. Failin yaşının on iki yaşından küçük olduğunun tespiti halinde ise CMK'nun 223/3-a hükmü gereği yaş küçüklüğü nedeniyle kusuru bulunmadığından ceza verilmesine yer olmadığına dair karar verilmelidir. Failin on iki ile on beş yaş aralığında olması durumunda ceza sorumluluğunun bulunup bulunmadığı yani kusur yeteneğinin varlığı araştırılır. On beş ila on sekiz yaş grubunda bulunan çocukların suç işlemesi halinde kusur yeteneklerinin var olduğu kabul edilir. Cinsel saldırı suçunun failinin on sekiz yaşından küçük olması halinde TCK'nun 31. maddesinde belirlenen tasniflere dikkat edilerek soruşturma/kovuşturmayaya devam olunur.⁴⁷ Ancak yaşı küçük failin bulunduğu cinsel saldırı fiillerinin bulunduğu somut olay dikkatle incelenmelidir. Zira söz konusu eylemde mağdur ile failin tespiti dikkatle yapılmalıdır.⁴⁸

Faillik suçun icrai hareketlerinin doğrudan işlenip işlenmediğine göre dolaylı faillik ve doğrudan faillik olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Doğrudan faillikte fail suçun icrai hareketlerini bizzat gerçekleştirmektedir. Dolaylı faillikte ise icrai hareketlerin gerçekleştirilmesinde bir başkası araç olarak kullanılmaktadır. Araç olarak kullanılan kişi cebir, tehdit veya hileden yararlanılarak kullanılmış olabilir. Bu durumda bir başkasını

⁴⁶F. G. Taner (2013). *Türk ceza hukukunda cinsel özgürlüğe karşı suçlar*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 90-91; Tezcan, Erdem ve Önok, 2014, **a.g.k.**, 325.

⁴⁷Artuç, 2019, **a.g.k.**, 141-143.

⁴⁸"Suça sürüklenen çocuk hakkında Alanya Toplum Sağlığı merkezince düzenlenen raporda davranış bozukluğu belirtileri nedeniyle tedavi altına alındığının belirtilmesi ve adli sicil kaydına yansıyan cinsel saldırı suçundan akıl hastalığı nedeniyle güvenlik tedbiri uygulanmasına dair karar dikkate alındığında; suça sürüklenen çocuğun suç tarihinde 5237 sayılı Kanun'un 32/1-2. maddesi kapsamına girebilecek herhangi bir akıl hastalığı veya akıl zayıflığı bulunup bulunmadığı, şayet varsa bu nedenle işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayıp algılayamayacağı veya bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğinin azalıp azalmadığı hususlarında Adli Tıp Kurumu ilgili ihtisas kurulundan rapor alınarak sonucuna göre suça sürüklenen çocuğun hukuki durumunun tayin ve takdiri gerekirken eksik araştırma ile yazılı şekilde karar verilmesi, hukuka aykırı bulunmuştur." Yarg. 9. CD, 01.07.2024 T., 2021/11976 E., 2024/6602 K.

araç olarak kullanan kişi de fail olarak sorumlu tutulmaktadır. Henüz on iki yaşını doldurmayan kişi, on beş yaşını doldurmamış sağır veya dilsiz işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamayan veya bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği önemli ölçüde azalmış akıl hastaları, geçici bir nedenle ya da irade dışı alınan alkol veya uyuşturucu etkisinde işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamayan veya bu fiille ilgili davranışlarını yönlendirme yeteneği önemli derecede azalmış olan kişiler kusur yeteneği olmayan kişilerdir. Bu kişilerin suçun işlenmesinde araç olarak kullanılması halinde faile verilecek ceza TCK'nun 37. maddesi gereğince arttırılır.⁴⁹ Cinsel saldırı suçunda fail doğrudan fail olabileceği gibi dolaylı fail de olabilir. Örneğin, failin eliyle mağdurun penisini sıkması şeklinde gerçekleşen olayda cinsel saldırı suçu fail tarafından doğrudan gerçekleştirilmiş olur.

A'nın B kişinin C kişisine organ sokmasını istemesi ve B ve C'yi bu duruma katlanmaya zorlaması halinde B'nin C'ye organ ithal etmesi ile cinsel saldırı suçunun meydana geldiği olayda A dolaylı fail olur ve cezalandırılır. Yargıtay "her iki mağdurla cinsel içerikli sohbet etmeyi sürdüren sanığın, olay günü birbirlerinin kıyafetlerini çıkarıp, cinsel organlarını okşamalarını söylemesi üzerine mağdurların soyunarak birbirlerinin cinsel organlarını okşadığı" olayda sanığın tek fiille zincirleme şekilde her iki çocuğa karşı çocuğun cinsel istismarı sunuçu işlediğine dair kararı belirtilen hususa esas gösterilebilir.⁵⁰

Cinsel saldırı suçunda fiziki temasın şart olduğu, fiilin cinsellikle ilgili olması gerekliliği, kendisine dokunulmasa dahi bir başkasının cinsel bölgesine dokunmasının da kişinin cinsel bütünlüğü ile ilgili olduğu hususları değerlendirilerek araç olarak kullanılan kişinin de cinsel saldırı suçunun mağduru olabileceği göz önünde bulundurulmalıdır. Nitekim B nin dolaylı fail kabul edilmesi durumunda yalnız kendisine uygulanan cebir nedeniyle A' nın cezalandırılması B' nin cinsel dokunulmazlığının ihlalinin cezasız kalmasına yol açacaktır. Bir başka türlü A'nın B'ye kendisine yani A'ya organ sokması konusunda cebir uygulanır ise; kanun metni sokulması suretiyle işlenmesi şeklinde düzenlendiğinden sokulması suretinin fail tarafından gerçekleştirilebileceğinden, B organ sokulmasını gerçekleştiren olduğundan fail olmaktadır. Her iki sonuçta da B'ye organ veya sair cisim sokulmamıştır, sokturulmuştur. Nitelikli cinsel saldırı suçunun basit haline göre daha ağır müeyyideye tabi tutulması fiilin ne denli haksızlık içerdiği düşüncesi ile

⁴⁹Kocaoğlu, 2016, a.g.k., 102.

⁵⁰Yarg. 14. CD, 13.01.2020, 2016/1608 E., 2020/322 K.

paralellik göstermektedir. Dolayısıyla mağdur organını sokmak istemediği halde failin zorlamasıyla organ sokmaya mecbur bırakıldığı olaylara dair; mağdurun kendisine organ sokulması ile organ sokmaya zorlanması hali arasında ihlal edilen hukuksal değer bakımından azlık çokluk ilişkisi bulunmamaktadır. Kanun metninde de organ veya sair cisim sokulması gereken vücudun, mağdurun vücudu olduğu yönünde sarıh bir ifade de yer almamaktadır. Öyle olmalı ki kanun koyucu 765 sayılı Türk Ceza Yasası'nın etkisi altında çıkamamış ırza tecavüz teşkil eden fiillerin kadın tarafından işlenemeyeceği alt bilinci altında sokturmak fiilinin gerçekleşebileceğini öngörememiştir. Eğer ki bir organ veya sair cisim ithali varsa bu muhakkak kadına karşı gerçekleşmesi olanaklı algısı değişmemiştir.

Ayrıca cinsel saldırı suçunda dolaylı faillik konusu ile bağlantılı olarak iki erkek arkadaştan biri diğerine “parmağını vajinana sokmazsan tetiği çekerim” şeklinde tehditte bulunması üzerine mağdurun parmağını kendi vajinasına sokması yani failin mağdura parmağını vajinasına sokturması şeklinde gerçekleşen olayda cinsel saldırı suçunun oluşup oluşmadığı, oluşması halinde hangi fıkrasının uygulama alanı bulacağı tartışılabilir bir husustur. Bu durumda dolaylık faillik kurumu işletilebilir.

Kanun metninde mevcut haliyle (organ veya sair cisim sokulması şeklindeki ifadeye binaen) cinsel saldırı suçunun ancak ve ancak fiziki temasın mağdur üzerinde gerçekleşmesi ve ancak bir başkası tarafından işlenebileceği gerekçesiyle cinsel saldırı suçunun oluşmadığı, TCK'nun 109/5 maddesinde düzenlenen kişiyi hürriyetinden yoksun kılmada cinsel amaçla işlenmesi suçunun meydana geldiği öne sürülmektedir.⁵¹

Failin mağdurun vücut dokunulmazlığını organ sokmak suretiyle ihlal ettiğinden dolaylı faillik yoluyla TCK'nın 102/2. maddesi uygulanmalıdır. Mağdurun suçla korunan hukuki değer bakımından cinsel anlamda dokunulmazlığı ihlal edilmiştir. Failin ya da mağdurun organının olmasının suçun konusu ve koruduğu hukuki değer bakımından fark oluşturmamaktadır.

Suçun failinin ya da mağdurunun yabancı uyruklu olması, cinsel saldırı suçunu oluşturan fiillerin tarafların tabi olduğu ülke bakımından haksızlık teşkil etmemesi; TCK'nun 8. maddesi gereğince “Türkiye'de işlenen suçlar hakkında Türk kanunları uygulanır. Fiilin kısmen veya tamamen Türkiye'de işlenmesi veya neticenin Türkiye'de gerçekleşmesi halinde suç, Türkiye'de işlenmiş sayılır.” hükmündeki şartların varlığı

⁵¹Kocaoğlu, 2016, a.g.k., 103.

halinde dikkate alınmayacaktır.⁵² Dolayısıyla soruşturma ve kovuşturma Türkiye’de ve Türk ceza yasalarına göre sürdürülecektir. Mülkilik ilkesi gereği yargılamanın ya da soruşturmanın yabancı ülkeye devri mümkün değildir.⁵³

Failin özel vasıf ve mahiyette olmasının aranmadığı cinsel saldırı suçu bakımından elbette failin mağdur ile birtakım ilişkiler içinde olması suçun meydana gelmesi bakımından önemsizken bazı durumlarda faile sağladığı kolaylık nedeniyle cezanın ağırlaştırılmasını gerektiren nitelikli hal olarak düzenlenmiştir. Kamu görevinin, vesayet veya hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle, üçüncü derece dâhil kan veya kayın hısımlığı ilişkisi içinde bulunan bir kişiye karşı ya da üvey baba, üvey ana, üvey kardeş, evlat edinen veya evlatlık tarafından, insanların toplu olarak bir arada yaşama zorunluluğunda bulunduğu ortamların sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle işlenmesi halinde cezaların yarı oranında artırılacağı düzenlenmiştir. Sayılan nitelikli haller nedeniyle suç gerçek olmayan özgü suç (reato proprio improprio) haline bürünmektedir.⁵⁴

Memurlar veya kamu görevlilerinin fail olması halinde eski düzenleme olan Memurin Muhakematı Yasası’nın aksine 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun gereği sadece görevleri sebebiyle işledikleri suçlar nedeniyle izin alınması gerektiği düzenlenmiştir. Cinsel saldırı suçunun görev sebebiyle işlenemeyeceğinin açık olduğu dikkate alındığında fail hakkında soruşturma ve kovuşturma yapılması izne tabi değildir. Soruşturma ve kovuşturma işlemleri genel hükümlere göre yapılmaktadır.⁵⁵

Cinsel saldırı suçunun failinin mağdurun eşi olması halinde cinsel saldırı suçunun koruduğu hukuksal değer ile evlilik birliğinin sorumlulukları arasındaki ilişkiye dikkat çekmektedir. Maddenin ikinci fıkrasının birinci cümlesinde suçun vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle işlenmesi hali düzenlenmiştir. Eş deyiminden, Türk Medeni Kanunu’nda düzenlenen resmi nikahlı eş anlaşılmalıdır.⁵⁶ Bir arada yaşamak müşterek çocuklara sahip olmak eş kavramı içinde değerlendirilmemelidir. Eş ifadesinden karı veya koca anlamı çıkarılmalıdır.⁵⁷ Aynı fıkranın ikinci cümlesinde fiilin eşe karşı işlenmesi

⁵²Taneri, 2021, **a.g.k.**, 11.

⁵³Akkaya, 2020, **a.g.k.**, 20.

⁵⁴Taner, 2013, **a.g.k.**, 90.

⁵⁵Taştan, 2021, **a.g.k.**, 28.

⁵⁶T. Akıntürk ve D. Ateş Karaman (2012). *Türk medeni hukuku aile hukuku*. (Yenilenmiş 15.Baskı), Beta Basım, s.107; Akkaya, 2020, **a.g.k.**, 20; Taştan, 2021, **a.g.k.**, 27.

⁵⁷Tezcan, Erdem ve Önok, 2014, **a.g.k.**, 325.

halinde soruşturma ve kovuşturmanın yapılması mağdurun şikâyetine bağlıdır. Nitelikli halin soruşturulması açıkça mağdur eşin şikâyetine tabi kılınmıştır. Suçun nitelikli hali bakımından özellikle eşler arasında şikâyet şartı aranması bir takım yorum farklılıklarını da beraberinde getirmiştir.

Birinci görüşe göre; eş ifadesi ikinci fıkra bakımından düzenlenmiş olmasına rağmen birinci fıkra bahsi geçmediğinden eşe karşı gerçekleştirilen basit cinsel saldırı içeren hareketler diğer eşin rızası olmamasına rağmen (kanunilik ilkesi gereği) suç oluşturmaz.⁵⁸ Aynı zamanda evliliğin taraflara cinsel arzuları tatmin etme yükümlülüğünü yüklemiş olması hasebiyle suça konu eylemlerin hakkın icrası kapsamında değerlendirilebileceği düşünülmektedir. Sonuç itibarıyla basit cinsel saldırı suçunun eşler arasında işlenemeyeceği nitelikli halinin eşler arasında işlenmesinin mümkün olduğu savunulmaktadır.⁵⁹ Aynı görüşe göre; Suçun basit halini oluşturan fiilin diğer eşe karşı gerçekleştirilmesinde cinsel saldırı suçu oluşmasa da yasal unsurların oluşması halinde TCK'ın 232. maddesinde yer alan kötü muamele ya da TCK'ın 86. maddesinde yer alan kasten yaralama suçlarının meydana geldiği değerlendirilmesi yapılabilir.⁶⁰

Bir başka görüşe göre; suçun gerekçesinde “Evlilik birliği, eşlere sadakat yükümlülüğünün yanı sıra, karşılıklı olarak birbirlerinin cinsel arzularını tatmin yükümlülüğü de yüklemektedir. Buna karşılık, evlilik birliği içinde bile, cinsel arzuların tatminine yönelik talepler açısından tıbbi ve hukukî sınırlar olduğu muhakkaktır. Bu sınırların ihlâli suretiyle eş üzerinde gerçekleştirilen ve cinsel saldırı suçunun nitelikli hâlini oluşturan davranışlar, ceza yaptırımını gerekli kılmaktadır.” şeklindeki hükme dayanılarak eşler arasında zora dayalı da olsa normal yolla gerçekleşen cinsel ilişkilerin suç oluşturmadığı gibi bir sonucun çıkarılabileceği mümkün olabilmektedir.⁶¹ Ancak gerekçenin bağlayıcılığının bulunmadığı gibi suçla korunan hukuksal değer dikkate alınarak her ne suretle gerçekleşirse gerçekleşsin (ister tıbbi sınırlar içerisinde ister değil) suçun failinin eş olması halinde de nitelikli halin meydana geldiği ve fail eşin cezalandırılacağı ortadadır.⁶²

⁵⁸Akkaya, 2020, **a.g.k.**, 20; Tezcan, Erdem ve Önok, 2014, **a.g.k.**, 326.

⁵⁹İ. Malkoç (2009). *Türk Ceza Kanunu uygulamasında cinsel suçlar*, Ankara: Malkoç Kitabevi, s. 4; Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır, 2021, **a.g.k.**, 383.

⁶⁰Taşan, 2021, **a.g.k.**, 27.

⁶¹A. Şimşek (2015). *Cinsel saldırı ve cinsel istismar suçlarının hafif şekli: sarkıntılık*. Ceza Hukuku Dergisi, 10(28), s. 340; Tezcan, Erdem ve Önok, 2014, **a.g.k.**, 326.

⁶²Y. Ünver (2005) “*Türk Ceza Kanunu’nda Tanımlanan Cinsel Suçlara Adli Tıbbi Yaklaşım*”, 12. Ulusal

kabulün madde gerekçesinde yer alan “Evlilik birliği, eşlere sadakat yükümlülüğünün yanı sıra, karşılıklı olarak birbirlerinin cinsel arzularını tatmin yükümlülüğü de yüklemektedir. Buna karşılık, evlilik birliği içinde bile, cinsel arzuların tatminine yönelik talepler açısından tıbbi ve hukukî sınırların olduğu muhakkaktır. Bu sınırların ihlâli suretiyle eş üzerinde gerçekleştirilen ve cinsel saldırı suçunun nitelikli hâlini oluşturan davranışlar, ceza yaptırımını gerekli kılmaktadır.” şeklindeki ifadeler, maddi hukuk açısından geçerliliği çelişki içerisinde gibi görünse de bu durum sonucu değiştirmeyecektir. Kanun gerekçesinin bağlayıcılığı yoktur. Kanun koyucu nasıl ki suçun nitelikli halinde eşler arasında işlenmesini kabul etmesine rağmen şikâyeteye tabi tutmuş ise, suçun basit hali bakımından da işlenemeyeceği görüşünde olsa idi açıkça eşler arasında işlenemeyeceğini belirtebilirdi. Kanun koyucu suçun ilk fıkrasında fail ile mağdur arasında herhangi bir yakınlık ayrımı yapmaksızın suçun herkes tarafından işlenebileceği anlamının ortaya çıkmasını sağlamıştır. Yapılan yorum bakımından suç ve cezaların genişletilerek yorumlanmayacağı dar yorumlanması gerektiği şeklinde eleştiriler açıklanan nedenlerle geçerli değildir.

1.3.1.1.2. Mağdur

Mağdur; haksızlığa uğramış (kimse), kıygın kişi anlamlarına gelmektedir. Başına kötü bir olay gelmesi nedeniyle zarar gören kimsedir.⁶⁶

Hukuki anlamda ise mağdur kelimesi birçok kanunda ve hukuki metinde kullanılmaktadır. Suçun koruduğu hukuki değerın zarar görmesi sonucu bu değerin sahibine verilen isimdir mağdur.⁶⁷ Suçtan dolaylı olarak etkilenen kimseye ise suçtan zarar gören adı verilir. Genellikle bir suçta mağdur ile suçtan zarar gören aynı kişidir. Bazı durumlarda ise mağdur ile suçtan zarar gören farklı kimse olabilmektedir. Bu ayrımı somutlaştıracak olursak cinsel saldırıya uğrayan kadının iç kanama nedeniyle ölmesi durumunda mağdur cinsel saldırıya uğrayan kadındır. Suçtan zarar gören ise cinsel saldırıya uğrayan kadının yakınlarıdır. Mağdur yalnızca gerçek kişi olabilirken, suçtan zarar gören sıfatı tüzel kişiye atfedilebilir.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda kanun koyucu mağdurdan bahsederken bazı suçlarda çoğul bazı suçlarda tekil ifadeler kullanmıştır. Örneğin; çocukların cinsel

⁶⁶(http-1).

⁶⁷M. Özen (2020). *Ceza hukuku genel hükümler dersleri*. (Gözden geçirilmiş ve güncellenmiş 5. Baskı), Ankara: Adalet Yayınevi, s. 287.

istismarı, kişilerin huzur ve sükununu bozma vb. suçlarda çoğul ifadeler tercih edilmiştir. Elbette bu hallerde kanun koyucu birden fazla çocuğun cinsel istismara uğramış olması halinde suçun meydana geleceği gibi bir amaçla hareket etmemiştir. Pek tabii mağdurun yalnızca bir kişiden ibaret olması halinde de bahsedilen suçlar oluşacaktır. Somut olayda mağdur birden fazla da olabilir ancak bir mağdurun bulunması da suçun oluşması için yeterlidir.

Cinsel saldırı suçunda mağdur, cinsel davranışlarla vücut dokunulmazlığının ihlal edildiği kişidir.⁶⁸ Suçun mağduru yaşayan yetişkin insan (gerçek kişi) olmalıdır. Cinsiyet fark etmeksizin her türlü cinsten veya cinsel yönelimden yaşayan insan, cinsel saldırı suçunun mağduru olabilir. Mağdurun kadın veya erkek; yaşlı veya genç olmasının önemi yoktur. Önemli olan on sekiz yaşından büyük yaşayan kimse özelliklerini barındırmasıdır. Mağdurun mesleğinin para karşılığı cinsel ilişki yaşamak ya da mağdurun daha önce fail ya da bir başkasıyla cinsel birliktelik yaşamış olmasının suçun oluşumu bakımından bir farkı bulunmamaktadır. Dolayısıyla fuhuş yapan kimse de cinsel saldırı suçu mağduru olabilecektir. Kısaca cinsel saldırı suçunun mağduru on sekiz yaşından büyük yaşayan insandır. Aşağıda suçun mağdurunun vasıflarına dair açıklamalara yer verilecektir.

Mağdurun yaşayan kimse olması gerekmektedir. Cinsel saldırı suçu yaşayan insana karşı işlenebilir. Mağdurun bitkisel hayatta olması, bayılmış olması, anestezi altında olması gibi durumlarda mağdur şuuru açık olmasa da cinsel saldırının mağduru olabilir. Hatta bu hallerde Kanun'un 102/3-a maddesinde "beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda" olduğu için cezanın arttırılması gerekecektir.⁶⁹ Cinsel saldırı suçunda belirlenen hareketlerin ölüye karşı gerçekleştirilmesinde, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 130/2. maddesinde düzenlenen ölü'nün hatırasına hakaret suçunun meydana geldiği; hayvanlara karşı gerçekleştirildiğinde 5199 S. Hayvanları Koruma Kanunu'nun 14. maddesinin j bendi yollamasıyla 28. maddenin (k) bendindeki idari para cezasını gerektiren kabahat fiilini oluşturduğu, sahipli hayvana karşı gerçekleştirildiğinde Türk Ceza Kanunu'nun 151. maddesindeki mala zarar verme suçunu; alenen bir hayvanla cinsel ilişkide bulunulması halinde Türk Ceza Kanunu'nun 225. maddesinde düzenlenen alenen hayasızca hareket suçuna vücut verdiği değerlendirilebilir.⁷⁰

Mağdurun cinsiyetinde /cinsel yöneliminde özellik aranmamaktadır.⁷¹ Mağdur on

⁶⁸Taner, 2013, **a.g.k.**, 80.

⁶⁹Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır, 2021, **a.g.k.**, 384.

⁷⁰Taner, 2017b, **a.g.k.**, 83.

⁷¹O. Karacan (2015). "*Olguda seçicilik: tecavüzün tanımlanması*", Ankara Barosu Dergisi (S. 4), s. 113.

sekiz yaşını tamamlamış olmalıdır. Cinsel dokunulmazlığı ihlal edilen kimsenin on sekiz yaşından büyük olması halinde cinsel saldırı suçu meydana gelmektedir. Kanun koyucu çocukların cinsel dokunulmazlığını müstakil maddeler düzenleyerek koruma altına almıştır.⁷² Cinsel saldırı suçunu oluşturan fiillerin çocuğa karşı gerçekleştirilmesi halinde 5237 sayılı Kanun'un 103. maddesinde tanzim edilen çocukların cinsel istismarı suçunun meydana geldiği değerlendirilir.

Mağdurun on sekiz yaşından küçük olmasına rağmen bazı hallerde cinsel saldırı suçunun uygulama alanı bulduğu söylenebilir. On sekiz yaşından küçük olan bireyler bazı hallerde evlenebilmekte ya da mahkeme kararıyla ergin kılınabilmektedir. Her iki hale de erken erginlik denir. Peki bu hallerde yani 18 yaşından küçüklerin evlenme yoluyla ya da mahkeme kararıyla ergin kılınmaları halinde ve cinsel dokunulmazlıklarının ihlal edilmesi durumunda cinsel saldırı suçu mu çocukların cinsel istismarı suçu mu oluşacaktır?

Çocuk, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun tanımlar başlıklı 6. maddesinin b bendinde "henüz on sekiz yaşını doldurmamış kişi" şeklinde tanımlanmıştır. Aynı maddenin gerekçesinde "Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi hükümleri göz önünde bulundurularak, "Çocuk" deyiminden henüz on sekiz yaşını doldurmamış olan kişilerin anlaşılması gerektiğine dair bir tanıma yer verildiği" belirtilmiştir. Dolayısıyla gerekçede; "Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi hükümleri göz önünde bulundurularak" şeklindeki ifadede geçen Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesinin 1. maddesinde "Bu sözleşme uyarınca çocuğa uygulanabilecek kanuna göre daha erken yaşta reşit olma durumu hariç, on sekiz yaşına kadar her insan çocuk sayılır" hükmüne atıfta bulunulduğu anlaşılmıştır. Buna karşılık Çocuk Koruma Kanunu'nun kapsam başlıklı 2. maddesinde ise "Bu Kanun, korunma ihtiyacı olan çocuklar hakkında alınacak tedbirler ile suça sürüklenen çocuklar hakkında uygulanacak güvenlik tedbirlerinin usul ve esaslarına, çocuk mahkemelerinin kuruluş, görev ve yetkilerine ilişkin hükümleri kapsar" hükmüne yer verilmiştir. ÇKK'nun 3. maddesinde çocuk; "Bu Kanunun uygulanmasında; a) Çocuk: Daha erken yaşta ergin olsa bile, on

⁷²Yargıtay (Kapatılan) 14. Ceza Dairesi de 08.02.2021 tarihli ve 5799-974 sayılı ile 02.02.2017 tarihli ve 10406-408 sayılı kararlarında, tartışmaya açık farklı gerekçe ile mağdurenin onsekiz yaşından küçük olduğu dönemde başlayıp onsekiz yaşını doldurmasından sonra da devam eden eylemleri yönünden 5237 sayılı TCK'nın 102. maddesinde düzenlenen cinsel saldırı suçu ile 103. maddesinde yer alan çocuğun cinsel istismarı suçları ilgili olarak sanığın daha ağır olan ve zincirleme surette gerçekleşen çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçundan dolayı cezalandırılmasına karar verilmesi gerektiği düşüncesindedir.

sekiz yaşını doldurmamış kişiyi; bu kapsamda, ifade eder” şeklinde ele alınmıştır. Bu bilgiler dahilinde ÇKK’nun uygulama alanı bulduğu hallerde evlenme yoluyla ya da mahkeme kararıyla reşit kılınmasına bakılmaksızın on sekiz yaşını tamamlamamış kimse çocuk kabul edilmektedir. Görüldüğü üzere Türk Ceza Kanunu’nun 6. maddesinin gerekçesinde atıfta bulunulan Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi ile ÇKK hükümleri çelişmektedir. Ülkemizin ihtirazi kayıta bulunarak 14/09/1990 yılında imzalamış olduğu, 27/01/1995 gün ve 22184 sayılı Resmî Gazetede yayımlanarak kabul ettiği Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi kanun hükmündedir. 1982 tarihli Anayasa’nın 90. maddesine göre aynı konu bakımından farklı hükümler içermesi halinde milletlerarası anlaşmaların esas alınması gerektiği kabul edilmektedir.⁷³ Kaldı ki kanun koyucunun çocuk ile on sekiz yaşını tamamlamamış deyimlerini kanun metninde bazı yerlerde çocuk deyimini bazı yerlerde on sekiz yaşından küçük deyimini kullanarak farklı sonuçlar doğurmak isteğini ortaya koymuştur. Türk Ceza Kanunu’nda 76, 82, 90, 94, 96, 103, 109, 194, 226, 227, 228, 229, 233. maddelerinde çocuk deyimini kullanılmıştır. 80. maddesinde ve 66. maddesinde on sekiz yaşından küçük deyimlerini kullanmıştır. Dolayısıyla kanun koyucunun söz konusu sıfatları farklı anlamlarda kullanma arzusu içerisinde olduğu yönünde bir sonuca varmak gerekir. Sonuç olarak kanun koyucu TCK’ nun 103. maddesinde yer alan çocukların cinsel istismarı suçunda “Çocuğu cinsel yönden istismar eden kişi cezalandırılmaktadır” diyerek mağdurun çocuk olduğuna yer vermiştir. Dolayısıyla mağdurun evlenme yoluyla ya da başkaca suretle ergin kılınmış olması durumunda cinsel dokunulmazlığının ihlali halinde eylem çocukların cinsel istismarı suçu kapsamında değerlendirilemeyecektir. Diğer seçenek olan cinsel saldırı suçunun ise mağdurunun on sekiz yaşından büyük olması gerektiği bilgisi dahilinde bir çatışmanın oluştuğu kanaati oluşmaktadır.

Yargıtay, uygulamada failin sıfatına göre bir ayrıma giderek çözüm getirmeye çalışmıştır. Şöyle ki; on sekiz yaşını bitirmeden erginliğini kazanan kimsenin eşi tarafından vücuduna sair bir cisim veya organ sokulması durumunda eylem TCK’ nun 102/2. maddesinde yer alan cinsel saldırı suçuna göre cezalandırılırken aynı hareketin eşi dışında kişi tarafından gerçekleştirilmesinde TCK’ nun 103/2. maddesinde yer alan çocukların nitelikli cinsel istismarı suçundan cezalandırılmalıdır, şeklinde uygulama

⁷³K. Gözler (2012). *Anayasa hukukunun genel esasları ders kitabı* (3. Baskı), Bursa: Ekin Basım Yayınevi, s. 468.

geliştirmiştir.⁷⁴

5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’muzda 15 yaşından küçük çocuklara karşı rızası olsun ya da olmasın her türlü cinsel davranış, 15 yaşından büyük olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmeyen çocuklara karşı rızası olsun ya da olmasın her türlü cinsel davranış, 15 yaşından büyük olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişen çocuklara karşı cebir, tehdit, hile ve iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilen cinsel davranış eylemlerinin meydana gelmesi hallerinde çocukların cinsel istismarı suçu sübuta ermiş olacaktır. Mefhumu muhalifinden fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmiş 15 yaşından büyük çocukların rızaları ile cinsel davranışta bulunmalarının önünde bir engel yoktur. Hatta cinsel ilişki boyutuna varan davranışta da bulunabilirler. Ancak bu durumda yani cebir, tehdit, hile ve iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olmaksızın gerçekleştirilen cinsel davranış eylemlerinin meydana gelmesinde mağdurun reşit olmayan cinsel ilişki suçu kapsamında şikâyet hakkı bakidir.

Çocuk tanımında, ayıksı tutulan erken ergin kılınan kimselere dair ergin kılınmalarının ardından bu durumun cinsel dokunulmazlıklarının ihlal edilmesine karşı bir korunma kolaylığı sağlayıp sağlamadığı tartışılmalıdır. Yani kişi on sekiz yaşını tamamlamamış olduğu halde ergin kılındı diye cinsel özgürlüğünü daha mı iyi koruyacaktır. Kanun koyucu cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar başlığı altında dokunulmazlığın ihlalinin çocuğa karşı işlenmesi durumunu daha feci, korumasız sayarak hem ceza miktarını artırmış hem de şikâyetle bağlılığı uygun görmemiştir. Demek ki çocuğu (Türk Ceza Kanunu’na göre çocuğu, ergin kılınmayan ve on sekiz yaşından küçük kimseyi) bu suçlara karşı daha savunmasız olarak değerlendirmiştir. Ancak erken erginlik kazanan bireyi bu üst korumadan ayırık tutma kastıyla hareket etmekle birlikte bu nitelikteki kimselerin hangi suç tipine tabi olacağını da açıkça belirlememiştir.

Bu haliyle, maddi hukuk mevcut haliyle ergin kılınan on sekiz yaşını bitirmemiş kişilere karşı gerçekleştirilen fiziki cinsel eylemlerin çocukların cinsel istismarı suçu kapsamında değerlendirilmesine izin vermediği kabulüyle olması gerekenin kanun metninde değişikliğe gidilerek “Çocuğu cinsel yönden istismar eden kişi cezalandırılmaktadır” şeklindeki hükmün yerine “on sekiz yaşını tamamlamamış kimseyi cinsel yönden istismar eden kişi cezalandırılmalıdır” hükmü getirilmesi gerekmektedir.

⁷⁴Akkaya, 2020, a.g.k., 22.

Böylece erken erginliğin kazai rüşt ile kazanılması halinde oluşan çelişki giderilmiş olacaktır. Esasında evlenme yoluyla ergin kılınan bireye eşi dışındaki failin suçu oluşturan fiilleri gerçekleştirmesi hususunda da tereddüt bulunmaksızın fail çocukların cinsel istismarı suçundan cezalandırılacaktır. Evlenme yoluyla ergin kılınan bireyler bakımından ise mağdur ile failin evli olması ve mağdurun cinsel davranışa rızasının varlığı durumunda herhangi bir suç meydana gelmeyecektir. Çünkü reşit olmayanla cinsel ilişki suçu bakımından da mağdur “on beş yaşını bitirmiş olan çocukla” diye tabir edilerek yine ergin bireyler hüküm dışında tutulmuştur. Ancak yukarıda getirilen önerinin devamı kapsamında kanun metninin bütünlük arz etmesi bakımından “on beş yaşını bitirmiş on sekiz yaşını henüz tamamlamamış kişiyle” şeklinde değiştirilmesi gündeme gelirse reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun birinci fıkrası “Cebir, tehdit ve hile olmaksızın on beş yaşını bitirmiş on sekiz yaşını tamamlamamış kimseyle cinsel ilişkide bulunan kişi, şikâyet üzerine, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Failin mağdurun resmi nikâhlı eşi olması halinde bu suç oluşmayacaktır” şeklinde değişiklik sağlanmalıdır. Fail ile evli olan mağdurun rızasıyla yaşadığı her cinsel ilişkisinin ardından mağdur eşine kızdığında şikâyet hakkını tehdit olarak kullanabilmesinin önüne geçilmesi gerekmektedir. Bu yeni düzenlemeyle yetişkin evlilerin mağdurunun hem basit hem nitelikli cinsel ilişki bakımından failin eyleminin şikâyete tabi olması doğrultusunda evlenme yoluyla ergin olan mağdurun eşi tarafından gerçekleştirilen basit ve nitelikli cinsel davranışı da şikâyete tabi kılınmalıdır.

Sonuç olarak, yukarıda dermeyan edilen bilgiler ışığında evlenme ya da mahkeme kararıyla ergin kılınmış olan kimseye karşı rızası dışında gerçekleşen cinsel davranışların çocukların cinsel istismarı kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir. Erken ergin kılınan mağdura failin eşi dahi olsa rızası dışında cinsel davranışta bulunması ve cinsel dokunulmazlığını ihlal etmesi halinin suçun vasfını cinsel saldırı suçuna devşirmeyeceği açıktır. Kanun koyucunun yukarıda uygulamanın çözüm bulmaya uğraştığı hususları yeni düzenlemelerle ne suretle çözüme kavuşturacağı ifşasına müddeidir.

Cinsel saldırı suçunun mağdurunun evli olması suçun oluşumunu engellemez. Yani cinsel saldırı suçunda mağdur ile fail arasında evlilik birliğinin bulunmuş olması hali suçun oluşumunda menfi etki yaratmayacak, mağdurun mağdur sıfatını kazanmasına engel teşkil etmeyecektir. Yeter ki mağdurun rızası olmasın. Bu minvalde evlilik cinsel dokunulmazlığın evli olunan kişi tarafından her an ihlal edilebileceği anlamına gelmez. Korunan hukuki yarar bireyin cinsel dokunulmazlığı ve özgürlüğü ise birey evlilik ile bu

dokunulmazlığını ya da özgürlüğünü devretmiş sayılmayacaktır. O halde mağdurun ister evli olduğu kişi tarafından ister başkaca kişi tarafından iradesine aykırı şekilde cinsel davranışa yahut cinsel ilişkiye zorlanması halinde Cinsel saldırı suçunun meydana geldiği açıktır. Ancak mağdur ile failin evli olmadığı durumlarda kanunda aksine hüküm bulunmadığından resen soruşturulması/kovuşturulması gerekirken evli olan mağdur ve fail bakımından suçun hem basit hali hem organ ve sair cisim sokmayı düzenleyen nitelikli hali bakımından suçun soruşturulması/kovuşturulması mağdurun şikâyetine tabi tutulmuştur. Bu minvalde mağdur ile fail arasındaki ilişki suçun oluşumuna etki etmese de cezanın ağırlığının belirlenmesine etki edebilmektedir. Kanun koyucu evlilik birliği içerisinde aile ilişkilerine müdahale etmemek adına söz konusu fiili şikâyeteye tabi hale getirmiştir.⁷⁵

Failin mağdur ile birtakım ilişkiler içinde olması suçun meydana gelmesi bakımından önemsizken cezanın daha ağır olmasına neden olmaktadır. Kamu görevinin, vesayet veya hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle, üçüncü derece dâhil kan veya kayın hısımlığı ilişkisi içinde bulunan bir kişiye karşı ya da üvey baba, üvey ana, üvey kardeş, evlat edinen veya evlatlık tarafından, insanların toplu olarak bir arada yaşama zorunluluğunda bulunduğu ortamların sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle işlenmesi halinde cezaların yarı oranında artırılacağı düzenlenmiştir. (TCK 102/3)

Cinsel saldırı suçunun maddi konusunun mağdurun vücudu olması karşısında mağdurun cinsel ilişkiye girmesi karşılığında para kazanan yani fuhşu meslek edinen kişinin mağdur olamayacağı gibi bir düşünce yapısı suçun koruduğu hukuki değer ile özdeşleşmeyecektir. Dolayısıyla mağdurun mesleği suçun meydana gelmesini engellemeyecektir. Cinsel yöneliminin ne olduğu da önemli değildir. Aynı şekilde dini, ırkı, giyinme tarzı, yaşam biçimi, sosyo-ekonomik durumu da önemli değildir. Her haliyle on sekiz yaşından büyük yaşayan bireyin cinsel bütünlüğü dokunulmazdır. Fail ile mağdur farklı cinsiyetlerde olabileceği gibi aynı cinsiyette ya da cinsel yönelimde de olabilirler. Bu durum maddenin gerekçesinde “söz konusu suç farklı cinsten kişiye karşı işlenebileceği gibi aynı cinsten kişilere karşı da işlenebilir” şeklinde açıklanmıştır.

Cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçların hepsi esasında genel anlamda cinsel saldırıyı içermektedir. Ancak özelinde kanun koyucu yetişkinlere karşı fiziki saldırıyı,

⁷⁵Taner, 2017b, a.g.k., 85.

çocuklara karşı fiziki saldırıyı ve fiziki temas içermeyen saldırıyı ayrı ayrı ele alarak tanzim etmeyi tercih etmiştir. Dolayısıyla Kanunun sistematığı gereği fiilin hangi madde kapsamında değerlendirileceğinin belirlenmesi mağdurun yaşının belirlenmesinden geçmektedir. Mağdurun yaşı hususunda tereddüt hasıl olur ise;

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun Ceza mahkemelerinin ek yetkisi başlıklı 218. maddesinde yer alan "(1) Yüklenen suçun ispatı, ceza mahkemelerinden başka bir mahkemenin görev alanına giren bir sorunun çözümüne bağlı ise; ceza mahkemesi bu sorunla ilgili olarak da bu Kanun hükümlerine göre karar verebilir. Ancak, bu sorunla ilgili olarak görevli mahkemede dava açılması veya açılmış davanın sonuçlanması ile ilgili olarak bekletici sorun kararı verebilir.

(2) Kovuşturma evresinde mağdur veya sanığın yaşının ceza hükümleri bakımından tespitiyle ilgili bir sorunla karşılaşılması halinde; mahkeme, ilgili kanunda belirlenen usule göre bu sorunu çözerek hükmünü verir."

Hükmüne göre hareket edilerek tereddüt giderilmelidir. Çünkü mağdurun yaşı suçun vasfında değişikliğe neden olabilecek önemli bir etkidir. İzlenecek yol ihtimalleriyle şu şekilde olmalıdır. Mağdurun nüfus kaydı çıkartılmalıdır. Mağdurun nüfus kaydındaki yaşı ile dış görünümünün birbirine uygun olup olmadığına bakılmalıdır. Uygun olması halinde nüfus kaydında belirtilen yaş ne ise suç vasfı ona göre belirlenmelidir.⁷⁶ Ancak nüfus kaydı ile mağdurun dış görünümünün çeliştiği mahkeme tarafından resen görülmüş ya da taraflardan itiraz geldiği görülmüş ise mağdurun hastanede doğup doğmadığına bakılarak, yaş düzeltilmesi için adli tıp kurumuna ve tam teşekküllü hastaneye sevki sağlanacaktır. İçerisinde radyoloji uzmanının da bulunduğu heyet tarafından gerçek yaşın tespiti yapılacaktır. Mağdur nüfusa kayıtlı değilse mağdurun bilimsel olarak yaşı belirlenmelidir. Mağdurun yaşının nüfusa tescili ile yaşına göre suç vasfı belirlenerek yargılamaya devam olunmalıdır.

Mağdurun yaşı konusunda kesinleşmiş yaş tespiti kararının bulunması halinde yine

⁷⁶"Suça sürüklenen çocuk Ercan ve sanık müdafinin, katılan mağdurenin yaşına yönelik itirazları, katılan Meryem'in hastane doğumlu olmayan katılan mağdurenin doğum tarihini bilmediğine dair beyanı, Kayseri Eğitim ve Araştırma Hastanesinin 17.07.2013 tarihli içerisinde radyoloji uzmanının bulunmadığı heyet tarafından düzenlenen raporda, genel görünüm, beden teşekküllatı ve kemik grafilerine göre on beş yaş ile uyumlu olduğunun belirtilmesi karşısında; suçların oluşumuna ve nitelenmesine etkisi bakımından katılan mağdurenin anılan rapora esas alınan kemik grafileri temin edilerek içinde radyoloji uzmanının da bulunduğu sağlık kurulundan rapor alınıp, gerektiğinde Adli Tıp Kurumundan da görüş sorulmak suretiyle suç tarihindeki gerçek yaşının bilimsel olarak saptanmasından sonra sanık ve suça sürüklenen çocukların hukuki durumunun tayin ve takdiri gerekirken eksik araştırma ile yazılı şekilde hükümler kurulması, hukuka aykırı bulunmuştur." Yarg. 9. CD, 04.12.2023 T., 2021/4027 E., 2023/7946 K.

de mağdurun yaşı konusunda tereddüt hasıl olursa mağdurun hukuk mahkemesinde bulunan dosyasında gerçekleştirilen işlemler ceza mahkemesi dosyasına istenerek yeni bir bilirkişi raporunun tanzimi istenebilecektir.

Mağdurun yabancı uyruklu olması halinde; pasaportunun onaylı sureti çıkarılmalı dosyaya eklenmelidir. Çünkü bu durumda da mağdurun yaşı konusunda itirazlar meydana gelebilir. Ancak yabancı uyruklu olduğundan yargılama sürecinde böyle bir itirazın bilimsel anlamda ispatı konusunda mağdura ulaşılamayabilir. Zira bu süreçte ülkesine dönmüş olabilir. Böylece esasa ilişkin husus nedeniyle adil yargılanma hakkı ihlal edilebilmektedir. O halde yabancıların mağdur sıfatını kazandığı olaylarda soruşturma aşamasında daha titiz ve ivedi davranılması gerekmektedir.⁷⁷

Cinsel saldırı suçu yetişkin bireye karşı işlenmektedir. Ancak yetişkin dahi olsa mağdurun akıl hastalığı veya zekâ geriliği gibi özel durumu bulunabilir. Akıl hastalığı veya zekâ geriliği olan mağdura Ceza Muhakemesi Kanunu' nun 234. maddesi gereğince vekil atanması zorunludur.⁷⁸ Aynı mağdura vasi ataması yapılmasının ve husumete izin yetkisi verilmesinin zorunlu olup olmadığı konusunda farklı görüşler bulunmaktaysa de mağdura vasi tayini yapılması gerekmektedir. Çünkü mağdurun, zorunlu vekilin işini iyi yapıp yapmadığını değerlendirmesi gibi görevi de bulunmaktadır. Mağdurun davaya katılması konusunda vasisinin husumet izni alınmasının zorunlu olmadığı kabul edilmelidir. Veli veya vasi ile zorunlu vekilin davaya katılma taleplerinin çelişmesi halinde veli ya da vasisinin kararı esas alınmalıdır.

1.3.1.1.3. Suçun konusu

Suçun hukuki konusu cinsel saldırıya uğrayan kimsenin bedenidir. Genellikle bedenin cinsellikle ilgili olan veya cinsel anlam taşıyan yerleridir.⁷⁹ Dolayısıyla suçun maddi konusunu mağdurun bedenini oluşturmaktadır.⁸⁰

⁷⁷Akkaya, 2020, **a.g.k.**, 27.

⁷⁸N. Centel ve H. Zafer (2015). *Ceza Muhakemesi Hukuku*. (Yenilenmiş ve gözden geçirilmiş 12. Bası), İstanbul: Beta Basım Yayım, s. 880.

⁷⁹Özbek, Doğan ve Bacaksız, 2020, **a.g.k.**, 326.

⁸⁰Taner, 2017b, **a.g.k.**, 83.

1.3.1.1.4. *Fiil*

Genel olarak

Tipiklik maddi ve manevi unsurlardan oluşmaktadır. Fiil ise suçun maddi unsurlarındandır.⁸¹ Güncel Türkçe sözlüğüne göre; fiil iş, davranış anlamına gelmektedir. Ceza hukuku anlamında fiil ise, insan hareketi olan ve haksızlık teşkil eden belli bir sonuca ulaşmaya yönelik ve dış dünyaya yansıyan davranışı ifade etmektedir. Fiziki kuvveti insan doğrudan uygulayabileceği gibi mekanik bir yardım vasıtasıyla da meydana getirebilmektedir. Failin eylemi gerçekleştirdiği sırada kusur yeteneğinin var olup olmadığı hususu eyleminin fiil niteliği taşımayıp taşımadığını belirlemez. Kusur yeteneğine sahip olmasa dahi eylemi fiil niteliğinde kabul edilebilecektir.⁸² Fiilin bulunmaması halinde salt düşünce ceza hukuku bağlamında cezalandırılmaz. Bu düşüncenin ancak ortaya çıkması halinde yaptırıma tabi olması eğer ki kanunda yer alıyorsa cezalandırılabilir.⁸³

İnsan davranışlarının fiil niteliği taşıyabilmesi için geçerli bir iradeye dayanması ve belirli bir amaca yönelik olması gereklidir.⁸⁴ Dolayısıyla fiilden bahsedilebilmesi için insan davranışı yani hareket, bu hareketin belli bir sonucu gerçekleştirmeye yönelik ve matuf olması yani netice ve bu hareket ve netice arasında bir neden sonuç ilişkisi yani nedensellik bağı bulunmalıdır.

Hareket, insanoğlu tarafından gerçekleştirilen eylemlerdir. Bu eylem neticesinde insan dış dünyada değişiklik meydana getirir. İnsan tarafından iradesine dayalı bir şeyi yapma ya da yapmaması sonucu gerçekleşen bedensel fiildir.⁸⁵ Bütün suçlarda mutlaka fiile yer verilir. Yani fiilin cezalandırılabilmesi için o fiilin kanunlarla suç haline getirilmiş olması gerekir. Fiil, düşünce aşamasında kalmış ve dış dünyaya yansımamış ise veya fiil insan iradesine dayanmıyorsa⁸⁶ cezalandırılabilmesi mümkün değildir.

Kişinin iç dünyasındaki fiiller (düşünce aşamasında kalmış fiiller) cezalandırılmaz

⁸¹CMK'na göre fiil maddi olay, eylem veya hareket olarak ele alındığı durumlar bulunmaktadır. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu 225. maddesi kapsamında “iddianamede unsurları gösterilen suça ilişkin fiil” lafzı yer almaktadır.

⁸²İ. Özgenç (2013). *Türk ceza hukuku genel hükümler*. (Gözden geçirilmiş ve güncellenmiş 9. Baskı), Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 160-164.

⁸³T. Demirbaş (2016). *Ceza hukuku genel hükümler*. (Güncellenmiş 11. Baskı), Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 220.

⁸⁴Özgenç, 2013, **a.g.k.**, 162.

⁸⁵Özen, 2020, **a.g.k.**, 216.

⁸⁶Özgenç, 2013, **a.g.k.**, 164.

ve suç teşkil etmez. Suçun meydana gelmesinin ve cezalandırılabilmesinin ilk şartı dış dünyaya yansıyan bir hareketin bulunmasıdır. Aksi takdirde objektif anlamda bir kıstas bulunmadığından keyfilik ortaya çıkacaktır. Keyfi suç ve cezaların ortaya çıkmasını engellemek için kişinin davranışı dış dünyaya yansımali ki niteliğı belirlenebilsin. Örneğın cinsellik ile ilgili; kişinin sokakta gördüğü bir kadın hakkında eve geldiğinde kadının kendisiyle cinsel ilişkiye girdiğini hayal etmesi, bir kadının hayranı olduğı ünlüyü düşünerek kendisine mastürbasyon yapması gibi durumlarda kişilerin dış dünyaya yansıyan ve karşı tarafın vücut dokunulmazlığını ihlal eden bir hareketi bulunmamaktadır. Düşüncelerin açıklanması, yayılması hallerinde birtakım fiiller toplum düzenini bozabileceğı düşüncesi ile suç olarak düzenlenebilmektedir. Esas olan düşünce özgürlüğüdür. Ancak burada cezalandırılan husus da düşünce değildir. Düşüncenin açıklanma şeklidir. Örneğın; Türk Ceza Kanunumuzda yer alan halkı askerlikten soğutma başlıklı 318. maddesinde düzenlenen ve suçu ve suçluyu övme başlıklı 215. maddesinde düzenlenen suçlar bu minvalde düşünülebilir.⁸⁷ Tehdit ve hakaret gibi aslında kişinin düşüncesini açığa vurmaı sonucu meydana gelen fiiller de suç olarak düzenlenmiştir. Ancak görüldüğü üzere bu suçların meydana geldiğini söylemek ve dış dünyada etki yarattığını görmek mümkündür. Şöyle ki mağdur asansörde karşılaştığı ve ineceğı kata geldiğinde inen, tanımadığı ve konuşmadıkları failin, kısa süreli bakışından kendisine cinsel dürtü beslediğini, bunu hissettiğini, rahatsız olduğunu, cinsel dokunulmazlığının ihlal edildiğini belirterek şikayetçi olduğunu ifade ettiğı olayda; fail gerçekten içinden mağdur üzerinde cinsel fantezilerinin hepsini gerçekleştirir şekilde bir düşünce ile bakmış olsa dahi bunu yansıtacak hiçbir davranışta bulunmadığı, mağdurun vücut dokunulmazlığını ihlal eden bir davranışının olmadığı açıkça ortadadır. Kaldı ki cinsellik anlayışı hassas olan mağdurun çevresinde gördüğü çoğı erkeğın cinsel dürtü ile baktığı şeklinde görüşünün bulunması ve bu ihtimalin asansördeki fail üzerinde tutmuş olması sonuca etki etmeyecektir. Çünkü fail mağdura karşı yalnızca kısa bir bakış atmış geride olanları kendi iç dünyasında yaşamıştır. Aksi takdirde mağdurun hayatın olağan akışı haricinde ve olağan süreyi aşan uzunlukta göz göze geldiğı faile kendisine bakmaması, rahatsız olduğunu söylemesi üzerine failin cinsel içerikli söz söylemeksizin bakışlarına devam etmesi durumunda cinsel taciz veya kişilerin huzur ve sükûnunu bozma suçlarının meydana gelebileceğı somut olayın özelliklerine göre değerlendirilebilir.

⁸⁷H. Hakeri (2013). *Ceza hukuku genel hükümler*. (16. Baskı), Ankara: Adalet Yayınevi, s. 138.

Fiili oluşturan unsurlardan biri olan hareket insan iradesine dayanmaktadır. Hareketin olmadığı yerde ise suç meydana gelmeyecektir. Bu bakımdan hareket kavramının anlamı ve nelerin hareket olarak değerlendirileceği önem arz etmektedir.

Fiili ele alırken davranış, hareket, eylem kavramları genellikle ayırım gözetmeksizin birbirlerinin yerine kullanılmaktadır. Bazı yazarlar ise hareketin insana mahsus bir özellik olmadığı düşüncesi ile davranış kelimesinin kullanılmasının daha uygun olduğu görüşünü öne sürmektedirler. Ceza hukukunda insan hareketleri ele alındığından ve hareket dendiğinde hayvanların da hareketinin mevcut olduğu düşünüldüğünden kanuni tanımda davranıştan bahsetmenin daha doğru olduğu görülmektedir. Ancak davranış ya da hareket terimleri arasında Türk ceza yasalarında kanun koyucunun da arada kaldığı görüldüğünden biz de anlatımımızda belirtilen terimleri seçerek kullanmayacağız, insan iradesinin ürünü olan netice meydana getirmeye matuf iş anlamını karşılayacak şekilde hem harekete hem davranışa yer vereceğiz. Cinsel saldırı suçunda kanun koyucunun cinsel davranışlarla ibaresini kullanmayı tercih ettiği görülmektedir.⁸⁸

Yukarıda hareketin insan iradesiyle ortaya çıktığı bilgisinin mefhumu muhalifinden insan iradesine dayanmayan işlerin hareket olmadığını çıkarmak mümkündür. Dikkat edilirse insan bedeninden çıkan değil insan iradesine dayanan terimi ısrarla kullanılmaktadır. Çünkü kişinin iradesi dışındaki hareket ceza hukuku kapsamındaki hareket anlamını taşımaz. Bu halde her insan davranışı fiil değildir. Örneğin, refleks hareketleri, şuurun tamamen kaybolması halinde gerçekleştirilen hareketler, mutlak bir cebre (vis absoluta) maruz kalarak iradenin devreden çıktığı anlarda gerçekleşen eylemler fiil olarak kabul edilemez.⁸⁹ Burada irade suç işleme kastının varlığından ziyade hareketin iradi gerçekleşip gerçekleşmediğiyle ilgilidir. Suçun işlenmesine karar verme ve isteme konusundaki iradeye manevi unsurlar başlığı altında ayrıca değerlendirilmiştir. Hareket bakımından irade kişinin hareketi isteyerek gerçekleştirip gerçekleştirmediği ile alakalıdır.

Suçun kanuni tanımı incelendiğinde meydana getirilen fiil suçun mahiyetinin ne olduğunu belirlemede etkili olmaktadır. Hareketin vasfına göre suçlar; tek hareketli- çok hareketli suçlar, serbest hareketli suçlar, bağlı hareketli suçlar, seçimlik hareketli suçlar, kesintisiz suçlar şeklinde tasnif edilebilir.⁹⁰ Cinsel saldırı suçu hareketin sayısı

⁸⁸Y. Ünver ve H. Hakeri (2020). *Ceza muhakemesi hukuku*. (17. Baskı), Ankara: Adalet Yayınevi, s. 141-142.

⁸⁹Y. Pakır, (2018). *Cinsel saldırı suçu*. Ankara: Adalet Yayınevi, s. 89.

⁹⁰Özgenç, 2013, **a.g.k.**, 165.

bakımından yapılan tasnife göre; seçenek hareketli suçlar arasında yer almaktadır. Örneğin, cinsel saldırı suçu da failin mağdurun anüsüne önce parmağını sokması sonra bir cisim sokması halinde maddenin ikinci fıkrasındaki hareketler seçimlik sayıldığından eylem bakımından zincirleme suç hükümleri uygulanmayacaktır. Bu durumda fail yalnızca bir cinsel saldırı suçundan cezalandırılabilir. Bunların yanında fiil icrai hareketlerle ya da ihmali hareketlerle işlenebilmektedir. Cinsel saldırı suçunun hareketin şekline göre kural olarak icrai suçlardandır. Cinsel saldırı suçunun ihmali suretle işlenmesi mümkün değildir.

Netice, hareketin sonucunda meydana gelen değişikliktir. TCK'ın 102. maddenin dördüncü ve beşinci fıkralarında belirtilen halleri neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar kategorisinde değerlendirilebilir. Çünkü failin kastı mağdurun direncini kırarak mağdurun vücut bütünlüğünü ihlal etmek iken mağdur neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama hallerinden en az birine uyacak şekilde yaralanmakta, bitkisel hayata girmekte ya da ölmektedir. Cinsel saldırı suçunda mağdurun cinsel dokunulmazlığı ihlal edildiği an suç tamamlanmış olmaktadır. Failin hareketinden doğan netice o an gerçekleşmiştir.

Hareketin varlığı fiilin oluşumu için yeterli değildir. Fiil failin hareketinin sonucu gerçekleşmiş olmalıdır. Aksi takdirde fail hareketinden sorumlu tutulamaz. Objektif anlamdaki bu ilişki illiyet bağı için şarttır.⁹¹

Nedensellik bağının tespiti failin sorumluluğu için yeterli değildir. Ceza sorumluluğu kişinin iradi hareketiyle dış dünyada yarattığı netice ile doğmaktadır. Dolayısıyla kişinin sorumluluğu iradesiyle dış dünyadaki değişikliklerden sorumludur. Ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesi, nedensellik bağında önem arz etmektedir. Yani kimse başkasının eylemi nedeniyle sorumlu tutulamaz. Bu şekilde kişi gerçekleşen fiili nedeniyle netice bakımından yarattığı dış hareket kadarıyla sorumlu olacaktır. Böylece kişi güvenliği, kişi özgürlüğü ve özgürlük hususları güvence altına alınmış olur. Suça iştirak değerlendirilirken bu hususlar etkindir.⁹²

5637 sayılı Kanun'un 102/1 hükmünde "Cinsel davranışlarla bir kimsenin vücut dokunulmazlığının ihlâl edilmesi" yaptırım altına alınmıştır. Dolayısıyla cinsel saldırı suçunun basit halini oluşturan halin fiil ögesi de cinsel davranışlarla bir kimsenin vücut dokunulmazlığının ihlâl edilmesi,, daha hafif cezayı öngören ikinci cümlesinde bu ihlalin sarkıntılık düzeyinde kalması, ikinci fıkrasında vücuda organ veya sair bir cisim

⁹¹Özgenç, 2013, a.g.k., 173.

⁹²Y. Ünver (1998). *Ceza hukukunda izin verilen risk*. İstanbul: Beta Basım Yayım, s.233.

sokulmasıdır.⁹³ Cinsel saldırı suçunun birinci fıkrasının ilk cümlesi suçun temel hali ikinci cümlesi daha az cezayı gerektiren nitelikli hali, ikinci fıkrası ise daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hali olarak düzenlenmiştir.

Madde metninde cinsel davranışların hangi eylemlerden vuku bulduğuna yer verilmemiştir.⁹⁴ Kanun metninde açıklanmayan cinsel davranış, kanun metninin gerekçesinde; “kişinin vücudu üzerinde gerçekleştirilen cinsel arzuları tatmin amacına yönelik ve fakat cinsel ilişkiye varmayan cinsel davranışlarla kişinin vücut dokunulmazlığının ihlal edilmesi”⁹⁵ şeklinde açıklanmıştır.⁹⁶

Cinsel davranışa ilişkin fiille, arzuların tatmin edilmiş olmasının gerekmediği belirtilmiştir.⁹⁷ Dolayısıyla fiille failin tatmin olup olmaması aranmayacaktır.⁹⁸ Vücut dokunulmazlığının ihlal edilmesinden vücuda temas içeren bir davranışın varlığının gerektiği anlaşılmaktadır. Dolayısıyla suçun birinci fıkrasının ilk cümlesinde fiil, vücuda organ veya sair bir cisim sokulması kadar ileri gitmeyen, sarkıntılık düzeyinden daha ağır, cinsel arzuyu gidermeye yönelik, fiziki teması içeren davranış olarak kabul edilebilir. Fiilin cinsel dürtü ile gerçekleştirildiği hususunda şüphe failin lehine yorumlanmalıdır.⁹⁹

Cinsel davranıştan kastedilen, mağdurun vücuduna temas etmek suretiyle cinsel arzuların tatminine yönelik gerçekleştirilen hareketlerdir. Söz konusu cinsel davranışın vücuda organ veya sair cisim sokmak suretiyle gerçekleşmişse 102/2 nci maddede düzenlenen cinsel saldırı suçunun nitelikli hali oluşur.¹⁰⁰

Vücuda temasın çıplak şekilde olması zorunlu değildir. Kıyafetin üzerinden temas da mağdurun vücut dokunulmazlığının bozulmasına yeter bir temastır. Temasın cinsel organla ya da cinsel organa yapılması da şart değildir.¹⁰¹

Cinsel arzuları tatmine yönelik ani olmayan şekilde¹⁰² dokunma, değme, elleme, sıkma, öpme, sarılma, cinsel ilişkiye varmayan sürtünme şeklinde gerçekleşen davranışlar

⁹³Tezcan, Erdem ve Önok, 2014, **a.g.k.**, 333.

⁹⁴Koca ve Üzülmüş, 2020, **a.g.k.**, 330.

⁹⁵Gerekçede yer alan tanım 765 sayılı yasa dönemindeki “ırz ve namusa tasaddi” suçunun hareketleri ile benzerlik göstermektedir.

⁹⁶Arsıltürk, 2019, **a.g.k.**, 106.

⁹⁷Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır, 2021, **a.g.k.**, 133; Kocaoğlu, 2016, **a.g.k.**, 115; Taner, 2013, **a.g.k.**, 143.

⁹⁸A. Parlar ve M. Banko (2014). *6545 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikler çerçevesinde cinsel suçlar*. Ankara: Adalet Yayınevi, s. 5; Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır, 2021, **a.g.k.**, 381; Tezcan, Erdem ve Önok, 2014, **a.g.k.**, 333.

⁹⁹Kocaoğlu, 2016, **a.g.k.**, 118.

¹⁰⁰M. E. Artuk, A. Gökçen ve A. C. Yenidünya (2009). *Türk ceza kanunu şerhi özel hükümler madde 76-131*. 3. Cilt, Ankara: Turhan Kitabevi, s. 2548-2549.

¹⁰¹Taner, 2013, **a.g.k.**, 144.

¹⁰²Akkaya, 2020, **a.g.k.**, 38.

cinsel davranışlardan sayılabilir. Suçun oluşumunda objektif anlamda cinsel arzuları tatmine yönelik davranış bakımından, failin iradesinin cinsel arzuları tatmine yönelik olması veya cinsel özgürlüğü ihlal etmeye elverişli olması aranmaktadır.¹⁰³ Örneğin; dış görünüş itibariyle cinsel nitelikli gibi görünse de eğer ki hareketi yapanın ya da yaptıranın özellikle cinsel dürtü ile hareket ettiği, ettirildiği şeklinde iddia ve tespit bulunmaz ise “jinekolojik muayene, voleybolcuların destek amaçla kalçalarına vurması, arkadaşla karşılaşma halinde yanağından öpme, göğüslere silikon takılması sırasında doktorun dokunması, masaj yapımı sırasında masörün/masözün ya da lazer epilasyonu sırasında görevlinin müşterinin cinsel organına dokunması” gibi örnekler cinsel saldırı suçunu oluşturmaz.¹⁰⁴

Davranışın cinsel arzuları tatmin amacına yönelik olması bakımından referans alınması gereken öncelikli ölçüt içeriğinde objektif anlamda cinsellik barındırması,¹⁰⁵ cinsel özgürlüğü ihlal etmeye yönelik olmasıdır. Örneğin; Failin mağdurun ayakkabısına dokunarak tahrik olması somut olay içeriğinde objektif anlamda cinsellik barındırmadığı gibi cinsel özgürlüğün ihlali de bulunmamaktadır. Bu doğrultuda davranışın cinsel sayılabilmesi için tıp, psikoloji, antropoloji, sosyoloji gibi insan doğasının vazgeçilmez alanlarını ele alan bilim dallarının verileri sonucu cinsel dürtüyü uyarıcı denilebilir, objektif anlamda erojen kabul edilebilir olması gerekmektedir. Mağdura karşı gerçekleşen temasın farklı ölçütlere (mağdurun dokunulan bölgesi, hareket sayısı, failin kastı vb.) tabi tutularak cinsel nitelikli olup olmadığı belirlenmelidir.¹⁰⁶ Örneğin, cinsel duyarlılığı yüksek olan biri ile selam vermek için yanaktan öpüşme bile mağdur tarafından cinsel saldırı olarak görülebilecektir. Cinsel duyarlılığı düşük biri için tokalaşırken sarılıp poposuna vurma şeklinde gerçekleşen hareket faile göre cinsel gelmeyeabilir. Genel kabule göre sırt, omuz, kol gibi bölgelere dokunulması sosyal hayatta daha dostça olduğu değerlendirilebilecekken yanak, popo, apış arası, dudak, bel ve kalça gibi bölgelere dokunulması cinsel nitelikli değerlendirilebilir. Olayın özelliğine göre bu dokunuşların suçu meydana getirip getirmediği araştırılmalıdır.

İcrai suç ihmali suç ayrımı bakımından ise cinsel saldırı suçu icrai hareketlerle işlenebilen suçlardandır. İhmali hareketle işlenemez. Mağdura karşı cinsel saldırı suçunun

¹⁰³Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır, 2021, **a.g.k.**, 381.

¹⁰⁴Kocaoğlu, 2016, **a.g.k.**, 119.

¹⁰⁵Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır, 2021, **a.g.k.**, 381.

¹⁰⁶Akkaya, 2020, **a.g.k.**, 36.

meydana gelmesini engellemekle yükümlü olan kişi cinsel saldırı suçunun hangi hali bakımından olursa olsun kasten işlenmesine engel olmaz ise iştirak müessesine başvurularak sorumlulukları değerlendirilecektir.¹⁰⁷

Cinsel saldırı suçunun oluşabilmesi için hangi hali olursa olsun bedensel temas şarttır. Her temas cinsel nitelik taşımayabilir ya da cinsel olup olmadığı açıkça belirlenemeyebilir. Bu hallerde fiziki temas içeren davranışların “niteliği, şiddeti ve temas süresi” dikkate alınarak somut olay yorumlanmalıdır.¹⁰⁸ Yani her türlü vücut teması cinsel saldırı suçuna mahal vermeyecektir. Önemli olan cinsel özgürlüğün ihlaline yol açıp açmadığıdır. Vücuda temas cinsel özgürlüğü ihlal etmeye elverişli olduğu kadar cinsel davranıştır ya da nitelikli cinsel saldırıdır. Yargıtay’ın uygulamaları da bu yöndedir. Bedensel temasın var olmadığı hallerde TCK’nun 105. maddesinde düzenlenen cinsel taciz suçunun vücut bulup bulmadığı değerlendirilebilir.¹⁰⁹

Cinsel saldırı suçunu cinsel taciz suçundan ayıran nokta vücuda temas olup olmadığıdır¹¹⁰. Cinsel saldırı suçunda yer alan fiillerin çocuklara (18 yaşından küçüklere) karşı işlenmesi halinde ise TCK’nun 103. maddesinde yer alan çocukların cinsel istismarı suçu meydana gelmektedir.

Mağdurun vücut dokunulmazlığı rızası hilafına maddi bir davranışla bozulmalıdır. Bu davranış da cinsel amaçla yapılmış olması aranır. Davranışın cinsel amaçlı olup olmadığı hareketten, oluştan, sözlerden ve diğer fail davranışları olan dokunulan yer, dokunma şekli, dokunma nedeni gibi etkenlerden anlaşılabilecektir. Ayrıca bazı davranışların birden fazla anlam içerdiği de unutulmayarak, davranışın taraflarına, yerine ve nedenine göre anlamlandırma ve tespit yapılmalıdır.¹¹¹

Fiziki temas doğrudan fail tarafından icra edilebileceği gibi, yine doğrudan fail tarafından mağdura icra ettirilebilir. Örneğin, soyunan failin kendisi hiç hareket etmeksizin mağduru zorlayarak mağdura kendi (failin) cinsel bölgelerine dokundurtması ya da failin mağdura kendi bedeninde (yani mağdurun bedeninde) bulunan cinsel bölgelere zor kullanarak dokundurtması¹¹² halinde suçla korunan hukuki değer dikkate alındığında mağdurun cinsel dokunulmazlığının (cinsel özgürlüğünün) ihlal edildiği

¹⁰⁷Kocaoğlu, 2016, **a.g.k.**, 107.

¹⁰⁸Kocaoğlu, 2016, **a.g.k.**, 119.

¹⁰⁹Örneğin söz atma gibi.

¹¹⁰Taner, 2013, **a.g.k.**, 90.

¹¹¹Malkoç, 2009, **a.g.k.**, 9.

¹¹²Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır, 2021, **a.g.k.**, 383.

görülmektedir. Her ne kadar doktrinde mağdurun kendi vücuduna dokunması vücut dokunulmazlığını ihlal etmediği şeklinde görüşler bulunmakta ise de mağdur arzusu dışında cinsel fiziki temasta bulunmaya zorlandığından (dolaylı faillik müessesesi¹¹³ göz önüne alındığında) suçun meydana geldiği konusunda kuşku bulunmamaktadır.¹¹⁴ Çünkü her ne kadar fail ya da araç olarak kullanılan tarafından ihlal edilmesi kadar olmasa da suçla korunan hukuki değer cinsel özgürlük olduğundan kendi vücuduna gerçekleştirmek zorunda kaldığı cinsel davranış ya da sokma eylemi nedeniyle de mağdurun cinsel dokunulmazlığı ihlal edilebileceği açıktır. Yani hem vücuduna dokundurtulmak hem de vücuduna organ veya sair cisim sokturulmak zorunda kalan mağdura karşı cinsel saldırı suçu işlenmiş olur. Örneğin fail mağdurun ailesinin de yaşadığı evine patlayıcı madde koyduğunu isteklerini yerine getirmemesi halinde ailesinin öleceğini söyleyerek soyunmasını ve göğüslerini sıkmasını istemesi ve mağdurun bu tehdit ile kendi vücuduna dokunmak zorunda kaldığı durumda fiziki temas gerçekleşmiştir. Fiziki temasın illa ki mağdurun bedeninde gerçekleşmesi dahi şart değildir. Örneğin aynı olayda fail mağdurun soyunmasını ve göğüslerini sıkmasını değil de kendisini soymasını ve mastürbasyon yapmasını isteyebilir. Vücut temasının mağdur ile fail arasında olması gibi bir zorunluluk da bulunmamaktadır. Yine cinsel saldırı suçu oluşmuş olur.¹¹⁵

Cinsel saldırı suçunda iradeyi etkilemeye yönelik hareketler

Cinsel saldırı suçunda anlatılan suçun ister basit hali olsun ister sarkıntılık düzeyinde kalan hali olsun ister de nitelikli hali olsun mağdurun rızası bulunmamaktadır. Kanun metninde her ne kadar rıza konusuna değinilmemiş ise de metinde geçen vücut dokunulmazlığının ihlali, iradenin bulunmadığı hallerde ortaya çıkar. Dolayısıyla cinsel davranışlarla vücut dokunulmazlığının tarafların rızası doğrultusunda bozulmasında tipikliğin unsurları oluşmayacaktır. Suçun başlığında saldırı kavramının seçilmesi de mağdurun rızasının bulunmadığı hallerde tipikliğin gerçekleşeceği hususuna vurgu yapmaktadır.¹¹⁶

Elbette ki kişi vücudu üzerinde belli tasarruflarda bulunma yetkisine haizdir. Bu nedenle mağdurun cinsel davranışlarla vücut dokunulmazlığının ihlâl edilmesine, vücuduna organ veya sair bir cisim sokulmasına rıza göstermesi durumu mümkündür.

¹¹³Taner, 2013, **a.g.k.**, 144.

¹¹⁴Doğan ve Bacaksız, 2020, **a.g.k.**, 331; Pakır, 2018, **a.g.k.**, 93-94.

¹¹⁵Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır, 2021, **a.g.k.**, 383

¹¹⁶Koca ve Üzülmüş, 2020, **a.g.k.**, 330; Parlar ve Banko, 2014, **a.g.k.**, 6.

Rıza açıklayan kişinin, suçla korunan hukuksal değerin süjesi olması gerekmektedir. Hukuksal yararın süjesi sayılan kişi birden fazla ise bunların her birinin rızasını açıklamış olması aranır.¹¹⁷ Kural olarak on sekiz yaşını tamamlamış her bireyin cinsel özgürlüğü konusunda karar verme hakkı bakidir. Dolayısıyla mağdurun rızasının bulunup bulunmadığı hususunda somut olay dikkatle incelenmelidir. Çünkü açıklandığı gibi rızanın bulunması karşısında belirtilen eylemler suç teşkil etmeyecektir. Ancak öyle ki bu fiiller için başvurulmuş cebir ve şiddetin kasten yaralama suçunun ağır neticelerine neden olması, mağdurun bitkisel hayata girmesi ya da ölümü hâline mağdurun rıza göstermesine hukuken geçerlilik tanınmamaktadır.

Bazı durumlarda mağdurun rızası olmadığı gibi bazı durumlarda mağdurun rızasının açıklanması dahi beklenmemektedir. Hatta mağdurun failin fiilinden haberi dahi olmadan fiil gerçekleşmiştir. Mağdurun rızasının failin cinsel davranışına başlamadan öncesinde ya da başlama anında bulunması gerekmektedir. Aksi takdirde cinsel saldırı suçu (diğer şartların da varlığı halinde) oluşacaktır. Rıza başlangıçta mevcut olmasına rağmen aynı davranışa, daha ağırına ya da daha hafifinin gerçekleştirilmesine mağdur rıza göstermeyebilir. Mağdurun rızasının varlığını sürdürdüğü zamana kadarki eylemler suç oluşturmaz. Ancak mağdurun rızasının bulunmadığı andan sonraki eylemler hareketin şekline göre cinsel saldırı suçunu oluşturabilecektir. Yani mağdurun rızası fiilin biçimini de kapsamalıdır.¹¹⁸ Failin verilen rızaya dair fiilini makul seviyede aşması öngörülebilse de makul seviyeyi aşması halinde fiilin hangi fıkra kapsamına girdiği değerlendirilerek fail aştığı kısım, dolayısıyla mağdurun rızasının olmadığı kısım için cezalandırılmalıdır.

Mağdurun rızası bulunmadığından fail eylemini rahatlıkla gerçekleştirebilmek amacıyla birtakım araçları kullanarak bu rıza dışı fiile mağdurun karşı koymasını engellemeye çalışmak isteyebilir. Failin kullandığı bu araçlar cebir, tehdit, hile olabileceği gibi uyku halinden yararlanma, hipnoz etmek gibi mağdurun iradesini ve karşı koyma direncini kırmaya yönelik her türlü kuvvet olabilir. Ancak “Hukuki Değerler Arasında Değerlendirmeye Dayalı Mukayese Prensibi”¹¹⁹ gereği bu araçların her somut olayın özelliğine göre objektif açıdan ciddi ve kabul edilebilir olması gerekmektedir.¹²⁰ Buna ek

¹¹⁷B. Öztürk ve M. R. Erdem (2014). *Uygulamalı ceza hukuku ve güvenlik tedbirleri hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 236.

¹¹⁸Kocaoğlu, 2016, **a.g.k.**, 117-118.

¹¹⁹Özgenç, 2013, **a.g.k.**, 400.

¹²⁰Kocaoğlu, 2016, **a.g.k.**, 107.

olarak irade özgürlüğünün mutlak suretle kalkmış olması zorunlu olmadığından kısıtlanmış olması yeterlidir.¹²¹

Cebir

Cebir güncel TDK sözlüklerine göre; zor, zorlayış anlamına gelmektedir. Hukuki anlamda cebir; failin mağdurun istekleri doğrultusunda hareket etmesini sağlamak için direncini kırmaya yönelik fiziki güçtür.¹²² Cebir kullanılması suçun icrasında faile kolaylık sağlanmaktadır. Hatta failin cinsel saldırı suçunu işleyebilmek ve amacına ulaşmak için kullandığı en etkili araç cebirdir. Fail, cebir ile mağdurun fiziki direncini fiziki güç kullanarak¹²³ kırmaktadır. Kişi iradesi mutlak bir kuvvetle devre dışı bırakılmaktadır.¹²⁴

Fail Cebre maruz kalan mağdurun iradesini sınırlamakta ya da ortadan kaldırmaktadır. Cebir altında suça maruz kalan mağdurun eylemleri iradi, kasten hareket eder gibi görünse de bu irade hukuken geçerli bir irade değildir. Bu nedenle cebri fiil olarak kabul edilen hareket failin hareketleri olacaktır. Doğrudan uygulayan failin hareketleri fiil olarak kabul edilmektedir.

Cebir amaca ulaşmak için kullanılmalı, amacı gerçekleştirmek için gerekli ve yeterli niteliğe sahip olmalıdır.¹²⁵ Fail mağdura başkaca bir şans bırakmamalıdır. Bu nedenledir ki mağdurun cebir altındaki davranışları fiil vasfına haiz değildir.

Cebrin yöneldiği kişi mağdur olmalıdır.¹²⁶ Mağdurun yakınına gösterilen şiddet cebir niteliği taşımaz. Öyle ki üçüncü kişiye gösterilen şiddetin mağdura gösterileceği yönünde bir anlam çıkarılabiliyorsa tehdidin araç olarak değerlendirilmesi uygun olabilir.¹²⁷ Bu minvalde mağdurun önem verdiği kişiye ya da eşyaya karşı gerçekleştirilen şiddet cebir niteliğinde kabul edilmez.¹²⁸

Cebrin eylemin başından sonuna kadar uygulanmasına gerek yoktur.¹²⁹ Başlangıçta veya herhangi bir aşamada¹³⁰ ve mağdurun karşı koyabilmesine engel olmaya haizliği

¹²¹Taner, 2013, **a.g.k.**, 117.

¹²²Taner, 2013, **a.g.k.**, 119.

¹²³Doğan ve Bacaksız, 2020, **a.g.k.**, 328.

¹²⁴Yurtcan, 2018, **a.g.k.**, 20.

¹²⁵Özbek, Doğan ve Bacaksız, 2020, **a.g.k.**, 328.

¹²⁶Taner, 2013, **a.g.k.**, 119.

¹²⁷Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır, 2021, **a.g.k.**, 382; Aynı doğrultuda, Özbek, Doğan ve Bacaksız, 2020, **a.g.k.**, 328.

¹²⁸Özbek, Doğan ve Bacaksız, 2020, **a.g.k.**, 328.

¹²⁹Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır, 2021, **a.g.k.**, 382.

¹³⁰Taner, 2013, **a.g.k.**, 119.

yeterlidir.¹³¹ Bu karşı koymaya engel olma durumu aşılarak cinsel saldırı için başvuru-
lanan cebir ve şiddetin kasten yaralama suçunun ağır neticelerine neden olması hâlinde gerçek
içtima hükümleri uygulanır. Ağır neticelerine sebep olmaması halinde ise cebir bir nevi
suçun unsuru haline getirilmiştir.^{132 133} Ancak 6545 sayılı Yasa değişikliğinden önce failin
uyguladığı cebir yaralama suçunun hangi halini meydana getirirse getirsün mağdurun eğer
ki fiziki direncini kırmanın üstünde bir cebre maruz kalmış ise ayrıca kasten yaralama
suçundan da cezalandırılmakta idi. Ancak kanun metninde yapılan yeni düzenleme ile
fiziki şiddetin direnci kırma ölçütünün esas alınmasından vazgeçilerek (her ne kadar
madde gerekçesinde mağdurun direncinin kırılmasını sağlayacak ölçünün ötesinde cebir
kullanılması¹³⁴ durumunda, ayrıca kasten yaralama suçundan cezaya hükmedilmesi
gerektiği belirtilse de madde metninde 4. fıkrasında ağır neticelere neden olması ibaresi
seçildiğinden) mağdurun basit tıbbi müdahale ile giderilemeyecek şekilde yaralanması
durumunda doğrudan kasten yaralamadan gerçek içtima hükümleri uygulanmaktadır.
Ayrıca failin cinsel saldırı suçunu işledikten sonra mağduru darp etmesi halinde fail
kasten yaralama suçundan ayrıca cezalandırılacaktır.¹³⁵

Fail eylemini gerçekleştirdiği sırada mağdurun irade açıklamasını beklemeksizin
yani mağdura direnme fırsatı dahi bırakmaksızın cinsel davranışta bulunmuş olabilir.
Mağdurun direnme imkanını zayıflatmakta ya da tamamen kaldırmaktadır.¹³⁶ Böyle bir
olayda mağdurun direnmediğinden bahisle rızasının varlığı yönünde varsayımda
bulunmak yanlış olacaktır.¹³⁷ Failin ani hareketi neticesinde cinsel saldırı suçu
tamamlanmıştır. Bu durumda failin cebrinin varlığının kabulünün gerekmekte olduğunu
düşünenler bulunduğu gibi kabul edilen görüşe göre zor kuvvetin bulunmadığı, varsayılan

¹³¹Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır, 2021, **a.g.k.**, 382.; Pakır, 2018, **a.g.k.**, 97.

¹³²Kocaoğlu, 2016, **a.g.k.**, 111.

¹³³Pakır, 2018, **a.g.k.**, 97; Bkz. “6545 sayılı yasa değişikliğinden önce failin uyguladığı cebir her ne suretle
yaralanmaya neden olursa olsun yani mağdur basit tıbbi müdahale ile giderilebilir şekilde yaralansa dahi
eğer ki fiziki direncini kırmanın üstünde bir cebre maruz kalmış ise ayrıca kasten yaralama suçundan da
cezalandırılmakta idi. Ancak yeni düzenleme ile fiziki şiddetin direnci kırma ölçütünün esas alınmasından
vazgeçilerek (her ne kadar madde gerekçesinde mağdurun direncinin kırılmasını sağlayacak ölçünün
ötesinde cebir kullanılması durumunda, ayrıca kasten yaralama suçundan cezaya hükmedilmesi gerektiği
belirtile de madde metninde 4. Fıkrasında ağır neticelere neden olması ibaresi seçildiğinden) mağdurun
basit tıbbi müdahale ile giderilemeyecek şekilde yaralanması durumunda doğrudan kasten yaralamadan
gerçek içtima hükümleri uygulanmaktadır”

¹³⁴Eleştiriler ve tespitler için bkz. Hafızoğulları ve Güngör, 2007, **a.g.k.**, 39.

¹³⁵Taner, 2013, **a.g.k.**, 119.

¹³⁶Özgenç, 2013, **a.g.k.**, 163.

¹³⁷G. Ayata, S. Eryılmaz Dilek ve B. E. Oder (2010). *Kadın hakları uluslararası hukuk ve uygulama*.
İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, s. 589-608.

rızasızlık olduğu şeklinde düşünenler de bulunmaktadır.¹³⁸ Kaldı ki cinsel saldırı suçunun kanuni metninde cebir, tehdit, hile unsurları açıkça belirtilmemiştir.¹³⁹ Oysaki hemen bir sonraki maddede düzenlenen çocukların cinsel istismarı suçunda çocuğun 15 yaşından büyük olması durumunda cebir tehdit ve hile ile iradeyi etkileyen başkaca neden fiil olarak kanun metninde yer almıştır. Cinsel saldırı suçunda ise kanun metninde yer almayarak gerekçede değinilmiştir.¹⁴⁰

Suçun meydana geldiği sırada mağdurun rızası bulunmamaktadır. Mağdurun rızasının bulunmadığını açıklaması bakımından ya da failin kendisine karşı cinsel saldırıda bulunduğu ispatı için failin hareketine karşı direnmesinin zorunlu olup olmadığı hususunda görüş ayrılıkları bulunmaktadır. Bununla birlikte kanaatimizce mağdurdan ayrıca direnmesinin beklenmesi, olayının şokuyla donup kalan kişileri hukuki koruma alanı dışında bırakacağından, direnme zorunluluğu olduğu yönündeki görüş kabul edilebilir değildir. Yeter ki, fail mağdurun rızası olmadığını anlamış olsun. Bu bağlamda mağdurun hayır demesi ya da bunu açıkça belirtmesi yeterlidir.

Mağdurun iradesinin kısıtlanması, cebrin iradenin kısıtlanmasına kadar sürmesi yeterlidir. Mağdurun rızasının bulunmadığını açıklaması ya da göstermesi gerekir ancak fiziksel kuvvet uygulayarak direnç göstermesi, bu direncin tüm gücünü içermesi gerekmez. Mağdur direnç göstermesinin sonuca etki etmeyeceğini düşünmüş ve direnmemiş ya da direnmeyi bırakmış olabileceği gibi korku halinde olduğundan direnmemiş olabilir. Yani mağdur direnemedi diye fiile rıza gösterdiği dogmasından uzaklaşılmalıdır. Bu hallerde direkt mağdurun rızasının olduğu yönünde çıkarım yapılarak suçun oluşmadığını düşünmek doğru değildir.

Mağdur fiil başlamadan ya da başladığı sırada açıkça sözle ya da açıkça davranışlarıyla fiile rızasının bulunmadığını söylemesi halinde failin eylemine devam etmesi ile suçun oluşacağı hususu açıktır. Mağdur bir nevi cilve yapmak amacıyla cinsel davranışa rıza göstermediğini söylemesine rağmen davranışlarıyla fiile karşı gelmediğini belirtmesi halinde suç oluşmayacaktır. Çünkü işin esasında mağdurun rızası vardır.

¹³⁸Pakır, 2018, **a.g.k.**, 98.

¹³⁹Koca ve Üzülmüş, 2020, **a.g.k.**, 333.

¹⁴⁰Taner, 2013, **a.g.k.**, 118.

Tehdit

Tehdit failin mağdurun iradesini etki altına alarak hareketini gerçekleştirmek ya da kolaylaştırmak maksadıyla mağdurun istediklerini yerine getirmemesi durumunda gelecekte başına gelecek kötülüğü öne sürmesidir. TCK' nun 106. maddesinde düzenlenen tehdit suçuna göre; Bir başkasını, kendisinin veya yakınının hayatına, vücut veya cinsel dokunulmazlığına yönelik bir saldırı gerçekleştireceğinden bahisle tehdit eden cezalandırılmaktadır. Cinsel saldırı suçunda tehdit suçun unsuru olarak belirtilmemişse de gerekçede açıklama yoluna gidilmiştir. Bu minvalde rızanın kısıtlanmasına veya ortadan kaldırılmasına matuf her davranış cinsel saldırı suçunun oluşumuna neden olabilir. Gerekçede seçimlik hareket olarak sayıldığından tehdit etmek suretiyle mağdura cinsel saldırı suçunun işlenmesi halinde gerçek içtima kuralları uygulanmamaktadır.¹⁴¹

Failin cinsel saldırı suçunu işleyebilmek için kullandığı diğer bir araç tehdittir. Mağdurun cinsel saldırı içeren eylemine rıza göstermemesi halinde gelecekte kendisinin veya yakınının bir zarara uğratılacağından bahisle korkutulmak suretiyle iradesini etki altında bırakmaya yönelik beyanda bulunulmasıdır.¹⁴² Tehdit de mağdurun iradesini fesada uğratan hallerdendir.

Failin tehdit beyanının mağdur tarafından önemli kabul edilmesi ve onun iradesini etkili kullanmasını, hareket kabiliyetini kısıtlamasını gerektirir. Bu kısıtlılık hali tehdidin oluşumu için yeterlidir.¹⁴³ Ancak her tehdit de mağdurun cinsel özgürlüğünü ihlal etmesi için iradesini kısıtlayıcı nitelikte tehdit değildir. Örneğin benimle birlikte olmazsan ayakkabına basarım şeklindeki söylem, beni öpmezsen seninle küserim şeklindeki teklif hukuki anlamda tehdit değildir.

Tehdit konusu zarar, mağdur üzerinde objektif anlamda korku yaratmaya elverişli olmalıdır. Meydana gelebilecek zarar öyle bir zarar olmalıdır ki cinsel davranışa maruz kalması sonucundan daha ağır bir sonuca sebebiyet vermelidir şeklinde genel bir görüş bulunmaktadır. Ancak hangi sonucun daha ağır olduğu yönünde yapılabilecek olan belirlemenin neye göre tespit edileceği muğlaktır ve oldukça zordur. Her mağdurun farklı değer yargılarını üstün görebilmesi mümkündür. Bir mağdurun cinsel dokunulmazlığının ihlalini ölümle tehdit edilmesinden daha üstün görebilirken diğer bir mağdur kendisine

¹⁴¹Taner, 2013, **a.g.k.**,127.

¹⁴²Özbek, Doğan ve Bacaksız, 2020, **a.g.k.**, 328.

¹⁴³Özbek, Doğan ve Bacaksız, 2020, **a.g.k.**, 329.

sunulan rıza göstermemesi halinde mesajlaştıklarının çevresine haber verilmemesi tehdidinin sonuçlarını daha ağır görebilir. Mağdurların sosyo ekonomik durumları aynı tehdiye maruz kalmaları halinde dahi, başlarına gelen cinsel saldırı fiili sonucu meydana gelecek zararlar tehdit sonucu meydana gelecek zarar konusunda farklı düşüncelere sahip olabilir. Böylece her mağdur için her somut olayda mağdurun tüm değer yargıları incelemeye tabi tutulamayacağından ve o tarihte tehdidin cinsel saldırı suçunun sonucundan daha ağır olduğu düşüncesinde olup olmadığı, yani rızasızlığının bulunup bulunmaması net bir şekilde ortaya konulamayacağından bu denli bir ayrıma gitmek yerinde olmamaktadır. Çünkü tartışma konusu olan nokta bizi suçun oluşumuna birebir etkisi olan rıza unsuruna götürmektedir. Esasında elbette her tehdit hukuki anlamda tehdit niteliğinde olmayacaktır. Ancak madem ki tehdidi mağdurun rızasını etkileyip etkilemediği hususunda ele alıyoruz o halde burada bakılması gereken de tam olarak bu olmalıdır. Yani mağdur kendisine yöneltilen tehdit sonucu iradesinin yerine getirmek istemediği hareketlerde bulunmuş mudur? bulunmak zorunda kalmış mıdır?, tehdit mağduru çaresiz bırakmış mıdır? faili ondan üstün kılmış mıdır? esas araştırılması gereken hususlar da bu sayılanlar olmalıdır.¹⁴⁴

Sonuç olarak mağdurun irade özgürlüğü kısıtlandığından failin cinsel saldırı fiilini yerine getirmesinde ona kolaylık sağlamalıdır.¹⁴⁵

Tehdiye konu zararın doğrudan mağdur üzerinde gerçekleştirileceği gibi bir zorunluluk yoktur. Mağdurun yakını hakkında kötülük doğuracağı hususunun mağdura iletilmesi de iradesini etkileyecek bir husustur.¹⁴⁶ Her iki durumda da yeter ki tehdit beyanı; cinsel saldırı fiili gerçekleşmeden önce, en geç fiilin gerçekleştiği sırada açıklanmış yani mağdura iletilmiş olmalıdır. Zira fiilin işlenmesinden sonra tehdit edilmiş olması tehdit, cinsel saldırı suçu bakımından araç olarak kullanılmadığından cinsel saldırı suçunun oluşmayacağı anlamına gelmektedir. Buradaki tehdit eylemi bağımsız olarak değerlendirilmelidir.¹⁴⁷ Yani cinsel saldırının gerçekleşmesinin ardından ya da cinsel saldırı suçunda belirtilen fiillerin rızayla gerçekleşmesinin ardından failin mağdura bu yaşananları kimseye anlatmamasını aksi takdirde zarara uğrayacağını söylemesi şeklinde gerçekleşen durumda TCK' nun 106. maddesinde yer alan tehdit suçu müstakilen

¹⁴⁴Taner, 2013, **a.g.k.**, 127-129.

¹⁴⁵Pakır, 2018, **a.g.k.**, 239.

¹⁴⁶Taner, 2013, **a.g.k.**, 129.

¹⁴⁷Özbek, Doğan ve Bacaksız, 2020, **a.g.k.**, 329.

oluşacağı değerlendirilerek fail tehdit suçundan cezalandırılabilir.¹⁴⁸

Failin mağdur dışında birine ya da bir şeye uyguladığı cebri kendisine karşı uygulayabileceği zannıyla mağdurun iradesinin etkilenmesi de mümkündür. Bu durumda tehdidin farklı bir halini oluşturur. Bir diğer şekilde de tehdit unsuru TCK' nun 107. maddesinde düzenlenen şantaj suçunun hakkı olan veya yükümlü olduğu bir şeyi yapacağından veya yapmayacağından bahisle, bir kimseyi kanuna aykırı veya yükümlü olmadığı bir şeyi yapmaya veya yapmamaya ya da haksız çıkar sağlamaya zorlayan kişi, kendisine veya başkasına yarar sağlamak maksadıyla bir kişinin şeref veya saygınlığına zarar verecek nitelikteki hususların açıklanacağı veya isnat edileceği tehdidinde bulunulması halinde de gerçekleşebilmektedir.¹⁴⁹

Hile

Cinsel saldırı suçunun faili suçu işlemek amacıyla hile etkenini de kullanabilmektedir. Mağdurun iradesini bu suretle yönlendirmek de mümkündür. Yani mağdurun rızası olmadığı halde fail aldatıcı davranışlarda bulunur.

Hile halinde mağdur, gerçek anlamda iradesini ortaya koyamamaktadır. İradesi baskılanmaktadır.¹⁵⁰ Mağdurun iradesi hilenin başvurulduğu eylem ile ilgili iken failin gayesi cinsel davranışı gerçekleştirme yönündedir. Dolayısıyla aldatıcı hareketler neticesinde mağdur kendisini koruyamamaktadır. Mağdur failin hileli hareketine kanmıştır. Bu hileli hareket objektif anlamda olayın gereklerine, mağdurun sosyal durumuna, failin hileyi ustaca gerçekleştirip gerçekleştirmediğine, mağdurun denetimini ortadan kaldırıp kaldırmadığına bakılarak her somut olayda ayrıca değerlendirilmelidir.

Taner e göre;¹⁵¹ “Türk Hukuku bakımından hile, yalnızca failin mağdurun kendisine cinsel özgürlüğüne yönelik davranışta bulunmasına rıza gösterdiği bir kişinin yerine geçmesi (ör: doktor veya mağdurun eşi) veya mağduru buna inandırması halinde kabul edilmelidir”.

Hileye cinsel saldırı suçunun meydana gelmesinden önce başvurulmalıdır. Mağdurun pişmanlık duyması üzerine verilen asılsız vaatler hileyi oluşturmaz. Çünkü suçun meydana gelmesini engelleyecek olan irade sakatlanmamıştır.¹⁵²

¹⁴⁸Pakır, 2018, **a.g.k.**, 101.

¹⁴⁹Taner, 2013, **a.g.k.**, 129.

¹⁵⁰Pakır, 2018, **a.g.k.**, 103.

¹⁵¹Taner, 2013, **a.g.k.**, 131.

¹⁵²Pakır, 2018, **a.g.k.**, 103.

Cinsel davranışın sergilenmesinden önce failin mağdura evlenme vaadinde bulunması ancak vaadi salt cinsel davranışta mağdurun direncini kırmak, rıza göstermesini sağlamak amacıyla sunması halinde bu vaadin hile niteliğinde olup olmadığı hususu doktrinde tartışmalıdır. Birinci görüşe göre; cinsel saldırı suçu oluşmaktadır. Çünkü bu eylem de bir türlü aldatıcı davranıştır ve bu vaade kanan mağdurun iradesi geçerli sayılmamalıdır. İkinci görüşe göre; yalnızca evlenme vaadinde bulunulması hile olarak kabul edilemeyecektir. Çünkü ceza hukuku sistemimiz serbest iradeyle verilen kararlara saygı duymakta geçerli olduğu görüşünü savunmaktadır.¹⁵³ Aksi takdirde evlenme kararı alan fail ve mağdur arasında cinsel davranışın gerçekleşmesinin ardından fail geri dönemeyeceği bir yola girmiş olur ki bu evlenip evlenmeme konusunda failin özgür iradesinin kısıtlanması demektir. Bir nevi evlenme vaadinden dönerse cezalandırılacak, evlenirse hukuka uygunluk sebebi gibi sayılacaktır. Zati failin başından beri evlenmeyeceği düşüncesinde olmasının ispatı iç dünyasıyla ilgili olduğundan oldukça da çok güçtür.¹⁵⁴ Hilenin dar yorumlanması esas olmalıdır.¹⁵⁵ Bu nedenle cinsel saldırı suçu oluşmamaktadır.¹⁵⁶ Yargıtay'ın yerleşik içtihatlarına göre de; ikinci görüşe katılmak uygundur.

Muayeneye veya tıbbi ihtiyacının karşılanması için sağlık birimine başvuran hastanın sağlık çalışanı tarafından gerçekleştirilmesi zaruri olduğu telkininde bulunarak cinsel davranış sergilenmesinde mağdurun hile yoluyla iradesi sakatlanmıştır. Ya da mağdura sonda takılması gerekliliği karşısında sonda takmaya yetkili olmayan idari hizmet sınıfında çalışan personelin kendini hemşire gibi tanıtarak cinsel davranışlarda bulunması durumunda hile araç olarak kullanılmıştır. Mağdurun gece yatağında yattığı sırada yanına uzanan ve göğüslerine dokunan failin kocası olduğunu zannetmesiyle karşı çıkmaması halinde fail mağdurun hatasından faydalanmıştır. Cinsel saldırı suçu hile ile işlenmiş olur. Failin kendini varlıklı biri olarak tanıtip, sahip olmadığı değerlere sahip olduğu imajını verip, siyasi tanıdıklarının olduğunu iş sahibi olmasını sağlayabileceğini belirtip cinsel saldırı suçunda tanımlanan fiillerin mağdura işlemesi halindeki hile mağdurun iradesini fesada uğratmaya haiz değildir. Aynı şekilde para karşılığı veya lüks bir araba karşılığında kendisiyle cinsel ilişkiye girmesini talep eden failin vaadini kabul eden mağdurla cinsel ilişkiye girmesine rağmen failin vaadini yerine getirmemesi halinde hile

¹⁵³Özbek, Doğan ve Bacaksız, 2020, **a.g.k.**, 330.

¹⁵⁴Taner, 2013, **a.g.k.**, 133.

¹⁵⁵Özbek, Doğan ve Bacaksız, 2020, **a.g.k.**, 330.

¹⁵⁶Malkoç, 2009, **a.g.k.**, 5.

meydana gelmemiştir. Çünkü her gerçek dışı vaat hilenin araç olarak kullanılması demek değildir. Aksi takdirde failde aradığını bulamayan her mağdur soluğu adliyede alacaktır. Mağdurun cinsel dokunulmazlığını bu türlü vaatlere göre ihlal ettirmesi ceza hukuku açısından sonuç doğurması bakımından kabul edilebilir değildir.¹⁵⁷

Mağdurun dini duyguları, üstün saydığı değerleri, etik ilkeleri istismar edilerek cinsel içerikli davranışlara maruz kalmaya razı edilebilir.

Diğer hususlar

Bunların yanında iradeyi etkisiz hale getiren diğer eylemler de cinsel saldırı suçu bakımından araç olarak kullanılabilir. Örneğin mağdura uyuşturucu ilaç vermek, hipnoz olmasını sağlamak mağduru fiile direnemeyecek hale getirerek cinsel davranışını gerçekleştirmesine kolaylık sağlayacak davranışlardır. Madde metninde açıkça suçta kullanılan araçlar (765 sayılı yasadan farklı olarak) belirtilmemiş¹⁵⁸ ise de maddenin gerekçesinde de bu husus şu şekilde belirtilerek “mağdura karşı cebir ya da tehdit ya da hile kullanılabileceği gibi *örneğin bilincini yitirmesine neden olmak veya uygu hali dolayısıyla bilincinin kapalı olmasından yararlanmak suretiyle* de bu suçlar işlenebilir” denilmiştir.¹⁵⁹

1.3.1.2. Tipikliğin manevi unsuru

Tipikliğin manevi unsuru kasttır. Kast, suçun kanuni tarifindeki unsurların bilerek gerçekleştirilmesini ifade etmektedir. Cinsel saldırı suçunun taksirle işlenmesi mümkün değildir.¹⁶⁰ Suçun manevi unsuru, failin mağdurun rızası olmadığını bilerek ve isteyerek mağdurun vücudu üzerinde birtakım cinsel hareketler yapmasıdır. Dolayısıyla cinsel saldırı suçu kasten işlenebilen suçlardır.¹⁶¹

Kural olarak bütün suçlarda bulunması gerekli olan kast (genel kast), bazı durumlarda suçun oluşması için yeterli olmayabilir. Bu bağlamda, suç tipinde kişinin kastı dışında ayrıca belli bir saikle hareket etmesi (özel kast) aranmış olabilir. Ayrıca saik veya maksadın arandığı bu tür suçlarda, saik veya maksadın yokluğu suçun unsurunun

¹⁵⁷Taner, 2013, **a.g.k.**, 131-132.

¹⁵⁸Özbek, Doğan ve Bacaksız, 2020, **a.g.k.**, 328.

¹⁵⁹Arslantürk, 2019, **a.g.k.**, 107.

¹⁶⁰Ş. Gürkan ve A. Uğuz (2007). *Yeni ceza yasamızda cinsel suçlar*. S. 27, Adalet Dergisi, s. 255.

¹⁶¹Cinsel saldırı suçunun olası kastla işlenebileceğine dair, kalabalık ortamda failin mağdura cinsel organını sürmesi ile başkalarına da dokunabileceğini öngörmesi hali örnek olarak verilebilir.

yokluğu anlamına geleceğinden, suç meydana gelmeyecektir. Saik, bazen suçun temel şeklinin (m.102/1) gerçekleşmesi açısından aranan bir unsurdur. Bazı hallerde de saik, suçun nitelikli şekli açısından aranan bir unsur olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu anlamda failin saiki, cezayı artıran bir sebep olabileceği gibi, indiren bir sebep de olabilir.

Bu açıklamalar ışığında cinsel saldırı suçunun temel hali bakımından genel kastın yanında özel kast da bulunması gerekmektedir. Dolayısıyla suçun birinci fıkrasında düzenlenen basit cinsel saldırı ve sarkıntılık suretiyle cinsel saldırı suçu bakımından failin eylemini cinsel arzuları tatmin amacıyla gerçekleştirmesi aranmaktadır. Bu durum madde gerekçesinde “bu suçun cinsel arzuları tatmin amacına yönelik davranışlarla işlenebileceği” şeklinde ifade edilmiştir. Kanun metninde yer alan cinsel davranışlar bu suretle açıklama bulmaktadır.¹⁶²

İkinci fıkrasında düzenlenen nitelikli cinsel saldırı suçu bakımından failin mağdurun vücuduna organ ya da sair cisim ithal edilmesinin yeterli olduğu madde gerekçesinde belirtilmiştir.¹⁶³ Vücuda organ veya cisim sokulması yönünden, cinsel arzuların tatmini amacı aranmaz; ancak cinsel saldırı suçunun nitelikli halinin oluşabilmesi için de davranışların objektif olarak cinsel nitelik taşıması gereklidir. Failin kastı, kişinin vücuduna organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle cinsel dokunulmazlığını ihlale yönelik olmalıdır. Anal ve vajinal boşlukların objektif anlamda cinsellik barındırdığı söylenebilirken oral boşluk bakımından suçun meydana gelip gelmediğinin tespiti bakımından cinsel niteliğinin tespiti gerekmektedir.¹⁶⁴

Failin kastı bakımından yanılığ oluşması halinde söz konusu yanılığa düşme idi cinsel saldırı suçunun oluşmayacağı ortada ise failin kastı bulunmadığından suç oluşmayacaktır. Hata TCK’ nun 30. maddesinde ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenler başlığı altında düzenlenmiştir. Hata bireyin düşündüğü ve bu doğrultuda gerçekleştirdiği ile gerçeğin bununla çelişmesini ifade etmektedir.¹⁶⁵

¹⁶²Kanun koyucunun madde metninde suçun cinsel arzuları tatmin amacı biçimindeki özel kastla işlenebileceği hususunu belirtmesi gerektiğine ilişkin bkz. A. K. Yıldız (2007). *5237 sayılı Türk Ceza Kanunu seminer notları, açıklamalar, değerlendirmeler, öğretiden görüşler ve Yargıtay kararları*. İstanbul Barosu Yayınları, s. 213-214; C. Otacı (2006). *Kanun hazırlık çalışmalarının bağlayıcılığı*. Güncel Hukuk, s. 58; Ünver, 2005, **a.g.k.**, 101-102.

¹⁶³Suçun basit hali bakımından özel kast öngörülmesine rağmen müstakil suç kabul edilmeyen nitelikli hali bakımından genel kast ile işlenebileceği şeklindeki kabulün çelişki barındırdığına ilişkin bkz. F. Sokullu Akıncı ve S. Dursun (2016). *Viktimoloji*. (3. Baskı), İstanbul: Beta Yayınevi, s. 54.

¹⁶⁴Yıldız, 2007, **a.g.k.**, 211.

¹⁶⁵Örneğin failin eşi olduğunu düşündüğü mağdura cinsel hareketlerde bulunması durumunda kastın yokluğu dolayısıyla cinsel saldırı suçu oluşmayacaktır.

1.3.2. Hukuka aykırılık

5237 Sayılı TCK’nun, 24 – 34 maddeleri arasında “Hukuka Uygunluk Sebepleri” ve “Kusurluluğu Ortadan Kaldıran ve Azaltan Sebepler” düzenlenmiştir. 5237 Sayılı TCK’nda hukuka uygunluk sebebi olarak sayılı Kanun hükmünü yerine getirme (görevin ifası) (m.24/1), meşru savunma (m.25/1), hakkın kullanılması (m.26/1) şeklindeki genel hukuka uygunluk nedenleri cinsel saldırı suçu bakımından hukuka aykırılığı ortadan kaldıracı bir etki doğurmamaktadır.

Cinsel saldırı suçu kişinin üzerinde tasarruf edebileceği hukuksal yarara ilişkin olduğundan mağdurun cinsel davranışa göstereceği rıza eylemin hukuka aykırılığını ortadan kaldırmaktadır. Rızanın yokluğu cinsel saldırı suçu bakımından açıkça düzenlenmediğinden suçun unsurları arasında değerlendirilmemekte genel hukuka aykırılık kapsamında değerlendirilmektedir.

Kanun metninde söz konusu ifade ilgilinin rızası olarak düzenlenmiştir. Hukuka aykırılık bulunmadığından suç oluşmamakla ve fiil hukuka uygun hale gelmekle mağdurun da meydana gelmeyeceği gözetilerek ilgilinin rızası şeklinde ifadeye yer verildiği belirtilmektedir.¹⁶⁶

On sekiz yaşını tamamlamış kişilere yönelen cinsel davranışlar, on beş yaşını tamamlamış, algılama ve irade yeteneği bulunan çocuklara yönelen cinsel ilişki boyutuna ulaşmamış cinsel davranışlar, evlenmeyle reşit olan çocukla cinsel ilişki, ilginin rızasının varlığı durumunda suç oluşturmazlar. Çünkü tüm bu hallerde, hukuka aykırılığı kaldıran bir hukuka uygunluk sebebi olarak ilgilinin rızası bulunmaktadır.¹⁶⁷

Rızanın eylemden sonra gösterilmesi suçu ortadan kaldırmamaktadır.¹⁶⁸ Cinsel saldırı suçu bakımından ancak eşler arasında şikâyetin bulunmaması kovuşturma koşulu olduğundan bu durumda suçun kovuşturma imkânı bulunmamaktadır.¹⁶⁹ Rızanın varlığı konusunda hataya düşülmesi halinde söz konusu hata somut olayın özellikleri dikkate alındığında kaçınılmaz olması durumunda ise fail bu hatasından, TCK’nun 30/3. maddesi gereğince yararlanır.

¹⁶⁶H. Karakehya (2023). *Ceza hukuk genel hükümler*. (2. Baskı), Ankara: Adalet Yayınevi, s. 139.

¹⁶⁷H. İba (2023). *Cinsel özgürlüğe karşı suçlarda rızanın hukuki niteliği*. Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 29(1), s. 100.

¹⁶⁸“... katılanın, sanıkla aralarında devam eden duygusal yakınlaşma sırasında sevişme boyutuna ulaşan cinsel yakınlaşmaya gösterdiği rızanın, cinsel ilişki kurulmasını da kapsadığını kabule olanak bulunmamaktadır.” şeklinde bkz. Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 09.11.2010 Tarihli ve 2010/5-176 E., 2010/226 K.

¹⁶⁹N. Meran (2008). *Kişilere karşı suçlar*. (Güncellenmiş 2. Baskı). Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 317.

1.4. Nitelikli Haller

Cinsel saldırı suçu başlığı altında düzenlenen 102. maddenin ikinci ve üçüncü fıkrasında daha ağır cezayı gerektiren nitelikli haller düzenlenmiştir. Bu nitelikli haller; Beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı, kamu görevinin, vesayet veya hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle, üçüncü derece dâhil kan veya kayın hısımlığı ilişkisi içinde bulunan bir kişiye karşı ya da üvey baba, üvey ana, üvey kardeş, evlat edinen veya evlatlık tarafından, silahla veya birden fazla kişi tarafından birlikte, insanların toplu olarak bir arada yaşama zorunluluğunda bulunduğu ortamların sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle denilmek suretiyle beş bentte sayılmıştır. Suçun belirtilen şekillerde işlenmesi hâlinde, yukarıdaki fıkralara göre verilen cezaların yarı oranında artırılacağı belirlenmiştir.¹⁷⁰

1.4.1. Daha hafif cezayı gerektiren nitelikli hal (sarkıntılık)

Sarkıntılık ifadesi, TCK' nun 102. maddesinin 2. cümlesinde yer almaktadır. 102. maddenin birinci cümlesinde cinsel davranışlarla bir kimsenin vücut dokunulmazlığının ihlal edilmesi şikâyet üzerine beş yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılmaktadır. İkinci cümlesine göre cinsel davranışın sarkıntılık düzeyinde kalması halinde ise iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası öngörülmüştür. Dolayısıyla suçun sarkıntılık düzeyinde kalması hali daha az cezayı öngördüğünden cinsel saldırı suçunun daha hafif cezayı gerektiren nitelikli hali sayılmaktadır. Cinsel davranışın sarkıntılık düzeyinde kalması hâli 6545 sayılı Yasa'nın 58. maddesi ile 18.06.2014'de yaptırım altına alınmıştır. Sarkıntılığın Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenmesi genel itibarıyla fiziki temas ve cinsel arzuları tatmine yönelik tüm davranışların aynı cezaya çarptırılmasını engellemeye yaramıştır.¹⁷¹

Madde metninde ve gerekçesinde sarkıntılığın ne anlama geldiği tanımlanmamış ise de sarkıntılık suretiyle cinsel saldırıyı; vücuda temas içeren cinsel niteliği bulunan ancak birinci fıkrada belirtilen cinsel arzuları gidermeye yönelik yoğunlukta olmayan

¹⁷⁰Suçun dördüncü fıkrasında “başvurulan cebir ve şiddetin kasten yaralama suçunun ağır neticelerine neden olması hâlinde, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır.” denilmek suretiyle beşinci fıkrasında “Suç sonucu mağdurun bitkisel hayata girmesi veya ölümü hâlinde, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükmolunur.” denilmek suretiyle suçun neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış halleri düzenlenmiştir. Bu ağırlaştırıcı nedenler farklı fıkralarda düzenlenerek ağırlaştırıcı neden sayısının artırımı yapılması gerektiği öne sürülmüştür.

¹⁷¹Kocaoğlu, 2016, a.g.k., 125.

ani, süreksiz ve kesintili düzeyde bulunan eylemler olarak açıklayabiliriz.¹⁷² Sarkıntılığın düzenlendiği maddenin birinci fıkrasında cinsel saldırının basit hali yer aldığından ve devamında sarkıntılığın cezalandırıldığı maddeye yer verildiğinden fiil itibarıyla cinsel davranışlarla bir kimsenin vücut dokunulmazlığının ihlal edilmesi gerekmeyle bu fiilin gerekçedeki açıklama da dikkate alındığında ani hareketlerle gerçekleşmesi gerekmektedir. Yani sarkıntılık halinde de mağdurun vücut dokunulmazlığının ihlali (fiziki temas) gerçekleşmektedir.¹⁷³

Mağdurun vücudunda fiziki etki meydana getirmeyen fiiller sarkıntılık suçunu oluşturmaz. Her ne kadar cinsellik içerse de mağdurun vücut dokunulmazlığı ihlal edilmemiş ise ne sarkıntılık düzeyinde olsun ne de basit hali olsun cinsel saldırı suçu meydana gelmez. Yani Sarkıntılık halinde de fiziki temas şarttır.

Cinsel saldırının sarkıntılık düzeyinde kalması halinde failin davranışı ani hareket¹⁷⁴ niteliğinde olabileceği gibi planlanmış olmasına rağmen bu planlanan hareketin yoğunluğu ve süresi kısıtlı olabilecektir. Cinsel saldırı suçu doktrinde hafif cinsel saldırı olarak tanımlanmaktadır. Dolayısıyla mağdura karşı ani, süreksiz, kesintili icra edilen eylemler sarkıntılığı yani hafif cinsel saldırıyı oluşturmaktadır. Bedeni temasın devamlılığı fiili basit halinden çıkartır ve cinsel saldırının temel halinin oluşmasını sağlar.¹⁷⁵

Cinsellik içeren ancak mağdurun vücut dokunulmazlığını ihlal etmediğinden suçun basit halini ya da sarkıntılık halini oluşturmayan fiillere örnek olarak; failin cinsel organını çıkararak mağdura göstermesi, failin mağdura uzaktan öpücük atması, ıslık çalması, cinsel ilişkiyi anlatır el hareketinde bulunması verilebilir. Bu olaylarda TCK 'nın 105. maddesinde yer alan cinsel taciz suçu oluşmaktadır.

Failin mağdurun cinsel dokunulmazlığını; mağdurun sarkıntılığı oluşturan fiilleri gerçekleştirmeye zorlaması suretiyle de ihlal edebilir. Örneğin failin mağdurun göğüslerini (failin) sıkmaya zorlaması halinde de zorlanan kimsenin (mağdurun) vücut dokunulmazlığının ihlal edildiği kabul edilmelidir.

Mağdura karşı gerçekleştirilen fiziksel temasın vücudun hangi bölgelerini kapsadığı belirtilmemiştir. Zira suçun basit halinde olduğu gibi sarkıntılık suretiyle

¹⁷²M. Aygöl Atakaya (2022). *Cinsel saldırı ve cinsel istismar suçlarında sarkıntılık fiili* (Yargıtay kararları ışığında). Selçuk Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu Dergisi, 5(1), s. 127.

¹⁷³Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır, 2021, **a.g.k.**, 389.

¹⁷⁴Özgenç, 2013, **a.g.k.**, 163.

¹⁷⁵Kocaoğlu, 2016, **a.g.k.**, 127.

işlenmesi halinde de vücudun cinsel bölgelerinin hedef alınmış olması zorunlu değildir. Önemli olan fiilin cinsellik içermesi ve cinsel davranışlarla işlenmesidir.

Ayrıca fiziki temasın ten teması ile aynı anlama gelmediği daha geniş anlamda kullanıldığına dikkat etmek gerekmektedir. Örneğin mağdurun elbisesinin üzerinden göğüslerinin ani şekilde sıkılarak bırakılması durumunda da sarkıntılık suretiyle cinsel saldırı suçu sübuta ermiş olacaktır.¹⁷⁶

Cinsel saldırı suçunda fiilin sarkıntılık düzeyinde kalıp kalmadığı hususunun belirsizliği nedeniyle eleştiriler bulunmaktadır. Söz konusu kavram zamanla uygulama ile şekillenmiştir. ¹⁷⁷ Fiilin yani cinsel davranışlarla mağdurun vücut dokunulmazlığının ihlalinin hangi durumlarda temel halde kaldığı hangi durumlarda sarkıntılık olarak değerlendirileceği her somut olayda davranışın yapılış şekli ve devamlılığı ölçütleri ile olayın özelliğine göre dikkatle yani yoğunluk, etki ve devam süresi¹⁷⁸ ölçütlerine göre ele alınarak belirlenmelidir.¹⁷⁹

1.4.2. Daha ağır cezayı gerektiren nitelikli haller

1.4.2.1. TCK'nun 102/2 hükmünde düzenlenen nitelikli hal: suçun vücuda organ veya sair cisim sokulması suretiyle işlenmesi

Cinsel saldırı suçunun düzenleniş şekli itibarıyla ilk fıkranın birinci cümlesinde “cinsel davranışlarla bir kimsenin vücut dokunulmazlığını ihlâl eden” kişinin cezalandırılacağı düzenlenmiştir. İkinci cümlesinde ise “Cinsel davranışın sarkıntılık düzeyinde kalması hâli” ne yer verilmiştir. Suçun ikinci fıkrasında vücuda organ veya sair cisim sokulması suretiyle işlenmesi durumunda daha ağır cezalandırma yoluna gidilmiştir.

765 sayılı Kanun zamanında ırza geçme kavramı kullanılmaktaydı. Ancak bu kavram ırz kavramının kadına mahsus bir değer gibi görüldüğünden eleştirilmekteydi.

¹⁷⁶Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır, 2021, **a.g.k.**, 390.

¹⁷⁷R. Kahraman (2021). *Cinsel dokunulmazlığa karşı suçlarda sarkıntılık fiilinin ayırt edilmesi sorunu*. Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 9(18), s. 479.

¹⁷⁸Kocaoğlu, 2016, **a.g.k.**, 128.

¹⁷⁹Yargıtay 9. Ceza Dairesinin 15.12.2022 Tarihli ve 2021/16906 E., 2022/11459 K. sayılı kararında; "Suça sürüklenen çocuğun mağduru takip ederek çocuğuyla asansöre bineceği sırada arkasından sarıldığı, elleriyle vücudunu ve poposunu sıktığı, katılanın bağırması üzerine panikleyerek kaçtığı olayda, suça sürüklenen çocuğun eyleminin ani ve kesintili bir şekilde gerçekleşip, kısa süreli olması nedeniyle sarkıntılık düzeyinde kaldığı anlaşılmakla, hakkında TCK'nın 102/1-2. cümle maddesi gereğince hüküm kurulması yerine suç vasfının tayininde yanılgiya düşölerek fazla ceza tayini verilmesi" gerekçesiyle bozulmasına karar verilmiştir.

Yeni kanun ile ırz kavramı kaldırılmıştır. Yerine daha geniş bir kavram olan cinsel saldırı başlığı kullanılmıştır.¹⁸⁰ Ayrıca mülga yasada fail ile mağdurun evlenmesi cezanın ertelenmesine neden olmakta idi. 5237 sayılı Yasa ile bu hüküm kaldırılarak evlenmenin cezaya etkisi kalmamıştır. Irza geçme 765 sayılı Kanun’da ırza geçme “failin cinsiyet uzvunun normal veya anormal yoldan, mağdurun vücuduna cinsel teması sağlayacak şekilde ithali (duhul)” olarak tanzim edilmiştir. Bu suretle fiil yalnızca cinsel ilişki boyutunda değerlendirilmişti. Ancak yeni Kanun ile vücuda organ veya sair cisim sokulması suretiyle denilmek üzere daha geniş fiil tanımı getirilmiştir.¹⁸¹

Suçun organ veya sair cisim sokulması suretiyle işlenmesi halinin müstakil bir suç olduğu, olması gerektiği ya da faklı olarak suçun nitelikli hali kapsamında değerlendirildiği hususlarında farklı görüşler bulunmaktadır. Söz konusu fıkra yer alan fiil bakımından, müstakil bir suç olarak düzenlenmesi yoluna gidilmemiş olması nedeniyle eleştiri konusu yapılmıştır. Suçun nitelikli hali olduğu yönündeki görüşe göre; “gerekçede nitelikli hali olduğunun belirtildiği, ceza bakımından ilk fıkraya atıf yapılmamış olmasının müstakil suç olduğunun kabulüne yeterli olmadığı, ilk fıkra da belirtilen cinsel davranışın vücuda organ veya sair cisim sokulması ile nitelikli hale geldiği” ifade edilmektedir.¹⁸² Aksi görüşe göre; suçun birinci ve ikinci fıkrasının farklı suçlar olduğu ancak 765 sayılı Yasa’da belirlenen ırza geçme ve tasaddi kelimelerinin cinsel saldırı ifadesi altında toplanma zorunluluğu bulunduğundan iki ayrı fıkra şeklinde düzenlemeye tabi tutulduğu, kanun koyucunun eşe karşı düzenlemesine ikinci fıkra da yer vermesine rağmen birinci fıkra da değinmeyerek kasıtlı davrandığı ve eşler arasında basit cinsel saldırı suçunun işlenemeyeceğini kast etmiş olduğu, gerekçe de nitelikli halin eşler arasında işlenebilirliğinin belirtilmiş olduğu, bu durumun da nitelikli halin basit halden bağımsız suç olduğu yönünde destekler nitelikte olduğu” ifade edilmektedir.¹⁸³

Fiilin vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi durumu nitelikli hal olarak düzenlenmiştir.¹⁸⁴ Fail mağdurun organına kendi organını,

¹⁸⁰“Bu bağlamda ceza hukukundan, kadına yönelik şiddet türü olarak tezahür eden cinsel özgürlüğe karşı suçlar ve özelinde cinsel saldırı suçuna yönelik resmi tepkinin, zamanla toplumun kadın ve erkeğe biçtiği cinsiyet rollerinin, kabullerin olumlu yönde değişmesine yönelik etki oluşturması beklenebilir” şeklindeki görüş için bkz. O. E. Taşkın (2022). *Kadın cinayeti suçu (kriminoloji ve ceza hukuku boyutuyla)*. İstanbul: On İki Levha Yayınevi. s.38.

¹⁸¹Taner, 2013, **a.g.k.**, 153.

¹⁸²Koca ve Üzülmüş, 2020, **a.g.k.**, 337.

¹⁸³Tezcan, Erdem ve Önok, 2014, **a.g.k.**, 349.

¹⁸⁴Özbek, Doğan ve Bacaksız, 2020, **a.g.k.**, 335.; 765 sayılı ceza yasasının bulunduğu dönemde ırza geçme fiilini kapsar şekilde düzenlenmiştir.

başkasının organını ya da sair bir cismi sokmaktadır. Fail sokma eylemini kendisi gerçekleştirebileceği gibi üçüncü bir kişiyi araç olarak kullanarak da bu suçu işleyebilir. Dolayısıyla fail nitelikli hali oluşturan eylemi doğrudan kendisi icra edebileceği gibi bir başka kişiyi araç olarak kullanarak da icra edebilir. Hatta mağduru mağdurun vücudunda organ veya sair cisim sokmaya zorlayabileceği gibi mağdurun failin kendi vücuduna organ veya sair cisim sokmaya zorlaması mümkündür. Sayılan durumlarda da nitelikli hal uygulama alanı bulmaktadır.¹⁸⁵ Ancak Yargıtay failin kendi vücuduna organ sokturmasını mağdurun vücuduna organ sokulmadığından basit cinsel saldırı kapsamında değerlendirmektedir.¹⁸⁶ Mağdurun kendi kendine organ sokmaya zorlanmasını da cinsel saldırı suçu kapsamında değerlendirmemektedir.

Faili kadın veya erkek olması, her iki tarafın da aynı cins olması suçun işlenmesine engel değildir. Yani suçun nitelikli hali bakımından fail ve mağdurun cinsiyeti önemli değildir. Yaşı bakımından da genel kurallar geçerlidir. Örneğin failin mağdurun anüsüne parmağını sokması şeklinde gerçekleşen olayda failin kadın olması zorunluluğu yoktur.¹⁸⁷

Sonuç olarak, cinsel saldırı suçunun organ veya sair cisim sokulması suretiyle işlenmesi halinin öncelikle müstakil bir suç olarak düzenlenmesi gerekmektedir. Çünkü suçun eşler arasında işlenmesi halinde şikâyete tabi olup olmadığı konusunda, nitelikli hale niyetlenen failin eylemini elinde olmayan nedenlerle yerine getirememesi durumunda nitelikli hale teşebbüs hükümlerinin mi uygulanacağı yoksa tamamlanmış hali kadarıyla basit cinsel saldırı suçunun hükümlerinin mi uygulanacağı konusunda vb. konularda ortaya çıkan uyuşmazlığın giderilmesi sağlanmalıdır. Müstakil şekilde düzenlenecek olan suçun metnine “sokulması” ifadesinin ardından “veya sokturulması” ifadesi de eklenmelidir. Zira suçun koruduğu hukuki değer cinsel özgürlük olduğundan mağdurun organının faile sokturulması da mağdur üzerinde aynı infiali yaratacaktır.

Vücuda organ veya sair cisim sokulması suretiyle ifadesi kanun metninde yer almakta ise de vücudun hangi bölümleri ya da hangi organların kullanılması halinde nitelikli halin uygulama alanı bulacağı sarıh değildir. Vücudun neresine organ veya sair cisim sokulmalı, sokulan organ veya sair cismin ne olduğunun belirlenmesi nitelikli halin

¹⁸⁵Malkoç, 2009, **a.g.k.**, 10; bkz. “failin kendi cinsel organını mağdura yalatması veya emdirmesi durumunda maddi temas vardır ve koşullarla unsurlar gerçekleştiğinde cinsel saldırı suçu gerçekleşmiş olacaktır. Bu durumda cinsel amaç, cinsel temas, şehvi tatmin vardır. Ancak öneriyi kabul etmeyen mağdurun cinsel organ ve bölgelerinin bu tepki ile yaralanması, herhangi bir madde ile kirletilmesi, rahatsız edilmesi de suçu oluşturur.”.

¹⁸⁶Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır, 2021, **a.g.k.**, 385.; Taner, 2013, **a.g.k.**, 159.

¹⁸⁷Tezcan, Erdem ve Önok, 2014, **a.g.k.**, 349.

uygulanması hatta bazı durumlarda cinsel saldırı suçunun oluşup oluşmadığına karar vermek bakımından önem arz etmektedir.

Cinsel saldırı suçunun vücuda organ veya sair cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesine ilişkin maddenin gerekçesinde;

“Cinsel saldırının vücuda sair bir cisim veya organ sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi, bu suçun nitelikli hali olarak tanımlanmıştır. Suçun bu nitelikli hali için, vücuda vajinal, anal veya oral yoldan organ veya sair bir cismin ithal edilmesi gerekir. Bu bakımdan vücuda penis ithal edilebileceği gibi vajinal veya anal yoldan cop gibi sair bir cisim de ithal edilebilir. Bu bakımdan söz konusu suçun temel şeklinin aksine, bu fıkra tanımlanan nitelikli halinin oluşabilmesi için, gerçekleştirilen davranışın cinsel arzuları tatmini amacına yönelik olması şart değildir.¹⁸⁸

Cinsel saldırı suçunun nitelikli halini oluşturan bu fiiller, eşe karşı da işlenebilir. Evlilik birliği eşlere sadakat yükümlülüğünün yanı sıra, karşılıklı olarak birbirlerinin cinsel arzularını tatmin yükümlülüğü de yüklemektedir. Buna karşılık evlilik birliğinin içinde bile, cinsel arzuların tatminine yönelik talepler açısından tıbbi ve hukuki sınırların olduğu muhakkaktır. Bu sınırların ihlali suretiyle eş üzerinde gerçekleştirilen ve cinsel saldırı suçunun nitelikli halini oluşturan davranışlar, ceza yaptırımını gerekli kılmaktadır. Ancak bu durumda soruşturma ve kovuşturmanın yapılması, mağdur eşin şikayetine bağlı tutulmuştur.” şeklinde açıklamaya yer verilmiştir.

Gerekçeden yola çıkarak uygulamada “vücuda” deyiminden “anal, vajinal veya oral boşluklar” kabul edilmektedir. Öğretide vücudun tüm boşluklarına organ veya sair cisim sokulmasının nitelikli hali meydana getirmesi gerektiği şeklinde görüşler olduğu gibi daha ötesinde vücuda sokulması için illa ki bir boşluk gerekmediği şeklinde düşünenler de bulunmaktadır. Her ne kadar gerekçede suçun bu nitelikli hali için, vücuda vajinal, anal veya oral yoldan organ veya sair bir cismin ithal edilmesi gerektiği belirtilmiş ise de kanun metninde yalnızca “suçun vücuda organ veya sair cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi” şeklinde ifadede, vücudun hangi bölümleri olduğu konusunda herhangi bir ayırım yapılmamıştır.

Burada gerekçenin bağlayıcılığı hususuna değinmekte fayda bulunmaktadır. Çünkü gerekçenin bağlayıcı olması halinde vücudun anal, vajinal veya oral boşluklar olduğunun kabulü gerekecektir. Madde gerekçesi; maddede yer alan düzenleme ile ilgili olarak

¹⁸⁸Malkoç, 2009, a.g.k., 3.

hazırlık çalışmaları sırasında ileri sürülen görüşlerin, yapılan araştırma ve tartışmaların sonucu olarak çıkan metindir. Yorum ise kanun metninin anlamını ve kanun koyucunun gerçek iradesini ortaya çıkarma doğrultusunda fikri faaliyettir. Ceza hukukunda yorum kabul edilmektedir. Ancak kişilerin hak ve özgürlüklerini korumak amacıyla kıyas yasağı getirilmiştir.¹⁸⁹ TBMM Adalet Komisyonu'nun Türk Ceza Kanunu Tasarısına ilişkin 3 Ağustos 2004 tarih 1/593 E., 60 K. sayılı raporunda “Tasarıda yer alan her bir madde kapsamında madde başlığı, madde metni ve madde gerekçesine yer verilmiştir. Madde başlığı ve gerekçesi, madde metninin ayrılmaz bir parçasını oluşturmaktadır. Bu husus madde hükümlerinin yorumlanması açısından büyük bir önem taşımaktadır.” şeklindeki ifade madde metnlerinin yorumu açısından önemli bir kuraldır. Ancak bu ifadeden madde başlığı ve gerekçesinin, madde metnine dahil olduğu anlamına gelmemektedir. Tersine yorum aracı olarak kullanılması gerektiği vurgulanmıştır Kanun metninde yer alan kelimelerin anlamlarının tespiti ve gramer kurallarının uygulanması suretiyle yorumda kullanılacak ilk araç hükmün lafzıdır. Aynı zamanda kanunun hazırlık çalışmaları, kanun sistematigi, kanunla düzenlenen hukuki müessesenin tarihçesi, mukayeseli hukuk, hukukun genel ilkeleri yorum aracı olarak kullanılabilir. Lakin gerekçe hiçbir zaman kanun hükmünde değere matuf değildir.¹⁹⁰ Önemli olan Ratio legisdir.¹⁹¹ Bu nedenle kanunilik ilkesinin muhatabı resmî gazetede yayımlanan metindir.

Cinsel saldırı suçunun ikinci fıkrasında “Fiilin vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle” şeklinde ifadeye yer verilmiştir. Sokulması fiili sokmak kelime kökünden gelmektedir. Sokmak ise Türk Dil Kurumu'nun güncel Türkçe sözlüğü'ne göre; “İçine veya arasına girmesini sağlamak, bir yere girmesini sağlamak, içeri almak” anlamlarına gelmektedir. Dolayısıyla parmak arasına dilin sokulması, göğüs arasına penisin sokularak sürtünülmesi ya da popo arasına ip geçirilmesi gibi eylemlerin, cinsellik içerdiği sürece vücuda organ veya sair cisim sokulması suretinin meydana geldiği kabulü gerekir. Çünkü Kanun metninde bir deliğe sokulması ya da içine sokulması gibi bir ayrım bulunmamaktadır. Esasında bu yorum geniş yorum olarak kabul edilmemelidir.¹⁹² Dolayısıyla yalnızca fiilin cinsellik (cinsel anlam) içerip içermediğine, fiilin kasten

¹⁸⁹Karakehya H. (2016a). *Ceza muhakemesi hukuku*. Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi (2. Baskı), Savaş Yayınevi, s. 53.

¹⁹⁰Özgenç, 2013, **a.g.k.**, 116,117.

¹⁹¹Ratio Legis: Bir kanunun temelini oluşturan temel sebep, onun konulmasındaki mantık, kanunun ulaşmak istediği amaç anlamında latince hukuk terimidir.

¹⁹²Kocaoglu, 2016, **a.g.k.**, 133.

yaralama suçu ile karıştırılmamasına dikkat edilmelidir. Ancak genel kabul gören görüş; Vücutta cinsel anlam taşıyan organ veya cisim sokulabilecek yerlerin sınırlı olduğunu, onların da (gerekçede yazdığı gibi) “anal, vajinal veya oral boşluklar” olduğunu, kulak ve burun boşluklarının organ veya cisim sokmaya elverişli olduğunu ancak bu davranışın cinsel nitelik taşımayacağını, cinsel nitelik taşıyabilmesi için cinsel organın sokulmasının gerektiğini ancak cinsel organ sayılabilecek olan penis, göğüs gibi organların büyüklükleri itibariyle burun veya kulak boşluğuna sokulmasının mümkün olmadığını belirtmektedir.¹⁹³ Bu doğrultuda erkeğin cinsel organını mağdurenin göğüslerinin arasına veya kulağına veyahut parmak arasına sokması şeklindeki örnekler bakımından suçun basit halinin meydana geldiği kabul edilmektedir.¹⁹⁴

Cinsel saldırı suçunda organ veya sair cismin hangi organlar ya da ne tür cisimler olduğu konusunda da madde metninde ayrıma gidilmemiştir. TDK’nun güncel Türkçe sözlüğüne göre organ; “Vücudun belirli bir görev yapan ve sınırları kesin olarak belirlenmiş bölümü, örge, uzuv” anlamına gelmektedir. Dolayısıyla cinsel organlar dışında organın da vücuda girmesi halinde suçun nitelikli hali oluşabilmektedir. Cisim ise kelime anlamı itibariyle “Doğada element, bileşik veya bunların karışımları hâlinde bulunan, kütlesi ve ağırlığı olan, duylarla algılanabilen şey” anlamını karşılamaktadır. Cisim sıvı katı veya gaz halinde olabilir. Yeter ki organ veya cisim mağdurun vücutuna sokulsun. Mağdura acı vermesi gibi zorunluluk bulunmamaktadır.¹⁹⁵

Salt vücuda organ veya sair cisim sokulmasının failin kastına bakılmaksızın cinsel saldırı suçunun oluşumu için yeterli olduğu yönünde düşünceler olduğu gibi¹⁹⁶ organ veya sair cisim sokulması halinde failin kastının belirlenmesiyle vücut dokunulmazlığına karşı işlenen bir suçun meydana gelebileceğini düşünenler de bulunmaktadır. Gerekçede bu konuda nitelikli halin uygulanabilmesi için gerçekleştirilen davranışın cinsel arzuları tatmini amacına yönelik olmasının şart olmadığı ifade edilmiştir. Örneğin dedikodu nedeniyle tartışan komşulardan birinin diğeri ağzına elini sokmak suretiyle dilini çektiği olayda failin eylemi her ne kadar oral boşluğa organ sokmak şeklinde görünse de failin kastı mağduru yaralamak olduğundan failin kasten yaralama suçu bakımından cezalandırılabileceği değerlendirilmelidir. Dolayısıyla bazı fiiller farklı anlamlara

¹⁹³Koca ve Üzülmöz, 2020, **a.g.k.**, 337.

¹⁹⁴Kocaoğlu, 2016, **a.g.k.**, 133; aynı yönde bakınız Taner, 2013, **a.g.k.**, 156.

¹⁹⁵Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır, 2021, **a.g.k.**, 385.; Koca ve Üzülmöz, 2020, **a.g.k.**, 337.

¹⁹⁶Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır, 2021, **a.g.k.**, 385.

gelebildiğinden failin kastına bakılmalıdır.¹⁹⁷ Ancak önemli olan organ veya sair cisim sokulan vücut ile sokulan organ/sair cisim arasında cinsel bir anlam kurulabiliyor olmasıdır. Yani temel olarak sokulan cisim/organ ya da sokulan vücut cinsel niteliğe haiz olmalıdır yahut davranışın bütününe bakıldığında cinsel niteliğe haiz olduğu algısını vermelidir. Sonuç olarak her somut olayda organ veya sair cismin vücudun neresine sokulduğu, sokulan yer ile organ veya sair cisim bir bütün olarak ele alındığında objektif anlamda cinsellik algısı oluşturup oluşturmadığı, fiil sonucunda cinsel özgürlüğün ihlal edilip edilmediği değerlendirilerek cinsel saldırı suçunun meydana gelip gelmediği takdir edilmelidir. Yargıtay uygulaması ile doktrinde ağırlık görüş bu şekildedir.¹⁹⁸

Cinsel davranışlarla bir kimsenin vücut dokunulmazlığının ihlal edilmesi durumunda her vücut dokunulmazlığının ihlali söz konusu basit cinsel saldırı suçunu oluşturmayacaktır. Organ veya sair cisim sokulması halinde ise kulak, burun vb. bölgelerin organ veya sair cisim sokmaya uygun boşluklar olarak değerlendirilmemektedir. Anal ve vajinal boşlukların organ veya sair cisim sokulmasına uygun boşluklar olduğu ve söz konusu boşlukların cinsellik içerdiği açıktır. Oral boşluk bakımından ise somut olayın özelliklerine göre objektif anlamda cinsellik barındırıp barındırmadığına göre fiilin değerlendirilmesi gerekmektedir. Suçla korunan hukuki yarar bakımından söz konusu formül amacı karşılar bir sonuca götürecektir. Kanun metninde korunmak istenen cinsel dokunulmazlık olduğundan ve esasen cinsel özgürlüğün korunabilmesi için cinsel bağ kurulabilen hareketler failin aksi yönde kastının bulunduğu savunmasına itibar edilmemelidir. Örneğin, failin mağduru rencide etmek kastıyla davrandığını iddia ederek penisini ağzına sokması durumunda salt fail kastını hakaret etmek olarak açıkladı ya da bu saikle hareket ettiği iddiası mevcut diye failin fiilinin mağdurun cinsel dokunulmazlığının ihlal etmesine rağmen fiilin cinsel saldırı suçu yerine hakaret vb. suçu bakımından değerlendirilmesi suçla korunan hukuksal değer ile örtüşmeyecektir.¹⁹⁹ Aksi görüşe göre; cinsel amaç dışında mağdura organ veya sair cisim

¹⁹⁷"Eylemden hemen sonra şikayette bulunulması şeklinde gerçekleşen olayın intikal tarzı ve zamanı, katılanın aşamalarındaki samimi ifadeleri ile bunu destekler nitelikteki tanıklar B.. ile N..'ın anlatımları, ... Siber Suçlarla Mücadele Şube Müdürlüğünün inceleme tutanağı, Ankara Kriminal Polis Laboratuvarı uzmanlık raporu, katılanın yaralandığına dair doktor raporu ve tüm dosya içeriği nazara alındığında; sanığın olay günü evine çağırdığı katılanın ağzına zorla cinsel organını sokmak suretiyle üzerine atılı nitelikli cinsel saldırı suçunu işlediği anlaşıldığından müsnet suçtan mahkumiyeti yerine oluşa uygun düşmeyen yazılı gerekçeyle beraatine karar verilmesi hukuka aykırı bulunmuştur." Yarg. 9. CD, 08.10.2024 T., 2021/16665 E., 2024/8329 K.

¹⁹⁸Taşan, 2021, **a.g.k.**, 63,64.

¹⁹⁹Malkoç, 2009, **a.g.k.**, 3.

sokulması halinde cinsellikle ilişkilendirilse dahi örneğin aşağılama kastı var ise hakaret ve kasten yaralama suçları bakımından değerlendirmeye tabi tutulmalıdır.

Kanun metninin mevcut haliyle “vücuda” deyiminden herhangi bir ayrıma tabi tutulmaması nedeniyle parmak araları, kulak içi, burun boşluğu, göz içi gibi vücut bölgeleri bunlara organ veya sair cisim sokulması halinde nitelikli halin uygulanabilirliğini sağlamadığı düşünülebilir. Ancak cinsel saldırı suçunun koruduğu hukuki değer ve kanun metninin uygulanması ile kazandığı tecrübe dikkate alındığında gerekçede belirtildiği gibi vücutun “anal, vajinal veya oral boşluklar”ına sokulması halinde nitelikli halin uygulanma alanı bulması gerekmedir. Mağdurun cinsiyetinin kadın olması halinde vajinal anal ya da oral boşluklarına erkek olması halinde anal ya da oral boşluklarına organ veya sair cisim sokulması durumunda suçun nitelikli hali meydana gelmiş olur. Her ne kadar gerekçenin bağlayıcı olmadığı düşünülse de mantıksal yorum metodu ile ele alındığında vücuda cinsel nitelik arz edilebilecek ve sokma eyleminin gerçekleştirilebileceği gerekçede sayılanlar ile sınırlıdır. Elbette failin penisini mağdurun kulağına, parmak aralarına, göğüs aralarına sokması da cinsellik arz eden davranış olduğundan cinsel saldırı suçunu oluşturur ancak yukarıda da belirtildiği üzere suçun birinci fıkrasında yer alan temel hali kapsamındadır. Nitelikli halinin oluştuğu şeklindeki kabulün ceza kanunlarının dar yorumlanması ilkesinin ihlalinin oluşturacaktır.²⁰⁰

Bu nedenle vücuda ifadesi “anal, vajinal veya oral boşluklar”ına şeklinde değiştirilmelidir. Aynı minvalde sokulması sözcüğünün kelime anlamında arasına girme ifadesini de karşılar nitelikte bulunduğu vücutun hangi bölgeleri olduğunun tespiti ikinci tartışma konusu hangi organ veya sair cisim sokulmalıdır’a da yanıt oluşturacaktır. Çünkü böylelikle belirlenen vücut bölgeleri ile objektif cinsel bağlantı sağlanmış olacaktır. Sonuç olarak vücutun neresine olursa olsun ve hangi organ veya sair cisim sokulursa sokulsun suçun sübutuna dair değerlendirmeye tabi tutulması gereken ve tartışmalardan bağışık ilk husus vücuda organ veya sair cisim sokma fiili ile cinsel özgürlüğü ihlal edip etmediğidir. Çünkü suçu oluşturan fiil hem basit halinde hem de nitelikli halinde cinsel bir motif bulundurmamalıdır.^{201 202}

Suçun varlığı bakımından sokulan organ veya cisim nedeniyle mağdurun acı çekmiş olması gibi bir zorunluluk bulunmamaktadır.²⁰³ Ayrıca organ veya cismin vücuda

²⁰⁰Kocaoğlu, 2016, **a.g.k.**, 132-133.

²⁰¹Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır, 2021, **a.g.k.**, 385.

²⁰²Anal ve vajinal bölge bakımından cinsel motif kavramı doğrudan karşılanmaktadır.

²⁰³Özbek, Doğan ve Bacaksız, 2020, **a.g.k.**, 335.

tamamen girmesine (duhulüne) gerek yoktur. Kısmen de girmesi yeterlidir.²⁰⁴ Ancak girip girmediği konusunda şüpheyne düşölmüş ise şüpheden sanık yararlanır ilkesi gereğı organ veya sair cismin girmediğı kabul edilir. Kanun koyucu suçun birinci fıkrasında (basit halinde) cezayı beş yıldan on yıla kadar düzenlemiştir. Ancak nitelikli halin meydana gelmesi halinde on iki yıldan az olmamak üzere tanzim etmiştir. Kanun koyucunun basit hali ile ikinci fıkrada düzenlenen nitelikli halinin cezalarının üst ve alt limitlerini yakın tutmasının sebebi organ veya sair cismin sokulup sokulmadığı konusunda tereddüde düşölmesi halinde girip girmediğı tartışmalarının önüne geçme amacını taşıdığı yönünde yorumlanmıştır.²⁰⁵

Failin kendini tatmin etmiş olması da nitelikli halin uygulanmasına etki etmemektedir. Fail tatmin olmamış ise de organ veya sair cismin sokulması suretiyle suç sübuta ermiştir. Fail elinde olmayan nedenlerle örneğın, failin mağdura organ sokmaya çalıştığı sırada boşalması halinde suçun nitelikli haline teşebbüs hükümleri uygulanacaktır.²⁰⁶

Suçun nitelikli halinin eşlerin birbirine karşı işleyebileceğı de düzenlenmiştir. Cinsel saldırı suçunda fail ile mağdurun eş olması durumuna ilişkin özel bir düzenleme getirilmiştir. Bu düzenleme ile suçun organ veya sair cisim sokulması suretiyle işlenmesinin eşe karşı gerçekleştirilebileceğı mümkün kılınmıştır. Ancak suçun basit halinde eşe karşı bir ayırım yapılmadığından suçun ilk fıkrasındaki halinin eşe karşı işlenmesi halinde farklı görüşler ortaya çıkmıştır. Madde metninde yer alan eş ifadesinden TMK'na göre resmi nikahla evlilik birliğı içerisinde olanlar anlaşılmalıdır. Bu nedenle eşlerin ayrı yaşamaları ya da haklarında ayrılık kararı verilmiş olması hükmün uygulanması bakımından önemli değildir. Yeter ki fiil sırasında geçerli bir evlilik ilişkisinin varlığı mevcut olsun.²⁰⁷ Eşe karşı gerçekleştirilen nitelikli cinsel saldırı suçunun mağdur tarafından bizzat ifa edilmemesi lakin eşin üçüncü bir kişiyile eşinin zorla ilişkiye girmesini sağlaması örneğinde eş olan fail üçüncü kişi ile iştirak iradesi bulunsun ya da üçüncü kişiyi de buna zorlasın fark etmeksizin soruşturulması ya da kovuşturulması şikâyeteye tabi hale gelmeyecektir. Üçüncü kişinin suça iştiraki bulunduğundan resen soruşturma yapılacaktır.²⁰⁸

²⁰⁴ Artuç, 2019, **a.g.k.**, 530.; Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır, 2021, **a.g.k.**, 386.

²⁰⁵ Taştan, 2021, **a.g.k.**, 64.

²⁰⁶ Taner, 2013, **a.g.k.**, 162.

²⁰⁷ Taştan, 2021, **a.g.k.**, 70.

²⁰⁸ Tezcan, Erdem ve Önok, 2014, **a.g.k.**, 352.

Suçun eşe karşı işlenmesinde başka bir tartışma ise gerekçe nedeniyle ortaya çıkmıştır. Azınlıktaki bazı yazarlara göre; cinsel arzuları tatmin yükümlülüğünün varlığı nedeniyle normal yolla (vajinal) gerçekleşen cinsel ilişkilerin eşler arasında suçun oluşumuna neden olmayacağı görüşü öne atılmıştır. Ancak bu yorumun kanun metninin uygulanabilirliğini kısıtlayıcı nitelikte olduğu ve kanunilik ilkesine aykırı olduğu düşünülmektedir.²⁰⁹

Cinsel saldırı suçunun nitelikli halini içeren hareketlerle TCK' nun 287. maddesinde yer alan genital muayene suçunu oluşturan hareketler birbirine benzerlik göstermekte ise de buradaki fark genital muayene suçunun düzenlendiği başlık dikkate alındığında ancak bir ceza soruşturması ya da kovuşturması kapsamındaki eylemlerde uygulama alanı bulmasından kaynaklanmaktadır. Ancak soruşturma veya kovuşturma kapsamında olmaksızın başkasının tehdit etmesi ile mağduru hekim tarafından genital muayeneye zorlaması ve mağdurun genital muayene olması halinde cinsel saldırı suçunun nitelikli hali meydana gelmiş olur.²¹⁰

1.4.2.2. TCK'nun 102/3. hükmünde düzenlenen nitelikli haller

1.4.2.2.1. Suçun beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak kişiye karşı işlenmesi

Cinsel saldırı suçunda failin eylemi gerçekleştireceği esnada mağdurun kendini savunamayacak durumda olması cezanın arttırılmasını gerektiren nitelikli hal olarak öngörülmüştür. Mağdurun bu durumu kişiselliğinden kaynaklı olmakla farklı nedenlere dayanabilmektedir. Nitelikli halin düzenlenmesindeki amaç mağdurun özel durumundan faydalanılmasının önlenmesidir.²¹¹

765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun "akıl veya beden hastalığından veya kendi fiilinden başka bir sebepten veya kullandığı hileli vasıtalarla dolaylı fiile mukavemet edemeyecek bir halde bulunmayı" şeklindeki ifadeyi barındırması, mağdurun direnç göstermesinin gerektiği anlayışında olduğunu ortaya koymaktadır. Oysa yasa çalışmalarında cinsel suçların ahlak zihniyetine hapsolmasını engelleyici düzenlemelere yer verilerek (bittabi mağdurun rızasının olmadığına sabit olması koşuluyla) direnme

²⁰⁹Gözler, 2012, **a.g.k.**, 51.

²¹⁰Özbek, Doğan ve Bacaksız, 2020, **a.g.k.**, 336.

²¹¹Taner, 2013, **a.g.k.**, 182.

yükümlülüğünden vazgeçmiştir.²¹² Ancak kanun koyucu yine de eski yasanın etkisi altında nitelikli halin tanzimi sırasında mağdurun kendisini savunamamasını özel bir durum adderek aksi hallerde mağdurun kendisini savunmasının zati gerekli olduğu izlenimini yaratmıştır.²¹³

İtalyan Ceza Kanununda mağdurun fiziken veya psişik olarak zafiyetinin kötüye kullanılması, ağırlaştırıcı neden olarak düzenlenmemiştir. Bu durum suçun basit şeklinin cebir ile gerçekleşmesinin bir hali olarak öngörülmüştür.²¹⁴ Ayrıca mağdurun savunmasızlığından faydalanılması genel bir ağırlaştırıcı nedendir. Ceza yasamızda İtalyan ceza hukukundaki gibi mağdurun fiil anındaki fiziki veya psişik (bedenen veya ruhen) zayıflığını kötüye kullanması suretiyle şeklinde değiştirilmesi daha uygun olacaktır.²¹⁵ İtalyan ceza hukukunda psişik olarak zayıf halde olmak (inferiorita psichica) ifadesinin “doğuştan gelen veya sonradan oluşan kişisel bir durumun mağdurun anlama ve isteme yeteneğini kısmen veya tamamen sakatlaması olması yüzünden mağdurun kendisini diğer kişilerin psikolojik şartlanmalarına karşı savunmasının imkansız hale gelmesi veya bu durumun rızanın sakat olarak doğmasına yol açması” şeklinde açıklandığı görülmüştür. Dolayısıyla ruh bakımından kendini savunamama durumu için fail bakımından cezai sorumluluğun belirlenmesinde olduğu gibi mağdur bakımından da anlama ve isteme yeteneğinin (isnat yeteneği) kıstas alındığı görülmektedir.

Kendisini savunamayacak durumda olmak; mağdurun failin davranışına karşı gelemeyecek durumda olmasıdır. Mağdur ruhen geçerli bir irade ortaya koyamayabilir, irade ortaya koymasına rağmen fiziki anlamda karşı gelemeyecek durumda olabilir.²¹⁶

Mağdurun beden bakımından kendini savunamayacak durumda olmasına örnek olarak; bedensel hastalığı, yaşlılık, fiziksel engellilik hali, düşkünlük, felçli olma, tıbbi

²¹²Malkoç, 2009, **a.g.k.**, 7.

²¹³Taner, 2013, **a.g.k.**, 182.

²¹⁴Kocaoğlu, 2016, **a.g.k.**, 190.

²¹⁵Taner, 2013, **a.g.k.**, 182.

²¹⁶"Dosya içerisinde yer alan 15.05.2009 tarihli katılana ait "Atipik bipolar bozukluk tedavi ile işlevselliği ile düzelmeyen" tanısını içeren özürlü sağlık kurulu raporu ile katılanın şizofren hastası olduğuna dair Erzincan Mengücek Gazi Eğitim ve Araştırma Hastanesinin 16.06.2023 tarihli ruh sağlığı ve hastalıkları uzmanı olan üç hekim raporu arasında çelişki olması sebebiyle, katılanın dava dosyasıyla birlikte Adli Tıp Kurumuna sevk edilerek suç tarihinde herhangi bir akıl hastalığı veya akıl zayıflığı bulunup bulunmadığı, varsa bu durumun hekim olmayanlar ile çevresinde yaşayanlar ya da kendisini tanıyanlarca anlaşılıp anlaşılamayacağı, beyanlarına itibar edilip edilemeyeceği, tespit edilen zeka durumunun kendisine yönelik nitelikli cinsel saldırı eyleminin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğine etkisi bulunup bulunmadığı, eyleme karşı beden veya ruh bakımından kendini savunup savunamayacağı hususlarında rapor alındıktan sonra, sanığın hukuki durumunun tayin ve takdiri gerekirken eksik araştırma ile yazılı şekilde hüküm kurulması hukuka aykırı bulunmuştur." Yarg. 9. CD, 12/09/2024 T., 2024/4572 E., 2024/7305 K.

sorunlar nedeniyle bedeni zayıflık hali verilebilir. Mağdur failin fiilini gerçekleştirdiği sırada kötülüğün farkındadır ancak fiziki nedenlerle faile engel olamamaktadır.

Mağdurun ruh bakımından kendini savunamayacak durumunda olmasına ise; ruhsal bir hastalık, akıl hastaları, zihinsel engellilik hali, alkol, uyuşturucu kullanımı, fiilin işlendiği sırada olayı anlama ve isteme yeteneğinin olmaması halleri sayılabilir. Mağdur ruhsal nedenlerle kendine karşı gerçekleştirilen cinsel davranışı engelleyememektedir. Mağdurun saldırıya karşı koyma olanağı ortadan kalkmıştır. Mağdurun ruhsal hastalığının olması ya da mağdurun akıl hastası olması salt kendini savunmayacağı anlamına gelmez. Eğer ki mağdurun durumu kendini savunmaya engel bir hal taşııyorsa fail bakımından da bu nitelikli hal uygulanmayacaktır.²¹⁷

Ceza hukukumuzda kişinin ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda olması mağdur bakımından “fiilin ahlaki kötülüğünü anlayamayacak durumda olması” ifadesi karşısında kullanılmaktadır. Ancak yeni ceza sistemimizde cinsel özgürlüğü karşı suçlar genel ahlak ve adaba karşı işlenen suçlar kategorisinden çıkarıldığından ve ahlaki anlayış sübjektif nitelik taşıdığından Adli Tıp Kurumu raporlarında kullanılan ve mağdurun bu ölçüt eleştiri konusu yapılabilmektedir.²¹⁸

Mağdurun kendini savunamayacak durumda olması geçici nitelikte olabileceği gibi, süreklilik arz eden bir halden de kaynaklanabilir. Ancak her halde; fiilin gerçekleştirildiği sırada mağdurun kendini savunmaya engel halinin mevcut olması gerekmektedir.

Mağdurun kendini savunamayacak durumda olup olmadığı yönünde tıbbi bilirkişiden bu durumun tespiti istenmelidir.²¹⁹ Yargıtay akıl hastalığı bulunduğu iddia olunan mağdurun kendini savunabilecek durumda olup olmadığına ve bu durumun uzman olmayanlarca anlaşılıp anlaşılmayacağına dair adli tıp kurumu, ilgili ihtisas kurulundan görüş alınmasını zorunlu kılmaktadır.²²⁰ Hekimin tespiti hem mağdurun kendini

²¹⁷Yurtcan, 2018, **a.g.k.**, 16.

²¹⁸Taner, 2013, **a.g.k.**, 183.

²¹⁹Kocaoğlu, 2016, **a.g.k.**, 192.

²²⁰"Katılan O.. ve katılanın ailesi ile sanık arasında herhangi bir husumet bulunmadığı da göz önüne alındığında sanığın üzerine suç atmak için sebeplerinin olmadığı, bu suretle katılanın iç çamaşırı üzerinde sanığın DNA profilinin tespit edilmesi, sanığın çelişkili savunmaları bir bütün olarak değerlendirildiğinde katılanın anal mukozasında bulunan fissür hattının sanık tarafından organ sokulmak suretiyle gerçekleştiği sabit görülmüştür. Sanığın organ sokmak suretiyle katılana cinsel saldırıda bulunduğu sabit görülmekle eylemine uyan TCK 102/2. Madde hükmü gereğince nitelikli cinsel saldırı suçundan cezalandırılmasına karar verilmiştir. Çukurova Üniversitesi Tıp Fakültesi Ruh Sağlığı ve Hastalıkları Anabilim Dalı tarafından düzenlenen 10.11.2022 tarihli rapor gereğince katılan O...'da bulunan mental retardasyon nedeniyle ruhen kendisini savunamayacağının tespit edildiği anlaşılmakla sanığın cezasında TCK 102/3-a maddesi gereğince yarı oranında artırım uygulanmıştır." Yarg. 9. CD, 19.09.2024 T., 2024/4264 E., 2024/7548 K.

savunmayacak durumda olup olmadığını hem de bu durumun uzman (hekim) olmayanlar tarafından anlaşılır olup olmadığını içermelidir. Failin bu nitelikli halden cezalandırılabilmesi için mağdurun durumunun hekim olmayanlarca anlaşılabilir mahiyette olması gerekmektedir. Aksi takdirde fail hakkında nitelikli halin uygulanmasına imkân bulunmamaktadır. Failin kastı mağdurdaki savunmasız durumu kapsamalıdır. Failin, mağdurun durumunu bilmesi ve bu durumdan faydalanma kastıyla hareket etmesi gerekmektedir.²²¹ Yani nitelikli halin uygulanabilmesi için failin hem mağdurun rızasına aykırı hareket etmiş olması hem de mağdurun savunmasız durumunu bilmesi ve faydalanması aranmaktadır.

Cinsel saldırı suçunun meydana gelmesi için mağdurun rızasının bulunmaması gerekmektedir. Rızanın varlığı halinde suç meydana gelmeyecektir. Aynı doğrultuda kişinin beden veya ruh bakımından kendini savunamayacak halde olması kural olarak rıza göstermesine engel değildir. Elbette kendisini savunamayacak durumda olan bireylerin de cinsel yaşamlarının olması mümkündür.²²² Beden veya ruh bakımından kendini savunamayacak durumda olan bireyin rızasının varlığı halinde cinsel saldırı suçundan bahsetmek mümkün olmayacağından nitelikli hal de uygulama alanı bulmayacaktır. Kanun koyucu nitelikli hali düzenlerken beden veya ruh bakımından kendini koruyamayacak kişinin cinsel özgürlüğünü kısıtlama maksadıyla değil bu durumdaki mağdurun rızasının bulunmaması veya neye rıza gösterdiğini algılayamaması karşılığindeki çaresizliğini kullanan failin eyleminin oluşturduğu haksızlığın daha ağır düzeyde cezalandırılması maksadıyla hareket etmektedir. Ancak; mağdurun kendini savunamayacak durumda olduğunun tespiti halinde rızanın geçerli bir rıza olup olmadığı yönünde titiz davranılması gerekmektedir

Akıl hastaları bakımından cinsel saldırı fiillerinin gerçekleştirilmesi bir yandan “mağdurun beden veya ruh bakımından kendini savunamayacak durumda olması” nı barındırırken diğer bir yandan on sekiz yaşını doldurmuş akıl hastasının rızasıyla cinsel ilişkiye girme özgürlüğünü barındırmaktadır. Bu durumda akıl hastaları bakımından bir ayrıma gitmekte fayda vardır. Şöyle ki akıl hastası algılama yeteneğini tamamen kaybetmiş (maruz kaldığı fiilin anlam ve sonuçlarını kavrayacak durumda değil, fiilen ve fikren direnmesi söz konusu değil) ise cinsel saldırı suçu sübuta ermektedir. Çünkü bu şartlarda mağdurun rızası gerçek anlamda rıza olarak kabul edilemez. Diğer türlü on sekiz

²²¹Yurtcan, 2018, **a.g.k.**, 16.

²²²Taner, 2013, **a.g.k.**, 182.

yaşını tamamlayan akıl hastası sözle veya fiziken fiile karşı koyabilecek durumda (aldatılma, irade ve karar verme yeteneği ve gücü olması) olmasına rağmen cinsel davranışa rıza göstermiş ise bu durumda suç meydana gelmeyecektir.²²³

Mağdurun beden veya ruh bakımından kendini savunamayacak durumda olmasını fail sağlamış ise yani fail cinsel saldırı fiilini gerçekleştirmek amacıyla mağduru kendini savunamayacak duruma getirmiş ise bu nitelikli hal uygulama alanı bulmaz. Çünkü zaten fail bir şekilde mağdurun iradesini etkileyerek ya da açıklamasına dahi fırsat vermeden fiilini gerçekleştirmek isteyecektir. Fail mağdurun iradesini etkilerken mağdurun kendini savunamayacak duruma getirme biçimi suçun sübuta ermesini sağlayan etmendir. Fail mağduru savunmasız bırakacaktır ki eylemini gerçekleştirebilsin. Failin zati esas işi mağdurun direncini kırmaktır. Bir de mağdurun kendini savunamayacak duruma getirilmesinden ayrıca cezalandırılması mükerrer cezalandırılmayı meydana getirecektir.

Kendini savunamayacak durumda olan kişi kavramının kullanılması çocuğu çağrıştırmaktadır. Kanun koyucu çocuğun savunmasız halini evveleminde değerlendirerek ayrı bir kanun maddesi altında düzenlemiştir. Mağdurun sağır dilsiz ya da görme engelli olması halinde ise mağdurun fiile direnç gösterme olanağının azalması ya da imkânsız hale getirmesi şartları dahilinde nitelikli halin uygulanması gerekip gerekmediği kararı verilmelidir.

Kendini koruyamayacak durumda olan teriminden anlaşılması gereken kişi, bedenen direnme imkânı olmayan ancak haksızlık içerdiğini bilen mağdur ya da ruhen haksızlık eyleminin içeriğini algılayamayan mağdurdur. Bu durumların fiilin işlendiği sırada mevcut olması, failin de söz konusu durumlar bakımından kastının bulunması gereklidir.²²⁴

Sonuç olarak nitelikli halin uygulanabilmesi için mağdurun kendini savunamayacak durumda olduğunun sabit olması ve hekim olmayanlarca anlaşılabilir olması, failin bu durumu fiilden önce bilmesi veya bilebilecek durumda olması, mağdurun kendini savunamayacak duruma gelmesine failin fiili meydana getirmek amacıyla neden olmaması,²²⁵ failin kastının mağdurdaki savunmasız durumu kapsamaması

²²³Malkoç, 2009, **a.g.k.**, 14-15.

²²⁴Kocaoğlu, 2016, **a.g.k.**, 194.

²²⁵Mağdurla resmi nikahlı evli olan failin mağduru hayatını tehlikeye sokacak şekilde yaralanmasının üzerine, mağdurun yoğun bakımda yattığı esnada failin organ sokmak suretiyle cinsel saldırı suçunu gerçekleştirdiği olayda mağdurun bedenen kendini savunamayacak duruma gelmesine fail neden olmuş ise de failin mağdurun kendini savunamayacak duruma getirmesine neden olan eylemi mağduru kasten yaralama kastı iken hastanede yatmakta olan kendini savunamayacak durumda olan mağdura karşı

şartlarının birlikte meydana gelmesi aranmaktadır.²²⁶

1.4.2.2.2. Suçun kamu görevinin, vesayet veya hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle işlenmesi

Mağdur ile fail arasından kamu görevinin veya hizmet ilişkisinin ya da aile içi ilişkinin bulunması hali faile fiili işlemesi konusunda kolaylık sağlamaktadır. Bu nedenle nitelikli hal olarak öngörülmüştür. Failin sıfatı veya mağdur ile görevi nedeniyle olan yakınlığı mağdurun direnç gösterme olanağını oldukça sınırlamaktadır.²²⁷ Cezayı arttıran unsur fail ile mağdur arasındaki bazı ilişkilerin mevcudiyetidir. Temel olarak dikkat edilmesi gereken kavram “nüfuz”dur. Nüfuz kelime anlamı itibariyle söz geçirebilmeyi, üstün olmayı ifade etmektedir. Dolayısıyla söz konusu nitelikli halin varlığından söz edebilmek için durumun varlığı yeterli olmayacaktır. Failin suçun işlendiği sırada söz konusu nüfuza sahip olması ve fiil ile bu erk arasında bağlantı olması gerekmektedir.²²⁸

Kamu görevinin sağladığı nüfuzun kötüye kullanılması nitelikli halinin uygulama alanının belirlenebilmesi için kamu görevinin, görevin sağladığı nüfuzun ne anlama geldiğini belirlemek gerekmektedir. Nitekim bu nitelikli halin uygulama alanı nüfuzun bir kamu görevi dolayısıyla meydana gelmesi temeline dayanmasıdır. Bu durumda nüfuzu elinde bulunduran fail mağdura karşı bu durumu kullanır ve suç işleme konusunda kendine kolaylık, mağdur bakımından kendini korumasında zorluk meydana getirmiş olur.²²⁹

gerçekleştirmiş olduğu eyleminde mağdurun kendini savunamayacak olmasından faydalanmadır.

²²⁶ATK 6. İhtisas Kurulunun 10.11.2014 tarih ve 5525 karar sayılı raporunda, müşteki E..’da olayın hukuki anlam ve sonuçlarını algılamasına ve fiile ruhsal yönden mukavemetine engel olacak mahiyet ve derecede olan atipik affektif bozukluk, hafif derecede zeka geriliği ve conduct bozukluk özellikleri saptandığı, müşteki Esra’da mevcut bu akıl hastalığının mağduru bulunduğu olayın hukuki anlam ve sonuçlarını idrak edip, fiilen ruhsal yönden mukavemete muktedir olamayacağı, durumunun hekim olmayanlarca anlaşılabilir- bileceği, ifadelerine ana hatlarıyla itibar edilebileceği mütalâa edilmiştir. Yine ATK Kimya İhtisas Dairesi Acil Toksikoloji Laboratuvarı tarafından düzenlenen 27.02.2015 tarih ve 49 sayılı raporda, müşteki E..’dan olaydan hemen sonra alınan kan örneklerinin incelenmesi sonucunda, olay sırasında müşteki E..’nin kanında, kullanmakta olduğu antidepresan ilaçlardan olan venlafaksin ve ilaç etken maddesi olan biperiden dışında uyuşturucu veya uyarıcı madde bulunmadığı belirtilmiştir. Sanığın TCK’nın 30/4. maddesi kapsamında eyleminin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşmesi nedeniyle CMK’nın 223/3-d maddesi gereğince ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmesi gerektiği sonuç ve kanısına varılmıştır. Mahkemece gerçekleştirilen yargılama neticesinde atılı suç yönünden 5237 sayılı Kanun’un 30/1. maddesi kapsamında hataya düştüğü kabul edilen sanığın, buna uygun olarak 5271 sayılı Kanun’un 223/2-c maddesi uyarınca beraatine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde ceza verilmesine yer olmadığına hükmedilmesi hukuka aykırı bulunmuştur.” Yarg. 9. CD, 2021/15652 E., 2024/7522 K.

²²⁷Koca ve Üzülmüş, 2020, **a.g.k.**, 339.

²²⁸Yurtcan, 2018, **a.g.k.**, 16.

²²⁹Yurtcan, 2018, **a.g.k.**, 17.

Türk Ceza Kanunu’nda kamu görevinin tanımı yapılmamıştır. Ancak 6. maddesinin 1. Fıkrasının (c) bendinde kamu görevlisinin tanımı yapılmıştır. Bu tanım nitelikli hal uygulanırken kamu görevi kapsamının belirlenmesinde ölçüt olarak kullanılabilecektir. Buna göre kamu görevlisi deyiminden; kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişinin anlaşılması gerektiği belirtilmiştir.²³⁰ 5237 sayılı Yasa’daki kamu görevlisi tanımı oldukça geniş kapsamlı belirlenmiştir. Dolayısıyla kamusal faaliyete katılan kimse kamu görevlisi olarak kabul edilmektedir.

Failin kamu görevlisi olmasının yanında görevinin kendisine sağladığı nüfuzu kötüye kullanması da nitelikli halin uygulanması için gereklidir. Mağdur, failin kamu görevlisi olması ve görevi nedeniyle failin cinsel davranışına katlanmalıdır. Aksi takdirde failin yalnızca kamu görevlisi olması belirtilen nitelikli halin uygulanması için yeterli olmayacaktır. Yani failin salt kamu görevlisi olması nitelikli halin uygulanması için gereklidir ancak yeterli değildir. Kamu görevlisinin suçun işlendiği anda ifa ettiği kamu görevi nedeniyle nüfuzunun bulunması, bu nüfuzu suçun işlendiği sırada kullanması ve kullanılan nüfuzun suçun işlenmesinde kolaylık sağlaması gerekmektedir.²³¹ Fail ile mağdur arasında hiyerarşinin bulunması zorunlu değildir. Yeter ki fail mağdur üzerinde tasarrufta bulunabilecek durumda olsun. Kamu görevinin sağladığı kolaylıkta taraflar arasında hiyerarşik bir ilişki bulunmasına gerek yoktur. Eşitler arasındaki ilişkide de bu nitelikli halin uygulanması mümkündür.²³²

Vesayet ilişkisi, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nun 396. ve 494. maddelerindeki

²³⁰Aynı maddenin gerekçesinde; “765 sayılı Türk Ceza Kanunundaki “memur” tanımının doğurduğu sakıncaları aynen devam ettirecek nitelikte olan tanım, Tasarı metninden çıkarılarak; memur kavramını da kapsayan “kamu görevlisi” tanımına yer verilmiştir. Yapılan yeni tanıma göre, kişinin kamu görevlisi sayılması için aranacak yegâne ölçüt, gördüğü işin bir kamusal faaliyeti olmasıdır. Bilindiği üzere, kamusal faaliyet, Anayasa ve kanunlarda belirlenmiş olan usullere göre verilmiş olan bir siyasal kararlar, bir hizmetin kamu adına yürütülmesidir. Bu faaliyetin yürütülmesine katılan kişilerin maaş, ücret veya sair bir maddi karşılık alıp almamalarının, bu işi sürekli, süreli veya geçici olarak yapmalarının bir önemi bulunmamaktadır. Bu bakımdan, örneğin mesleklerinin icrası bağlamında avukat veya noterin kamu görevlisi olduğu hususunda bir tereddüt bulunmamaktadır. Keza kişi, bilirkişilik, tercümanlık ve tanıklık faaliyetinin icrası kapsamında bir kamu görevlisidir. Askerlik görevi yapan kişiler de kamu görevlisidirler. Bu bakımdan örneğin bir suç vakasına müdahil olan, bir tutuklu veya hükümlünün naklini gerçekleştiren jandarma subay veya erleri de kamu görevlisidirler. Buna karşılık, kamusal bir faaliyetin yürütülmesinin ihaleye dayalı olarak özel hukuk kişilerince üstlenilmesi durumunda, bu kişilerin kamu görevlisi sayılmayacağı açıktır.” şeklinde açıklama yapılmıştır.

²³¹"Doktor olan sanığın, muayene olmak için Aile Sağlığı Merkezine gelen katılana karşı gerçekleştirdiği cinsel saldırı suçunda kamu görevinin sağladığı nüfuzun kötüye kullanılmasının şartları oluşmadığı halde yazılı şekilde tayin edilen temel cezasının 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun (5237 sayılı Kanun) 102/3-b, son maddesi uyarınca artırılması hukuka aykırı bulunmuştur." Yarg. 9. CD, 19.09.2024 T., 2021/14743 E., 2024/7601 K.

²³²Kocaoğlu, 2016, a.g.k., 199.

hükümlerine göre belirlenmektedir. Suçun işlendiği sırada vesayet ilişkisinin devam ediyor olması gerekmektedir. Vesayet ilişkisinde failin mağdur üzerinde evleviyetle nüfuzu bulunduğundan ayrıca failin mağdur üzerinde nüfuzunun varlığı araştırılmayacaktır.²³³

Hizmet ilişkisi mağdur ile fail arasında, özel veya kamu hizmeti gereği, ücreti mukabilinde ya da ücretsiz, geçici veya sürekli olan hizmet ilişkisi nedeniyle hiyerarşi aranmaksızın bağımlılık ilişkisinin bulunması ve bu ilişkiden kaynaklanan nüfuzun kötüye kullanılarak cinsel davranışın gerçekleştirilmesi durumunda suçun hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle nitelikli hal uygulama alanı bulmaktadır. Aynı iş yerinde çalışmış olmak nitelikli halin uygulanması için yeterli değildir. Failin mağdur üzerinde nüfuza sahip olması ve fiil sırasında nüfuzundan faydalanarak nüfuzunu kötüye kullanması gerekmektedir. Fail ile mağdur arasında iş akdinin süresi bakımından herhangi bir açıklık bulunmamaktadır. Yukarıdaki şartlar somut olay bakımından değerlendirilerek ele alınarak değerlendirilmelidir.

İş akdinin sona erdikten sonraki süreçte fiilin gerçekleşmesi halinde söz konusu nitelikli halin uygulanması zorlama olacaktır. Dolayısıyla mevcut bağımlık bulunmayan şahıslar arasında işlenen suç bakımından üstün güç bulunmadığından nitelikli hal hükümleri de uygulanmayacaktır.

1.4.2.2.3. Suçun üçüncü derece dahil kan ve kayın hısımlığı ilişkisi içinde bulunan kişiye karşı ya da üvey baba, üvey anne, üvey kardeş, evlat edinen veya evlatlık tarafından işlenmesi

Cinsel saldırı suçunun Üçüncü derece dâhil kan veya kayın hısımlığı ilişkisi içinde bulunan bir kişiye karşı ya da üvey baba, üvey ana, üvey kardeş²³⁴, evlat edinen veya evlatlık tarafından işlenmesi hem TCK' nun 102/1. maddesi hem 102/2. maddesi gereği verilecek cezaların artırımı nedeni olarak öngörülmüştür. Nitelikli hal 28/06/2014 günlü Resmî Gazete 'de yayımlanarak yürürlüğe giren 6545 sayılı yasanın 58. maddesi ile

²³³Yurtcan, 2018, a.g.k., 18.

²³⁴"Sanığın katılanın kollarından tutup "seni çok istiyorum, bir defa ver" dediği şeklindeki eyleminin kısa süreli, ani ve kesintili gerçekleşmesinden dolayı sarkıntılık düzeyinde kaldığı gözetilerek 6545 sayılı Kanun ile değişik 5237 sayılı Kanun'un 102. maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesi uyarınca karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması hukuka aykırı bulunmuştur. Katılanın sanığın eşinin kardeşi olması nedeniyle cezasında aynı Kanun'un 102. maddesinin üçüncü fıkrasının (c) bendi uyarınca artırımı yapılması gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulmak suretiyle eksik ceza tayini hukuka aykırı bulunmuştur." Yarg. 9. CD, 10.06.2024 T., 2021/12972 E., 2024/5798 K.

getirilmiştir. Değişiklikten önce işlenen cinsel saldırı suçu bakımından belirtilen nitelikli hal uygulanmayacaktır.²³⁵

Bu nitelikli halin düzenlenmesindeki amaç; failin vasfı ile mağdur arasındaki ilişki nedeniyle suçun daha kolay işlenebilmesidir.²³⁶ Mağdurun suçun işlenmesine karşılık verme imkânı oldukça zayıftır. Bu nedenle failin mağdurdan üstün olmasına, söz geçirme gücünün bulunmasına gerek yoktur.²³⁷ Zati örf ve adetler göz önünde bulundurulduğunda failin bu sıfatlara sahip olması yeterlidir.²³⁸

Failin fiilini en azından icra ettiği sırada mağdur ile arasındaki belirtilen yakınlık mevcut olmalıdır ve fail tarafından akrabalık ilişkisi bilinmelidir.²³⁹

765 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 417. maddesinde “usulden biri veya veli ve vasi tarafından vuku bulursa kanunen muayyen olan ceza yarısı kadar artırılır.” denilmek suretiyle belirtilen yakınlığın faile sağladığı kolaylık nedeniyle daha ağır ceza öngörülmüştü. 5237 sayılı kanunda nitelikli halin uygulama alanı daha geniş tutularak üçüncü derece dâhil kan veya kayın hısımlığı ilişkisi içinde bulunan kişiye karşı işlenmesi de nitelikli hal kapsamına alınmıştır. Ancak 5237 sayılı yasada üst soy yönünden 765 sayılı yasada yer almayan ve sınır koyulmayan üst soy akrabalığa üçüncü derece sınırlaması getirilmiştir. Buna göre; cinsel saldırı suçunun anne, baba, dede, anneanne, babaanne, büyük dede, büyük anneanne, büyük babaanne, çocuk, torun, torunun çocukları, kardeş, kardeş çocukları, dayı, amca, hala, teyze ilişkisi ile aynı uzaklıkta kayın hısımları akrabalığı bulunan birine karşı işlenmesi halinde cezada artırım yapılması gerekmektedir.²⁴⁰

Fail ile mağdur arasında evliliğin sona ermesinin ardından cinsel saldırı suçunun işlenmesi durumunda; cezanın ağırlaştırılması gerekip gerekmediği konusu tartışmalıdır. Türk Medeni Kanunu'nda 18. maddesinde “Eşlerden biri ile diğer eşin kan hısımları, aynı tür ve dereceden kayın hısımları olur. Kayın hısımlığı, kendisini meydana getiren evliliğin sona ermesiyle ortadan kalkmaz.” hükmünün yer aldığı, Türk Ceza Kanunu'nda hısımlığın tanımının yapılmadığı bu suretle tanımlanmış olan hısımlık müessesesine başvurulması gerektiği, evlilik birliğinin sona ermesiyle kayın hısımlığının sona ermediği

²³⁵Özbek, Doğan ve Bacaksız, 2020, **a.g.k.**, 341.

²³⁶Kocaoğlu, 2016, **a.g.k.**, 202

²³⁷Özbek, Doğan ve Bacaksız, 2020, **a.g.k.**, 340.

²³⁸Koca ve Üzülmüş, 2020, **a.g.k.**, 340.

²³⁹Kocaoğlu, 2016, **a.g.k.**, 203; Özbek, Doğan ve Bacaksız, 2020, **a.g.k.**, 341.

²⁴⁰Akkaya, 2020, **a.g.k.**, 110.

bu durumun 18. maddesinin 2. fıkrasında kayın hısımlığı, kendisini meydana getiren evliliğin sona ermesiyle ortadan kalkmayacağını hüküm altına alındığı, TCK' nda hükmün uygulanmasına engel bir düzenlenmenin bulunmadığı dolayısıyla suç tarihi itibarıyla evlilik birliği sona ermiş olduğu sabit olsa dahi evlilik birliği içerisinde oluşan eski kayın hısımları bakımından cezanın artırılması uygulamasına gidilmelidir.²⁴¹

Hısımlık Türk Medeni kanuna göre tanımlanmalıdır. Buna göre hısımlık; gerçek kişiler arasında kan bağından veya Kanunda öngörülen hukuki işlem ve ilişkilerden doğan ve hukuk düzeni tarafından kendisine bazı sonuçlar bağlanan yakınlığı ifade etmektedir. Dolayısıyla hısımlık, kan bağıyla ya da kanunda düzenlenen şartların gerçekleşmesiyle oluşmaktadır. Bu suretle; kuruluş biçimine göre, kan hısımlığı, kayın hısımlığı ve evlatlık ilişkisinden doğan hısımlık olmak üzere üçe ayrılmaktadır.

Mağdur ile fail arasında Üvey baba, üvey ana, üvey kardeş, evlat edinen veya evlatlık ilişkisinin bulunması da failin fiilini gerçekleştirirken kolaylık sağlamaktadır. Failin mağdura erişimi kolay olmakta ve mağduru savunmasız yakalamaktadır.

Medeni kanunda da yalnızca üvey çocuklar ifade edilmiştir. Evlat edinen veya evlatlık ilişkisi ise 4271 sayılı Türk medeni kanununun 305 ila 320. maddeleri arasında düzenlenen hükümler ile belirlenecektir.

Söz konusu nitelikli halin uygulanabilmesi için belirtilen bağıın mevcudiyeti yeterlidir. Ayrıca failin nüfuzunun bulunması gibi bir durum aranmamaktadır.²⁴²

1.4.2.2.4. Suçun silahla veya birden fazla kişi tarafından işlenmesi

Türk Ceza Kanunda birçok suçta olduğu gibi Cinsel saldırı suçunun silahla veya birden fazla kişi ile işlenmesi durumunda cezanın arttırılması gerektiği öngörülerek nitelikli hal olarak tanzim edilmiştir. Verilecek cezanın yarı oranında arttırılacağına hükmedilmiştir.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunun 61. maddesinde cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulacak hususlara yer verilmiştir. Eğer ki somut olayda suç hem silahla hem de birden fazla kişiyle birlikte işlenmiş ise her iki nitelikli hal nedeniyle ayrı artırım

²⁴¹"Sanık hakkında açılan kamu davasında iddia olunan eylemin ikinci derece kayın hısımları arasında gerçekleştiği gözetildiğinde şartları oluşmamasına rağmen şikâyet tabi olduğu değerlendirilerek yazılı şekilde düşme kararı verilmesi hukuka aykırı bulunmuştur." Yarg. 9. CD, 18.09.2024 T., 2021/18800 E., 2024/7515 K.

²⁴²Kocaoğlu, 2016, a.g.k., 203.

nedeni sayılmamaktadır. Cezanın belirlenmesinde dikkate alınacaktır.²⁴³

Silah; TCK 'nın 6. maddesinin f bendinde Silah deyiminden; ateşli silahlar, patlayıcı maddeler, saldırı ve savunmada kullanılmak üzere yapılmış her türlü kesici, delici veya bereleyici alet, saldırı ve savunma amacıyla yapılmış olmasa bile fiilen saldırı ve savunmada kullanılmaya elverişli diğer şeyler, yakıcı, aşındırıcı, yaralayıcı, boğucu, zehirleyici, sürekli hastalığa yol açıcı nükleer, radyoaktif, kimyasal, biyolojik maddelerin anlaşılacağı belirtilmiştir. Kanun metninde her ne kadar 6. Maddenin başlığı tanımlar şeklinde öngörülmüş ise de silah deyiminin tanımı yapılmamış, silahın türlerinden bahsedilmiştir.

Dolayısıyla silah, somut olayda mağdurun önemli derecede yaralanmasına yol açabilecek savunma veya saldırıya yardımcı her çeşit eşya olarak tanımlanabilir. Bu bağlamda ateşli silahlar ve bıçaklar ve diğer aletler hakkındaki kanun bakımından silahlar ile Türk Ceza Kanunu'nda kullanılan silah ibaresi birebir örtüşmez. Ceza Kanunu'muzdaki silah; ateşli silahlar ve bıçaklar ve diğer aletler hakkındaki kanunda birinci maddesine göre Ateşli silahlarla mermileri, bıçaklarla salt saldırı ve savunmada kullanılmak üzere özel olarak yapılmış bulunan diğer aletleri, dördüncü maddesine göre kama, hançer, saldırma, şişli baston, sustalı çakı, pala, kılıç, kasatura, süngü, sivri uçlu ve oluklu bıçaklar, topuz, topuzlu kamçı, boğma teli veya zinciri, muşta ile salt saldırı ve savunmada kullanılmak üzere özel nitelikteki benzeri aletleri de kapsar. Vücudun bölümlerinin, hayvanların suçun icrası esnasında kullanılması silah sayılmamaktadır. Silah taşınabilir şeylerden oluşur. Bu nedenle cinsel saldırı suçunun işlendiği sırada mağdurun vücuduna penis ithali ya da hayvanın organının ithali suçun silahla işlendiği anlamına gelmez. Mağdurun iradesini ortadan kaldırmak amacıyla eterle uyutulması, göz yaşartıcı sprey sıkılması, karşı koyması halinde kendisine ateş edileceğinin söylenerek oyuncak tabanca doğrultulması (mağdur oyuncak tabanca olduğunu bilmiyor ise) suçun silahtan sayılan araçlara ve kullanımlarına örnek teşkil edebilir.²⁴⁴

Silahın cinsel saldırı suçunun işlendiği sırada yalnızca bulunmasının nitelikli halin uygulanması bakımından yeterli olup olmadığı konusunda farklı düşünceler vardır. Bazı yazarlar silahın doğrudan doğruya kullanılmasının gerekli olmadığını mağdura silahın varlığının bildirilmesi gösterilmesinin yeterli olduğunu düşünmektedir. Diğerleri ise failin silahlı olmasının nitelikli halin uygulanması bakımından yetersiz olduğu cezanın

²⁴³Akkaya, 2020, **a.g.k.**, 120.

²⁴⁴Tezcan, Erdem ve Önok, 2014, **a.g.k.**, 219, 221.

arttırılabilmesi için failin suçu işlediği sırada silahı kullanması gerektiğini düşünmektedir.²⁴⁵

İster yalnızca varlığından haberdar edilsin ister doğrudan doğruya fiilin icrasında kullanılsın önemli olan silahın mağdurun iradesini etkilemeye matuf olup olmadığıdır. Yani mağdurun iradesi silah nedeniyle fesada uğramış ise; silahın bizzat ateş edilmesine, kullanılmasına, doğrultulmasına gerek olmaksızın nitelikli halin uygulama alanı bulur.²⁴⁶ Elbette objektif mahiyette tehdit aracı olarak kullanılıp kullanılmadığı kıstası gözden kaçırılmamalıdır. Yani mağdur bulunan silahın “aksi davranış sergilemesi halinde kendisinde kullanılacağı kaçınılmaz düşüncesine” girmelidir.²⁴⁷ Sonuç olarak mağdurun direnci azalmakta fail silahtan güç almakta ve fiilin icrası kolaylaşmaktadır. Nitelikli hal olarak düzenlenmesindeki düşüncenin temeli bu nedene dayanmaktadır.²⁴⁸ Suçun silahla işlenmesi mağdurun vücut bütünlüğünü ve özgürlüğünü tehlike altında bırakmaktadır. Dolayısıyla müeyyidesi arttırılmıştır.²⁴⁹

Silahın araç olarak kullanılması fiilin icrası sırasında meydana gelmelidir. Fiilin icrasının ardından silah kullanılması suçun ikinci fıkrasının d bendinde düzenlenen nitelikli hal bakımından değil şartlarının varlığı halinde tehdit suçu bakımından değerlendirilebilir.²⁵⁰

Birden fazla kişiyle cinsel saldırı suçunun işlenmesi hem fail bakımından kolaylık hem de mağdur bakımından zayıflık meydana getirmekte, mağdurun direncini anlamsız hale sokmaktadır. Bu nedenle yaratacağı olumsuz etki göz önüne alınarak kanun koyucu cezayı arttırma yoluna gitmiştir.²⁵¹ 765 sayılı TCK’ nun 417. maddesinde de aynı minvalde “Yukarıdaki maddelerde yazılan fiil ve hareketler birden ziyade kimseler tarafından vuku bulursa kanunen muayyen olan ceza yarısı kadar artırılır.” denilmek suretiyle nitelikli hallerden sayılmış idi.

Türk Ceza Kanunu’nun 37/1 hükmünde suçun kanun suçun kanuni tanımında yer

²⁴⁵Akkaya, 2020, **a.g.k.**, 115.

²⁴⁶Kocaoğlu, 2016, **a.g.k.**, 206.

²⁴⁷"Sanığın katılana bıçak göstermek suretiyle korkuttuğu, katılanın direncini kırarak onunla cinsel ilişkiye girdiği, ardından yine ters ilişkiye girmek istediği fakat katılanın kabul etmemesi üzerine ikinci kez aynı şekilde ön cinsel bölgesinden zorla organ sokmak suretiyle ilişkiye girdiği sabit olduğundan, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 102/2, 102/3-d, 62, 53. maddeleri uyarınca 16 yıl 3 ay hapis cezası ile cezalandırılmasına ve hak yoksunluklarına karar verilmiştir." Yarg. 9. CD, 11.06.2024 T., 2023/3383 E., 2024/5899 K.

²⁴⁸Kocaoğlu, 2016, **a.g.k.**, 205.

²⁴⁹Tezcan, Erdem ve Önok, 2014, **a.g.k.**, 219.

²⁵⁰Akkaya, 2020, **a.g.k.**, 116.

²⁵¹Taştan, 2021, **a.g.k.**, 100.

alan fiili birlikte gerçekleştiren kişilerden her birinin fail olarak sorumlu olduğu belirtilmiştir.²⁵² Nitelikli halde yer alan birden fazla kişi TCK'ın m. 37/1 de belirtilen failden en az iki kişinin varlığını gerektirir. Suçun icra hareketleri gerçekleştirildiği esnada failler müşterek fail olarak sorumlu tutulabilecek şekilde hareket etmeleri halinde²⁵³ bu nitelikli hal nedeniyle müeyyide arttırılır.²⁵⁴

Cinsel saldırı suçunun azmettiren veya yardım eden sıfatıyla iştirak halinde işlenmesi durumunda salt bu sıfat itibarıyla fiil birden fazla kişiyle birlikte işlendi denilemez. Kural olarak²⁵⁵ birden fazla kişi şartı bakımından azmettiren ve yardım eden sayılmaz ancak birden fazla kişi tarafından gerçekleştirilmesiyle nitelikli halin uygulama alanı bulması halinde azmettiren ve yardım edenin de cezasında aynı oranda artırımı gidilir.²⁵⁶

Faillerin icrai hareketi icra ettikleri sırada önceden anlaşmaları aranmaksızın birlikte beraberce hareket etmeleri, suçun icra hareketleri birlikte egemen olmaları ve fiilleri Cinsel saldırı suçunun unsurlarını barındırması gerekir.²⁵⁷ Dolayısıyla cinsel saldırı aynı zamanda ve aynı yerde birden fazla kişi tarafından birlikte gerçekleştirilmesi gerekir ki cezanın ağırlaşmasını gerektiren nitelikli hal uygulanabilsin. Yani faillerin aynı

²⁵²"Ayrıntıları Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 08.03.2023 Tarihli ve 2022/214 Esas, 2023/128 Karar sayılı kararında belirtildiği üzere, "...Müşterek faillik Kanun'un 37 inci maddesinin birinci fıkrasında "suçun kanuni tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştiren kişilerden her biri, fail olarak sorumlu olur." şeklinde düzenlenmiştir. Müşterek faillikte birlikte suç işleme kararının yanı sıra, fiil üzerinde müşterek hâkimiyet kurulduğu için her bir suç ortağı fail statüsündedir. Müşterek faillik, suçun icrai hareketlerinin birlikte gerçekleştirilmesidir. "Suçun icrasına bulunulan katkı suçun başarıyla işlenmesi açısından zorunluluk arz ediyorsa bu suç ortağı müşterek faildir. Öyle ki suçun işlenişine bulunulan her bir müşterek katkı fiilin başarıyla tamamlanması açısından gereklilik arz ettiği gibi, bu müşterek katkılardan herhangi birinden vazgeçilmesi fiili gerçekleştirme ve fiili gerçekleştirilmeme akim kalma tehlikesine maruz bırakır." CGK 26.04.1982 T., 6-114 E., 171 K.

²⁵³"Aynı suç işleme kararı çerçevesinde, aynı zamanda ve mekânda, bir mağdura yönelik doğal anlamda birden çok hareketle nitelikli cinsel saldırı eyleminin hukuki anlamda tek bir fiili oluşturacağı, bu nedenle zincirleme suç hükümlerinin uygulanmasına ilişkin hukuki anlamda fiil çokluğunun söz konusu olmadığı ve farklı zamana ilişkin objektif koşulların da gerçekleşmediği, suçun iştirak hâlinde birden çok kişi tarafından müşterek fail sıfatıyla gerçekleştirilmiş olmasının nitelikli hâl olarak yaptırıma bağlandığı, esasen birden fazla kişinin iştirak ederek işlediği her suçta her bir failin diğerinin fiiline etkin ve müessir bir katkısının olmasının iştirakin zorunlu unsuru olup müşterek fail sıfatıyla işlenen her suçta zorunlu olarak zincirleme suç hükümlerinin uygulanması sonucunu doğuracağı, bu şekildeki uygulamanın TCK'nun 2. maddesindeki, kanunların suç ve ceza içeren hükümlerinde kıyas yapılamayacağı ve kıyasa yol açacak biçimde genişletici yorum yapılamayacağı ilkesine aykırılık oluşturacağı kuşkusuzdur." Yarg. CGKK, 01.11.2023 T., 2023/9-452 E., 2023/567 K.

²⁵⁴Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır, 2021, **a.g.k.**, 388.

²⁵⁵"Burada önemli olan mağdurun, yardım eden kimseyi de görerek, bu durumdan etkilenip etkilenmediğidir. Yardım eden mağdurun kendisini görmediği yerde gözcülük yapmış ise ve mağdur da bu kişinin orada olduğunu bilmiyorsa "birden fazla kimse" terimine tabi olmayacak, gözcülük yapmakla birlikte mağdur tarafından görüldüğü ve varlığından etkilenildiği hallerde bu kişi "birden fazla kimse" tabiri içinde değerlendirilecektir." Bkz. Akkaya, 2020, **a.g.k.**, 117.

²⁵⁶Akkaya, 2020, **a.g.k.**, 120; Tezcan, Erdem ve Önok, 2014, **a.g.k.**, 357.

²⁵⁷Kocaoglu, 2016, **a.g.k.**, 207.

mekânda ve aynı zamanda saldırı fiillerini/kısımlarını birlikte icra etmeleri gerekir. Aynı mekân ve zamanda mağdura cinsel saldırıda bulunmuşlarsa birbirlerinin fiillerini kolaylaştırma/yardım etme ilişkilerine bakılmaksızın nitelikli hal uygulanır.²⁵⁸

Faillerin suçun icrasından önce aralarında anlaşmış olmaları gerekli değildir.²⁵⁹ Faillerden her biri cinsel saldırıyı gerektiren tüm fiilleri bizzat işlemesine gerek yoktur. Birlikte deyiminden birden fazla kişinin suçun işlediği sırada beraber hareket etmeleri anlamı çıkarılmalıdır. Örneğin birden fazla failin hepsinin cinsel organ ithal etmesine gerek yoktur. Birinin mağdura cebir uygulaması veya kapıyı tutarak kaçmasını engellemesi diğerinin organ ithal etmesi her iki fail bakımından nitelikli halin uygulanması için yeterlidir.²⁶⁰ Bu fiiller suçun işlenmesi bakımından tamamlayıcı niteliktedirler. Yani failler tarafından aynı cinsel davranış bölümlere ayrılarak işlenebileceği gibi elbette her bölümün her fail tarafından işlenmesi de aynı sonucu doğurur.²⁶¹

Suçun teşebbüs aşamasında kalması nitelikli halin uygulanmasına engel değildir. Hatta faillerden birinin davranışlarını yönlendirme yeteneğine sahip olmaması nitelikli halin uygulanmayacağı anlamına gelmez.²⁶² Dolayısıyla birden fazla kişiyle işlenmesi nedeniyle yapılacak artırım yine uygulanır. Çünkü TCK'ın 40/1. maddesinde bağlılık kuralı gereği suçun işlenişine iştirak eden her kişi, diğerinin cezalandırılmasını önleyen kişisel nedenler göz önünde bulundurulmaksızın kendi kusurlu fiiline göre cezalandırılacağı hükmedilmiştir.²⁶³ Diğer faillerin yakalanamamış olması, ölmesi, ceza yerine güvenlik tedbirlerine mahkûm olması, kim olduğuna dair kimlik bilgilerinin tespit edilememiş olması diğer fail hakkında uygulanacak ve fiilin birden fazla kişiyle birlikte işlenilmesi nedeniyle cezanın ağırlaştırılmasına engel değildir.²⁶⁴ Fail ve mağdurların ayrı veya aynı cinsiyette olmaları da önemli değildir.

Nitelikli hal dolayısıyla birden fazla kişiyle birliktelik aynı mağdura karşı cinsel saldırı suçunun işlenmesi durumunda mümkündür. Yani birden fazla kişi aynı anda birden fazla kişiye cinsel saldırıda bulunursa; her bir fail farklı mağdura karşı tek başına cinsel

²⁵⁸Taştan, 2021, **a.g.k.**, 103.

²⁵⁹Taştan, 2021, **a.g.k.**, 101.

²⁶⁰Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır, 2021, **a.g.k.**, 388.

²⁶¹Özbek, Doğan ve Bacaksız, 2020, **a.g.k.**, 342.

²⁶²Akkaya, 2020, **a.g.k.**, 118; Kocaoğlu, 2016, **a.g.k.**, 208.

²⁶³B. Akbulut (2016). *Ceza hukuku genel hükümler*. (Gözden geçirilmiş ve genişletilmiş 3. Baskı), Ankara: Adalet Yayınevi, s. 631.

²⁶⁴Taştan, 2021, **a.g.k.**, 101

saldırıda bulunduğundan ve birlikte olmalarının fiili gerçekleştirmelerini kolaylaştırmadığından nitelikli hal meydana gelmeyecektir. Mağdur sayısının tekliği çokluğu etkili değildir.²⁶⁵ Yeter ki aynı mağdura mağdur da birden fazla ise her mağdur bakımından fiili gerçekleştiren faillerin birden fazla olması şartı sağlanmış olsun. Örneğin, mağdurun tek failin birden fazla olduğu durumlarda nitelikli halin uygulanması bakımından tereddüt hasıl olmaz iken mağdurun da failin de birden fazla olması halinde somut olaya bakılarak faillerden her birinin bir başka mağdura cinsel saldırıda bulunup bulunmadığına veya fiili birden fazla mağdura yönelik birlikte işleyip işlemedikleri tahlil edilmelidir. Buna göre ceza artırımına karar verilmelidir.²⁶⁶

Faillerden her birinin kastı cinsel saldırı suçunu işlemeye yönelik olmalıdır. Failin biri cinsel saldırı suçunu gerçekleştirirken örneğin, mağdurun penisini sıkarken diğerinin yalnızca cinsel içerikli söz söylemesi ve aralarında cinsel saldırı suçunun işleneceği yönünde bir iştirak iradesi bulunmazken “Suçun birden fazla kişiyle birlikte işlenmesi” terimini kastın aynı doğrultuda olmaması nedeniyle karşılamadığından uygulanmaz.²⁶⁷

1.4.2.2.5. Suçun insanların toplu olarak bir arada yaşama zorunluluğunda bulunduğu ortamların sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle işlenmesi

Suçun mağdur ile failin bulunduğu ortam nedeniyle mağdurun daha savunmasız hissettiği, failin ise fiilini daha rahat meydana getirebileceği düşünülerek bu nitelikli hal düzenlenmiştir.²⁶⁸ Bireyler bu ortamlarda kendilerini koruma içgüdüleri içerisinde bulunmadıklarından güvende hissetmekte ve tedbir alma gereksinimi duymamaktadırlar.²⁶⁹ Bu nitelikli hal yeni yasada yer almamakta idi. 28/06/2014 tarihli Resmî Gazetenin yayımlanmasıyla 6545 sayılı yasanın 58. maddesi ile yapılan değişiklik ile getirildi.

Madde metninde insanların toplu olarak bir arada yaşama zorunluluğunda olduğu ortamlar açıkça ifade edilmemiştir. Yasada 102. maddede yapılan değişikliğe ilişkin hükümet tasarısında “insanların toplu olarak bir arada yaşamasının zorunlu olduğu kışla, ceza infaz kurumu, öğrenci yurdu, okul pansiyonu ve hastane gibi yerlerde” şeklinde

²⁶⁵Kocaoğlu, 2016, **a.g.k.**, 207.

²⁶⁶Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır, 2021, **a.g.k.**, 388; Taştan, 2021, **a.g.k.**, 106.

²⁶⁷Akkaya, 2020, **a.g.k.**, 119-120; Taştan, 2021, **a.g.k.**, s. 103.

²⁶⁸Tezcan, Erdem ve Önok, 2014, **a.g.k.**, 358.

²⁶⁹Koca ve Üzülmüş, 2020, **a.g.k.**, 342.

açıklamada bulunulmuştur.

Kanun metninin yorumlanmasıyla öncelikle bir arada bulunmak sonrasında bir arada yaşama zorunluluğu doğuran bir halin varlığı gerekmektedir. Bu zorunluluk kişilerin iradesinden kaynaklanmamalıdır.²⁷⁰ Bu minvalde otel odasında bulunmak, arkadaşının evine ziyarete gitmek, spor müsabakalarının yapıldığı yerler, toplu taşıma araçları nitelikli hal kapsamında değerlendirilmemektedir.²⁷¹ Üçüncü olarak ortamın sağladığı kolaylıktan faydalanılması aranmaktadır. Dolayısıyla aynı hastanede yatan hastaların birbirine karşı eylemleri nitelikli hali oluştururken doktorunun hastanede diğer bir doktora cinsel eylemi nitelikli hali meydana getirmez.²⁷² Aynı doğrultuda cezaevinde kalan hükümlüler bakımından birbirlerine karşı cinsel saldırı fiillerini gerçekleştirmeleri ya da gardiyanın hükümlüye karşı gerçekleştirmesi nitelikli hali uygulanabilir kılar. Ancak ziyarete gelen kişinin hükümlüye cinsel saldırıda bulunması durumunda nitelikli hal uygulanamaz.

Sonuç olarak, nitelikli halin “Suçun İnsanların toplu olarak bir arada bulunduğu ortamların sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle işlenmesi” şeklinde değil de “Suçun İnsanların toplu olarak bir arada yaşama zorunluluğunda bulunduğu ortamların sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle işlenmesi” şeklinde düzenlenmesi daha uygun olurdu. Çünkü bu haliyle insanların bir arada bulunması, nitelikli halin uygulanması bakımından yeterli görülmemektedir.²⁷³ Hem insanlar bir arada bulunacak hem bulunma zorunluluk ifade edecek hem de fiil gerçekleştirilirken bu durumdan

²⁷⁰“Bu nitelikli halin kanun gereği (askerlik); elverişsiz ekonomik durum (yatılı okul); kötü sağlık durumu (hastane); öksüz, yetim, kimsesiz olma durumları (Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Yurdu); mahkumiyet (cezaevi/ıslahevi) gibi hayatın çeşitli olumsuzluklarına düşer olduğu için bir arada yaşamaya mecbur kalmış adeta kaderin sillesini yemiş olarak tabir edebileceğimiz kişileri birbirlerinden korumak olduğunu düşündük. Zaten bu ortamların kolaylığından yararlanılarak cinsel saldırıda bulunan bir failin sahip olduğu “haksızlık muhtevası yoğunluğu”nun (unrechtsintensivierung) yüksekliği ve bu faile daha ağır bir ceza uygulamak gerekliliği de adalet ve hakkaniyet gereği ortadadır. Düşük bir ihtimal de olsa bu tarz yerlerde işlenen cinsel saldırı eylemlerinin daha ağır cezalandırılması potansiyel failerde caydırıcılık oluşturabilir. Ancak en ağır cezalar dahi suçu önleyememiştir. Bu nedenle toplumu ve insanları eğitmek öncelikli önemlidir.” Bkz. Kocaoğlu, 2016, **a.g.k.**, 209.

²⁷¹Akkaya, 2020, **a.g.k.**, 121.

²⁷²Tezcan, Erdem ve Önok, 2014, **a.g.k.**, 358.

²⁷³“Sanığın olay günü şikâyetçiye yönelik fiziksel temas içeren eyleminin kısa süreli, ani ve kesintili olması nedeniyle 5237 sayılı Kanun'un 102/1-2. cümlesinde düzenlenen sarkıntılık suretiyle cinsel saldırı suçu kapsamında kaldığı ve aynı Kanun'un 102/3-e. maddesinin tatbik edilebilmesi için, anılan maddenin gerekçesinden de anlaşılacağı üzere suçun yetiştirme yurdu, ceza infaz kurumu, öğrenci yurdu, okul pansiyonu ve hastane gibi insanların toplu olarak bir arada yaşama zorunluluğunda bulunduğu ortamların sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle işlenmesi gerektiği, dava konusu olayda sanığın metrobüs içerisinde yolculuk yaparken atılı suçu işlediği ve eylemin gerçekleştiği metrobüsün anılan maddede “insanların toplu olarak bir arada yaşama zorunluluğunda bulunduğu ortamlar” şeklinde tarif edilen yerlerden olmadığı gözetilmeden yazılı şekilde karar verilmesi hukuka aykırı bulunmuştur.” Bkz. Yarg. 9. CD, 12.06.2024 T., 2021/15075 E., 2024/6007 K.

faaydalanılacak. Ancak bu hallerde hüküm uygulanabilir olmaktadır. Oysa bireyler konser, toplantı, gösteri gibi nedenlerle bir arada bulunduklarında da cinsel saldırı fiiline karşı savunmasız ve tedbirsiz yakalanmaktadırlar. Aksi görüşe göre bendin her türlü toplu halde bir arada bulunma şekliyle uygulanabilirlik kazanması belirsizlikler ve karmaşıklık yaratacağından birlikteliğin sürekli ve fiili bir arada yaşama şeklinde ortaya çıkması makul ve uygun görölmektedir.²⁷⁴

1.5. Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Cinsel Saldırı

Ceza hukukumuzda bazı suç tipleri öncelikle içeriğinde barındırdığı neticenin yanında genellikle kast edilenden daha ağır, bir başka neticeyi de barındırabilmektedir. Dolayısıyla fail aslında ağır neticeyi getirmek istemediğini kanunda belirlenen işlemeyi kast ettiğı suç tipini işlediğinden bahisle savunmada bulunsa da ortaya çıkan netice kast ettiğinden daha ağır sonuçlar meydana getirmiş olmaktadır. Bu durumda fail ağır neticeden sorumlu tutulmaktadır.²⁷⁵

Cinsel saldırı suçu bakımından maddenin dördüncü fıkrasında failin suçu işlediğı sırada uyguladığı cebir ve şiddetin mağdurda yaralanmanın ağır sonuçlarını meydana getirmesi halinde fail her iki suç bakımından da cezalandırılacaktır. Kanuni tanımda adı geçen yaralanmanın ağır sonuçları şeklindeki ibarenin karşılığı kasten yaralama suçunun ağırlaşmış hallerini ifade etmektedir. Dolayısıyla failin fiilinin Türk Ceza Kanunu'nun 87. maddesinde yer alan sonuçlara vücut vermesi halinde daha ağır cezalandırılacağı öngörülmüştür.

Maddenin beşinci fıksında ise mağdurun bitkisel hayata girmesi veya ölümü hüküm altına alınmıştır. İlgili düzenleme bakımından bitkisel hayat şeklindeki durum hekimler tarafından hazırlanacak bilirkişi raporları ile tespit edilebilecek tıbbi bir kavramdır. Yine faile meydana getirmiş olduğu fiili sonucu mağdurun bitkisel hayata girmesi veya ölmesi halinde ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası verileceğı öngörölerek düzenleme yapılmıştır.

Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç kavramında failin fiili, kastettiğı neticeden daha ağır bir netice meydana getirmesi halinde uygulama alanı bulacaktır. Oysa TCK'nun 23. maddesinde yer alan netice sebebiyle ağırlaşmış suç başlıklı hükümde fiilin daha ağır netice veya kastedilenden başka bir neticenin oluşumu şeklinde açıklanması,

²⁷⁴Özbek, Doğan ve Bacaksız, 2020, **a.g.k.**, 342-343.

²⁷⁵K. Doğan (2011). *Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar*. Ankara: Adalet Yayınevi, s. 1.

kastedilenden başka bir neticenin her zaman kastedilenden daha ağır netice doğurmayabileceği görüşü ile eleştirilmektedir.²⁷⁶

İKİNCİ BÖLÜM

2. KUSURLULUK VE SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİ

2.1. Kusurluluk

Kusurluluk, cezalandırılabilir fiilin koşuludur. Failin işlediği fiilden dolayı kınanabilirliğine ilişkin bir değerlendirmedir. Kusur yeteneğinin bulunması ve kusurluluğu kaldıran hallerin bulunmaması, kusurluluğun şartıdır. Kusur yeteneğini etkileyen hâller “yaş küçüklüğü, akıl hastalığı, sağır ve dilsizlik, geçici nedenler, alkol veya uyuşturucu madde etkisi altında olma” durumlarıdır.

Manevi unsur ile kusurluluk birbiri ile ilişkili kavramlardır. Manevi unsur kast ve taksiri kapsar ancak bunlar kusur türleri değildir. Dolayısıyla her iki kavram birbirinden farklıdır.²⁷⁷

Kusur yeteneğini etkileyen hâller “yaş küçüklüğü, akıl hastalığı, sağır ve dilsizlik, geçici nedenler, alkol veya uyuşturucu madde etkisi altında olma” durumlarıdır. Zorunluluk hâli, amirin emri, meşru savunmada sınırın aşılması, cebir/şiddet/tehdit, haksız tahrik, hata hâlleri kusurluluğu kaldıran/azaltan hallerdir.²⁷⁸

Bu bağlamda rıza dışı aldığı, örneğin arkadaşları tarafından içeceğine şaka olsun diye konulan alkol ya da uyuşturucu madde etkisinde cinsel saldırı suçunu işleyen kimse bakımından cezai sorumluluk doğmayacaktır. Nitekim rıza dışı alınan alkol ya da uyuşturucu madde, kişinin algulama yeteneğini kaldırır ya da irade yeteneğini son derece sınırlandırır, failin kınanabilirliği söz konusu olmayacaktır.

2.2. Teşebbüs ve Gönüllü Vazgeçme

Teşebbüsün kelime anlamı “bir iş yapmaya davranma, işe el atma girişme”dir. Teşebbüs Türk Ceza Kanunu’nun 35. maddesinde suça teşebbüs başlığı altında “Kişi, işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaz ise teşebbüsten dolayı sorumlu tutulur.”

²⁷⁶Yurtcan, 2018, **a.g.k.**, 22.

²⁷⁷Özgenç, 2013, **a.g.k.**, 366.

²⁷⁸H. Zafer (2011). *Türk ceza hukuku genel hükümler*. (2. Baskı), İstanbul: Beta Yayınevi s. 131.

şeklinde düzenlenmiştir. Genel olarak, ceza hukuku anlamında teşebbüs, suçun yasal unsurlarından olan fiilin icrasına elverişli hareketlerle başlamış olması ancak failin elinde olmayan sebeplerle fiilin tamamlanamamış olması, suç tipinin objektif nitelikteki unsurlarının kısmen ya da tamamen gerçekleştirilememesidir.²⁷⁹ Ya da icra hareketleri tamamlanmıştır ancak netice gerçekleşmemiştir. Elverişlilik suçta kullanılan eşyanın veya suçu gerçekleştirmeye yönelik fiilin o sonuca matuf olabilme gücüdür.²⁸⁰ Kısaca teşebbüs elde olmayan nedenlerle suçun tamamlanamaması anlamına gelmektedir. Teşebbüsün mümkün olduğu durumlarda suç tamamlanmadığından meydana gelen zarar veya tehlike göz önüne alınarak tamamlanmış haline verilecek cezadan daha az bir cezaya hükmolunur.

Cinsel saldırı suçuna teşebbüsün uygulanıp uygulanamayacağına karar verilebilmesi için öncelikle cinsel saldırı suçunun tamamlanma anını belirlemekte fayda bulunmaktadır. Cinsel saldırı suçu, cinsel yönden mağdurun vücut dokunulmazlığının ihlal edilmesiyle tamamlanmaktadır. Yani cinsel nitelikli eylemin mağdurun vücut bütünlüğünü bozacak şekilde gerçekleştirilmesi ile suç tamamlanmış olur. O halde cinsel davranış suçu sırf hareket (sonucu olmayan) suçlarındandır.²⁸¹

Cinsel saldırı suçunu meydana getiren hareketlerin kısımlara ayrılabilir olması halinde teşebbüs hükümleri uygulanabilir.²⁸² Yargıtay uygulaması da bu yöndedir.²⁸³ Failin cinsel anlamda kendini doyurmuş olması ya da orgazm olması şart değildir.²⁸⁴ Ya da fail mağdurun vücut dokunulmazlığını ihlal etmesine rağmen tatmin olmamış olsa dahi suç tamamlanmıştır.²⁸⁵ Cinsel organ veya sair cismin tamamının ya da bir kısmının sokulması bakımından da fark gözetilmez. Organ veya sair cisim az da olsa sokulmuş olsa nitelikli halin tamamlanmış olması için yeterlidir.²⁸⁶ Çünkü burada korunan hukuki değer mağdurun faile haz verip vermemesi değildir. Korunan hukuki değer bizzat mağdurun cinsel davranışlarla vücut dokunulmazlığının ihlalidir. Aynı durum suçun

²⁷⁹Öztürk ve Erdem, 2014, **a.g.k.**, 313.

²⁸⁰Pakır, 2018, **a.g.k.**, 184.

²⁸¹Taner, 2013, **a.g.k.**, 218-219.

²⁸²Akkaya, 2020, **a.g.k.**, s 137; Taştan, 2021, **a.g.k.**, 135.

²⁸³"Olayın intikal şekli ve zamanı, mağdurenin aşamalarındaki beyanları, raporlar, sanık savunması ile tüm dosya içeriği nazara alındığında, sanığın olay günü aracına aldığı mağdureyi öpmeye ve pantolonunu indirmeye çalışması şeklindeki eylemlerinin 5237 sayılı Kanun'un 102 nci maddesinin birinci fıkrasında düzenlenen cinsel saldırı suçunu oluşturduğu gözetilerek hüküm kurulması gerekirken suç vasfının tayininde yanılığa düşülerek nitelikli cinsel saldırı suçuna teşebbüsten mahkumiyet kararı verilmesi hukuka aykırı bulunmuştur." Bkz. Yarg. 9. CD, 17.01.2024 T., 2023/11409 E., 2024/421 K.

²⁸⁴Taştan, 2021, **a.g.k.**, 135.

²⁸⁵Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır, 2021, **a.g.k.**, 396.

²⁸⁶Taner, 2013, **a.g.k.**, 220.

nitelikli halinde de geçerlidir.

Cinsel saldırı suçlarında teşebbüsün kapsamı, mağdurun vücut dokunulmazlığının ihlalini meydana getirebilecek ve cinsel davranışlarla belirli bağlantı veya yakınlık bulunan fiilin gerçekleşmesi ile başlar.²⁸⁷ Dolayısıyla organ veya sair cismin tamamının veya bir kısmının sokulmuş olması, mağdurun cinsel bölgelerine sürünmüş olması bu hareketin faili cinsel tatmine ulaştırması ya da ulaştırmaması fark etmeksizin mağdurun vücuduna organ veya sair cisim sokulması ya da vücut dokunulmazlığının ihlal edilmesi ile suç tamamlanmaktadır.

Cinsel saldırı suçunu meydana getiren hareketler bakımından her biri için icra hareketleri kendine özgü değerlendirilmelidir. Birinci fıkrada yer alan temel hali için icra hareketi niteliğinde olan fiil, ikinci fıkrada yer alan organ veya sair cisim sokulması suretiyle işlenebilmesi için yeterli ve elverişli bir fiil olmayabilir. Fiilin bu özelliği tartışılmaksızın icra hareketlerinin başladığı anın saptanması da mümkün olmayacağından teşebbüs hükümlerinin uygulanabilirliği de doğru değerlendirilemez. Çünkü düşünceler ya da kanunla suç olarak tanımlanmayan fiiller cezalandırılmaz.

Suçun icra hareketlerinin içeriği ile ilgili başkaca bir konu da kanuni metninde yer almayan ancak kullanılmaksızın suçun işlenebilmesinin mümkün olmadığı tehdit, cebir, hile gibi araçlar bakımından bu araçlara ilişkin davranışın gerçekleştirilmesinin icra hareketlerinin başladığının delaleti kabul edilip edilmeyeceğidir. Bir bütün olarak baktığımızda suçun birinci fıkrası bakımından cinsel davranışlarla vücut dokunulmazlığının ihlali, vücut teması yönünde, ikinci fıkrası bakımından vücuda organ veya sair cisim sokulması yönünde bir davranışın varlığı bulunmalı ki teşebbüs hükümleri uygulama alanı bulabilsin. Yani mağdurun rızasını bertaraf etmeye yönelik bu girişimlerin varlığı her halde cinsel saldırıya teşebbüsün icra hareketleridir denilemez. Örneğin, “Benim cinsel organımı ağzına almazsan seni keserim” şeklinde söylemde bulunan failin salt bu söylemi ile cinsel saldırı suçuna teşebbüs değerlendirildiğinde, olayda fail cinsel dokunulmazlığa yönelik bir saldırı gerçekleştireceğinden bahisle mağduru tehdit etmek suretiyle Türk Ceza Kanunu’nun 106/1.1.c maddesinde yer alan tehdit suçunu işlemiştir. Cinsel saldırı suçuna teşebbüs bakımından cezalandırılması mümkün değildir. Başka bir örnekte; failin mağdurun direncini kırmaya yönelik bacaklarını ayırması bu sırada kolluk birimlerinin müdahale ettiği olayda failin cinsel

²⁸⁷Taştan, 2021, a.g.k., 135.

saldırı suçunu işlemeye yönelik icra hareketlerine başladığını söylemek mümkündür. Zira burada artık failin kasten yaralama ya da cebir suçunu işlediği, kastının bu yönde olduğunu belirtmek doğru olmaz.²⁸⁸

İkinci fıkra da belirtilen halin suçun nitelikli hali olduğu, nitelikli halin gerçekleşmemesi halinde zati bu durumun birinci fıkraya vücut verdiği şeklinde ileri sürülen görüşler²⁸⁹ bulunmaktadır. Her ne kadar aynı madde içerisinde yer alıyor olsalar ve basit cinsel saldırı ya da nitelikli cinsel saldırı şeklinde adlandırılıyorlar iseler de her iki fıkra da ayrı yaptırımları öngörmekte, ikinci fıkra da failin kastı organ sokmak suretiyle cinsel saldırıyı gerçekleştirmek şeklinde tezahür etmektedir. Dolayısıyla TCK'ın 35. maddesindeki failin işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaması şeklindeki durum nedeniyle teşebbüsten dolayı sorumlu tutulacağı kuralının organ sokmak suretiyle cinsel saldırı suçunu işlemeyi kasteden fail bakımından uygulanmaması, failin basit cinsel saldırı ya da temasın bulunmaması halinde cinsel taciz suçundan ceza alması eksik ceza tayinine ve adaletsizliğe neden olacaktır. Şunu da belirtmek gerekir ki nitelikli cinsel saldırı suçunu işleme konusunda karar verip icra hareketlerine başladıktan sonra elinde olmayan sebeple organ veya sair cisim sokamayan failin basit cinsel saldırıdan sorumlu tutulması ile nitelikli cinsel saldırıyı işleme konusunda karar verip icra hareketlerine başladıktan sonra gönüllü vazgeçen failin basit cinsel saldırıdan sorumlu tutulması da ayrı bir sorunu beraberinde getirecektir. Dolayısıyla suçun hem temel haline hem nitelikli haline²⁹⁰ teşebbüsün mümkün olduğu açıklanan örneklerle de ortadadır.²⁹¹ Yargıtay kararları da bu doğrultudadır. Kanun metninde nitelikli hale teşebbüsü engelleyen açık bir hüküm de bulunmamaktadır.²⁹²

Cinsel saldırı suçunun devamında düzenlenen neticesi sebebiyle ağırlaşmış halleri bakımından netice meydana gelmeden bu hükümlerin uygulama alanının bulunmadığı bilgisi dahilinde neticenin meydana gelme ihtimali şeklindeki ileri öngörü ile teşebbüs hükümlerinin uygulanması beklenemez. Zira neticesi sebebiyle ağırlaşmış halden

²⁸⁸Taner, 2013, **a.g.k.**, 222.

²⁸⁹Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır, 2021, **a.g.k.**, 396; Koca ve Üzülmöz, 2020, **a.g.k.**, 346-347.

²⁹⁰Koca ve Üzülmöz, 2020, **a.g.k.**, 335.

²⁹¹A. C. Tuğrul (2010). *Cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar ve ensest ilişkiler*. Ankara, s. 117; G. Taneri (2014). *Cinsel suçlar*. (1. Baskı), Ankara: Bilge Yayınevi, s. 93; R. Gündüz (2015). *6545 sayılı Kanunla değiştirilen 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar*. Ankara: Bilge Yayınevi, s. 54; Akkaya, 2020, **a.g.k.**, 137; Parlar ve Banko, 2014, **a.g.k.**, 15; Taştan, 2021, **a.g.k.**, 136.

²⁹²Pakır, 2018, **a.g.k.**, 186; Taner, 2013, **a.g.k.**, 220.

sorumluluk, istenmeyen sonuçtan sorumluluğun bir türüdür. Suçun temel hali failin kast ettiği ve gerçekleştirdiği, teşebbüs ettiği fiili cezalandırırken neticesi sebebiyle ağırlaşmış hali failin kast ettiği suç tipi ile bağlantılı olan eylemi nedeniyle kanuni metinde belirtilerek sayılan ancak failce kast edilmemiş başkaca daha ağır sonuçlara sebebiyet veren fiilin daha ağır cezalandırılmasıdır. Yani bu nedenle cinsel saldırı suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerine teşebbüs hükümlerinin uygulanması mümkün değildir.²⁹³ Yargıtay'ın yerleşik kararları da aynı doğrultudadır. Ancak failin fiili suçun birinci veya ikinci fıkrası bakımından teşebbüs aşamasında kalmış ya da gönüllü vazgeçmiş ise teşebbüs aşamasına kadar ki fiili de mağdurun ölmesine, bitkisel hayata girmesine neden olmuş ise fail bu ağır neticeden sorumlu tutulmalıdır. Örneğin failin mağdura karşı cinsel saldırı fiilini gerçekleştirmek için mağdurun direncini darp uygulamak suretiyle kıldığı sırada üçüncü kişilerin müdahalesi sonucu eylemini tamamlayamamış ancak mağdurun aldığı darbeler neticesinde bitkisel hayata girmesine sebep olmuş olabilir.²⁹⁴ Temel ceza belirlenirken teşebbüs indirimi yapıldıktan sonra neticesi sebebiyle ağırlaşmış hale neden olması hasebiyle de artırım yapılması gerekmektedir. Ancak bu da cezanın belirlenmesindeki sıralamaya yani Türk Ceza Kanunu'nun 61. maddesinin dördüncü ve beşinci fıkralarına aykırı sonuç doğurmaktadır. TCK' nun 102/5. maddesi müebbet hapis cezasını öngördüğünden sonuç cezada bir değişiklik olmayacaktır.²⁹⁵

Teşebbüs nedeniyle yapılacak indirim oranı takdir edilirken failin fiilini tamamlayamadığı ana kadar gerçekleştirdiği fiillerin ağırlığı dikkate alınarak hareket edilmesi gerekmektedir. Çünkü teşebbüs hükümlerinin uygulanması halinde belirlenen cezadan dörtte üç oranına kadar indirim yapılabilir. Cinsel saldırı suçuna teşebbüs edildiğinde suçun tamamlanamadığı ana kadar gerçekleştirilen cinsel dokunulmazlığın ve özgürlüğün ne derecede ihlal edildiği ve zarar gördüğü mülahaza edilerek uygulanacak indirim belirlenmelidir. Failin tamamlamadığı fiil nedeniyle esasında mevcut olan kastının tayin ve tespiti için failin sözlerinin, olayı gerçekleştirmek istediği yerin, mağdurun vücudundaki bulguların incelenmesi gerekli görülmesi halinde adli tıp kurumu ihtisas dairelerinden rapor alınması gerekmektedir. Failin kastının net şekilde belirlenememesi halinde lehine yorum yapılması gerekmektedir. Hem gönüllü vazgeçme

²⁹³Pakır, 2018, **a.g.k.**, 188.

²⁹⁴Koca ve Üzülmüş, 2020, **a.g.k.**, 347.

²⁹⁵Taner, 2013, **a.g.k.**, 221.

hükümlerinin hem de teşebbüs hükümlerinin doğru değerlendirilebilmesi için tıbbi bulguların nitelikli cinsel saldırı suçuna teşebbüs sırasında meydana gelip gelemeyeceği ya da suçun işlenmesi sırasında oluşup oluşmayacağı gibi soruların açığa kavuşturulması için uzman görüşüne başvurulmalıdır. Ya da failin mağdura karşı niyetini belli eder “senin sahibin olacağım, seni kadının yapacağım, benim yatağımın kölesi olacaksın, bu iş bittiğinde kimse seni benden alamayacak” gibi söylemlerde bulunması, mağduru ıssız yerlere götürmesi, mağduru soyunmaya zorlaması ya da direncini ortadan kaldıracak şekilde ellerinden ayaklarından bağlaması, mağdurun direncinin kırılması için gazozuna uyku ilacı atması gibi durumlar da değerlendirilmelidir. Failin kastı yine de ortaya konulamazsa şüpheden²⁹⁶ sanık yararlanır ilkesi gereği değerlendirilerek hareket edilmelidir.²⁹⁷

Fail mağdurun vücut bütünlüğünü cinsel nitelikli hareketleriyle ihlal ederken elinde olmayan nedenlerle eylemi bırakmak zorunda kalabilir. Bu durumda eylem ani kesik süreksiz kalmış olabilir. Failin kastının sarkıntılığı aşacak eylemde bulunmak olduğunun ispatlanması halinde birinci cümleye teşebbüs, ispatlanamaması halinde şüpheden sanık yararlanır ilkesi gereği sarkıntılığın tamamlanmış şekliyle cezalandırılması gerekmektedir. Örneğin; failin mağdur uyurken odasına girmesi pijamalarını kesmesi ve mağdurun ailesinin haberinin olması üzerine pencereden kaçması şeklindeki eylem suçun

²⁹⁶"İlk olayda sanığın şikayetçiye saldırdığı, şikayetçinin göğüslerine ve kalçasına dokunmaya başladığı, astım hastası olan şikayetçinin nefesinin kesilmesi sebebiyle su almasına izin verdiği, şikayetçi sakinleştikten sonra tekrar şikayetçinin göğüslerine ve vücudunun değişik yerlerini okşadığı, sonra şikayetçinin alt çamaşırlarını çıkararak "5.000 TL'lik götünü görelim" dediği, şikayetçinin "Ben annen sayılıyım, bunları yapmaya utanmıyor musun" diyerek sanıktan durmasını istediği, bunun üzerine şikayetçiye bırakan sanığın Kur'an getirerek şikayet etmemesi için şikayetçiye el bastırdığı; ikinci olayda şikayetçinin mutfaka geçerek eşyaları yerleştirdiği sırada sanığın, şikayetçinin arkasından sarılarak cinsel organını şikayetçinin kalçasına dayadığı ve göğüslerini tuttuğu, bu sırada şikayetçiye soymaya çalıştığı, şikayetçiye "Sen ağladıkça ben zevke geliyorum, bugün senin işini halledeceğim benim olacaksın" diyerek kendi gömleğini çıkarmaya başladığı, bu esnada şikayetçinin çekmecedan bıçağı alarak "Sakin bana dokunma, seni öldürürüm" diyerek kendisini savunduğu, balkona çıkarak yardım istediği ancak kimseye sesini duyurmadığı, sonra kızını arayarak yardım istediği, sanığın organ sokmak suretiyle nitelikli cinsel saldırı eylemine yönelik başladığı icrai hareketlerini sonuna kadar götürebilme imkanı bulunduğu halde katılanın aşılabilir mukavemeti dışında ciddi bir engel neden olmaksızın kendiliğinden bıraktığı ve mevcut haliyle sübuta eren eyleminin 5237 sayılı Kanun'un 102/1. maddesinde düzenlenen basit cinsel saldırı suçunu oluşturduğu gözetilerek hüküm kurulması gerekirken suç vasfının tayininde yanılığa düşülerek nitelikli cinsel saldırıya teşebbüsten mahkumiyet kararı verilmesi hukuka aykırı bulunmuştur." Yarg. 9. CD, 18.09.2024 T., 2021/14935 E., 2024/7479 K.; "Sanığın, katılan Mehmet'in aşılabilir mukavemeti dışında organ sokma eylemini tamamlamasına engel harici neden olmaksızın eylemini kendiliğinden sonlandırdığının anlaşılması karşısında mevcut haliyle sübuta eren eyleminin cinsel saldırı suçunu oluşturduğu gözetilerek hüküm kurulması gerekirken suç vasfının tayininde yanılığa düşülerek nitelikli cinsel saldırıya teşebbüs suçundan mahkumiyet kararı verilmesi hukuka aykırı bulunmuştur." Yarg. 9. CD, 18.09.2024 T., 2021/14562 E., 2024/7525 K.

²⁹⁷Taştan, 2021, a.g.k., 142-145.

temel haline teşebbüsü meydana getirmektedir. Eğer bu örnekte mağdurun da üzerini çıkartmış ve mağdura cinsel organını duhul etmeye hazırlanmış vaziyette iken mağdurun ailesinin odaya girmesi söz konusu olsa idi bu defa nitelikli hale teşebbüsten bahsedilmiş olacaktı. Başka şekliyle failin odada mağdura silah gösterip memelerini bir defa öpeyim demesi üzerine mağdurun ailesinin odaya girmesi durumunda ise suçun sarkıntılık düzeyinde kalan haline teşebbüse verilebilecek örnekten söz edilebilir.²⁹⁸ Yargıtay da sarkıntılığa teşebbüsün uygulanabileceği görüşündedir.

Failin suçu tamamlayamamasındaki elinde olmayan neden, failin iktidarsızlığı olması halinde suçun teşebbüs aşamasında kalmasına örnek teşkil eder.²⁹⁹ 765 sayılı Yasa'nın uygulandığı dönemde fail cinsel organında gerekli sertleşmeyi sağlayamadığından organını mağdura sokamaması nedeniyle işleyemediği cinsel saldırı suçu bakımından veya bu nedenle işleyemediğini iddia ettiği fiil bakımından, failin cinsel organının sertleşmemesinin sebebi araştırılırdı. Eğer ki alınan doktor raporunda iktidarsızlık nedeniyle fiili tamamlayamamış olduğu şeklinde sonuca ulaşılsa basit bakımından cezalandırılmasına, nispi elverişsizlik nedeniyle tamamlayamadığı sonucuna ulaşılsa nitelikli hali bakımından cezalandırılmasına karar verilirdi. Mevcut haliyle failin fiilini tamamlamamasında/tamamlayamamasında etki eden hususun araştırılması kendi kendine mi karar verdiği dışardan bir etki ile mi tamamlaması engellendiği araştırılmalıdır. Fail organ sokmayı kastettiği eylemini iktidarsız nedeniyle tamamlayamamış ise de suç tipinde fiilin yalnızca organ sokmak suretiyle işlenmesi düzenlenmediğinden ve failin eylemini başka şekilde de gerçekleştirme imkânı bulunduğundan suçun nitelikli haline teşebbüs hükümleri değerlendirilecektir. Zati cinsel saldırının temel halinin oluşabilmesi için iktidarsızlığın olup olmadığının tartışılması yararsızdır. Temel hal mağdurun vücuduna cinsel davranışlarla dokunulması sonucu tamamlanmış olacaktır.³⁰⁰

Failin mağdura organ veya sair cisim sokmak suretiyle suç işlemeyi kast ettiği olayda eyleminin tamamlanması halinde alacağı ceza on iki yıldan az olmamak üzere hapis cezasıdır. Cinsel davranışlarla bir kimsenin vücut dokunulmazlığını ihlâl eden kişi, mağdurun şikâyeti üzerine, beş yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Cinsel davranışın sarkıntılık düzeyinde kalması hâlinde ise iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası

²⁹⁸Akkaya, 2020, **a.g.k.**, 138.

²⁹⁹Tezcan, Erdem ve Önok, 2014, **a.g.k.**, 344.

³⁰⁰Pakır, 2018, **a.g.k.**, 196.

verilir. Failin mağdura dokunmasının ardından mağduru bağlayarak mağdurun kıyafetlerini çıkardığı, kendi cinsel organını açtığı ancak bu sırada gelen biri nedeniyle eylemini tamamlayamadığı şeklinde gelişen olayda nitelikli cinsel saldırı suçuna teşebbüs aşamasında kalmış bir fiil bulunmaktadır. Bu fiil nedeniyle cezanın alt sınırı on iki yıldır. Teşebbüs nedeniyle yapılacak indirim de en fazla dörtte üç uygulandığında sonuç ceza üç yıldır. Ancak cezanın, suçun temel şekli olan birinci fıkra da belirtilen cezadan daha az miktarda kalması çelişki yaratmaktadır. Uygulamada ve Yargıtay'ın yerleşik içtihatları gereği burada yapılacak indirim sonucu bulunacak cezanın suçun temel hali için öngörülen beş yıl hapis cezasından daha az olamayacağı belirtilmektedir.³⁰¹

Failin icra hareketlerine başladıktan sonra kendiliğinden eylemi gerçekleştirmekten vazgeçmesi ya da icra hareketlerini bitirdikten sonra kendi çabalarıyla suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini önlemesine gönüllü vazgeçme denir.³⁰² Bu kurum Türk Ceza Kanunu'nun 36. maddesinde gönüllü vazgeçme başlığı altında düzenlenmiştir.

Fail suç işleme kararı kapsamında icra hareketlerine başlamış ve kanunda öngörülen fiil gerçekleştirilmiş ise tamamlanmış halinden ceza alır. Suç için öngörülen fiillerin icra hareketlerine başlamakla suç tamamlanmadan vazgeçerse veya suçun meydana gelmesine engel olur ise gönüllü vazgeçme hükümleri devreye girecektir ve fail lehine bir uygulamaya gidilecektir. Elbette failin de yaptığı ki yaptıysa yanına kalmayacaktır. Vazgeçtiği andan itibaren geriye bakıldığında fiilleri ceza kanunları kapsamında bir suça meydan veriyorsa o suç hükümleri gereği cezalandırılacaktır.³⁰³ Ancak failin geride bıraktığı icra hareketleri ceza yasalarına göre herhangi bir müeyyideyi gerektiren fiiller arasında yer almıyorsa faile ceza verilmez. Kanun koyucu bu suretle faili vazgeçmeye teşvik etmeyi amaçlamıştır. Fail hakkında gönüllü vazgeçme hükümlerinin uygulanması mümkünse teşebbüs hükümlerinden ayrıca cezalandırılmaz.³⁰⁴

Failin gönüllü vazgeçmesi yalnızca suçu işlemekten vazgeçtiği şeklinde anlaşılmamalıdır. Lehine olan hükümlerin uygulanması bakımından gönüllü olması da vazgeçmesi kadar önemlidir.³⁰⁵ Cezanın ağırlığından ya da yakalanacağından korkarak

³⁰¹Taşan, 2021, **a.g.k.**, 143.

³⁰²Pakır, 2018, **a.g.k.**, 189.

³⁰³Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır, 2021, **a.g.k.**, 397.

³⁰⁴Taşan, 2021, **a.g.k.**, 143-145.

³⁰⁵D. Soyaslan (2016). *Ceza hukuku genel hükümler*. (Güncelleştirilmiş 7. Baskı), Ankara: Yetkin Yayınları, s. 299.

vazgeçmesi halinde kendiliğinden vazgeçmiş sayılmayacağından fiili tamamlayamaz ise, gönüllü vazgeçmeden değil teşebbüs hükümlerinden faydalanabilir.³⁰⁶ Örneğin; failin mağdurun cinsel organının okşanması ve ardından anüsüne cisim sokmak için sopayı çıkarması sırasında mağdurun yalvarışlarına dayanamayarak kaçıp gitmesi durumunda gönüllü vazgeçmeden bahsedilir.³⁰⁷

Vücuda organ veya sair cisim sokulması şeklinde düzenlenen ikinci fıkra cinsel saldırı suçunun nitelikli hali olarak düzenlenmiş ise de diğer nitelikli hallerden farklılık içermektedir. Maddenin farklı düzenlenmesindeki amaç, suçun koruduğu değer mahiyeti gereği özellik barındırmasındandır. Bu nedenle eğer ki örneğimizdeki gibi mağdurun cinsel organının okşanması söz konusu olur ve mağdurun vücut dokunulmazlığı ihlal edilirse elbette bu eylem göz ardı edilemeyecek ve failin cinsel saldırı suçunun basit halinden cezalandırılması gerekecektir.³⁰⁸ Yargıtay uygulaması da bu doğrultudadır.

Başka şekliyle fail cinsel organını okşamadan mağdura doğrudan cisim sokma amacıyla yaklaşması üzerine cinsel içerikli hiçbir teması olmaksızın gönüllü vazgeçmiş olur ise bu durumda cinsel saldırı suçunun nitelikli halinden gönüllü vazgeçmiş sayılacaktır, suçun temel halinden cezalandırılmayacaktır. Burada mağdura cinsel içerikli sözler söylemiş ise TCK' nun 105. maddesinde tanzim edilen suç bakımından da değerlendirme yapılabilir. İkinci fıkrada düzenlenen fiilin birinci fıkrada düzenlenen suç tipinin nitelikli hali olduğundan suçun nitelikli halinden gönüllü olarak vazgeçen kişinin basit cinsel saldırı suçundan sorumlu olamayacağını ileri sürenler de bulunmaktadır.³⁰⁹

Failin suçu tamamlayamaması ya da tamamlamaması hususunda şüpheyne düşölerek failin kendiliğinden mi suçu tamamlamadığı yoksa başkaca bir nedenle mi suçu tamamlayamadığı tespit edilerek ortaya konulamaz ise şüphe sanık lehine yorumlanarak açıklanabilir ve kabul edilebilir bir engelin mevcudiyeti ortaya konulamadığı sürece gönüllü vazgeçme hükümleri uygulama alanı bulur.³¹⁰

Yeri gelmişken belirtmek gerekir ki cinsel saldırı suçunun iştirak halinde işlenmesi halinde faillerden birinin fiili gerçekleştirmekten vazgeçmesi yani gönüllü vazgeçmesi durumunda failin gönüllü vazgeçmeden faydalanabilmesi için bazı etkenler vardır. Failin

³⁰⁶Taştan, 2021, **a.g.k.**, 144.

³⁰⁷Taneri, 2014, **a.g.k.**, 94.

³⁰⁸Tezcan, Erdem ve Önok, 2014, **a.g.k.**, 343.

³⁰⁹Pakır, 2018, **a.g.k.**, 189.

³¹⁰Taştan, 2021, **a.g.k.**, 140.

gönüllü vazgeçme hükümlerinden faydalanabilmesi için yalnızca fiili gerçekleştirmekten vazgeçmesi yeterli değildir. Bununla birlikte suçun meydana gelmesini engellemek amacıyla çaba sarf etmelidir.³¹¹ Bütün çabayı sarf etmesine rağmen diğer şerikler suç işler ve tamamlarsa onlar tamamlanmış suç nedeniyle cezalandırılır. Gönüllü vazgeçen ise vazgeçtiği zamana kadarki eylemleri bir suça vücut vermiş ise yalnızca o suç nedeniyle cezalandırılır. Diğer şeriklerin fiili gönüllü vazgeçenin gayretiyle değil de başkaca kişilerin engel olması nedeniyle tamamlanamamış ise şerikler kast ettikleri suça teşebbüs nedeniyle, gönüllü vazgeçen gönüllü vazgeçme müessesesi kapsamında cezalandırılır. Türk ceza kanununda gönüllü vazgeçme hükümlerinin uygulanabilmesi için tek faili bir suçta icrai hareketlerin sona erdirilmesi ya da neticenin meydana gelmesinin engellenmesi aranmıştır. İştirak halinde işlenen suçlarda gönüllü vazgeçmede ise suçun işlenmesinin engellenmesi için gayrette bulunulması gerektiğini belirtmiş ve yeterli görülmüştür.³¹²

2.2. İştirak

İştirak Türk Dil Kurumu'nun güncel Türkçe Sözlüğüne göre; "Ortaklık, ortak olma, paydaşlık, Bir işte yer alma, paydaşlık etme, Bir işe, bir düşünceye katılma, katılım, katılma" anlamlarına gelmektedir. Hukuk terminolojisinde iştirak ise ceza kanunlarında öngörülen birtakım suçların mahiyeti gereği birden fazla kişi ile işlenebilmesini ya da bir kişi tarafından işlenebilmesi mümkün olan suç bakımından birden fazla kişi tarafından işlenmesini ifade eder. Kanunda belirtilen suç tipinin birden fazla kişiyle işlenebilir olmasına gerçek olmayan veya zorunlu olmayan iştirak denilmektedir. Nitekim suçun işlenebilmesi için zati birden fazla kişi gerektiğinden bu durum gerçek anlamda bir iştiraki barındırmaz. Birden fazla kişi suçun meydana gelmesinde zorunluluk arz etmektedir. Ancak yasada düzenlenen haliyle bir kişi tarafından da işlenebilecek olan suçun birden fazla kişi ile işlenebilmesi de mümkündür. Buna ise gerçek iştirak denilmektedir.³¹³ Gerçek anlamda iştirakin olduğu olaylarda çoğu zaman failin suçu işlemesine bazı kolaylıklar sağlamaktadır. Hal böyle olunca kanun koyucu bazı suçlarda failin aldığı bu desteği mağdur veya kamu bakımından daha ağır infial yaratması, failin suç işleme icrası bakımından kuvvetli kararı nedeniyle daha ağır

³¹¹Tezcan, Erdem ve Önok, 2014, **a.g.k.**, 343.

³¹²D. Aydın (2009). *Türk ceza hukukunda suça iştirak*. Ankara: Yetki Yayınları, s. 236-237.

³¹³Akbulut, 2016, **a.g.k.**, 592.

cezalar verilmesini öngörmüştür.

İştirak müessesesi, suçun birden fazla kişinin katkısıyla işlenmesi halinde katkıda bulunanların suçun işlenmesi bakımından cezai anlamdaki sorumluluklarını belirlemede yardımcı olmak için getirilmiştir. Çünkü bu kimseler hakkında yasal düzenleme bulunmaması halinde hareketleri suç tanımına uymadığından cezasız kalmaları şeklinde bir sonuç ortaya çıkabilir. Elbette burada faillerden herhangi biri suçun yasal tanımına uygun fiilleri gerçekleştirmiş olması şartı da aynı zamanda sağlanmalıdır.³¹⁴ İştirak hükümlerine 5237 sayılı TCK' nun suça iştirak isimli dördüncü bölümünde, faillik başlıklı 37. maddesinde, azmettirme başlıklı 38. maddesinde ve yardım etme başlıklı 38. maddesinde yer verilmiştir. Suçun işlenmesine (suça) katkısı veya suça katkı sağladığı zamanlar dikkate alınarak iştirak eden failler bakımından bir tasnif yapılmıştır. Bu tasnif iştirak edenin cezasının belirlenmesi noktasında etkili olduğundan dikkatle irdelenmelidir.

Fail, suçun kanuni tanımında yer alan fiili gerçekleştiren kişiye denir. Dolayısıyla kanun metninde yer alan fiilin birden fazla kişiyle gerçekleştirilmesi halinde her biri fail sıfatını kazanır. Bazı durumlarda fail bizzat kendi eliyle değil de araç olarak kullandığı kişi vasıtasıyla fiili yerine getirir. Ancak bu durumda da yapmasaydı benim her dediğimi yapacak mı ben köprüden atla desem o atlar mıydı? gibi savunmalarla suça ilişkin sorumluluğundan kurtulamayacaktır. Üstüne üstlük araç olarak kullandığı bireyin kusur yeteneğinin bulunmaması halinde ise cezasının ağırlaştırılacağı düzenlenmiştir.

Failin öncesinde bir suç işleme kararı bulunmazken birinin çıkıp failin aklına o suçu işlemesi yönünde karara vardırması halinde bu kişiye azmettiren denilmektedir. Kanun metninde azmettirenin tanımı şu şekilde yapılmıştır: başkasını suç işlemeye azmettiren kişi. Dolayısıyla failin özelliği, henüz suç işlemeye karar vermemiş olan birey olmasıdır. Azmettirenin özelliği ise failde suç işleme kararını oluşturan fiili gerçekleştirmesidir. Burada suç işleme kararı oluşturulan fail doğrudan fail ya da müşterek fail de olabilir. Bu konuda azmettiren olmak için fiili gerçekleştiren kişinin bir şekilde fail olması yeterlidir. Azmettirme fiilinin üstsoy ve altsoy ilişkisinden doğan nüfuz kullanılmak kullanılması halinde ya da üstsoy altsoy ilişkisi aranmaksızın çocukların azmettirilmesi halinde cezanın arttırılacağı tanzim edilmiştir. Failin azmettirenin ortaya çıkmasını sağlaması halinde lehine hükümler getirilerek cezadan indirim yapılması öngörülmüştür.

³¹⁴A. Hacıfazlıoğlu (2014). *Teori ve uygulamada suçların içtimai bileşik suç zincirleme suç fikri içtima*. Ankara: Bilge Yayınevi, s. 13.

Suçun işlenmesine karar veren failin icrasını kolaylaştırana ise yardım eden denir. Kanun koyucu asli faillere göre daha az cezanın verilmesine hükmetmiştir. Yardım etme şeklinde kabul edilen fiiller kanun metninde üç ana başlık altında sınırlı olarak sayılmıştır. Bunlar: “Suç işlemeye teşvik etmek veya suç işleme kararını kuvvetlendirmek veya fiilin işlenmesinden sonra yardımda bulunacağını vaat etmek, suçun nasıl işleneceği hususunda yol göstermek veya fiilin işlenmesinde kullanılan araçları sağlamak, suçun işlenmesinden önce veya işlenmesi sırasında yardımda bulunarak icrasını kolaylaştırmak” tır.

Cinsel saldırı suçu bakımından özel iştirak hükümleri öngörülmemiştir. Genel hükümler aynı şekilde bu suç tipi için de uygulanır. Söz konusu suç tek başına da birden fazla kişiyle de işlenebilen suçlardandır. İştirakin her türlü hali cinsel saldırıda meydana gelebilir. Her ne kadar cinsel suçların daha mahrem nitelik taşıdığından bireysel işleme oranları daha yüksek olduğu düşünülse de günümüzde genel anlamda her suçta iştirakin arttığı, cinsel suçlarda da bu yönde bir artışın olduğu gözlemlenmektedir. Örneğin, birinin mağdurun bileklerinden tutarken diğer kişinin mağdurun cinsel organına dokunması, faillerden birinin kapıyı gözlediği sırada diğerinin mağdurun ağzına parmağını sokması, arkadaşına yeni tanıştığı mağdurun giyimi nedeniyle arandığını, bu nedenle mağdurla cinsel ilişkiye girmesi gerektiğini belirten telkinlerde bulunması şeklinde gerçekleşen olaylarda failer bakımında iştirak hükümleri uygulanır. Suçun birden fazla kişinin katılımı, katkısı ile işlenmesi hali doğrudan iştirak hükümlerinin uygulanacağı anlamına gelmez. İştirak hükümlerinin uygulanabilir olması için bunun yanında faillerin her birinin söz konusu suça ilişkin iştirak ilişkilerinin yani iştirak iradelerinin de bulunması aranmaktadır.³¹⁵ Birden fazla kişinin iştirak iradesi içerisinde hareket etmesi zorunlu unsurdur. Cinsel davranışı gerçekleştiren kişi asli faildir.

Ancak birden fazla kişinin birlikte hareket etmesi nitelikli unsur olarak kabul edilmiştir. Birlikte hareket edilmesinden kasıt müşterek failliği karşılamaktadır. Müşterek faillikte failler cinsel nitelikli davranış ya da vücuda organ ya da sair cisim sokma fiillerinde hâkimiyet kurmuş olmaları gerekmektedir. Bu hâkimiyet için cinsel nitelikli eylemin gerçekleşmesini kolaylaştıracak bir unsurun yerine getirilmesi de yeterlidir. Örneğin faillerin birinin mağdurun vücuduna organ ya da sair cisim soktuğu esnada diğerinin cinsel davranışta bulunması halinde nasıl ki müşterek faillik bulunuyor ise birinin cinsel davranışta bulunurken diğerinin mağdura silah göstermesi durumunda da

³¹⁵Kocaoğlu, 2016, a.g.k., 187.

müşterek faillik bulunmaktadır. Suçun işlenmesi konusunda faile suçu işleme kararını verdiren kişiye azmettiren, suçun hem azmettiren hem de yardım eden eylemleri nedeniyle sorumlu olurlar.

2.3. İçtima

İçtimanın kelime anlamı bir araya gelmek, toplanmaktır. Ceza kanununda içtima denildiğinde suçların bir araya gelmesi anlaşılmaktadır. İçtima denildiğinde failin bir suçtan sonra kesin olarak mahkumiyetine karar verilmesinin ardından tekrar bir suç işlemesi halinde cezanın ağırlaşp ağırlaştırılmayacağına/daha ağır bir infaz rejimine tabi tutulup tutulamayacağına dair bu kişisel durumu tanımlayan tekerrür ve/veya kesin olarak mahkumiyetine karar verilsin ya da verilmesin failin birden fazla suç işlemesi sonucunda hangi suçlar bakımından sorumlu kılınarak cezalandırılabileceği akla gelmektedir. İlk ihtimal tekerrür hükümleri altında düzenlenmiştir. İkinci duruma ise suçların içtimaı denir. Biz içtima başlığı altında suçların içtimasını ele alacağız.³¹⁶

Ceza hukukumuzda kural kaç tane suç işlenirse işlensin failin o suçlar nedeniyle o suçlar bakımından öngörülen cezalara ayrı ayrı çarptırılmasıdır. Ancak bazı durumlarda somut olayda birden fazla suç meydana gelmekte ancak fail yalnızca belli suçtan cezalandırılmaktadır. Fail lehine birtakım istisnalar getirilmiştir. Bunun nedeni failin hukuk düzenini ihlal etmek, sosyal barışa aykırı davranmak konusundaki iradesinin tek olmasıdır. Zira faile birden fazla ceza verilmesi durumunda sosyal düzenin ceza ile yeniden sağlanabileceği anlayışına aykırılık teşkil edecektir.³¹⁷

Cinsel saldırı suçunun doğası gereği Türk Ceza Kanunu'nda yer alan diğer suçlardan birçoğunu aynı anda bünyesinde barındırabilmektedir. Bu suçlar cebir, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma, konut dokunulmazlığını ihlal etme, tehdit, şantaj gibi örneklendirilebilir.³¹⁸ bu gibi durumlarda içtima kuralları esas alınarak hüküm kurulacaktır.

Örneğin; cinsel saldırı suçunda araç olarak kullanılan cebir veya tehdidin araç elverişliliğini aşmadığı sürece ayrıca cezalandırılması yoluna gidilmemektedir. Yani cinsel saldırı suçları bakımından cebir suçun unsuru niteliğinde (suçta kullanılan araçlar) olduğundan faile ayrıca cebir suçundan ceza verilmeyecektir. Cebrin mağdurun direncini

³¹⁶K. İçel (2016). *Ceza hukuku genel hükümler*. Ankara: Beta Yayıncılık, s. 559.

³¹⁷N. Toroslu (2005). *Ceza hukuku*. (7. Baskı), Ankara: Savaş Yayınevi, s. 236.

³¹⁸Kocaoglu, 2016, **a.g.k.**, 171.

kırmanın ötesinde kullanılmasında ise fail ayrıca kasten yaralama suçu bakımından TCK'nun 86/1 ve 87. Maddeleri uyarınca cezalandırılacaktır. Ayrıca yaralamanın 86/2. maddede bulunan hallerde kalması durumunda fail ayrıca kasten yaralama suçundan cezalandırılmayacaktır.³¹⁹ Dolayısıyla her ne kadar kanun metninde yaralanmanın niteliği açıkça belirtilmemiş ise de yaralanmanın ağır sonuçları şeklindeki ibarenin karşılığı kasten yaralama suçunun ağırlaştırılmış hallerini (basit nitelikte yaralanmayı aşan her türlü yaralanma) ifade etmektedir.³²⁰ Bu durumda cinsel saldırı ve ağır yaralanmayı gerektirir iki ayrı haksızlık meydana gelmektedir. Fail her iki eylemi nedeniyle ayrı ayrı cezalandırılır. Zincirleme suç hükümlerine başvurulamaz.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun 5. maddesinde suçun cinsel amaçla işlenmesi nitelikli hal olarak düzenlenmiştir. Dolayısıyla cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar bakımından söz konusu nitelikli hal uygulama kapsamına alınmıştır.³²¹ Cinsel saldırı suçunun işlenmesi sırasında mağdur her haliyle hürriyetinden yoksun bırakılmaktadır. Bu durumda suçun işlenmesi sırasında kişiyi hürriyetinden yoksun kılmak kaçınılmaz bir davranış olduğunda fail ayrıca kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan cezalandırılmayacaktır. Ancak kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan sonra kesintinin gerçekleşmesi durumunda ya da failin suçu mağdurun bulunduğu yerde işleme imkânı varken suçun işlenmesini kolaylaştırmak için mağduru farklı bir yere götürmesi durumunda fail her iki suç bakımından cezalandırılmalıdır. Failin cinsel saldırı suçunu işlemesi sırasında mağdurun konut dokunulmazlığını da ihlal etmiş ise gerçek içtima kuralları uygulanmalı fail hem cinsel saldırı hem de konut dokunulmazlığını ihlal etme suçu olmak üzere her iki suç bakımından da sorumlu tutulmalıdır. Eziyet suçunun cinsel saldırı suçunda belirtilen fiillerin yerine getirilmesi suretiyle işlenmesi halinde fail cinsel saldırı suçu bakımından cezalandırılır.³²²

Cinsel saldırı suçunun aynı fail tarafından aynı mağdura karşı işlenmesi, zincirleme suç hükümlerinin uygulanmasını gündeme getirmektedir. Eğer ki failin suç işleme kararında birlik bulunuyor ise zincirleme suç hükümleri uygulanmalı³²³, failin suç işleme

³¹⁹Hacıfazlıoğlu, 2014, **a.g.k.**, 392.

³²⁰Kocaoğlu, 2016, **a.g.k.**, 186.

³²¹P. M. Kartal (2014). *Çocukların Cinsel İstismarı Suçu*. (1. Baskı), İstanbul: Der Yayınları s. 113 vd.

³²²Hacıfazlıoğlu, 2014, **a.g.k.**, 392.

³²³"Sağın mağdureye yönelik dış hekimi muayenehanesi merdivenlerinde zorla öpme eyleminden sonra aynı kast altında, kısa zaman aralığında, araya uzun süreli bir kesinti girmeden dış filmi çektiirme hilesi ile evinde gerçekleştirdiği nitelikli cinsel saldırı eylemleri karşısında temadi eden eylemlerin tek suç olarak kabul edilerek 5237 sayılı Kanun'un 43 üncü maddesinin birinci fıkrasının uygulanmayacağıının gözetilmemesi, usul ve kanuna aykırı olup bu yöndeki temyiz itirazı yerinde görülmiştir." Bkz. Yarg. 9.

kararı her defasında yenilenmiş ise gerçek ıçtima hükümleri uygulanmalıdır. Cinsel saldırı suçunun aynı mağdura zincirleme şeklinde işlenmesi durumunda³²⁴ TCK'nun 43. maddesi gereği verilecek ceza dörtte birinden dörtte üçüne kadar arttırılarak verilmektedir. Cinsel saldırı suçunun basit hali ile nitelikli halinin aynı mağdura karşı aynı suç işleme kararı kapsamında işlenmesi halinde ise tek suç sayılır.³²⁵ Yani cinsel davranışların birden fazla defa tekrarlanması demek her zaman kastın yenilendiği anlamını taşımamaktadır. Burada failin kastının belirlenmesi önem taşımaktadır. Hareketin çokluğunun tayininde amaç ve zaman tekliği ilkesi gözetilmelidir.

Suçun aynı fail tarafından farklı mağdurlara tek fiille gerçekleşmesi halinde ise gerçek ıçtima hükümleri uygulanmalıdır.³²⁶ Cinsel saldırı suçunun zincirleme şekilde işlenmesi durumunda TCK' nun 43. maddesi gereği yapılacak olan artırımın neticesi sebebiyle haller üzerinden değil, suçun basit veya nitelikli halleri üzerinden yapılması gerekmektedir.^{327 328}

CD, 16.05.2024 T., 2024/2183 E., 2024/4626 K.

³²⁴"Tüm dosya kapsamına göre, sanığın katılana karşı organ sokmak suretiyle gerçekleştirdiği eylemlerin kısa süre içerisinde, araya herhangi bir kesinti girmeden, aynı zaman diliminde peş peşe gerçekleştiği anlaşılmakla, temadi eden eylemin tek suç olarak kabul edilmesi gerektiği gözetilmeden yazılı şekilde 5237 sayılı Kanun'un 43. maddesi uygulanmak suretiyle fazla ceza tayini hukuka aykırı bulunmuştur." Yarg. 9. CD, 03.07.2024 T., 2021/11782 E., 2024/6701 K.

³²⁵Kocaođlu, 2016, **a.g.k.**, 176.

³²⁶Toroslu, 2005, **a.g.k.**, 235.

³²⁷Hacıfazlıođlu, 2014, **a.g.k.**, 392.

³²⁸"Cebir ve tehdit yoluyla her iki mağdurun soyunmalarını ve eline aldığı taşlarla da tehdit ve cebirde bulunarak mağdure ile katılandan vajinal yolla ilişkiye girmelerini isteyen ancak yapmamaları üzerine "İlişkiye gireceksiniz a.nıza koyacam sizin, beraber olacaksınız yemin ederim döverim, beraber olacaksınız kafayı da şeyini de keserim yoksa, diz kapaklarını kırarım, yatın son kez söylüyorum vurmazsam da orospu çocuğuyum, senin kafanı ezerim, şu taşı alacam kafaya vuracam, ben gelene kadar beaber olmadığınızı hissedersen a.nıza koyacam, yemin ederim haşat ederim, üstünüze iştettirmeyin" diyerek tehditle mağdure C..'nun katılan N...'in cinsel organını ağızına alarak organ sokmak suretiyle ilişkiye girmesini sağlayan, görüntülerini telefonla kayıt eden ve şikayetleri halinde görüntülerinin elinde olduğunu söyleyen, bu kapsamda her iki mağdura yönelik müstakil bir eylemde bulunmayan sanığın tek hareket ile ikisine birden organ sokmak suretiyle nitelikli cinsel saldırı fiilinden iki mağdurun zarar görmesi sebebiyle 5237 sayılı Kanun'un 102/2, 43/2 suçlarını oluşturduğu ve aynı Kanun'un 28 inci maddesi gereğince cebir, tehdit, korkutma kullanan sanık M...'in suçun faili olduğu" Yarg. 9. CD, 09.05.2024 T., 2024/85 E., 2024/4309 K.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

3. MUHAKEME, YAPTIRIM VE ZAMANAŞIMI

3.1. Muhakeme

3.1.1. Şikâyet

Şikâyet genel anlamda suçtan zarar gören kişinin bu durumu yetkili makamlara bildirmesi ve suçun soruşturulmasını istem hakkı olarak tanımlanabilir.³²⁹ Hukuki anlamda takibi şikâyete bağlanan suçlarda söz konusu suçtan zarar görenin failin cezalandırılmasını istediğine dair talebini yetkili mercilere iletmesidir. Şikâyet anayasal hak olarak tanımlanmıştır. Şikâyetinde bulunan şahsın iftira kastı ile hareket etmediği sürece yanlış kişiden ya da suç olduğunu düşündüğü olay bakımından şikâyetçi olması halinde cezai sorumluluğu bulunmamaktadır.³³⁰

Şikâyet müessesesi yalnızca şikâyete tabi suçlar bakımından söz konusu olabilir. Resen araştırma ilkesine tabi suçlar bakımından mağdurun başvurusu ihbar beyanı olarak kabul edilebilir. Ancak uygulamada şikâyet ve ihbar terimleri birbiri yerine kullanılır hale gelmiştir.

Suç bireye karşı ya da kamu düzenine karşı işlenmiş olabilmektedir. Bireye karşı işlenmiş olsa dahi ihlal edilen norm nedeniyle kamu düzeni de zarar görebilmektedir. Dolayısıyla Türk Ceza Kanunu'nda suçların soruşturulması veya kovuşturulması kural olarak resen yapılmaktadır.³³¹ Buna resen araştırma ve soruşturma ilkesi denilmektedir. Zira ceza hukuku kamu düzenini ilgilendiren konularda tanzim edilen kurallar bütünü oluşturulmaktadır. Genel anlamda bireyin şikâyetinin varlığı aranmaksızın soruşturmaya devam olunmaktadır. Ancak bazı suçlar daha çok bireysel mağduriyetine yol açtığından ya da şüpheli bakımından sınırlı zaman diliminde hakkında soruşturma tehdidi barındırması gerektiği düşüncesiyle hareket edildiğinden şikâyete bağlı kılınmıştır.³³²

Şikâyet müessesesi, şikâyete tabi kılınan suçlar bakımından mağdurun fiilin gerçekleştirildiği esnada suçtan zarar görenin bu fiile açıkça rızasının bulunmamasını yahut açıklamada bulunulmamasını barındırmaktadır. Bu nedenle şikâyet, suçun işlenmesinden önce ya da en geç işlendiği sırada açıklanan ve hukuka uygunluk nedeni

³²⁹Taştan, 2021, **a.g.k.**, 168.

³³⁰Karakehya, 2016a, **a.g.k.**, 175

³³¹K. İçel ve S. Donay (2006). *Karşılaştırmalı ve uygulamalı ceza hukuku genel kısım*. (5. Baskı), İstanbul: Beta Basım Yayım, s. 11.

³³²Toroslu, 2005, **a.g.k.**, 295.

olan ilgilinin rızası müessesesi ile karıştırılmamalıdır. Şikâyet, suç işlendikten sonra ortaya çıkmaktadır.

Suçun meydana gelmesi bakımından şikâyet etkili değildir. Suçtan zarar gören kişi şikayetçi olmasa da failin üzerine atılı suçun yasal unsurları oluşmuştur. Ancak şikâyet iradesi süresi içerisinde hiç açıklanmadığında ya da şikâyetin bulunmadığı yönünde açıklandığında muhakeme işlemleri yapılamayacağı gibi faile ceza da verilemeyecektir. Dolayısıyla şikâyet muhakemeye ilişkin bir kurumdur.³³³

Şikâyet, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 73. maddesinde tanzim edilmiştir. Madde metninde soruşturulması ve kovuşturulması şikâyet tabi tutulan suçlar bakımından uygulanacak olan kurallara değinilmiştir. Buna göre şikâyet tabi suçlar bakımından soruşturma ve kovuşturma yapılabilmesi için süre şartı getirilmiştir. Şikâyet süresi altı ay olarak öngörülmüştür. Bu altı aylık süre kural olarak fiilin meydana geldiği tarihten itibaren başlamaktadır. İstisnai durumlarda şikâyet tabi fiilin gerçekleştiğini ya da failin kim olduğunu daha sonra bir tarihte öğrenmiş olabilir. Böyle durumlarda şikayetçi fiili ve faili öğrendiği tarihten itibaren en geç altı ay içerisinde yetkili makamlara şikayetinde bulunmak durumundadır.³³⁴ Elbette her şekliyle şikâyet, suç için öngörülen zamanaşımı içerisinde yapılması gerekmektedir. Aksi takdirde mağdur şikâyet hakkından vazgeçmiş sayılmaktadır.

Şikâyet için öngörülen altı aylık süre hak düşürücü süre olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu süre geçtikten sonra yapılan şikayetler ile ilgili soruşturma ve kovuşturma yapılamaz. Ayrıca anılan maddeye göre; şikâyet hakkının birden fazla kişiye ait olması durumunda şikâyetle ilişkin hak düşürücü sürenin geçirilip geçirilmediği her biri için ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Herhangi bir şikayetçinin süresi içinde şikâyet hakkını kullanmamış olması diğer şikâyet tabi fiillerin şikâyet hakkını kullanmasına ve suçun soruşturulması ve kovuşturulmasına engel teşkil etmemektedir.

Kovuşturma şartı olarak şikâyetin öngörüldüğü suçlar bakımından kovuşturma aşamasında suçtan zarar görenin şikayetinden vazgeçtiğini bildirmesi durumunda kanunda aksi öngörülmedikçe davayı düşürür. Aynı şartlarda, şikâyetten vazgeçme hükmün kesinleşmesinden sonra gerçekleşirse infazın gerçekleşmesine engel teşkil etmeyecektir.

Suçun birden fazla kimse tarafından işlenmesi halinde şikayetçi birinden şikayetçi

³³³Karakehya, 2016a, a.g.k., 176.

³³⁴Centel ve Zafer, 2015, a.g.k., 90.

olduğunu diğlerinden şikayetçi olmadığını beyan ederse, şikayetçi olmadığı şeklindeki beyanı diğ şüpheliyi de kapsayacaktır. Çünkü iştirak halinde işlenen suçta her şüphelinin o suç bakımından yasal unsurları gerçekleştirdiği öngörülmekte ve burada failler değil gerçekleştirdikleri fiiller nedeniyle failler cezalandırılmaktadır. Dolayısıyla şüphelilerden biri hakkından şikayetinden vazgeçmesi halinde şikâyetten vazgeçme diğ şüphelilere sirayet edecektir. Böylece suçun soruşturulması ve kovuşturulması yapılmayacaktır. Kovuşturma aşamasında şikayetçi şikayetinden vazgeçerse sanığa şikâyetten vazgeçmeyi kabul edip etmediği sorulur. Kanunda aksi yazmadıkça da kabul etmeyen sanığı şikâyetten vazgeçme etkilemez ve kovuşturmaya devam olunur. Sanığın işlemediği fiil nedeniyle şikâyetten vazgeçme nedeniyle düşme yerine kovuşturmanın devam etmesi üzerine suçu işlemediğinin sabit olduğu gerekçesiyle beraat kararı almayı istemesi en tabi hakkıdır. Şikâyetinden vazgeçen şikayetçi şahsi haklarından vazgeçtiğini de belirtmiş ve kamu davası şikâyetten vazgeçme nedeni ile düşmüş ise şikayetçi hukuk mahkemelerinde aynı fiil nedeniyle dava açma hakkını da kaybetmiştir. Soruşturma aşamasında şikayetçinin şikayetinden vazgeçmesi halinde şüpheliye kabul edip etmediği sorulmamaktadır. Soruşturma aşamasından şikâyetten vazgeçme olursa doğrudan soruşturmaya son verilir. Uygulamada sanığın ifadesi alındığı sırada şikâyetten vazgeçme olursa kabul edip etmeyeceği hususu henüz ortada şikâyetten vazgeçme olmamasına rağmen sorulmaktadır. Kanun metninde şikâyetten vazgeçme “kanunda aksi yazılı olmadıkça, vazgeçme onu kabul etmeyen sanığı etkilemez” şeklinde düzenlendiğinden ve sanığın birden fazla fiilin şikâyet tabi olması ve hangi fiil nedeniyle şikâyetten vazgeçmeyi kabul edeceğini bilmesi gerektiğinden şikayetçinin şikâyetten vazgeçmesinden sonra sorularak alınan cevaba göre hüküm kurulmasının madde metninin uygulanması bakımından daha uygun olacaktır. Sanığın davayı takip etmediği durumlarda ayrıca çağrılıp şikâyetten vazgeçmeyi kabul edip etmediğinin sorulması gerekmediği, eğer ki şikâyetten vazgeçmeyi kabul etmiyorsa şikâyetten vazgeçme nedeniyle verilen düşme kararına karşı kanun yoluna müracaat edebileceği şeklindeki uygulama yargılamanın sürüncemede kalmaması ve kısa sürede tamamlanması nedeniyle doğru değildir.³³⁵

Şikâyet bulunma konusunda suçtan zarar görene verilen altı aylık süre şikâyetten vazgeçme bakımından uygulanmamaktadır. Şikayetçi şikayetinden her zaman

³³⁵Karakehya, 2016a, a.g.k., 178-179.

vazgeçebilir. Ancak yukarıda da belirtildiği üzere yargılamaya etkisi yargılamanın hangi safhada bulunduğuna dair değişiklikler göstermektedir.³³⁶

Şikâyet tabi suç bakımından suçtan zarar gören kişinin küçük olması halinde şikâyet hakkını kanuni temsilcisi kullanabilir. Ancak kural olarak on beş yaşını tamamlamış bireylerin şikâyetle ilişkin iradesi kanuni temsilcisinin iradesi ile çelişmesi halinde küçüğün temyiz kudretine sahip ise kendisinin iradesi esas alınır. Hatta on beş yaşından küçük olmasına rağmen hekim raporu ile temyiz kudretine sahip olduğunun tespiti halinde şikâyet hakkını kullanabileceği de söylenebilir. On sekiz yaşından küçük olan suçtan zarar gören şikâyetle dair irade açıklamasında bulunmazsa kanuni temsilcisinin iradesi esas alınır. Ayrıca soruşturma veya kovuşturma aşamasında suçtan zarar görenin on sekiz yaşını doldurduğunun tespiti halinde suçtan zarar görene şikâyeti bizzat sorularak sonuca göre yargılamaya devam olunmalıdır.

Bazı durumlarda kanun koyucu ile suçtan zarar görenin menfaatleri çatışmaktadır. Suçtan zarar gören adına şikâyetle bulunması ya da şikâyetçi olmaması kendisine menfaat yaratabilme ihtimali olan kanuni temsilci yerine küçüğe kayyum atanarak sonuca göre hareket edilmektedir.

Suçtan zarar görenin şikâyetinden vazgeçmesinde hiçbir zaman bir engel bulunmadığını belirtmiştik. Ancak şikâyetçi şikâyetinden vazgeçtikten sonra da vazgeçerse bu vazgeçme hüküm doğurmayacaktır. Yani şikâyet bakımından vazgeçmeden vazgeçme olmamaktadır.

Suçtan zarar gören şikâyet edeceği fiili ve faili öğrendiği halde altı aylık şikâyet süresi içerisinde şikâyet hakkını kullanamadan ya da kullanmadan ölmesi durumunda şikâyet hakkı mirasçılara geçmeyecektir. Mirasçılar şikâyet hakkını kullanamazlar. Kişi şikâyet süresi içerisinde şikâyet hakkını kullanmış ancak yargılama devam ettiği sırada şikâyet hakkını kullanan ölmüş ise mirasçılar şikâyetten vazgeçemezler. Bu durum şikâyetle bulunanın şikâyet ettikten sonra yargılama aşamasında ölmesi durumunda mirasçılarının şikâyetten vazgeçememesi failin aleyhine ve adaletsiz sonuçlar doğurmaktadır. Zira failin tek şanssızlığı işlediği suç nedeniyle zarar gören mağdurun ölmesidir. Mademki mirasçılarının şikâyet hakkı bulunmaktadır. O halde şikâyetten vazgeçme hakları da olmalıdır.

Resen soruşturmaya tabi bir suç olduğu kanaatiyle soruşturmaya devam olunarak

³³⁶Taştan, 2021, a.g.k., 169.

kovuşturma aşamasına geçilen durumlarda kovuşturma aşamasında suçun şikâyet tabi suçlardan olduğu değerlendirildiğinde şikâyetçi şikâyetinden açıkça vazgeçtiği takdirde düşme kararı verilebilir. Aksi takdirde yargılamaya devam olunur.

Şikâyetin usulü bakımından özel bir niteliği yoktur. Burada önemli olan suçtan zarar görenin hangi eylem nedeniyle zarar gördüğünü açıklaması ve bu husus nedeniyle açıkça soruşturulmasının ve kovuşturulmasının istendiğinin belirtilmesidir. Bu istek sözlü veya yazılı şekilde iletilebilir. İhbar ve şikâyetin iletileceği makamlar, şikâyetin nasıl yapılacağı, 5271 sayılı Kanun'un 158. maddesinde sayılarak belirtilmiştir. Maddeye göre, Cumhuriyet Başsavcılıkları, kolluk birimleri, valilik, kaymakamlık, konsolosluk ve elçilikler ihbar ve şikâyetin bulunulabileceği makamlar olarak gösterilmiştir.

Cinsel saldırı suçunun düzenlendiği 102. maddenin birinci fıkrasının birinci cümlesini oluşturan cinsel davranışlarla bir kimsenin vücut dokunulmazlığının ihlal edilmesi şeklinde öngörülen fiil şikâyet tabi kılınmıştır. Maddenin ikinci cümlesinde sarkıntılık halinde kalması bakımından birinci fıkra göre daha az ceza öngörülmüştür. Sarkıntılık halinde kalması durumunda şikâyet tabi olup olmadığı konusunda kanun metninde bir açıklık getirilmemiştir.³³⁷ Yani her ne kadar suçun temel halini oluşturan şekli şikâyet tabi tutulmuş ise de temel haline nazaran daha az cezayı gerektiren sarkıntılık düzeyinde kalan şekli bakımından şikâyet şartının varlığı açıkça belirtilmemiştir. Ancak maddenin düzenleniş biçimi ve yorum kuralları dikkate alınarak suçun sarkıntılık düzeyinde kalması halinde evleviyetle şikâyet tabi olduğu kabulü gerekmektedir.³³⁸ Aksi, Türk Ceza Kanunu'nun sistematigi ve hakkaniyet ilkesi ile de uyumlayacaktır. Bu nedenle uygulamada suçun temel halinin sarkıntılık düzeyinde kalması durumunda soruşturma/kovuşturma şartı olarak şikâyet aranmaktadır. Maddenin birinci fıkrasında suçun eşler arasında işlenip işlenmediğine dair bir ayırım da yapılmamış olduğundan birinci fıkrasında yer alan fiiller, aralarında evlilik ilişkisinin varlığına ya da yokluğuna bakılmaksızın şikâyet tabi kılınmıştır.³³⁹

Suçun ikinci fıkrasında düzenlenen fiilin vücuda organ veya sair cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi durumu şikâyet tabi değildir. Dolayısıyla suçun vücuda organ veya sair cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi hali resen

³³⁷Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır, 2021, **a.g.k.**, 100.

³³⁸Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır, 2021, **a.g.k.**, 398; Koca ve Üzülmöz, 2020, **a.g.k.**, 353; Kocaoğlu, 2016, **a.g.k.**, 219; Özbek, Doğan ve Bacaksız, 2020, **a.g.k.**, 354; Taştan, 2021, **a.g.k.**, 171.

³³⁹Cinsel saldırı suçunun basit halinin eşler arasında da suç olduğu ve şikâyet konusunda bir ayırımı tabi tutulmadığı şeklinde görüş için Bkz. Taner, 2013, **a.g.k.**, 242.

soruşturma/kovuşturmaya tabi olan bir suçtur. Ancak fıkranın devamında söz konusu fiil e e karşı ger ekle tirilirse soru tırma ve kovu tırma yapılması mağdurun  ikayetine ba lanmı tır.³⁴⁰

Nitelikli cinsel saldırı suçunun eşler arasında işlenmesinin  ik yete tabi kılınması, suçla korunan hukuksal yararın cinsel dokunulmazlık ve özgürlük olduğu şeklinde kabule karşın kanun koyucunun aile birliğini korumayı sağlama amacının ağır bastı ının anlaşılması nedeniyle eleştiri konusu yapılmıştır. Bu hususta diğer bir eleştiri ise  ik yetin aranmasının hükmün eşler arasında uygulanabilirliğini kaldırdığı yönündedir.³⁴¹

Madde metninde belirtilen e in, resmi nikahlı e  olduğu konusunda kuşku bulunmamaktadır. Elbette mağdur ile fail arasında fiilin gerçekleştiği sırada karı koca ilişkisinin bulunması şarttır. Öyle ki mağdur ile fail evli olmadıkları ancak failin fiili ger ekle tirmesinin ardından aralarında resmi nikah kısılması, suçu resen soru tırma veya kovu tırma ilkesinden çıkarıp  ik yete ba lı hale getirmeyecektir. Ya da mağdur ile failin aralarında resmi nikah varken bo anmalarının ardından failin, mağdura cinsel saldırı suçunun nitelikli halinin işlenmesi durumunda yine suçun soru turulması veya kovu turulması bakımından şikâyet şartı aranmayacaktır.³⁴²

Nitelikli cinsel saldırı suçunun unsuru niteliğinde bulunan tehdit aracının kullanılması ve suçun e e karşı işlenmesi halinde mağdur  ikayetinden vazgeçerse fail hakkında ayrıca tehdit suçu bakımından yargılamaya devam olunmaz ve bu fiili nedeniyle ceza verilmez. Çünkü failin bu tehdit fiili nitelikli cinsel saldırı suçunu i ledi i esnada mağdurun iradesini kıramaya yönelik araç olarak kullanılmıştır ve saldırı suçunun içerisinde erir. Dolayısıyla bu durumda  ik yetten vazgeçme nedeniyle d  me kararı³⁴³ verilmesi gerekmektedir.³⁴⁴

Cinsel saldırı suçunun iştirak halinde işlenmesi ve faillerden birinin mağdurun e i olması halinde mağdurun  ikayetinden vazgeçmesi ya da şikayetçi olmaması durumunda şikâyet müessesesinin genel kuralı olarak anlatılan  ik yetten vazgeçmenin sirayeti kuralı

³⁴⁰Akkaya, 2020, **a.g.k.**, 179.

³⁴¹Taner, 2017b, **a.g.k.**, 257.

³⁴²Taneri, 2014, **a.g.k.**, 55; Taştan, 2021, **a.g.k.**, 171.

³⁴³"Sanı ın eyleminin 5237 sayılı Kanun'un 102 nc  maddesinin ikinci fıkrasının ikinci cümlesinde düzenlenen e e karşı nitelikli cinsel saldırı suçunu oluşturup, şikayet üzerine takibat yapıldığı ve hükümden sonra temyiz aşamasında katılanın dosyaya sunduğu 11.10.2023 tarihli dilekçe ile mevcut  ikayetinden vazge ti i anlaşılıp sanık müdafinin de 11.10.2023 tarihli dilekçe ile  ikayetden vazgeçmeyi kabul ettiklerini belirtmesi karşısında, vaki feragat nedeniyle davanın d  mesine karar verilmesinde zorunluluk bulunduğu belirlenmiştir." Yarg. 9. CD, 09.11.2023 T., 2023/12947 E., 2023/7473 K.

³⁴⁴Akkaya, 2020, **a.g.k.**, 175.

uygulama alanı bulmayacaktır. Çünkü kanun metninde şikâyeteye bağlanan kısımda eş ifade edilmiştir. İştirak halinde işlenmesine yer verilmemiştir. Yani şikâyeteye bağlılık istisnai olduğu ve kanun metninde iştirak halinde işlenebileceği şeklinde bir düzenleme yer almadığından dar yorumlanması gereken şikâyeteye tabilik kurumu suçun yalnızca eş tarafından işlenmesi halinde geçerli olmaktadır. Kanun koyucu iştirak edenlerden birinin mağdurun eşi olması halinde mağdurun eşinden şikâyetçi olmaması ya da eşine karşı olan şikâyetinden vazgeçmesini özel olarak düzenleme yoluna gidebilirdi. Ancak mevcut hali ile cinsel saldırı suçunun nitelikli halinin eşin de içerisinde bulunduğu failler tarafından işlenmesi halinde suçun soruşturulması ve kovuşturulması şikâyeteye bağlı değildir.³⁴⁵

Cinsel saldırı suçunun üçüncü fıkrasında suçun nitelikli halleri düzenlenmiştir. Suçun nitelikli halleri düzenlenirken şikâyeteye tabi olup olmadığı hususunda bir açıklama getirilmemiştir.³⁴⁶ O halde genel kural olan resen soruşturma ilkesi geçerlidir.³⁴⁷ Çünkü şikâyet istisna resen araştırma ilkesi kuralıdır. Dolayısıyla suçun cinsel davranışlarla bir kimsenin vücut dokunulmazlığının ihlali şeklinde ya da eşler arasında fiilin vücuda organ veya sair cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi şeklinde şikâyeteye tabi öngörüldü diye bunların üçüncü fıkra da yer alan nitelikli halleri de kanun metninde yer almasa dahi şikâyeteye tabi şeklinde yorumlanması yanlış olacaktır.³⁴⁸ Zati söz konusu nitelikli hallerin “kamu görevinin kötüye kullanılması suretiyle, silahla, beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı” gibi özellikleri barındırması da dikkate alındığında kanunun genel düzenleniş biçiminden kamuya karşı işlendiği genel kabulü içerisinde olan fiiller olduğu, resen araştırma ilkesi içerisinde değerlendirilmesi gerektiği kanısına varılacaktır.³⁴⁹ ³⁵⁰ Ayrıca maddenin gerekçesinde cinsel saldırı suçunun birinci fıkrasında düzenlenen temel şekliyle üçüncü fıkra da düzenlenen nitelikli hallerin birlikte gerçekleşmesi durumunda soruşturma ve kovuşturma yapılabilmesinin şikâyeteye

³⁴⁵Taner, 2013, **a.g.k.**, 245.

³⁴⁶Tezcan, Erdem ve Önok, 2014, **a.g.k.**, 361.

³⁴⁷E. Baytemir (2009). *Açıklamalı-icthathatlı cinsel dokunulmazlığa kişi hürriyetine ve genel ahlaka karşı suçlar*. (2. Baskı), Ankara: Adalet Yayınevi, s. 176; R. Gündüz ve V. Gültaş (2011). *Açıklamalı-icthathatlı cinsel suçlar cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar*. (2. Baskı), Ankara: Bilge Yayınevi, s. 54; Akkaya, 2020, **a.g.k.**, 177; Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır, 2021, **a.g.k.**, 398; Gündüz, 2015, **a.g.k.**, 61; Kocaoğlu, 2016, **a.g.k.**, 220; Pakır, 2018, **a.g.k.**, 215; Taştan, 2021, **a.g.k.**, 172; Tuğrul, 2010, **a.g.k.**, 134.

³⁴⁸Malkoç, 2009, **a.g.k.**, 6.

³⁴⁹Taner, 2017b, **a.g.k.**, 259.

³⁵⁰"Sanığa isnat edilen suçun işlendiği yerin 5237 sayılı Kanun'un 102/3-e maddesinde düzenlenen, "İnsanların toplu olarak bir arada yaşama zorunluluğunda bulunduğu ortam" şeklinde tarif edilen yerlerden olduğu ve dolayısıyla soruşturma ile kovuşturmasının şikâyeteye tabi olmadığı gözetilmeden vaki şikâyetten vazgeçme nedeniyle kamu davasının düşmesine karar verilmesi hukuka aykırı bulunmuştur." Yarg. 9. CD, 17.09.2024 T., 2021/13143 E., 2024/7451 K.

bağlı olmayacağı ifade edilmiştir. Gerekçede ikinci fıkrada yer alan eşe karşı gerçekleştirilmesi halinin de “cinsel saldırı suçunun birinci fıkrasında düzenlenen temel şekliyle” ifadesine eklenmesi, eşe karşı gerçekleştirilen nitelikli cinsel saldırı fiilinin nitelikli hallerinin de resen araştırma ilkesine tabi olacağı konusuna açıklık kazandırmak ve ayrıksı tutarak çelişki yaratmamak daha isabetli olurdu. Yine TCK’ nun 86/3. maddesinde belirtildiği gibi cinsel saldırı suçunun da üçüncü fıkrasında şikâyet aranmaksızın ibaresinin eklenmesi, duruma netlik kazandırabilirdi.³⁵¹

Suçun basit halini karşılayan eski yasadaki adıyla ırza tasaddi suçunun resen soruşturulup kovuşturulmasının nedeni cinsel suçların Genel Ahlak ve Adaba Karşı İşlenen suçlar kategorisinde yer alıyor olmasından ve suçların kamu düzenine karşı işleniyor olduğu anlayışının hâkim olmasından kaynaklanmakta idi. 5237 sayılı Kanun ile cinsel saldırı suçu kişilere karşı işlenen suçlar başlığı altında yer almasıyla bireyin iradesi ağırlık kazandı. Ve şikâyetin kapsamı genişletilerek cinsel saldırı suçunun basit hali ve nitelikli halinin eşe karşı gerçekleştirilmesi şikâyete tabi şekliyle düzenlendi. Elbette çocukların cinsel istismarı ve cinsel saldırı suçunun nitelikli halleri resen araştırma ilkesi içerisinde bırakıldı.

Cinsel saldırı suçları bakımından resen soruşturma ve kovuşturma ilkesi de geçerli olsa şikâyete tabi de kılınsa cinsel suç mağduru başına getirilen bu saldırı bakımından fiilin, değil adli mercilerce soruşturulması, kovuşturması ve duruşma sürecine katılma, bir başkası tarafından duyulmasına, öğrenilmesine dahi tahammül edemediğinden, kendine bile hatırlatmak istemediğinden saldırının ispatına yönelik faaliyetler sırasında yaşayacağı örselenmeyi de göz önüne alarak ilgili mercilere suçu bildirmekten kaçınmaktadır. “Şikâyet etsem ne olacak olan oldu, bir de rezil mi olayım, bu dosyanın kapanmasını istiyorum, muayene olmak istemiyorum, dosyanın içindekileri (delilleri içerir fotoğraf, video vb.) başkaları görmesin, kimse bana inanmıyor, nasıl olsa ispat edemem ve ceza almaz, herkes beni suçlayacak, benim yüzümden” gibi düşünceler uygulamada sıklıkla karşılaşılan mağdur serzenişleri olarak karşımıza çıkabilmektedir. Bunun yanında mağdurların bu çekingen tavırları faillerin koruyucu kalkanı olabilmektedir. Hatta fail üstüne üstlük mağdur tarafından tahrik edildiğini, mağdurun kendini bu davranışı gerçekleştirmeye ittiğini dahi belirten savunmalara başvurmaya cüret edebilmektedir.³⁵²

³⁵¹Pakır, 2018, **a.g.k.**, 218.

³⁵²Taner, 2013, **a.g.k.**, 244.

Cinsel saldırı suçunun doğrudan şahsın kendisine yönelik olduğu konusu bir gerçektir. Lakin suçun nevi gereği toplumu da yakından ilgilendiren bir suç tipidir. Bu nedenle cinsel saldırı suçu bakımından şikâyet müessesesinin uygulanmasının doğru olmadığı, resen soruşturma ve kovuşturmayı gerektirir suçlardan olması gerektiği yönünde görüşler de bulunmaktadır. Aynı yönde cezaların ağırlığının da şikâyete bağlı kılınması ile örtüşmediğini belirtmekle kanun koyucunun tercihini bu yönde doğru bulmadığını belirtmektedir.³⁵³

6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin önlenmesine Dair Kanunu'nun 20/2. maddesi uyarınca Aile Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığının cinsel saldırı suçu bakımından davaya katılma hakkı bulunmaktadır. Katılma hakkının kovuşturma aşamasında mahkeme tarafından yapılacak resen ihbarın zorunluluğu konusunda çıkan tartışma Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulunca yapılan toplantıda 13/12/2019 tarih 2019/6 Esas, 2019/7 sayılı İBK ile sonuca bağlanmıştır. Karara göre, Bakanlığın yokluğunda yapılan yargılamaya ilişkin kovuşturma aşamasında mahkemelerce resen ihbarda bulunmanın zorunlu olmadığı belirtilerek hükme bağlanmıştır.³⁵⁴

3.1.2. Uzlaşma olanağı olmaması

Uzlaşma uyuşmazlığın taraflarının anlaşmalarını, suçtan doğan mağduriyetin giderilmesini ifade etmektedir.³⁵⁵ Onarıcı adaleti sağlamaya yönelik olarak getirilen kurum hem mağdurun hem de failin lehine bir uygulamadır. Zira uzlaşma yolu ile fail ceza almaktan kurtulur, mağdur ise suçla meydana gelen zararı kısa sürede giderme imkânı bulur. Böylece devlet ceza soruşturması ve kovuşturması hakkından vazgeçmiş olur. Suçun işlenmesi sonucu zarar gören toplumsal düzen barış yolu ile yeniden sağlanmış olur.³⁵⁶

Uzlaşma, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 253. maddesinde tanzim edilmiştir. Şikâyete tabi suçlar özel yasalar veya Türk Ceza Kanunu ayrımı yapılmaksızın kural olarak uzlaşmaya tabi iken, şikâyete tabi olmadığı halde uzlaşma kapsamına dahil edilen suçlar tek tek sayılmıştır. Uzlaşma yoluna gidildiğinde zamanaşımı süresinin durduğu

³⁵³Yurtcan, 2018, **a.g.k.**, 13.

³⁵⁴Akkaya, 2020, **a.g.k.**, 173.

³⁵⁵V. Özer, M. Özbek, N. Kanbur, K. Doğan, P. Bacaksız ve İ. Tepe (2015). *Ceza Muhakemesi Hukuku*. (7. Baskı), Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 931.

³⁵⁶Taşan, 2021, **a.g.k.**, 174.

belirtilmiştir.³⁵⁷

Kural olarak soruşturulması ve kovuşturulması şikâyeteye tabi tutulan suçlar uzlaşmaya tabidir. Uzlaşma hükümleri uygulanırken de kural olarak şikâyeteye tabi suçların uzlaşmaya da tabi olduğu açıkça belirtilmiştir.³⁵⁸ 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu yürürlüğe girdiğinde cinsel saldırı suçu bakımından da uzlaşma hükümlerinin uygulanabilir olup olmayacağı tartışma konusu olmuştur. Çünkü her ne kadar bireysel zarar dikkate alınarak şikâyeteye tabi hale getirilmiş ise de cinsel suçların yaptırımının ağırlığı, uzlaşmanın gerçekleşebilmesi için mağdurun zararının nasıl ödeneceği ya da nasıl giderileceği hususlarındaki belirsizlik ve hatta imkânsızlık dikkate alındığında uzlaşma hükümlerinin şikâyeteye de tabi olsa uzlaşmaya tabi olmasını mümkün kılmamaktadır.³⁵⁹ Bu nedenle Ceza Muhakemesinin 06/12/2006 tarih 5560 S. Kanunla yapılan değişiklikle, uzlaşma hükümlerine ilişkin düzenlemeler getirilmiştir. Uzlaşmaya ilişkin hükümler Türk Ceza Kanunundan Ceza Muhakemesi Kanununa taşınmıştır. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 253. maddesinde yer verilmiştir. Aynı düzenleme ile cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlar başlığında yer alan cinsel saldırı, çocukların cinsel istismarı, reşit olmayanla cinsel ilişki ve cinsel taciz suçları şikâyeteye bağlı tutulan halleri bulunmasına rağmen uzlaşma kapsamından çıkarılmıştır.³⁶⁰

19/12/2006 tarihine kadar işlenen cinsel saldırı suçu bakımından lehe uygulama değerlendirilmesi yapılarak uzlaşma hükümlerinin uygulanmasının ardından karar verilmesi gerekmektedir. Ancak suç tarihi 19/12/2006 tarihinden sonraki bir tarihte işlenmiş ise uzlaşma hükümleri uygulama alanı bulmamaktadır.³⁶¹

Cinsel suçların uzlaşma kapsamı dışına alınması ile mağdurun uzlaşmak istememesine rağmen sosyal baskı nedeniyle uzlaşma yoluna gitmesine neden olabileceği şeklindeki sorunların oluşmasına da engel olunmuştur.³⁶² Ayrıca edimli uzlaşmanın sağlanması halinde uygun olmayan sonuçlara yol açılmasının önüne geçilmiştir.³⁶³ Mağdurun para karşılığı uzlaşmayı kabul etmesi ya da karşılığında evlilik vaad edilmesi gibi durumların da önüne geçilmek istenmiştir.³⁶⁴

³⁵⁷Karakehya, 2016a, **a.g.k.**, 176.

³⁵⁸Kocaoğlu, 2016, **a.g.k.**, 220.

³⁵⁹Ünver ve Hakeri, 2018, **a.g.k.**, 723.

³⁶⁰Akkaya, 2020, **a.g.k.**, 174; Taner, 2013, **a.g.k.**, 246; Taştan, 2021, **a.g.k.**, 176.

³⁶¹Baytemir, 2009, **a.g.k.**, 177; Tuğrul, 2010, **a.g.k.**, 134.

³⁶²Taner, 2013, **a.g.k.**, 247.

³⁶³Karakehya, 2016a, **a.g.k.**, 346.

³⁶⁴B. Akbulut ve M. Aksan (2019). *Ceza muhakemesi hukukunda uzlaştırma*. (2. Baskı), Ankara: Seçkin Yayınevi, s. 112.

Cinsel Dokunulmazlığa Karşı İşlenen Suçlarda mağdurun akıl hastalığının bulunması halinde Türk Medeni Kanunu'nun 405. maddesi gereği mağdura vasi atanması gerekmektedir. Ayrıca aynı yasanın 462/8. maddesi gereğince vesayet makamından husumet izni alınması zorunludur. Aynı zamanda CMK 'nın 234/2 maddesi gereği mağdura mutlaka vekil atanması gerekmektedir. Yargılama sonucunda da özel vekaletnâme ile temsil edilen mağdur/katılan vekiline vekalet ücreti takdir edilmelidir.³⁶⁵ Mağdur akıl hastası olmamasına rağmen Ceza Muhakemesi Kanunu'na göre talep etmesi halinde soruşturma veya kovuşturma safhasında avukat atanması zorunludur.³⁶⁶

3.1.3. Görevli ve yetkili mahkeme

Görev bakımından yetki denildiğinde ceza kanunlarında hangi suçlara hangi hakimlerin bakacağına belirlenmesi anlaşılmaktadır. Yani mahkemenin göreviyle ilgili kurallar suçun işlendiği yerdeki hangi mahkemenin o yargılamayı yapacağını belirlenmesini hüküm altına alan kurallardır.³⁶⁷

Dolayısıyla görev birinci derece yargılama safhasında ve yalnızca kovuşturma aşamasında karşılaşılan bir kavramdır. İşin ağırlığına veya özelliklerine göre hangi hakimlerin veyahut mahkemelerin bakacağına belirlendiği kategorik hükümleri ifade etmektedir. Bu kural mutlak şekilde uygulanmalıdır. Ancak bu mutlak uygulama telafisi zor veya imkânsız sonuçlar doğurma ihtimali bulunduğu yalnızca bu ihtimallerin ortadan kalkması kadarıyla esnetilebilir. Görev hükümleri hâkim tarafından süre gözetilmeksizin resen araştırılır. Asıl olan asliye ceza mahkemelerinin görevli olmasıdır. Ancak özel kanuni düzenlemelerin varlığı halinde ağır ceza mahkemeleri ya da diğer özel mahkemeler görevli hale getirilebilmektedir. Görevin yani görev itibarıyla yetkilerinin belirlenmesi şüpheli bakımından hangi mahkeme tarafından yargılanacağını önceden bilmesini sağlamaktadır.³⁶⁸

26/09/2004 tarih 5235 Sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'un 14. Maddesine göre Mahkemelerin görevlerinin belirlenmesinde ağırlaştırıcı ve hafifletici nedenler gözetilmeksizin suçun kanunda yer alan üst sınırı göz önünde bulundurulur.

Cinsel saldırı suçunda görevli mahkemenin belirlenebilmesi için öncelikle ikinci

³⁶⁵Kocaoğlu, 2016, **a.g.k.**, 220.

³⁶⁶Taner, 2013, **a.g.k.**, 255.

³⁶⁷Pakır, 2018, **a.g.k.**, 229.

³⁶⁸Ünver ve Hakeri, 2018, **a.g.k.**, 129.

fıkranın ağırlaştırıcı neden olup olmadığının belirlenmesi gerekmektedir. Fiilin vücuda organ veya sair cisim sokulmak suretiyle işlenmesi halinin cinsel saldırı suçunun birinci fıkrasında yer alan suçun ağırlaştırıcı neden olarak kabul edilmesi halinde cinsel saldırı suçunun tamamı bakımından asliye ceza mahkemelerinin görevli olduğu sonucuna ulaşılmaktadır.³⁶⁹ Zati sonraki fıkraların ağırlaştırıcı neden olduğu hususunda şüphe bulunmamaktadır. Mesele ikinci fıkranın müstakil bir suç olarak mı ağırlaştırıcı hal olarak mı kabul edildiği noktasında çözümlenecektir. Çünkü 5235 Sayılı Yasa'nın 14. maddesinde belirtildiği gibi ağırlaştırıcı ve hafifletici nedenler gözetilmeksizin suçun Kanun'da yer alan üst sınırı göz önünde bulundurulduğunda ve TCK' nun 102/2. maddesi nitelikli hal olarak öngörüldüğünde ceza miktarı itibariyle cinsel saldırı suçunun ikinci fıkrası bakımından asliye ceza mahkemelerinde görülmesi gerektiği sonucu ortaya çıkmaktadır.³⁷⁰

Esasında hali hazır düzenlemede cinsel saldırı suçunun tamamı Asliye Ceza Mahkemesi görev alanında yer almaktadır. Ancak bu denli ağır yaptırımlara tabi suç bakımından ağır ceza mahkemelerinin görevli olması gerektiğinden yeniden düzenlemeye gidilerek ikinci maddenin müstakil bir suç olarak tanzimi gerekmektedir.³⁷¹ Diğer bir görüşe göre ise 5235 sayılı yasaya ekleme yapılarak cinsel saldırı suçunun nitelikli halleri bakımından ağır ceza mahkemelerinin görevli olduğu yönünde hüküm getirilerek sorunun çözüme kavuşturulabileceği ileri sürülmüştür.³⁷² Bir diğer görüş ve uygulamadaki görüşte ise nitelikli hal nitelendirmesi yapmaksızın TCK' nun 102/2 maddesinde düzenlenen suçta öngörülen cezanın üst sınırına göre 5235 sayılı Yasa'nın 12. maddesi dikkate alınarak ağır ceza mahkemelerinin görevli olduğu belirtilmektedir.³⁷³

Cinsel saldırı suçunun işlendiği sırada Kasten Yaralama suçunun ağır neticelerine neden olunması halinde failin ayrıca Kasten Yaralama suçundan da cezalandırılacağı belirtilmiştir. TCK' nun 87. maddesinde yer alan hükümdeki düzenleme gereği cinsel saldırı ve kasten yaralama suçundan dava açılması gerekiyor ise ağır ceza mahkemeleri görevlidir. Uygulanan cebir neticesinde mağdurun ölümü ya da bitkisel hayata girmesi söz konusu ise yine Ağır Ceza Mahkemeleri görevlidir.³⁷⁴

³⁶⁹Taneri, 2014, **a.g.k.**, 73.

³⁷⁰Taştan, 2021, **a.g.k.**, 177.

³⁷¹Taner, 2013, **a.g.k.**, 247.

³⁷²Pakır, 2018, **a.g.k.**, 231.

³⁷³Akkaya, 2020, **a.g.k.**, 180; Özbek, Doğan ve Bacaksız, 2020, **a.g.k.**, 354.

³⁷⁴Taştan, 2021, **a.g.k.**, 177.

Cinsel saldırı suçu failinin on sekiz yaşından küçük olması mümkündür.³⁷⁵ Bu durumda fail hakkında yargılama Çocuk Mahkemelerinde ya da Çocuk Ağır Ceza Mahkemelerinde yapılmalıdır. Çocuk Mahkemelerinin kurulmadığı yerlerde ise Asliye Ceza/Ağır Ceza Mahkemelerinde Çocuk Mahkemesi sıfatıyla yapılmalıdır.

Yargılamanın yenilenmesi yargılamasının yapıldığı sırada daha önce yargılama konusu dosyada görev almış hâkim veya heyetin, yargılamanın yenilenmesinde görev alamayacağı hükme bağlanmıştır.

Yetki kuralları yargılamanın yapılacağı yer mahkemesinin hangisi olduğunu belirtmektedir. Ceza Muhakemesi Kanunu'na göre, yetkili mahkeme suçun işlendiği yer mahkemesidir. Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar genel olarak kişi hürriyetinin de kısıtlanması suretiyle işlendiğinden ve hürriyeti tahdit, temadi eden bir suç olması nedeni ile kesintinin meydana geldiği yerde suçun işlendiği kabul edildiğinden hem cinsel saldırı suçu hem de Kişilerin Hürriyetini İhlal Etme suçu bakımından yetkili yer kesintinin meydana geldiği yer mahkemesidir.³⁷⁶

Mülkilik ilkesi gereği fail ya da mağdurun ya da ikisinin de Türk Vatandaşı olmaması halinde yine de yargılama Türkiye'de Türk hukuk sistemlerine göre yapılabilir.

3.1.4. Mağdurun beyanının alınması

Suçun şikâyet tabi olması ve mağdurun birden fazla olması halinde mağdurlardan biri şikâyetçi olmasa dahi veya suçun resen araştırma ilkesi kapsamında kalmasına rağmen mağdurun şikâyetçi olmadığını ve kamu davasına katılma talebi bulunmaması durumunda dahi mağdur yargılama ile gerçeğin ortaya çıkması için tanıklık yapmak zorundadır. Mağdur ile şikâyetçinin dinlenmesi CMK'ın 236. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre; Mağdurun tanık olarak dinlenmesi halinde yemin ettirilmez ancak tanıklığa ilişkin tüm hükümler aynı şekilde uygulanır. İşlenen suçun etkisiyle psikolojisi bozulmuş çocuk veya mağdur, bu suça ilişkin soruşturma veya kovuşturmada tanık olarak bir defa dinlenebilir. Ancak bu durumun istisnası maddi gerçeğin ortaya çıkarılması için zorunlu olan durumların bulunmasıdır. Çocuğun mağdur olması veya işlenen suçun etkisiyle psikolojisi bozulmuş olan mağdurun tanık olarak dinlenmesi sırasında psikoloji, psikiyatri, tıp veya eğitim alanında uzman kimsenin bulundurulması gerekmektedir. Bu nedenlerle beyanının eksiksiz ve hatasız alınması konusunda azami

³⁷⁵Kocaoğlu, 2016, a.g.k., 224.

³⁷⁶Akkaya, 2020, a.g.k., 179; Kocaoğlu, 2016, a.g.k., 224; Taştan, 2021, a.g.k., 178.

özenin gösterilmesi gerekmektedir. Hem sanık için hem de mağdur için önem arz etmektedir.³⁷⁷

Mağdur çocukların tanıklıkları sırasında görüntü ve seslerinin kayda alınması gerekmektedir. Mağdur çocukların tanık olarak dinlenilmesi sıralarında ses ve görüntü kaydı zorunludur ve bu kayıt yalnızca ceza mahkemesinde kullanılabilir. Ancak tanıkların dinlenilmesinde ses ve görüntü kaydı zorunlu olmamakla birlikte kayıt yapılabileceği düzenlenmiştir. Mağdurun ya da çocuğun ifadesinin alınması sırasında fail ile yüz yüze gelmesinin sakınca bulundurduğu durumlar gibi hallerde beyanlar uzmanlar aracılığı ile özel ortamlarda alınmalıdır.

Cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar başlığı altında yer alan çocukların cinsel istismarının ikinci fıkrasında yer alan halinin ve cinsel saldırı suçunun ikinci fıkrasında düzenlenen halinin meydana geldiği iddiasının bulunması halinde mağdurun veya çocuğun beyanı Cumhuriyet Savcılığı nezaretinde uzmanlar tarafından bunlara yönelik hizmet veren yerlerde alınır. Mağdur çocuğun ses ve görüntü kaydedilerek beyanının alınması zorunlu iken mağdurun ifadesinin rızasının bulunması halinde kayda alınabilecektir. Bu kayıtların gizliliği için gerekli tedbirler sağlanmalıdır. Bu kayıtlar yazılı tutanağa aktarılarak dosya arasına konularak ilgililere verilir. Kayıtların izletilmesi soruşturma veya kovuşturma makamlarının gözetiminde bulunmasına ve makamların takdirine bağlıdır.

Mağdur çocuğun beyanı çocuk izlem merkezi (ÇİM) adı verilen birimlerde alınmaktadır. Bu merkezler sayesinde mağdur ikincil örselenme yaşanmaz ve mağdurun incelenmesi, tedavisi kurumlar arasında eşgüdümlü olarak devam eder.³⁷⁸

Genel kural olarak duruşmalar herkese açık yapılıır. Ancak on sekiz yaşını tamamlamayanlar hakkındaki duruşmalar ile genel ahlakın veya kamu düzeninin kesin olarak gerekli kıldığı hallerde duruşmanın bir kısmı ya da tamamı kapalı olarak da yapılabilir. Failin on sekiz yaşından küçük olması halinde hüküm kapalı duruşmada açıklanır.³⁷⁹

³⁷⁷Ç. Ermağan ve T. Türk (2019). *İstismara maruz kalan çocuklarla adli görüşme*. Nihd Protokolü Önerisi TAA Dergisi, 38 (11), 393-412, s. 395.

³⁷⁸Ö. Büber, F. Alsancak, H. Z. Kara ve H. Oksal (2024). *Uygulama Deneyimleri Işığında Çocuk İzlem Merkezlerinin İşlevselliği*. TAA Dergisi, 57(15), 169-196, s. 172.

³⁷⁹Taneri, 2014, **a.g.k.**, 55.

3.1.5. İspat

3.1.5.1. Genel olarak

Ceza Hukukunun amacı maddi gerçeğe ulaşmaktır.³⁸⁰ Bu nedenle ceza muhakemesinde maddi gerçeği ortaya çıkarmaya elverişli olan her şey delil olarak kabul edilebilir. Dolayısıyla ceza yargılamasında delil serbestisi vardır. Delil olarak kabul edilme ya da edilmeme konusunda hâkim takdir yetkisini kullanmaktadır.³⁸¹ Bu nedenle sanığın suçu işlediği şeklinde beyanı dahi hükümde delil olarak kabul edilmeyebilir. Zira failin suçu üstlendiği ihtimali de göz önünde tutulmalıdır. Ancak failin ikrarı içerir savunmasının yanında maddi olaylarla örtüşen, akla, mantığa ve hayatın olağan akışına uygun olan ve olayın meydana gelişi ile ilgili diğer delillerle çelişki içerisinde olmadığı şekliyle belli bir değere tabi olduğu da söylenebilir.³⁸²

Cumhuriyet Savcısı basit şüphe ile olay nedeniyle soruşturmaya başlar. Soruşturma neticesinde şüpheli hakkında suçu işlediği yönünde yeterli şüpheye ulaşması halinde iddianame tanzim eder. İddianamenin kabulü ile soruşturma evresi sona erer. Kovuşturma evresi ortaya çıkar. Kovuşturma aşamasında mahkeme şüphelinin suçu işleyip işlemediğine dair yargılama yapar. Mahkemenin şüpheli tarafından suçun işlendiği yönünde şüpheye yer bırakmayan bir kanaati bulunması halinde cezalandırılmasına karar verir. Söz konusu kanaat suça konu olayda gerçekleşen olayın ortaya çıkarılmasıyla oluşmaktadır. Aksi takdirde masumiyet karinesi gereği yerine getirilecektir.³⁸³ Maddi gerçek, geçmiş zamanda meydana gelmiş olayın yapılan araştırma neticesinde öğrenilen hali bakımından aksine bilim ve mantık çerçevesinde gerekçe gösterilemeyen durumdur.³⁸⁴

Maddi gerçeğin ortaya çıkmasını ifade eden ispat kavramı hukuki anlamda meydana gelen soruşturma/kovuşturmaya konu olayın suçun yasal unsurlarını oluşturup oluşturmadığını, kim tarafından nasıl gerçekleştirildiğini, gerçekleşip

³⁸⁰Maddi gerçek kavramı için bkz. H.vKarakehya (2016b). *Ceza muhakemesinde maddi gerçeğin tespiti*. Ankara: Savaş Yayınevi, s. 6.

³⁸¹H. Karakehya (2015). *Ceza muhakemesi hukuku*. Ankara: Savaş Yayınevi, s. 8.

³⁸²S. Cengiz, F. Demirağ, T. Ergül, J. McBride ve D. Tezcan (2008). *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları ışığında ceza yargılaması kurum ve kavramları*. Ankara: Şen Matbaa, s. 11. http://tbbyayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/aihm_cezayargilamasi.pdf (Erişim tarihi: 14.09.2024).

³⁸³B. Öztürk (2008), *Yeni CMK'da delil yasakları*. Üğur Alacakaptan'a Armağan, İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, s. 600.

³⁸⁴M. Feyzioğlu ve F. G. Taner (2015). *Ceza muhakemesinde ispatın ölçütü olarak vicdani kanaat*. (2. Baskı), İstanbul: Isık Yayınları, s. 115.

gerçekleştirilmediğini tahlil edip kanaate ulaştırmaya yarar kavramdır.³⁸⁵ Suçun meydana gelip gelmediğini meydana çıkarmak amacıyla meşru olan tüm yolların kullanılması gerekmektedir. Sonucunda söz konusu olayın vuku bulup bulmadığı ve vuku bulmuş olması halinde fail tarafından gerçekleştirilip gerçekleştirilmediği hususunda bilgi sahibi olunacaktır.³⁸⁶

İspat adli ya da bilimsel olabilir. Soruşturma/kovuşturma sırasında Cumhuriyet savcısı ya da hâkim söz konusu olayın aydınlanması amacıyla kanaatine esas oluşturacak delilleri araştırması ve sonucu ortaya koyması şeklindeki ispata adli ispat, fen bilimlerinin yönteminin kullanılmasıyla ulaşılan sonuç ise bilimsel ispattır.³⁸⁷ İspat vasıtaları ise öğretide kanuni- vicdani ispat, katı- serbest ispat ve dolaylı- doğrudan ispat olmak üzere üç ana başlık altında ele alınmaktadır.³⁸⁸

Genel itibarıyla ise şüpheli ve sanık beyanları, tanık beyanları, mağdur ve müşteki beyanları, belgeler (yazılı veya basılı metin, senet, çizim, plan, kroki, fotoğraf, film, görüntü, ses kaydı, elektronik ortamdaki veriler, benzeri bilgi taşıyıcıları vb.), belirtiler (parmak izi, kan izi, sperm örneği vb.), bilimsel deliller, dijital deliller, bilirkişi raporları, keşif ve yer gösterme, teşhis, beden muayenesi, ölü muayene ve otopsi işlemleri vb. ispat araçlarının ana hatları olarak sayılabilir.³⁸⁹

İşlendiği iddia edilen suçun kim veya hangi makam tarafından ispat edileceği hususuna ispat yükü denilmektedir. Dosyanın taraflarının Ceza hukuku anlamında ispat külfeti bulunmamaktadır. CMUK uygulamada bulunduğu sırada ceza davalarında şahsi dava terimi bulunduğundan kişiler Cumhuriyet Savcısına müracaat etmeksizin ceza davası açabilmekteydi. Dolayısıyla iddiasını ispat ile mükellefti. Ancak 5271 sayılı CMK ceza davası açma yetki ve görevini yalnızca Cumhuriyet savcısına dercederek tüm davaları kamu adına Cumhuriyet Savcısının açabileceğine ilişkin düzenleme getirmiştir. Sonuç olarak öğretide ispat yükü olarak değerlendirilmemekte ise de ilk aşamadan CMK m.160 gereği, Cumhuriyet Savcısı ihbar veya başka bir suretle suçun işlendiği izlenimini veren bir hali öğrenir öğrenmez kamu davası açmaya yer olup olmadığına karar vermek

³⁸⁵D. Gedik (2023). *Ceza muhakemesinde ispat ve şüphelinin sanık lehine yorumlanması*. (6. Baskı), Ankara: Adalet Yayınevi, s. 24.

³⁸⁶H. Karakehya (2006). *Ceza muhakemesinde maddi gerçek*. Eskişehir Barosu Dergisi, Sayı: 10, s. 101; Sorunlar ve eleştirilerle iddianamenin iadesi; Taneri, 2021, **a.g.k.**, 22.

³⁸⁷E. Yılmaz (2002). *Hukuk sözlüğü*. (6. Baskı), Ankara: Yetkin Yayınları, s. 575.

³⁸⁸A. Arslan (2023). *Cinsel suçlarda ispat ve infaz*. Doktora Tezi, İstanbul: Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 4. <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp> (Erişim tarihi: 14.09.2024).

³⁸⁹Karakehya, 2016a, **a.g.k.**, 198.

üzere hemen işin gerçeğini araştırmaya başlar şeklindeki ve maddi gerçeğin araştırılması ve adil bir yargılamanın yapılabilmesi için, emrindeki adli kolluk görevlileri marifetiyle, şüphelinin lehine ve aleyhine olan delilleri toplayarak muhafaza altına almakla ve şüphelinin haklarını korumakla yükümlü olduğu şeklindeki amir hüküm değerlendirildiğinde Cumhuriyet Savcısının ispat hususundaki yetki ve görevleri ortaya konmuştur. Ayrıca kovuşturma aşamasında mahkemenin de maddi gerçeği ortaya çıkarmak ve kanaate ulaşmak amacıyla araştırma yapabileceği açıktır.³⁹⁰

Dosyanın tarafları da iddia konusu olaya ilişkin dosyaya bilgi, belge, evrak sunabilecekleri gibi araştırılması yönünde talepte bulunabilirler. Cumhuriyet savcısı ya da mahkeme bu talep ile bağlı değildir. Burada sanığın suçu işlemediği yönünde savunmada ya da ispat yükü altında olduğuna dair bir zorunluluğun bulunmadığını belirtmek gerekmektedir. Öyle ki şüpheli ya da sanık susma hakkını kullanabileceği gibi kendini savunmak amacıyla yalan söyleyebilir.³⁹¹ Şüpheliden ya da failden suçsuz olduğunu kanıtlamasını beklemek mümkün değildir. Sonuçta kuşkuyla yer verilmeksizin bir kanaate varılmalıdır.³⁹²

İspat faaliyetleri gerçekleştirilmesi sırasında birtakım ilkeler esas alınmaktadır bunlar; Maddi gerçeğin araştırılması ilkesi, delillerin resen araştırılması ilkesi, delillerin doğrudan doğruyalığı ilkesi, delil serbestisi ilkesi, delillerin kolektifliği ilkesi, şüpheden sanık yararlanır ilkesi, Susma, kendini ve yakınlarını suçlamama (nemo tenetur) ilkesidir.³⁹³ Söz konusu ilkeler ispat vasıtaları yani delillerin elde edilmesinde ve yorumlanmasında büyük önem taşımaktadır. Yukarıda bahsedildiği üzere Cumhuriyet

³⁹⁰H. Karakehya (2008). *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesi (Adil yargılanma hakkı) bağlamında ceza muhakemesinde duruşma*. (1. Baskı), Ankara: Savaş Yayınevi, s 34.

³⁹¹N. Kunter, F. Yenisey, A. Nuhoglu (2006). *Muhakeme dalı hukuku olarak ceza muhakemesi hukuku*. (14. Baskı), İstanbul: Beta Yayınları, s. 605.

³⁹²"Katılan ..'ün 25.09.2020 tarihli olay günü saat 03:00 sıralarında ikametine gitmek için yürüdüğü sırada motosiklet kullanan sanığın katılanı bir süre takip ederek yanına yaklaştığı, katılana motosikleti ile evine bırakmayı teklif ettiği, katılanın bindiği başka tarafa gitmesi üzerine sanığın kötü niyetli olabileceğinden korkarak motordan inmek istediği, sanığın katılanın motordan inmesine mücadele etmediği, motosikletini durdurduğu, katılanın kaçmak için hamle yapması ve imdat çığlığı atması üzerine sanığın katılanın ağzını kapatıp, boğazını sıkarak katılanı zorla yol kenarında bulunan çalılarının içine götürdüğü, katılanı zorla yere yatırarak dizi ile katılanın bacaklarının üzerine bastırıp, bağırırsan seni öldürürüm diyerek katılanın kaçmasını engellediği, katılanın genital bölgesine organ sokmak suretiyle katılana yönelik nitelikli cinsel saldırıda bulunduğu, devamında katılanı tehdit ettiği, katılanı tekrar motosiklete bindirip Cendere yoluna indikleri, yolda ilerlerken katılanın bir kamyonetin geldiğini görerek kendini motordan attığı, sanığın motossikleti ile olay yerinden kaçtığı, bu esnada yoldan geçen başka bir kamyonet sürücüsünün katılana yardım ederek, katılanın erkek arkadaşı olan tanık ...'ı aradığı, katılanı aramak üzere Kemerburgaz Semtinde olan tanık'ın katılanı polis merkezine getirerek şikayetçi oldukları kabul edilmekle mahkumiyet hükmü kurulmuştur." Yarg. 9. CD, 27.09.2023 T., 2023/10268 E., 2023/5670 K.

³⁹³Arslan, 20239, a.g.k., 6-14.

Savcısı basit şüphe ile soruşturmaya başlar. Bu aşamada elindeki deliller bir suç izlenimini verecek hali ifade eder. Yapılan araştırma neticesinde elde ettiği deliller neticesinde hayatın akışına göre somut olaylar karşısında duyulan şüpheyi yani makul şüpheyi dönüşmüş olması halinde CMK’nda düzenlenen ve makul şüphe olması halinde başvurulabilecek delil elde etmeye ilişkin hükümleri ve kuvvetli şüphenin bulunması halinde koruma tedbirlerinin uygulanabileceği değerlendirilebilir. Ardından suçun işlendiği hususunda şüpheli hakkında mahkûmiyet hükmü kurulması ihtimali bulunduğu kanaatine ulaştığı anda iddianame tanzim eder ve iddianamenin kabulü ile kovuşturma aşamasına geçilmiş olur. Hem soruşturma aşamasında hem de kovuşturma aşamasında elde edilecek ve kanaate esas alınacak delillerin olayı temsil edici mahiyette, akla ve mantığa uygun, muhakeme açısından önemli, hukuka uygun, müşterek olması gerekmektedir.³⁹⁴

Soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısı tarafından toplanan deliller neticesinde suçun işlenmediği ya da şüpheli hakkında suçu işlediği yönünde kamu davası ikame etmeye yeter şüphe bulunmaması halinde kamu adına kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilir.³⁹⁵ Aksi durumda ise iddianame tanzim edilir. Mahkeme elde edilen hukuka uygun delilleri değerlendirir ve vicdani kanaatine ulaşır.³⁹⁶

3.1.5.2. Cinsel saldırı suçu bakımından ispat

Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar bakımından maddi gerçeğe ulaşmak birçok suç tipine göre daha zordur. Çünkü genellikle fail mağdurun direncini kırmak ve fiilini bu şekilde gerçekleştirebilmek için en mahrem yerleri ve en uygun zamanı kollamaya

³⁹⁴"Somut olayda müşteki vekilince, müvekkilinin şüphelinin yanında yatılı çalışmaya başladıktan sonra, şüphelinin müştekiye tecavüz ettiğini, uzun süre alıkoymuşunu, ona ait olan aracı hile ile elinden alıp oğlunun üzerine geçirdiğini ve tehdit ettiğini belirterek şikâyetçi olması üzerine, herhangi bir araştırma yapılmadan, taraflar arasında mehir sözleşmesi bulunduğu, aralarında gayri resmi bir evlilik bulunduğundan bahisle kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilmiş ise de, müşteki vekilinin dilekçesinde belirttiği tanıkların dinlenilmesi, şüphelinin ifadesinin alınması ve sonucuna göre bir karar verilmesi gerektiği gözetilmeden, itirazın kabulü yerine, yazılı şekilde reddine karar verilmesinde isabet görülmemiş bu nedenle kanun yararına bozma talebi yerinde görülmüştür." Yarg. 9. CD, 21.12.2023 T., 2023/11571 E., 2023/8789 K.

³⁹⁵"Her ne kadar sanık hakkında on sekiz yaşından büyük katılana yönelik cinsel saldırı suçlamasından kamu davası açılmışsa da, eylemin saldırı şeklinde gerçekleştiğine ilişkin yeterli veri bulunmadığı, iddia edilen olaydan 5-6 aylık bir süre geçtikten sonra kolluğa başvurulması ve bu süre zarfında katılanın hamile olduğunun anlaşılması ve ilişkinin de evlilikle sonuçlanmaması dikkate alındığında; cinsel ilişkideki "zor unsuru" bakımından mahkûmiyet hükmü kurmaya elverişli yeterli veri bulunmadığı, bu durumda atılı suçu işlediği sabit olmayan sanığın beraati gerektiği sonuç ve kanısına varılmıştır." Yarg. 9. CD, 01.06.2023 T., 2021/5304 E., 2023/3764 K.

³⁹⁶R. Arıtürk (2022). *İddianamenin iadesi ile ilgili sorunlar ve çözüm önerileri*. Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 50(13), 181-218, s. 183.; Karakehya, 2016b, **a.g.k.**, 71.

gayret gösterir. Bazı durumlarda ise fail ile mağdur arasındaki ilişki daha fazla çabayı sarf etmeksizin faile kolaylık sağlar.

Cinsel suçların aralarında sosyal ilişki bulunmayan kişiler arasında işlenmesi durumunda ispatı, aralarında sosyal ilişki bulunan kişiler arasında işlenmesine göre daha kolaydır. Zira aile, arkadaş, eş gibi yakınlıkları bulunan kişilerin fail olması durumunda hem suçu daha rahat işleyebilmekte hem de daha rahat gizleme imkanları bulunmaktadır. Aynı şekilde aralarında bu denli ilişkilerin bulunması halinde mağdur meydana gelen fiili ve faili gizleme yoluna gidebilmektedir. Çünkü mağdurlar kendilerine inanılmayacağı düşüncesi içerisinde girmektedirler.³⁹⁷ Açıklanan nedenlerle delil toplama süreci oldukça sıkıntılı bir hal almaktadır. Mağdur yaşadıklarının bir an önce sona ermesini, toplum tarafından ayıplanmamayı, olayın kendisine mal edilmemesini istemektedir.³⁹⁸

Mağdurun, failin ve tanığın beyanları, ses ve görüntü kayıtları, mektup, resmî belge, arama, el koyma tedbirleri ile elde edilen ve doğrudan suçun sübutuna etki eden nesneler, bilimsel bir inceleme ile delil niteliği tartışılabilen örnek, iz ve bulgular muhakeme hukukumuzda ispat araçları arasında sayılmaktadır.³⁹⁹

Yargıtay uygulamasında, şüpheden sanık yararlanır ilkesi gereği suçun gerçekleşmediği ya da fiilin gerçekleştiği ancak mağdurun rızasının bulunduğu dair yerleşmiş bazı kıstaslara şu örnekler verilebilir: “Mağdur ile fail arasında husumet bulunmaması, mağdurun anlatımlarında çelişkilerin bulunması, mağdurun beyanının hayatın olağan akışına uygun olmaması, mağdurun iddiasının durumu çevresine mazur gösterme düşüncesine dayandığının anlaşılması, mağdurun olayı uzun süre haklı bir nedene dayanmaksızın gizlemesi, mağdurun beyanlarının samimiyetsiz olması” gibi.

Yargıtay uygulamasında suçun meydana geldiğine dair “mağdurun tutarlı anlatımlarının yanı sıra sanığa iftira atması için geçerli veya ciddi bir sebebinin bulunmaması, sebebin sanık tarafından ispatlanmamış olması” gibi yerleşmiş kıstaslar bulunmaktadır.⁴⁰⁰

Genel olarak Yargıtay, istikrarlı anlatım, çelişkili beyanlar, ilk ifade, hazırlık beyanları, olayın sıcaklığı, beyanların itibar edilebilirliği, hayatın olağan akışı, şüphelinin

³⁹⁷Taner, 2013, **a.g.k.**, 248.

³⁹⁸Pakır, 2018, **a.g.k.**, 219.

³⁹⁹P. Bacaksız ve T. Bayzit (2019). *Yargıtay’ın cinsel dokunulmazlığa karşı suçlarda ispata yaklaşımı*. Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi: Prof. Dr. Durmuş Tezcan’a Armağan, 21(Özel sayı), s. 386.

⁴⁰⁰F. Taner, 2013, **a.g.k.**, 249.

sanık lehine yorumlanması, husumetin varlığı ya da yokluğu, iftira atılması için bir sebebin bulunup bulunmaması, mağdurun olayın gerçekleştiği sırada yardım istemek için çaba gösterip göstermemesi, olayın ilgili makamlara intikal şekli ve zamanı unsurlarını göz önünde bulundurarak cinsel saldırı suçunun meydana gelip gelmediği yönündeki değerlendirmesini yapmaktadır.

Nitekim cinsel saldırı suçlarının kamera kaydı, tanık beyanı, şüpheli ikrarı ve bilimsel verilerle ispatlanmasının çoğu zaman beklenmediği dikkate alındığında, iddia ve savunmaların havada kalmaması, suçlu olanın cezalandırılması, mağdurun ve toplumun adaletin sağlandığı duygusuna erişmesi ve suçsuz yere cezalandırmanın önüne geçilebilmesi için bu unsurların titizlikle incelenerek delil değerinin tartışılması gerekmektedir.⁴⁰¹

Ceza yargılamasında sanık hakkında beraat kararı verilebilecek durumlar CMK'nun 223. maddesinin ikinci fıkrasında açıkça sayılmıştır. Ancak bu açıklığın sınırlı olmadığı görülmektedir. Zira kullanılan ifadeler sınırları belli olmayan ihtimaller barındırmaktadır. Maddeye göre, yüklenen fiilin kanunda suç olarak tanımlanmamış olması, yüklenen suçun sanık tarafından işlenmediğinin sabit olması, yüklenen suç açısından failin kast veya taksirinin bulunmaması, yüklenen suçun sanık tarafından işlenmesine rağmen, olayda bir hukuka uygunluk nedeninin bulunması, yüklenen suçun sanık tarafından işlendiğinin sabit olmaması hallerinde sanık hakkında beraat kararı verilebilir.⁴⁰²

Yüklenen suçla bağlantılı olarak yaş küçüklüğü, akıl hastalığı veya sağır ve dilsizlik hali ya da geçici nedenlerin bulunması, yüklenen suçun hukuka aykırı fakat bağlayıcı emrin yerine getirilmesi suretiyle veya zorunluluk hali ya da cebir veya tehdit etkisiyle işlenmesi, meşru savunmada sınırın heyecan, korku ve telaş nedeniyle aşılması, kusurluluğu ortadan kaldıran hataya düşülmesi gibi nedenlerle sanık hakkında ceza verilmesine yer olmadığına dair karar verilebilir.⁴⁰³ Bazı durumlarda ise fiilin suç olma özelliği devam etmesine rağmen sanığın kusurunun bulunmaması nedeniyle, etkin pişmanlık, şahsi cezasızlık sebeplerinin varlığı, karşılıklı hakaret, işlenen fiilin haksızlık derecesinin azlığı gibi hallerde fail hakkında ceza verilmesine yer olmadığına dair karar

⁴⁰¹Karakehya, 2016b, **a.g.k.**, 30.

⁴⁰²D. Yeldan ve G. Taneri (2019). *Cinsel suçlarda beraat*. Ankara: Seçkin Yayınevi, s. 17.; C. Şahin ve N. Göktürk (2015). *Ceza muhakemesi hukuku*(2). (4. Baskı), Ankara: Seçkin Yayınevi, s. 174.

⁴⁰³N. Bilge (2012). *Hukuk başlangıcı*. (30. Baskı), Ankara: Turhan Kitabevi, s. 148.

verilebilir.⁴⁰⁴

Cinsel saldırı suçu bakımından beraat kararı verilebilecek nedenler Yeldan ve Taner'e göre, "delil yokluğu, delillerin çokluğu, delillerin çelişkili olması, mağdurun güvenilmezliği, masumiyet karinesi, suç ve cezaların kanuniliği ilkesi, konuyla ilgili popülist yaklaşım, marjinal yaklaşımlar, kolluk yetersizliği, adli tıp sorunları, aile sorunları, işyeri sorunları, okul sorunları, yurt sorunları, gerçek olayların uydurma olaylardan ayrılması sorunu (cinsellik dolandırıcıları), erken evlilik, bölgesel yaklaşımlar, cezanın artırılması, adli yaklaşımlar, rıza sorunu, somut olayın özellikleri, hasım edinme korkusu, sanığın tutuklanması ya da tutuklanmaması, sosyal baskılar, acıma duygusu, inanç, olaydan kesin hükme geçen zamanın uzunluğu, sanığın kişisel özellikleri ile ailesi, kamu görevlilerinin bu tip suçlara karşı isteksiz ve ön yargılı olmaları, mağdurların suçlanma/aşağılanma/küçük görülme/kötülenme/hakarete uğrama korkusu, sanıkların hatırlı/nüfuzlu kişiler olması, iddia hataları, eğitim, utanma duygusu, konuyla ilgili çalışma yetersizliği" şeklindeki üst başlıklarında kategorize edilebileceği belirtilmiştir.⁴⁰⁵ Belirtilen unsurlar maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasında her somut olay bakımından önem arz etmektedir.⁴⁰⁶

Cinsel suçlara ilişkin delil elde yolunda adli tıp raporları büyük önem arz etmektedir.⁴⁰⁷ Çünkü çoğu zaman cinsel dokunulmazlığa karşı suçların gerçekleşip gerçekleşmediği noktasında adli rapor tanzimi için adli tıp kurumlarından talepte bulunmaktadır. Adli tıp şube müdürlüğü bulunan illerde mesai saatleri içinde bu birimlerde görevli adli tıp uzmanları tarafından, üniversite hastaneleri ve adli tıp anabilim dalı bulunan bazı illerde adli tıp ana bilim dallarında görevli adli tıp öğretim üyeleri tarafından, çocuk izleme merkezi bulunan illerde çocuk izleme merkezinde

⁴⁰⁴Öztürk ve Erdem, 2014, **a.g.k.**, 236.

⁴⁰⁵Yeldan ve Taneri, 2019, **a.g.k.** 18.

⁴⁰⁶B. Çetin (2017). *Cinsel dokunulmazlığı karşı işlenen suçlarda deliller ve delillerin değerlendirilmesi*. Konya Barosu Dergisi(1), 109-132, s. 130.

⁴⁰⁷"Olayın geçtiği iddia olunan yer ve olayın gelişim biçimi ile katılanın olağan koşullarda yardım çağrısında bulunması beklenirken böyle bir olayın da (yardım çağrısı) vuku bulduğuna dair bir verinin bulunmayışı hususları dikkate alındığında, ve yine katılanın olayın hemen akabinde şikayetçi olmayarak 6 gün kadar sonra şikayetçi olması da gözetildiğinde, katılanın anlatımlarının tek başına iddia konusu suçu (Eylemin cebren gerçekleştiğini) ispata yeterli düzeyde olmadığı ve yaşam deneyleri ile bağdaşır bulunmadığı sonucuna varılmaktadır. DNA örneklerine ilişkin bulgular da dikkate alındığında olay tarihinde sanık ve katılan arasında cinsel ilişkinin gerçekleştiğine dair güçlü emareler bulunsa da, ilişkinin rıza dışı gerçekleştiği konusunda kuşku sınırı aşılamamaktadır. Sanığın eylemi Cebren gerçekleştirdiğine dair mahkûmiyet hükmü kurmaya yetecek düzeyde kesin deliller elde edilemediği sonucuna varılmakla, sanığın beraatine dair aşağıdaki hüküm kurulmuştur." şeklindeki ilk derece mahkemesi kararının onanmasına dair karar verilmiştir. Yarg. 9. CD, 13.06.2024 T., 2021/6211 E., 2024/6054 K.

görevlendirilen adli tıp ya da kadın doğum genel cerrahi ve çocuk cerrahi uzmanı hekimleri tarafından, devlet hastanesi/adli tıp birimi bulunan illerde mesai saatlerinde bu birimde görevli adli tıp uzmanları tarafından mesai saatleri dışında ya da adli tıp uzmanı bulunmaması halinde görevli pratisyen hekimler tarafından ya da adli tıp uzmanı bulunmaması halinde görevli pratisyen hekimler tarafından ve/veya konsültan/icapçı kadın doğum, genel cerrahi ve çocuk cerrahi uzmanı hekimleri tarafından, devlet hastanesi/adli tıp birimi bulunmayan illerde yine devlet hastanelerinde görev yapan kadın doğum, genel cerrahi ve çocuk cerrahi uzmanı hekimleri tarafından, branş hekimlerinin bulunmaması halinde pratisyen hekimler tarafından rapor tanzim edilmektedir. Tanzim edilen bu rapor Sağlık Bakanlığının 2005/143 sayılı genelgesi çerçevesinde belirlenen standart cinsel saldırı rapor formuna göre düzenlenmektedir.

Fiziksel ve genital bulgular her zaman fiili olduğu gibi yansıtmayabilir. Cinsel saldırı suçunun temel halinde vücudunda bu fiili açığa çıkarmaya yarar delil oluşmayabileceği gibi geçen süre zarfında iyileşmiş olabilir. Ya da cinsel ilişki sırasında kayıcı kaydırıcı madde kullanılmış olması halinde de elde edilecek fiziksel bulguların normal diye tabir edilebilecek şekilde ortaya çıktığı gözlemlenen durumlardandır. Dolayısıyla adli tıbbın hazırlayacağı fiziksel ve genital muayenelerin psikolojik ve psikiyatrik incelemeler ile desteklenmesi gerekmektedir. Zira cinsel saldırı mağdurunun beyanında geçen ibareler, anlatım tarzı, konuya yaklaşımı tahlil edilerek ruhsal deliller de ortaya konulabilir. Burada mağdurun ruhsal durumu bakımından telkine yatkınlık, hafıza, yargılama, sosyal muhakeme, lisan becerileri ve soyut düşünebilme gibi ölçütler esas alınarak değerlendirme yapılmaktadır. Değerlendirme sonucunda tanı veya özellikler ortaya konularak delil niteliği taşıyabilmektedir.⁴⁰⁸

Yeri gelmişken cinselsaldırı suçları bakımından fiziksel ve genital muayene

⁴⁰⁸"Sanık Hanifi ile mağdur Arife'nin mağdurun sanığı telefon ile araması üzerine tanıştıkları, bu şekilde görüşmeye başladıkları, taraflar arasında hem telefonda hem yüz yüze görüşmelerin gerçekleştiği ve karşılıklı rıza dahilinde birden çok kez organ sokmak suretiyle cinsel ilişki yaşandığı, bu cinsel ilişkiler neticesinde mağdurun gebe kaldığı ve söz konusu gebeliğin mağdurun isteği üzerine 03.07.2018 tarihinde tıbbi müdahale ile sonlandırıldığı, 11.07.2018 tarihli uzmanlık raporuna göre mağdurdan alınan cenin örneğinden elde edilen genotip ile sanık ve mağdurdan alınan kan örneklerinden elde edilen genotipler arasında anne -baba- çocuk ilişkisi bakımından uyum bulunduğu belirtilmiştir, Adli Tıp 6. İhtisas Kurulu'nun 25.01.2019 tarihli raporu ile mağdur Arife'de mağduru bulunduğu olayın hukuki anlam ve sonuçlarını algılamasına ve fiile ruhsal yönden mukavemet etmesine engel olacak mahiyet ve derecede olan şizoaftif bozukluk denilen akıl hastalığının saptandığı, dolayısıyla mağdurun mağduru bulunduğu olayın hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamayacağı, fiile ruhsal yönden mukavemete muktedir olamayacağı, kendisinde mevcut akıl hastalığının hekim olmayanlarca anlaşılamayabileceği, beyanlarına delillerle desteklendiği takdirde ana hatları ile itibar edilebileceğine dair tespitte bulunduğu kabulüyle sanığın atılı suçlardan mahkumiyetine karar vermiştir." Yarg. 9. CD, 31.05.2023 T., 2023/3539 E., 2023/3683 K.

kararının özelliklerine ve usullerine de değinmekte fayda vardır. Cinsel saldırı suçu resen soruşturulan ve kovuşturulan bir suçtur. Ancak basit hali ve nitelikli halinin eşe karşı gerçekleştirilmesi durumunda şikâyet tabi kılınmıştır. Şikâyetin bulunmaması halinde soruşturmaya veya kovuşturmaya devam olunmaz. Ancak suçun resen kovuşturulan hükümleri bakımından ya da şikâyet tabi kılınmış ise de şikâyetin mevcut olduğu haller bakımından suçun ilgili makamlar tarafından öğrenilmesinin ardından direkt Cumhuriyet Başsavcılığı durumdan haberdar edilerek soruşturma konusuna ilişkin talimatlar alınır ve ivedilikle yerine getirilmeye başlanır. Meydana geldiği iddia/ihbar/şikâyet olunan somut olayda cinsel saldırı suçunun işlendiği yönünde yeterli şüphenin bulunması durumunda Cumhuriyet savcısı soruşturma işlemlerine başlar. Maddi gerçeği ortaya çıkarmaya yarar tüm delilleri ortaya sunmak için araştırmaya başlar. Cinsel saldırı suçları bakımından tanık veya kamera araştırması sonucu, şüpheli savunması çoğu zaman olayı aydınlatmaya yeterli olmaz. Bu durumda mağdur veya failin bedeninde, eyleme ilişkin kalan bulguların veya ortaya çıkan değişimlerin incelenmesi gerekebilir.⁴⁰⁹ Cinsel saldırı suçunun basit halinin meydana gelmesi sonucunda mağdurun vücudunda bu fiili açığa çıkarmaya yarar delil her zaman oluşmayabilir.

Cinsel saldırı suçunun mağduru failin davranışı neticesinde gebe kalabilir. Kadının mağduru olduğu suç sonucu istemediği şekilde gebe kalması gibi durumlarda fail ile bebekten alınacak DNA incelemesi ya da suç mağduru kadın gebeliği sonlandırmak istemesi halinde süresi yirmi haftadan fazla olmamak kaydıyla ve kadının rızasının bulunması durumunda gebeliği sona erdirdiği durumlarda⁴¹⁰ fetüsten alınan örnek ile failden alınacak olan vücut örneğinin karşılaştırılması somut olayın özelliğine göre delil niteliği taşıyabilecektir.⁴¹¹

3.2. Yaptırım

Cinsel suçların işlenmesi hem kamu nezdinde hem bireyin fiziksel ve ruhsal bütünlüğünde telafisi zor hatta imkânsız zedelenmelere yol açmaktadır. Cinsel suç failleri tarihin her döneminde ağır yaptırımlara tabi tutulmuştur. Ancak ne kadar ağır cezalar ön

⁴⁰⁹Y. E. Bağlar (2021). *Ceza muhakemesi hukukunda beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması*. TAA Dergisi 45(12), 121-154, s. 137.

⁴¹⁰H. Kalabalık (2017). *Anadolu Üniversitesi insan hakları ve kamu özgürlükleri*. (2. Baskı), (Editör: Nazmiye Özenbaş), Eskişehir: Anadolu Üniversitesi Yayınları, s. 196.

⁴¹¹F. Korkmaz (2024). *Çocuk düşürme suçunda mağdurun kim olduğu sorunu ve ceninin hukuki niteliği*. TAA Dergisi 59(15), 273-298, s. 280; R. Gülşen (2008). *Türkiye Barolar Birliği tıp ceza hukukunun güncel sorunları*. Ankara: Şen Matbaa, s. 1217.

görülmüş olsa da suçların işlenmesinin önüne geçilememiştir. Bazı dönemlerde cinsel baskı topluma daha fazla uygulanırken bazı dönemlerde baskı azalmıştır. Bu süreçte cinsel baskının azaldığı dönemlerde bireyin cinsel doyuma ulaşma oranı da arttığından cinsel suçların işlenmesinde de azalmanın olduğu belirtilmiştir. Failin suç işleme kararını aldığı sırada cezası ne kadar fazla olursa olsun “nasıl olsa çıkarım, nasıl olsa bir şey olmaz” mantığı içerisinde bulunması ya da mağdurun kendisine karşı işlenen suç bakımından “şikâyet de etsem yaptığıyla kalacak” düşüncesi gütmesi halinde ne cinsel suçlar ne de diğer suçlar bakımından azalma beklenemeyecektir. O halde suçların önlenmesi ve yaptırımların belirlenmesi noktasında Beccaria’nın cezaların ağırlığından ziyade cezaların kaçınılmazlığına yaptığı vurgunun önemi ve uygulanabilirliği dikkat çekmektedir.⁴¹²

Türk Ceza Kanunu’nun 102/1. maddesine göre, suçun cinsel davranışlarla vücut dokunulmazlığının ihlali suretiyle işlenmesi halinde fail beş yıldan on yıla kadar cezalandırılmaktadır. Aynı fıkranın ikinci cümlesinde cinsel davranışın sarkıntılık düzeyinde kalması halinde iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası öngörülmüştür. Suçun sarkıntılık düzeyinde kalması şeklindeki fiil, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’na sonradan dahil edilmiştir. Cinsel davranışın sarkıntılık düzeyinde kalması hâlinde iki yıldan beş yıla kadar hapis cezasının verileceği düzenlenmiştir. Düzenleme getirilmeden önceki bir tarihte suçun işlenmesinde ancak düzenlemenin gelmesi ile suçun sarkıntılık düzeyinde kaldığının tespiti halinde TCK’ nun 7/2. maddesi gereğince lehe kanun uygulamasına gidilerek daha az cezanın öngörüldüğü 102/1-2.cümle bakımından ceza verilebilir.⁴¹³

Türk Ceza Kanunu’nun 102/2. fıkrasında yer alan saldırının vücuda organ veya sair cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi halini düzenleyen maddeye göre fail on iki yıldan az olmamak üzere hapis cezası ile cezalandırılır.⁴¹⁴ Verilecek cezanın seçenek yaptırımlara çevrilmesi veya ertelenmesi imkânı bulunmamaktadır.⁴¹⁵ Suçun cezayı ağırlaştıran bu nitelikli hali bakımından cezanın üst sınırı belirlenmemiştir. Bu haliyle suçun cezasının üst sınırını belirleme noktasında TCK’ nun 49. maddesine başvurulmalıdır. Söz konusu maddeye göre; süreli hapis cezası, kanunda aksi

⁴¹²Kocaoğlu, 2016, **a.g.k.**, 260-261; C. Beccaria (2016). *Suçlar ve cezalar hakkında*. (6. Baskı), (Çev. S. Selçuk), Ankara: İmge Kitabevi. s.129.

⁴¹³Taştan, 2021, **a.g.k.**, 178.

⁴¹⁴6545 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği 28.06.2014 tarihinden önce işlenen suçlar bakımından yedi yıldan on iki yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır.

⁴¹⁵Akkaya, 2020, **a.g.k.**, 168.

belirtilmeyen hallerde bir aydan az, yirmi yıldan fazla olamaz. Dolayısıyla cinsel saldırı suçunun vücuda organ veya sair cisim sokulması suretiyle işlenmesi halinde faile on iki yıldan az olmamak üzere ve yirmi yıldan fazla olmamak üzere ceza verilmelidir.

Türk Ceza Kanunu’ nun 102/3. maddesinde yer alan hallerin varlığı durumunda fail hakkında daha ağır cezalar öngörülmüştür. Kanun metninde suçun “Beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı, kamu görevinin, vesayet veya hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle, üçüncü derece dâhil kan veya kayın hısımlığı ilişkisi içinde bulunan bir kişiye karşı ya da üvey baba, üvey ana, üvey kardeş, evlat edinen veya evlatlık tarafından, silahla veya birden fazla kişi tarafından birlikte, insanların toplu olarak bir arada yaşama zorunluluğunda bulunduğu ortamların sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle” işlenmesi hâlinde, yukarıdaki fıkralara göre yani, TCK’ nun 102. Maddesine göre, verilecek cezaların yarı oranında artırılacağı öngörülmüştür. Üçüncü fıkroda belirtilen nitelikli hallerin varlığı halinde cezada yapılacak artırımın uygulanması bakımından hâkime takdir yetkisi verilmemiştir. Artırım oranı kanun koyucu tarafından belirlenmiştir.⁴¹⁶

Cinsel saldırı suçunun dördüncü fıkrasında suçun işlenmesi sırasında başvuru alan cebir ve şiddetin kasten yaralama suçunun ağır neticelerine neden olması hâlinde, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümlerin uygulanacağı hükmü düzenlenmiştir. Dolayısıyla başvuru alan cebir ve şiddet neticesinde mağdurun TCK’ nun 87. maddesinde yer alan şekilde yaralanması durumunda gerçek içtima hükümlerinin uygulama alanı bulduğu belirtilmiştir. TCK’ nun 102/5. maddesine göre, cinsel saldırı suçunun işlenmesi ile mağdur bitkisel hayata girer veya ölür ise fail ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına mahkûm olur. 28/06/2014 tarihli Resmî Gazete’ de yayımlanarak yürürlüğe giren 6545 S. Kanun’ un 58. maddesi ile yapılan değişiklik ile cinsel saldırı suçu sonucunda mağdurun beden veya ruh bakımından sağlığının bozulmasına neden olunması neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış hal olmaktan çıkartılmıştır. Ancak değişiklikten önce işlenen suçun günümüzde yargılaması sırasında; neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış halin doğrudan uygulanarak on yıl hapis cezası verileceği ya da öncelikle TCK’ nun 102/1,2,3 hükümleri gereği ceza verilmesinin ardından TCK’ nun 102/5 hükmünün uygulanacağı şeklinde iki farklı görüş bulunmaktadır. Ancak bazı durumlarda öncelikle TCK’ nun 102/1,2,3 hükmünün uygulanmasına rağmen ceza 10 yılın altında kalmakta ve 102/5 hükmü

⁴¹⁶Taşan, 2021, a.g.k., 179.

uygulanabilirlik kazanmakta iken bazı durumlarda TCK' nun 102/1,2,3 hükmünün uygulanmasının ardından belirlenen ceza 10 yılın üzerinde kalmaktadır. TCK' nun 102/5 hükmü işlerlik kazanamamakta, mağdurun beden veya ruh bakımından sağlığının bozulmasına neden olan halin var olduğu durumlar ile olmadığı durumlar aynı cezaya hükmedilmesi sonucunu doğurabilmektedir. Bu nedenle sonucunda mağdurun beden veya ruh bakımından sağlığının bozulmasına neden olunması hali gerçekleşmiş ise cezada artırım yoluna gidilmesi makul bir çözüm olabilmektedir. Cinsel saldırı suçuna teşebbüsten verilecek ceza yani TCK' nun 102/2. maddesi uyarınca TCK' nun 61. maddesindeki unsurlar gözetilerek belirlenecek temel cezadan aynı Kanun'un 35. maddesi gereğince indirim yapılması sonucu belirlenecek olan ceza basit cinsel saldırı için TCK' nun m.102/1 hükmünde öngörülen cezadan "hakkanîyet ilkesi" gereği az olamaz. Aynı uygulama basit cinsel saldırıya teşebbüs edilmesi halinde de yapılabilir.⁴¹⁷

Cinsel saldırı suçu bakımından kanun metninde öngörülen cezalar yukarıda belirtildiği üzere oldukça yüksek ve takdir yetki aralığı geniş tutulmuştur. Ancak somut olayın niteliğine göre doğru ceza tayini için Türk Ceza Kanunu'nun 61. maddesinde sayılan "suçun işleniş biçimi, suçun işlenmesinde kullanılan araçlar, suçun işlendiği zaman ve yer, suçun konusunun önem ve değer, meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığı, failin kast veya taksire dayalı kusurunun ağırlığı, failin güttüğü amaç ve saiki" şeklindeki nitelikler gözetilmeli, cinsel saldırı suçunu düzenleyen maddede öngörülen sınırlar aralığında ceza belirlenmelidir. Cezanın bireyselleştirilmesi hususunda Yargıtay cinsel saldırı suçunun bireyselleştirilmesinde haksız tahrik indiriminin uygulanamayacağına hükmetmiştir. Aksine haksız tahrik ceza sorumluluğunu azaltan nedenlerden olduğundan failin mağdura hiddetlenip suçu işlemesi halinde hem kanunen uygulanmasını engelleyen hüküm olmaması hem de kanun önünde eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmaması adına haksız tahrik hükümlerinin uygulanması gerektiği düşüncesinin de bulunduğunu belirtmekte fayda bulunmaktadır.

Suçların yaptırımının doğru belirlenmesi kadar belirlenen yaptırımların somut olaya doğru uygulanması da önemlidir. Zira fail fiili nedeniyle daha az ceza alması halinde suçu tekrar işleme noktasında güven kazanacak, daha fazla ceza alması halinde ise adaletsizlik yaşanacaktır. Hem mağdur hem de kamuoyu failin fiilinin karşılığında

⁴¹⁷Akkaya, 2020, **a.g.k.**,168,170; Taştan, 2021, **a.g.k.**, 181.

aldığı ceza ile yaptığının yanına kalmadığını ve hak ettiğini bulduğunu düşünmelidir.⁴¹⁸

Cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlar bakımından Türk Ceza Kanunu gereği öngörülen hapis cezalarının yanı sıra Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 108. maddesine göre infazı sırasında ve koşullu salıverildikleri takdirde denetim süresi içerisinde failler hakkında infaz hâkimi tarafından tıbbi tedaviye tabi tutulmaya veya tedavi veya yükümlülüklerden bir ya da birkaçına karar verileceği düzenlenmiştir. Bunlar tıbbi tedaviye tabi tutulmak, tedavi amaçlı programlara katılmak, suçun mağdurunun oturduğu ve çalıştığı yerleşim bölgesinde ikamet etmekten yasaklanmak, mağdurun bulunduğu yerlere yaklaşımdan yasaklanmak, çocuklarla bir arada olmayı gerektiren faaliyet icra etmekten yasaklanmak şeklinde sayılmıştır. Bu yükümlülüklerin uygulanmasına ilişkin 26/07/2016 tarihli Resmî gazetede Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlardan Hükümlü Olanlara Uygulanacak Tedavi ve Diğer Yükümlülükler Hakkında Yönetmelik tanzim edilmiştir. Bu yönetmelikte tıbbi tedavi ve tedavi amaçlı programlara katılma şeklinde iki ayrı tedavi tedbirinden bahsedilmiştir. Tıbbi tedavi dışındaki diğer tedbir olan tedavi amaçlı programlara katılmak tedbiri ise yönetmeliğin 8. maddesinde düzenlenmiştir. Ayrıca bu yönetmelikte kimyasal kastrasyona karşılık gelen tedavi yöntemi de 7. maddesinde ele alınmıştır.^{419 420}

⁴¹⁸Kocaoğlu, 2016, **a.g.k.**, 263.

⁴¹⁹Özer, Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız ve Tepe, 2015, **a.g.k.**, 350-353.

⁴²⁰Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un Cinsel Saldırı suçu ile ilgili düzenlemelerinden bir diğeri de bahsi geçen Kanun'un 14/2. maddesi gereği Cinsel Dokunulmazlığa Karşı İşlenen suçlardan mahkûm olanlar "kasıtlı suçlardan toplam üç yıl veya daha az hapis cezasına mahkûm olan hükümlüler hakkında verilen cezalar doğrudan açık ceza infaz kurumlarında yerine getirilir" hükmünün dışında tutulmasıdır. Ayrıca CGTİHK 14/4. maddesinde Cinsel Dokunulmazlığa Karşı İşlenen Suçlar başlığı altında yer alan Cinsel Saldırı suçundan mahkûm olan faillerin kapalı ceza infaz kurumundan açık ceza infaz kurumuna ayrılmasına ilişkin idare ve gözlem kurulu kararları, infaz hâkiminin onayından sonra uygulanacağı tanzim edilmiştir. CGTİHK 17/6. maddesinde Cinsel Saldırı suçundan hükümlü olanın istemiyle infazın ertelenmesi kurumunun Cinsel Dokunulmazlığa Karşı İşlenen suçlardan mahkûm olanlar hakkında uygulanmayacağı öngörülmüştür. Hücreye koyma cezası CGTİHK'nun 44/1. maddesinde "hükümlünün eylemlerinin nitelik ve ağırlığına göre bir günden yirmi güne kadar, açık havaya çıkma hakkı saklı kalmak üzere, geceli ve gündüzlü bir hücrede tek başına tutulması ve her türlü temastan yoksun bırakılmasıdır." şeklinde tanımlanmıştır. CGTİHK 44/3.f. maddesinde Cinsel Saldırı veya çocuklara karşı cinsel istismarda bulunmak, bu suçlara kalkışmak veya Cinsel Taciz'de bulunmak bir günden on güne kadar hücreye koyma cezasını gerektiren eylemlerden sayılmıştır. Çocuk hükümlüler hakkında uygulanabilecek disiplin cezaları başlıklı 46. maddenin 8. Fıkrasında kapalı ceza infaz kurumuna iade müessesesi "Çocuğun, eyleminin nitelik ve ağırlığına göre çocuk kapalı ceza infaz kurumlarına, bulunmadığı hâllerde kapalı ceza infaz kurumlarının çocuklara ayrılan bölümlerine altı ay, bu fıkra sayılan disiplin eylemlerinin ikinci veya daha fazla tekrarı hâlinde ise bir yıl süre ile iadesidir. Çocuk, bu fıkra dışında işlenen disiplin suçları ve disiplin cezalarından dolayı çocuk kapalı infaz kurumuna iade edilemez." şeklinde düzenlenmiştir. Cinsel Saldırı, Çocukların Cinsel İstismarı ve Cinsel Tacizde bulunmak veya bunlara teşebbüs ve bu tür davranışlara kışkırtmak kapalı ceza infaz kurumuna iadeyi gerektiren eylemler arasında sayılmıştır. Hükümlülerin değerlendirilmesi ve iyi hâlin belirlenmesi başlıklı 89. maddesine göre; "Cinsel Dokunulmazlığa Karşı İşlenen suçlardan mahkûm olanlar hakkında yapılacak açık ceza infaz kurumuna ayırmaya, denetimli serbestlik tedbiri uygulanarak cezanın infazına ve koşullu

Kimyasal kastrasyon (hadım) hususuna kısaca değinmekte fayda bulunmaktadır. Hem ülkemizde hem de dünyada sıklıkla tartışma konusu olan konulardandır. Kimyasal kastrasyon, kişilerin vücutlarından testislerin veya yumurtalıklarının kimyasal (cerrahi olmayan) yöntemlerle östrojen ve testosteron hormonu üretimini kontrol altına alınması yöntemidir. Bu suretle kendine cinsel anlamda hâkim olamayan kişilerin cinsel otokontrollerinin sağlanmasına yardımcı olunmaktadır. Suçun tekrür etmesinin engellenmesi ya da suçun daha başından işlenmesinin önlenmesidir. Cinsel ilişki isteği azaltılarak tedavi sürecine destek sağlandığı esnada failin suç işlemesine engel olması amaçlanmaktadır.

Kastrasyon tek başına bir çözüm olarak görülmemektedir. Failin psikolojik/psikiyatrik anlamda tedavi olması da gerekmektedir. Kastrasyonun tedavinin tamamlanmasının ardından geri dönüşünün olması gerekmektedir. Dolayısıyla işlemin bu esaslara uygun suretle uygulanması esastır. Ayrıca kimyasal kastrasyonun meydana getireceği ağır sonuçlar gözetildiğinden Avrupa Konseyi Çocukların Cinsel İstismardan ve Cinsel Tacizden Korunması Sözleşmesi kimyasal hadımı, pedofililer için uygulanabilir olduğunu belirtmiştir. Çünkü pedofililerin dürtülerini kontrol edebilmeleri mümkün halde bulunmadığından uygulamanın karşılığında fayda alınabilmektedir.

Kastrasyon uygulamaları uygulanan yönteme göre cerrahi veya kimyasal, uygulanış şekline göre zorunlu veya ihtiyari olmak üzere ikiye ayrılmaktadır.

salıverilmeye ilişkin değerlendirmelerde idare ve gözlem kuruluna Cumhuriyet başsavcısı veya belirleyeceği bir Cumhuriyet savcısı başkanlık eder. Ayrıca, idare ve gözlem kuruluna Cumhuriyet başsavcısı tarafından belirlenen bir izleme kurulu üyesi ile Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı ve Sağlık Bakanlığı il veya ilçe müdürlükleri tarafından belirlenen birer uzman kişi katılır.” şeklinde düzenlemeye gidilmiştir. Koşullu salıverilme bakımından 107/1. maddesinde koşullu salıverilmeden yararlanabilmek için mahkûmun kurumdaki infaz süresini iyi hâlli olarak geçirmesi gerektirdiği 107/2. maddesinde “Ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına mahkûm edilmiş olanlar otuz yılını, müebbet hapis cezasına mahkûm edilmiş olanlar yirmi dört yılını, diğer süreli hapis cezalarına mahkûm edilmiş olanlar cezalarının yarısını infaz kurumunda çektikleri takdirde, koşullu salıverilmeden yararlanabilirler.” denilerek genel kurala yer verilmiştir. Ancak, Türk Ceza Kanunu’nun; Cinsel Saldırı (madde 102, ikinci fıkra hariç), Reşit Olmayanla Cinsel İlişki (madde 104, ikinci ve üçüncü fıkra hariç) ve Cinsel Taciz (madde 105) suçlarından süreli hapis cezasına mahkûm olanların, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı İşlenen suçlardan (madde 102, 103, 104 ve 105) hapis cezasına mahkûm olan çocukların, cezalarının üçte ikisini infaz kurumunda çektikleri takdirde, koşullu salıverilmeden yararlanabilecekleri hususunda istisna getirilmiştir. CGTİHK 108. maddesinde “Tekerrür hâlinde işlenen suçtan dolayı mahkûm olunan Ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasının otuz dokuz yılının, Müebbet hapis cezasının otuz üç yılının, Birden fazla süreli hapis cezasına mahkûmiyet hâlinde en fazla otuz iki yılının, Süreli hapis cezasının üçte ikisinin İnfaz kurumunda iyi hâlli olarak çekilmesi durumunda, koşullu salıverilmeden yararlanılabilir. Ancak, koşullu salıverilme oranı üçte ikiden fazla olan suçlar bakımından tabi oldukları koşullu salıverilme oranı uygulanır.” hükmü yanında Cinsel Saldırı suçundan dolayı hapis cezasına mahkûm olanlar hakkında da uygulanacağı ancak süreli hapis cezaları bakımından koşullu salıverilme oranı, dörtte üç olarak öngörülmüştür.

Kastrasyonun günümüzde uygulama alanı bulduğu yerlerde daha çok rızaya dayalı ve kimyasal şekliyle uygulandığı görülmektedir. Kastrasyonun hukuki niteliği bakımından ceza mı güvenlik tedbiri mi olması gerektiği yönünde tartışmalar da bulunmaktadır. Kanaatimize göre tüm bu bilgiler ışıdığı anda hukuk sistemimizde kimyasal hadıma ilişkin hükümlerin ceza değil tedavi hükümleri çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiği, isteğe bağı kılınması gerektiği, tedavinin psikolojik/psikiyatrik yardımlarla desteklenmesi gerektiği, suçun değil failin esas alınarak uygulanabilirliğine karar verilmesi gerektiği, tedaviye infazın son safhalarında ya da sonunda başlanmasının daha pragmatik olduğu, tedavinin doktor raporu alınarak ihtiyacı seyreden süre boyunca devamlılık arz etmesi gerektiği hususlarına da dikkat dilerek belirlenmesi gerekmektedir.

Kimyasal kastrasyon Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun veya başkaca kanun ile düzenlenmediğinden, yöntemin insan sağığına olan yan etkiler barındırmasından, cinsel suç faili olan ancak hangi niteliklere haiz kişilere uygulanacağını belirtmemesinden, adli hataların mevcudiyeti bulunabileceğinden eleştirisi konusu yapılmıştır.^{421 422}

3.3. Zamanaşımı

Hukuki anlamda zamanaşımı genel anlamıyla belirli bir süresinin geçmesiyle hakkın sona ermesi, hakkın bir daha talep edilememesidir.⁴²³ Zamanaşımı, devletin suç olarak düzenlediği fiil bakımından, fiilin işlendiği tarihten itibaren belli bir süre geçmesiyle o suçun yargılama faaliyetinin sürmesinde yarar görmeyerek yargılamadan vazgeçmesidir.⁴²⁴ Zamanaşımı süresinin dolması ile başlatılan soruşturma veya kamu davası sona erer. Zamanaşımı verilen cezanın infazına engel oluşturur. Zamanaşımı, dava zamanaşımı ve ceza zamanaşımı olmak üzere ikiye ayrılmaktadır.

⁴²¹Özbek, Doğan ve Bacaksız, 2020, **a.g.k.**, 352.

⁴²²Bunun üzerine Danıştay 10. Dairesi Ağustos 2017’de ışığında yönetmeliğın 7/1. maddesinin yürütmesinin durdurulmasına oy çokluğuyla karar vermiştir. Danıştay Onuncu Dairesinin 17/9/2020 tarihli ve E.:2016/12975; K.:2020/3048 sayılı kararı ve Danıştay İDDK’nın 24.11.2021 Tarihli E.:2021/275, K.:2021/2628 sayılı onama kararı ile ibare iptal edilmiştir. Yönetmeliğın işleyişi denetimli serbestlik bürolarının hastanelerden cinsel suçlardan hükümlüler hakkında tedavinin gerekli olup olmadığına dair rapor istemesi üzerine hastanelerdeki doktorlar hükümlüyü değerlendirip şahsın işlediği cinsel suçtan dolayı bir tedaviye tabi tutulup tutulmamasının gerekliliğine ilişkin rapor hazırlayıp denetimli serbestlik müdürlüğüne göndermesi şeklinde işliyordu. Kararın gerekçesinde, Anayasa’da tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında kişinin vücut bütünlüğüne dokunulmayacağına hüküm altına alındığı, bu nedenle ancak kanunda açıkça belirtmek, sınır ve kapsamı çizilmek suretiyle kişinin vücut bütünlüğüne yönelik düzenlemelerin getirilebileceği vurgulanmıştır.

⁴²³Özen, 2020, **a.g.k.**, 888.

⁴²⁴Pakır, 2018, **a.g.k.**, 232.

Dava zamanaşımı, kanunda öngörülen sürenin dolmasıyla dava açılmasına engel olan veya açılan kamu davası hakkında düşme kararı verilmesine neden olan müesseseyi ifade eder. Dava zamanaşımı suçun işlendiği tarihten itibaren işlemeye başlar. Ceza zamanaşımı ise bir suç hakkında kesinleşmiş mahkûmiyet kararının bulunmasına rağmen kanuni süreler içerisinde infazın tamamlanmaması halinde devletin bu yetkisinden vazgeçmesidir.⁴²⁵ Dava zamanaşımı 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 66. maddesinde düzenlenmiştir. Dava zamanaşımının durmasına veya kesilmesine neden olarak görülen hususlar ise TCK' nun 67. maddesinde düzenlenmiştir. Ayrıca TCK' nun 66/2. maddesinde yaşı küçük olan failler için zamanaşımı süreleri öngörülen sürelerden daha kısa tutulmuştur.

Cinsel suçlar bakımından zamanaşımı hususunda özel hükümlere yer verilmemiştir. Yani cinsel saldırı suçu bakımından yukarıda belirtilen madde hükümlerindeki zamanaşımı süreleri uygulanmaktadır.⁴²⁶

Cinsel saldırı suçunun basit halinde belirtilen ceza miktarına istinaden zamanaşımı süresi TCK' nun 66/1-d hükmü uyarınca 15 yıl; sarkıntılık halinde kalması durumunda TCK' nun 66/1-e maddesi uyarınca 8 yıl; Vücuda organ veya sair cisim sokulmak suretiyle işlenen nitelikli cinsel saldırı suçunda TCK' nun 66/1-c maddesi uyarınca 20 yıl; suç sonucunda mağdurun bitkisel hayata girmesi veya ölümü şeklinde suçun neticesi sebebiyle ağırlaşan hallerinde ise TCK' nun 66/1-a maddesi uyarınca 30 yıldır. 66. maddenin üçüncü fıkrası gereğince, Basit cinsel saldırı ve Sarkıntılık halinde kalan cinsel saldırı suçu ile birlikte TCK' nun 102/3. maddesindeki nitelikli haller bir arada bulunur ise dava zamanaşımı süresi TCK' nun 66/1-d kapsamında 15 yıl; TCK' nun 102/2 ve 102/3. maddesinde yer alan hükümler bir arada bulunur ise TCK' nun 66/1-c kapsamında 20 yıl olarak belirlenecektir.⁴²⁷

Cinsel suçların ihbar ve şikayetinin çoğu zaman geç yapıldığı bazı zamanlarda ise hiç bildirilmediği göz önüne alınarak cinsel dokunulmazlığa karşı özel zamanaşımı sürelerinin öngörülmesi gerektiği ya da zamanaşımı süresinin mağdurun fail ile yaşadığı ortamın sona erdiği veya mağdur üzerindeki baskının ortadan kalktığı zamanlardan itibaren işlemeye başlaması gerektiği ileri sürülmüştür.⁴²⁸

5237 S. Türk Ceza Kanunu'nun 77. maddesinde 'İnsanlığa Karşı İşlenen Suçlar'

⁴²⁵K. Taşdemir (2011). *Ceza hukukunda zamanaşımı*. Ankara: Cantekin Matbaacılık, s. 403.

⁴²⁶Taşan, 2021, **a.g.k.**, 182.

⁴²⁷Taner, 2017b, **a.g.k.**, 282.

⁴²⁸Pakır, 2018, **a.g.k.**, 234.

düzenlenmiştir. Maddeye göre, kasten öldürme, kasten yaralama, işkence eziyet ve köleleştirme, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma, bilimsel deneylere tabi kılma, cinsel saldırıda bulunma, çocukların cinsel istismarı, zorla hamile bırakma, zorla fuhuşa sevk etme fiillerinin siyasal, felsefi, ırki veya dini saiklerle toplumun bir kesimine karşı bir plan doğrultusunda sistemli olarak işlenmesi, insanlığa karşı suçları oluşturduğu ve bu suçlardan dolayı zamanaşımı süresinin işlemeyeceği hususunda düzenleme yapılmıştır.⁴²⁹

Ceza zamanaşımı, kanunda belirtilen sürelerin geçmesiyle yine kanunda öngörülen cezanın infazına engel olan kurumdur. Zira infaz hukukunda temel ilke verilen ve kesinleşmiş hale gelen cezanın biran evvel infaz edilmesidir. Öyle ki verilen hükmün kesinleşmesinden itibaren kısa veya uzun bir süre infaz edilememiş olması halinde beklenen fayda sağlanamayabilir. Bu nedenle zamanaşımı sürelerinin belirlenmesi infaz hukuku bakımından önemlidir.⁴³⁰

Ceza zamanaşımı süresi hükmün kesinleşmesinden ya da infazın herhangi bir nedenle kesintiye uğramasından itibaren başlar. Devletin verilen cezayı infaz etme yetkisini ortadan kaldıran bir durumdur. Burada önemli olan nokta eğer ki cezanın bir kısmı infaz edilmiş bir kısmı infaz edilmemiş ise zamanaşımı süresi infaz edilmemiş ceza kısmı kadarıyla hesaplanır. Ceza zamanaşımı TCK' nun 68. maddesinde belirlenmiştir. Aynı Kanun'un 71. maddesinde ceza zamanaşımının kesilme nedenleri hüküm altına alınmıştır. Dava zamanaşımı gibi ceza zamanaşımında da cinsel saldırı suçu bakımından ayrıksı düzenlemelere yer verilmemiştir. Genel hükümlere göre uygulanmaktadır.⁴³¹

⁴²⁹Taneri, 2014, **a.g.k.**, 75.

⁴³⁰V. Ö. Özbek (2017). *Anadolu Üniversitesi infaz hukuku*. Editörler (H. Karakehya ve O. E. Taşkın), (4. Baskı), Eskişehir: Anadolu Üniversitesi Yayınları, s. 150.

⁴³¹"Suça sürüklenen çocuk hakkında cinsel saldırı suçu yönünden cezalandırılması talebiyle kamu davası açılmış ise de, sarkıntılık suretiyle cinsel saldırı suçunu oluşturduğu kabulünün isabetli olduğu; mevcut haliyle zamanaşımını kesen son işlem olan 26.04.2016 tarihli ilk mahkumiyet kararı ile mahkemece verilen 20.10.2023 tarihli mahkumiyet kararı arasında 5237 sayılı Kanun'un 66 ncı maddesinin birinci fıkrasının (e) bendi ve 67 nci maddesinin ikinci fıkrasında öngörülen 5 yıl 4 aylık dava zamanaşımı süresinin gerçekleşmiş olduğu belirlenmiştir." Yarg. 9. CD, 24.06.2024 T., 2024/1082 E., 2024/6215 K.

KAYNAKÇA

- Akbulut, B. (2016). *Ceza hukuku genel hükümler*. (Gözden geçirilmiş ve genişletilmiş 3. Baskı), Ankara: Adalet Yayınevi.
- Akbulut, B. ve Aksan, M. (2019). *Ceza muhakemesi hukukunda uzlaştırma*. (2. Baskı), Ankara: Seçkin Yayınevi.
- Akıntürk, T. ve Ateş Karaman D. (2012). *Türk medeni hukuku aile hukuku*. (Yenilenmiş 15.Baskı), Beta Basım.
- Akkaya, Ç. (2020). *Cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar*. (2. Baskı), Ankara: Adalet Yayınevi.
- Akkaya, Ş. (2024). *Batı Uygarlığı Bağlamında Kadın Bedeninin Seyirlik Nesneye Dönüşmesine İlişkin Bir İnceleme: Tanrıça Venüs'ten Hottentot Venüsü'ne*, İmgelemSayı/Issue14|, Doi:10.53791/imgelem. 1454734 DerlemeMakale/ Review Article, 221-250. <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/3803008> (Erişim tarihi: 14.09.2024).
- Arıttürk, R. (2022). *İddianamenin iadesi ile ilgili sorunlar ve çözüm önerileri*. Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 50(13), 181-218.
- Arslan, A. (2023). *Cinsel suçlarda ispat ve infaz*. Doktora Tezi, İstanbul: Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp> (Erişim tarihi: 14.09.2024).
- Arslantürk, M. (2019). *Türk Ceza Kanunu uygulamasında cinsel suçlar*. (Güncellenmiş ve genişletilmiş 5. Baskı), Ankara: Seçkin Yayınevi.
- Artuç, M. (2019). *Pratik ceza muhakemesi kanunu açıklamalı*. (Genişletilmiş ve güncellenmiş 3. Baskı), Ankara: Adalet Yayınevi.
- Artuk, M. E., Gökçen, A., Alşahin, M. E. ve Çakır, Ü.K. (2021). *Ceza hukuku özel hükümler*. (Yenilenmiş ve gözden geçirilmiş 19. Baskı), Ankara: Adalet Yayınevi.
- Artuk, M. E., Gökçen, A. ve Yenidünya, A. C. (2009). *Türk ceza kanunu şerhi özel hükümler madde 76-131*. 3. Cilt, Ankara: Turhan Kitabevi.
- Ayata, G., Eryılmaz Dilek, S. ve Oder, B. E. (2010). *Kadın hakları uluslararası hukuk ve uygulama*. İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları.
- Aydın, D. (2009). *Türk ceza hukukunda suçta iştirak*. Ankara: Yetkin Yayınevi.
- Aygül Atakaya, M. (2022). *Cinsel saldırı ve cinsel istismar suçlarında sarkıntılık fiili*

- (Yargıtay kararları ışığında). Selçuk Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu Dergisi, 5(1), 113-147.
- Bacaksız, P. ve Bayzit, T. (2019). *Yargıtay'ın cinsel dokunulmazlığa karşı suçlarda ispata yaklaşımı*. Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi: Prof. Dr. Durmuş Tezcan'a Armağan, 21(Özel sayı).
- Bağlar, Y. E. (2021). *Ceza muhakemesi hukukunda beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması*. TAA Dergisi 45(12), 121-154.
- Baytemir, E. (2009). *Açıklamalı-içtihatlı cinsel dokunulmazlığa kişi hürriyetine ve genel ahlaka karşı suçlar*. (2. Baskı), Ankara: Adalet Yayınevi.
- Beccaria, C. (2016). *Suçlar ve cezalar hakkında*. (6. Baskı), (Çev. S. Selçuk), Ankara: İmge Kitabevi.
- Beyhan, A. (2022). *Genç yetişkin erkeklerin cinsellik algıları ve sağlıklı cinsellik eğitiminin bilgi ve davranışlara etkisi*, Marmara Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü Hemşirelik Ana Bilim Dalı, Konu: Halk Sağlığı = Public Health; Hemşirelik, Doktora Tezi.
- <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp> (Erişim tarihi: 14.09.2024).
- Bilge, N. (2012). *Hukuk başlangıcı*. (30. Baskı), Ankara: Turhan Kitabevi.
- Bulut, B. (2022). *Sosyal medya aracılığıyla cinsel şiddet*. Mersin Üniversitesi Tıp Fakültesi Ana Bilim Dalı, Uzmanlık Tezi.
- Büber, Ö., Alsancak F., Kara, H. Z. ve Oksal, H. (2024). *Uygulama Deneyimleri Işığında Çocuk İzlem Merkezlerinin İşlevselliği*. TAA Dergisi, 57(15), 169-196.
- Büyükkayacı Duman, Nuriye. (2019). *Cinsel sağlık*. İstanbul: Nobel Tıp Kitabevleri.
- Cengiz, S., Demirağ, F., Ergül, T., McBride, J. ve Tezcan, D. (2008). *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları ışığında ceza yargılaması kurum ve kavramları*. Ankara: Şen Matbaa.
- http://tbbyayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/aihm_cezayargilamasi.pdf (Erişim tarihi: 14.09.2024).
- Centel, N. (2012). *5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda cinsel saldırı suçu ve Cinsel Suçlar Değişiklik Tasarısı'nın değerlendirilmesi*. Türkiye Barolar Birliği Dergisi (99).
- Centel, N. ve Zafer, H. (2015). *Ceza Muhakemesi Hukuku*. (Yenilenmiş ve gözden geçirilmiş 12. Bası), İstanbul: Beta Basım Yayım.
- Centel, N. ve Zafer, H. (2020). *Cinsel saldırı suçu (TCK m.102)*. Prof. Dr. Mehmet Emin Artuk'a Armağan içinde, Ankara: Seçkin Yayınevi, 225-264.

- Çetin, B. (2017). *Cinsel dokunulmazlığı karşı işlenen suçlarda deliller ve delillerin değerlendirilmesi*. Konya Barosu Dergisi(1), 109-132.
- Demirbaş, T. (2016). *Ceza hukuku genel hükümler*. (Güncellenmiş 11. Baskı), Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Doğan, K. (2011). *Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar*. Ankara: Adalet Yayınevi.
- Dülger, İ. (2000). *Irza geçme suçunun fail ve mağdur açısından değerlendirilmesi*. Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 8(1-2), 217-235.
- Ermağan, Ç. ve Türk, T. (2019). *İstismara maruz kalınan çocuklarla adli görüşme*. Nihd Protokolü Önerisi TAA Dergisi, 38 (11), 393-412.
- Feyzioğlu, M. ve Taner, F. G. (2015). *Ceza muhakemesinde ispatın ölçütü olarak vicdani kanaat*. (2. Baskı), İstanbul: Işık Yayınları.
- Gedik, D. (2023). *Ceza muhakemesinde ispat ve şüphenin sanık lehine yorumlanması*. (6. Baskı), Ankara: Adalet Yayınevi.
- Gülşen, R. (2008). *Türkiye Barolar Birliği tıp ceza hukukunun güncel sorunları*. Ankara: Şen Matbaa.
- Gündüz, R. (2015). *6545 sayılı Kanunla değiştirilen 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar*. Ankara: Bilge Yayınevi.
- Gündüz, R. ve Gültaş, V. (2011). *Açıklamalı-içtihatlı cinsel suçlar cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar*. (2. Baskı), Ankara: Bilge Yayınevi.
- Gürkan, Ş. ve Uğuz, A. (2007). *Yeni ceza yasamızda cinsel suçlar*. S. 27, Adalet Dergisi.
- Gözler, K. (2012). *Anayasa hukukunun genel esasları ders kitabı*. (3. Baskı), Bursa: Ekin Basım Yayınevi.
- Hacıfazlıoğlu, A. (2014). *Teori ve uygulamada suçların içtimai bileşik suç zincirleme suç fikri içtima*. Ankara: Bilge Yayınevi.
- Hafizoğulları, Z. ve Güngör, D. (2007). *Türk ceza hukukunda suçların tasnifi*. Türkiye Barolar Birliği Dergisi, (69), 21-50.
- Hafizoğulları, Z. ve Özen, M. (2016). *Türk ceza hukuku özel hükümler*, Ankara: USA Yayıncılık.
- Hakeri, H. (2013). *Ceza hukuku genel hükümler*. (16. Baskı), Ankara: Adalet Yayınevi.
- İba, H. (2023). *Cinsel özgürlüğe karşı suçlarda rızanın hukuki niteliği*. Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 29(1), 98-139.
- İçel, K. (2016). *Ceza hukuku genel hükümler*. Ankara: Beta Yayıncılık.

- İçel, K. ve Donay, S. (2006). *Karşılaştırmalı ve uygulamalı ceza hukuku genel kısım*. (5. Baskı), İstanbul: Beta Basım Yayım.
- Kahraman, R. (2021). *Cinsel dokunulmazlığa karşı suçlarda sarkıntılık fiilinin ayırt edilmesi sorunu*. Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 9(18), 469-498.
- Kalabalık, H. (2017). *Anadolu Üniversitesi insan hakları ve kamu özgürlükleri*. (2. Baskı), (Editör: Nazmiye Özenbaş), Eskişehir: Anadolu Üniversitesi Yayınları.
- Karacan, O. (2015). “*Olguda Seçicilik: Tecavüzün Tanımlanması*”, Ankara Barosu Dergisi (4),110-118.
- Karakehya, H. (2006). *Ceza muhakemesinde maddi gerçek*. Eskişehir Barosu Dergisi, Sayı: 10.
- Karakehya, H. (2008). *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesi (Adil yargılanma hakkı) bağlamında ceza muhakemesinde duruşma*. (1. Baskı), Ankara: Savaş Yayınevi.
- Karakehya, H. (2015). *Ceza muhakemesi hukuku*. Ankara: Savaş Yayınevi.
- Karakehya, H. (2016a). *Ceza muhakemesi hukuku*. Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi (2. Baskı), Savaş Yayınevi.
- Karakehya, H. (2016b). *Ceza muhakemesinde maddi gerçeğin tespiti*. Ankara: Savaş Yayınevi.
- Karakehya, H. (2023). *Ceza hukuk genel hükümler*. (2. Baskı), Ankara: Adalet Yayınevi.
- Kartal, P.M. (2014). *Çocukların Cinsel İstismarı Suçu*. (1. Baskı), İstanbul: Der Yayınları
- Koca, M. ve Üzülmüş, İ. (2020). *Türk ceza hukuku özel hükümler*. (Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş Yedinci Baskı), Ankara: Adalet Yayınevi.
- Kocaoğlu, S. S. (2016). *Yargı kararları ışığında cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar (TCK m.102-105)*. Ankara: Yetkin Yayınevi.
- Korkmaz, F. (2024). *Çocuk düşürme suçunda mağdurun kim olduğu sorunu ve ceninin hukuki niteliği*. TAA Dergisi 59(15), 273-298.
- Kunter, N., Yenisey, F. ve Nuhoğlu, A. (2006). *Muhakeme dalı hukuku olarak ceza muhakemesi hukuku*. (14. Baskı), İstanbul: Beta Yayınları.
- Malkoç, İ. (2009). *Türk Ceza Kanunu uygulamasında cinsel suçlar*. Ankara: Malkoç Kitabevi.
- Maviş, V. (2017). *İnsanlığa karşı suçlar ve soykırım suçu kapsamındaki cinsel şiddet fiilleri*. Türkiye Barolar Birliği Dergisi (130), 13-54.

- Meran, N. (2008). *Kişilere karşı suçlar*. (Güncellenmiş 2. Baskı). Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Otacı, C. (2006). *Kanun hazırlık çalışmalarının bağlayıcılığı*. Güncel Hukuk.
- Özbek, V.Ö. (2017). *Anadolu Üniversitesi infaz hukuku*. Editörler (H. Karakehya ve O.E. Taşkın), (4. Baskı), Eskişehir: Anadolu Üniversitesi Yayınları.
- Özbek, V. Ö., Doğan, K., ve Bacaksız, P. (2020). *Türk ceza hukuku özel hükümler*. (Genişletilmiş ve güncellenmiş 15. Baskı), Ankara: Seçkin Yayınları.
- Özen, M. (2020). *Ceza hukuku genel hükümler dersleri*. (Gözden geçirilmiş ve güncellenmiş 5. Baskı), Ankara: Adalet Yayınevi.
- Özer, V., Özbek, M., Kanbur, N., Doğan, K., Bacaksız, P. ve Tepe, İ. (2015). *Ceza Muhakemesi Hukuku*. (7. Baskı), Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Özgenç, İ. (2013). *Türk ceza hukuku genel hükümler*. (Gözden geçirilmiş ve güncellenmiş 9. Baskı). Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Öztürk B. (2008). *Yeni CMK'da delil yasakları*. Uğur Alacakaptan'a Armağan, İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları.
- Öztürk, B. ve Erdem M. R. (2014). *Uygulamalı ceza hukuku ve güvenlik tedbirleri hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Pakır, Y. (2018). *Cinsel saldırı suçu*. Ankara: Adalet Yayınevi.
- Parlar, A. ve Banko, M. (2014). *6545 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikler çerçevesinde cinsel suçlar*. (1. Baskı). Ankara: Adalet Yayınevi.
- Peker, İ. S. (2021). *Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda yer alan cinsel ilişki kavramı üzerine bir değerlendirme*. KTO Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (1), 11-30.
- Scully, D. (2017). *Cinsel şiddeti anlamak*. (Çev: Tekeli, Ş. ve Aytek, L.), İstanbul: Metis Yayınları.
- Sokullu Akıncı, F. ve Dursun, S. (2016). *Viktimoloji*. (3. Baskı), İstanbul: Beta Yayınevi.
- Soyaslan, D. (2016). *Ceza hukuku genel hükümler*. (Güncelleştirilmiş 7. Baskı), Ankara: Yetkin Yayınları.
- Şahin, C. (2015). *Ceza Muhakemesi Hukuku* (1), (6.b). Ankara: Seçkin Yayınevi.
- Şahin, C. ve Göktürk, N. (2015). *Ceza muhakemesi hukuku*(2). (4. Baskı), Ankara: Seçkin Yayınevi.
- Şimşek, A. (2015). *Cinsel saldırı ve cinsel istismar suçlarının hafif şekli: sarkıntılık*. Ceza Hukuku Dergisi, 10(28), 309-359.

- Taner F. G. (2013). *Türk ceza hukukunda cinsel özgürlüğe karşı suçlar*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Taner, F. G. (2017a). *6545 sayılı Kanun cinsel saldırı ve cinsel taciz suçlarına ne getirdi? Ne getirebilirdi?* Türkiye Barolar Birliği Dergisi (133), 65-92.
- Taner, F. G. (2017b). *Türk ceza hukukunda cinsel özgürlüğe karşı suçlar*. (6545 ve 6763 sayılı Kanun değişiklikleriyle - genişletilmiş ve güncelleştirilmiş 2. Baskı), Ankara: Seçkin Yayınevi.
- Taneri, G. (2014). *Cinsel suçlar*. (1. Baskı), Ankara: Bilge Yayınevi.
- Taneri, G. (2021). *Cinsel suçlar*. (Genişletilmiş - gözden geçirilmiş 4. Baskı), İstanbul: Aristo Yayınevi.
- Taşdemir, K. (2011). *Ceza hukukunda zamanaşımı*. Ankara: Cantekin Matbaacılık.
- Taşkın, O. E. (2022). *Kadın cinayeti suçu (kriminoloji ve ceza hukuku boyutuyla)*. İstanbul: On İki Levha Yayınevi.
- Taştan, M. (2021). *Cinsel suçlarda ispat sorunu ve yargılama usulü*. Ankara: Seçkin Yayınevi.
- Tezcan, D., Erdem, M. R. ve Önok, R. M. (2014). *Teorik ve pratik ceza özel hukuku*. (Güncellenmiş 11. Baskı), Ankara: Seçkin Yayınevi.
- Topal, A. H. (2009). *Uluslararası ceza yargılamalarında cinsel suçlar*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- Toroslu N. (2005). *Ceza hukuku*. (7. Baskı), Ankara: Savaş Yayınevi.
- Tuğrul, A. C. (2010). *Cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar ve ensest ilişkiler*. Ankara.
- Ünver, Y. (1998). *Ceza hukukunda izin verilen risk*. İstanbul: Beta Basım Yayım.
- Ünver, Y. (2005). “*Türk Ceza Kanunu’nda Tanımlanan Cinsel Suçlara Adli Tıbbi Yaklaşım*”, 12. Ulusal Adli Tıp Günleri - Paneller ve Poster Sunumları, Antalya.
- Ünver, Y. ve Hakeri, H. (2018). *Ceza muhakemesi hukuku* (14. Baskı), Ankara: Adalet Yayınevi.
- Yeldan, A. ve Taneri, G. (2017). *Cinsel suçlarda ispat ve sübut*. Adana: Karahan Kitabevi.
- Yeldan, D. ve Taneri, G. (2019). *Cinsel suçlarda beraat*. Ankara: Seçkin Yayınevi.
- Yıldız, A. K. (2007). *5237 sayılı Türk Ceza Kanunu seminer notları, açıklamalar, değerlendirmeler, öğretilen görüşler ve Yargıtay kararları*. İstanbul Barosu Yayınları.
- Yılmaz, E. (2002). *Hukuk sözlüğü*. (6. Baskı), Ankara: Yetkin Yayınları.
- Yurtcan, E. (2018). *Türkiye Barolar Birliği Yargıtay kararları ışığında cinsel suçlar*. Mart

2018 tarihi itibariyle güncelleştirilmiş 3. Bası, Ankara: Şen Matbaa.

- Zafer, H. (2011). *Türk ceza hukuku genel hükümler*. (2. Baskı), İstanbul: Beta Yayınevi.
- Walsh, A. (2011). *Feminist criminology through a biosocial lens*. (1. Baskı), Durham N.C.:Carolina Academic Press.

İnternet Kaynakları

http-1: <https://sozluk.gov.tr/> (Erişim tarihi: 14.09.2024).

http-2: [https://www.trtturk.com.tr\(İngilizce\)](https://www.trtturk.com.tr(İngilizce)) (Erişim tarihi: 15.09.2024).

http-3:

https://adlisicil.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/22042024115644ADalet_ist-2023CALISMALARI59.pdf (Erişim tarihi 14.09.2024).

ÖZGEÇMİŞ

Adı Soyadı : Fatma EZEROĞLU

Yabancı Dil : İngilizce

Doğum Yeri ve Yılı :

E-Posta :

Eğitim ve Mesleki Geçmişi:

- 2011, Ereğli (Konya) Anadolu Lisesi
- 2016, KTO Karatay Üniversitesi, Hukuk Fakültesi
- 2019, Cumhuriyet Savcısı, Adalet Bakanlığı