

T.C.
SELÇUK ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI
KAMU HUKUKU BİLİM DALI

CİNSEL SALDIRI SUÇU

Yusuf PAKIR

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Danışman
Yrd.Doç. Dr. Mehmet Onursal CİN

Konya-2017



T. C.
SELÇUK ÜNİVERSİTESİ
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü



Bilimsel Etik Sayfası

Öğrencinin

Adı Soyadı	Yusuf PAKIR		
Numarası	144234001036		
Ana Bilim / Bilim Dalı	Kamu Hukuku		
Programı	Tezli Yüksek Lisans	X	Doktora
Tezin Adı	Cinsel Saldırı Suçu		

Bu tezin proje safhasından sonuçlanmasına kadarki bütün süreçlerde bilimsel etiğe ve akademik kurallara özenle riayet edildiğini, tez içindeki bütün bilgilerin etik davranış ve akademik kurallar çerçevesinde elde edilerek sunulduğunu, ayrıca tez yazım kurallarına uygun olarak hazırlanan bu çalışmada başkalarının eserlerinden yararlanılması durumunda bilimsel kurallara uygun olarak atıf yapıldığını bildiririm.

(İmza)



T. C.
SELÇUK ÜNİVERSİTESİ
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü



Yüksek Lisans Tezi Kabul Formu

Öğrencinin	Adı Soyadı	Yusuf PAKIR		
	Numarası	144234001036		
	Ana Bilim / Bilim Dalı	Kamu Hukuku		
	Programı	Tezli Yüksek Lisans	X	Doktora
	Tez Danışmanı	Yrd. Doç. Dr Mehmet Onursal CİN		
Tezin Adı		Cinsel Saldırı Suçu		

Yukarıda adı geçen öğrenci tarafından hazırlanan Cinsel Saldırı Suçu başlıklı bu çalışma 01.03.2017 tarihinde yapılan savunma sınavı sonucunda oybirliği ile başarılı bulunarak, jürimiz tarafından yüksek lisans tezi olarak kabul edilmiştir.

Ünvanı, Adı Soyadı
Yrd. Doç. Dr

Danışman ve Üyeler
Mehmet Onursal CİN

İmza

Prof. Dr

İbrahim DÜLGER

Doç. Dr

Berrin AKBULUTp

(Handwritten signatures of Mehmet Onursal CİN, İbrahim DÜLGER, and Berrin AKBULUTp)



T. C.

SELÇUK ÜNİVERSİTESİ
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü

Adı Soyadı: **Yusuf PAKIR**

Numarası: **144234001036**

Ana Bilim Dalı: **Kamu Hukuku**

Programı **Tezli Yüksek Lisans X** **Doktora**

Tez Danışmanı **Yrd. Doç. Dr. Mehmet Onursal CİN**

Tezin Adı: **CİNSEL SALDIRI**

Öğrencinin

ÖZET

Cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar 5237 sayılı yasanın kişilere karşı suçlar bölümünün altıncı kısmında dört madde halinde düzenlenmiş olup, inceleme konumuz 102. maddede bulunun cinsel saldırı suçudur.

6545 sayılı yasa ile yapılan değişiklik ile sarkıntılık yeniden 5237 sayılı yasaya girmiş, suç sonucu mağdurun ruh veya beden sağlığının bozulması hali yasa metninden çıkarılmış ayrıca suçun cezası arttırılmıştır.

Cinsel saldırı suçunda mağdur 18 yaşından büyük olmalı ayrıca mağdura bedensel temas gerçekleşmelidir. 102. madde 1. fıkrada; cinsel davranışlarla, mağdurun vücut dokunulmazlığını ihlal niteliğindeki suçun basit hali ve sarkıntılık hali düzenlenmiştir. Bu iki halde de suçun takibi için mağdurun şikâyeti aranır. 2. fıkrada mağdurun vücuduna organ veya cisim sokulması şeklindeki suçun nitelikli hali bulunmaktadır. Bu nitelikli halin eşe karşı işlenmesi halinde, suçtan dolayı ceza verilebilmesi için mağdur eşin şikâyeti aranır. 3. fıkrada suçun nitelikli halleri, 4. ve 5. fıkralarda ise suçun neticesi sebebiyle ağırlaşmış halleri bulunmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Saldırı, Temas, 18 yaş, Eş



T. C.
SELÇUK ÜNİVERSİTESİ
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü

Öğrencinin

Adı Soyadı:	Yusuf PAKIR		
Numarası:	144234001036		
Ana Bilim Dalı:	Kamu Hukuku		
Programı	Tezli Yüksek Lisans X	Doktora	
Tez Danışmanı:	Yrd. Doç. Dr. Mehmet Onursal CİN		
Tezin İngilizce Adı:	SEXUAL ATTACK CRIME		

SUMMARY

Offenses to sexual immunity are arranged as 4 subsections under sixth part of No. 5237 Turkish Penal Code, in which the offenses against people are explained, our research topic is sexual attack crime located in 102nd topic.

With the change made in No. 6545 Turkish Penal Code, the molestation was included into No. 5237 law again; the state of victim' s mental and physical health deterioration as a result of crime was extracted from the text of the law; besides the penalty of crime has been increased.

The victim should be over the age of 18 in the crime of sexual attack, beside the physical contact should take place to the victim. In 1st subclause of 102nd topic; with sexual behaviors, the simple from of the crime of victim' s violation of immunity of the body and the state of molestation was arranged. In these two cases; the complaint of the victim is required for the pursuit of crime. The qualified from of the crime for insertion of organ and object to the body of victim is in 2nd subclause. In this case of processing against the spouse, the complaint of the victim' s spouse is required to give punishment for this crime. There has been the qualified from of the crime in 3rd subclause and there have been aggravated forms as a result of the crime in 4th and 5th subclause. Key Words: Attack, Touch, Eighteen year-old, Partner

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER.....	I
KISALTMALAR.....	IV
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

TÜRK HUKUKUNDA CİNSEL SUÇLAR

1.1.GENEL AÇIKLAMA.....	3
1.2.765 SAYILI KANUNDA CİNSEL SUÇLAR.....	7
1.2.1.Irza Geçme.....	7
1.2.2.Irz ve Namusa Tasaddi.....	9
1.2.3.Reşit Olmayanla Rızaya Dayalı Cinsel İlişki.....	11
1.2.4.Cezayı Ağırлаştıran Ortak Haller.....	12
1.2.4.1.Genel Açıklama.....	12
1.2.4.2.Failin Birden Fazla Olması.....	12
1.2.4.3.Şahsa Bağlı Cezayı Ağırлаştıran Haller.....	13
1.2.4.4.Neticeye Bağlı Cezayı Ağırлаştıran Haller.....	14
1.2.5.HayasızcaHareketler.....	15
1.2.6.Fuhuş Amacıyla Kadın Oynatmak.....	17
1.2.7.Söz Atma ve Sarkıntılık.....	18
1.2.8.Evlenme Vaadiyle Kızlık Bozma.....	19
1.2.9.Evlenmenin Etkisi.....	22
1.3.2003 TARİHLİ TÜRK CEZA KANUNU TASARISINDA CİNSEL SUÇLAR.....	23
1.3.1.Irza Geçme.....	23
1.3.2.Rızaya Dayalı Irza Geçme.....	24
1.3.3.Irza Tasaddi.....	25
1.3.4.Rızaya Dayalı Irza Tasaddi.....	26
1.3.5.Cezayı Ağırлаştıran Ortak Haller.....	26

1.3.6.Alenen Hayasızca Hareketler.....	27
1.3.7.Söz Atma ve Sarkıntılık.....	27
1.4.CİNSEL SALDIRI SUÇU HARİÇ 5237 SAYILI KANUNDA CİNSEL SUÇLAR.....	28
1.4.1.Çocukların Cinsel İstismarı.....	28
1.4.2.Reşit Olmayanla Cinsel İlişki.....	45
1.4.3.Cinsel Taciz.....	52

İKİNCİ BÖLÜM

CİNSEL SALDIRI SUÇU

2.1.KORUNAN HUKUKİ DEĞER.....	58
2.2.MADDİ UNSUR.....	61
2.2.1.Fail.....	61
2.2.2.Mağdur.....	63
2.2.3.Suçun Maddi Konusu.....	69
2.2.4.Fiil.....	69
2.2.5.Netice.....	83
2.2.6.İllyet Bağı.....	85
2.3.MANEVİ UNSUR.....	86
2.4.HUKUKA AYKIRILIK UNSURU.....	92
2.5.SUÇUN NİTELİKLİ HALLERİ.....	106
2.5.1.Daha Az Cezayı Gerektiren Nitelikli Hal (Sarkıntılık).....	106
2.5.2.Suçun Vücuda Organ veya Sair Bir Cisim Sokmak Suretiyle İşlenmesi.....	109
2.5.3.102/3 Maddesindeki Nitelikli Haller.....	118
2.5.3.1.Suçun Beden ve Ruh Bakımından Kendisini Savunamayacak Durumdaki Kişiye Karşı İşlenmiş Olması.....	119

2.5.3.2.Kamu Görevinin, Vesayet veya Hizmet İlişkisinin Sağladığı Nüfuz Kötüye Kullanılmak Suretiyle Suçun İşlenmesi.....	123
2.5.3.3.Suçun Üçüncü Derece Dahil Kan veya Kayın Hısımlığı İlişkisi İçinde Bulunan Bir Kişiye Karşı yada Üvey Baba, Üvey Ana, Üvey Kardeş, Evlat Edinen veya Evlatlık Tarafından İşlenmesi.....	129
2.5.3.4.Suçun Silahla veya Birden Fazla Kişi Tarafından Birlikte İşlenmesi.....	131
2.5.3.5.Suçun İnsanların Toplu Olarak Bir Arada Yaşama Zorunluluğunda Bulunduğu Ortamların Sağladığı Kolaylaktan Faydalanmak Suretiyle İşlenmesi.....	136
2.6.SUÇUN NETİCESİ SEBEBİYLE AĞIRLAŞAN HALLERİ.....	137
2.6.1.Cinsel Saldırı Eyleminde Kullanılan Cebir ve Şiddetin Kasten Yaralama Suçunun Ağır Hallerine Vücut Vermesi	139
2.6.2.Cinsel Saldırı Sonucu Mağdurun Bitkisel Hayata Girmesi veya Ölmesi.....	141
2.7.SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ VE YAPTIRIM.....	144
2.7.1.Teşebbüs.....	144
2.7.2.İştirak.....	151
2.7.3.İçtima.....	154
2.7.4.Yaptırım.....	162
2.8.SUÇUN KOVUŞTURULMASI.....	167
2.8.1.Soruşturma Ve Kovuşturma.....	167
2.8.2.Yetkili Ve Görevli Mahkeme.....	176
2.8.3.Zamanaşımı.....	179
SONUÇ.....	182
KAYNAKÇA.....	189

KISALTMALAR

c.	: Cilt
CD	: Ceza Dairesi
CGK	: Ceza Genel Kurulu
CMK	: Ceza Muhakemesi Kanunu
ÇKK	: Çocuk Koruma Kanunu
Doç.	: Doçent
Dr.	: Doktor
İBK.	: İctihadı Birleştirme Kararı
İt.	: İtalyan
md.	: Madde
MMHKM	: Memurin Muhakematı Hakkında Kanunu Muvakkat
Prof.	: Profesör
s.	: Sayfa
SÜHFD	: Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
sk.	: Sayılı Kanun
TCK	: Türk Ceza Kanunu
TCY	: Türk Ceza Yasası
TMK	: Türk Medeni Kanunu
Yar.	: Yargıtay
Yrd.	: Yardımcı
vd.	: Ve Diğerleri

GİRİŞ

Cinsel saldırı suçu, 5237 sayılı yasanın özel hükümler kısmında; cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar başlığı altında 102.maddede yer almıştır. Aynı başlık altında; çocukların cinsel istismarı (madde 103), reşit olmayan ile cinsel ilişki (madde 104) ve cinsel taciz (madde 105) suçları da düzenlenmiştir. 5237 sayılı yasa 765 sayılı yasadan farklı olarak “ Umumi Adap ve Aile Nizamına Karşı Cürümler ” başlığı yerine “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar” başlığını seçerek bu konunun bireysel cinsel özgürlük ile ilgili olduğunu ortaya koymuştur. 5237 sayılı yasada 6545 sayılı yasa ile yapılan değişiklik ile cinsel saldırı suçunun cezaları arttırılmış, “sarkıntılık” eylemi kanunumuza yeniden girmiştir. Özellikle 102/4.maddede düzenlenen öğretilerde de çok tartışılan ve uygulamada ciddi sorunlara neden olan, “Suç Sonucu Mağdurun Beden veya Ruh Sağlığının Bozulması” şeklindeki neticesi sebebebiyle ağırlaşmış hal olan fıkra, isabetli bir şekilde madde metninden çıkarılmıştır.

5237 sayılı yeni Türk Ceza Kanunu’nda, 765 sayılı yasadan farklı olarak failin saldırıyı gerçekleştirdiği mağdurla evlenmesinin ceza hukuku açısından hiçbir değeri kalmamıştır.

Tez çalışmamızda; 5237 sayılı yasanın 102.maddesinde düzenlenen ve 6545 sayılı yasa ile değişikliğe uğrayan cinsel saldırı suçunu ayrıntılı bir şekilde incelemeyi amaçlamaktayız. Tez çalışmamız iki ana bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde Türk hukukunda cinsel suçlara ilişkin genel bilgilerin, ikinci bölümde cinsel saldırı suçu ve cinsel saldırı suçunun ceza muhakemesi açısından incelenmesi yer almaktadır.

Çalışmamızın birinci bölümünde, 765 sayılı yasada ve 2003 tarihli tasarıda düzenlenen cinsel suçlar ile 5237 sayılı yasada yer alan cinsel saldırı hariç diğer cinsel nitelikteki suçlar açıklanmaya çalışılmıştır.

Çalışmanın ikinci bölümünde, cinsel saldırı suçunun unsurları olan fail, mağdur, fiil, korunan hukuki yarar, maddi konu, netice, illiyet bağı, manevi unsur, hukuka aykırılık unsuru ayrıntılı şekilde açıklanmaya çalışılmış ve son olarak suçun nitelikli halleri, teşebbüs, iştirak, içtima, yaptırım, cinsel saldırı suçunun soruşturma

ve kovuşturmasının nasıl yapılacağı, cinsel saldırı suçunda görevli ve yetkili makemenin kim olacağı ve cinsel saldırı suçunun zaman aşımı sürelerinin ne kadar olduğu yer almıştır.



BİRİNCİ BÖLÜM

TÜRK HUKUKUNDA CİNSEL SUÇLAR

1.1.GENEL AÇIKLAMA

5237 sayılı yasadan önce yürürlükte olan 765 sayılı yasada cinsel dokunulmazlığa ilişkin suçlar; ikinci kitab, sekizinci bab, birinci fasılda “ Adabı Umumiye ve Nizamı Aile Aleyhinde Cürümler ” başlığı altında 414 ila 428 maddeleri arasında düzenlenmişti.¹ 765 sayılı yasa, ırza geçme ile ırz ve namusa tasaddi suçlarını mağdurun 15 yaşından küçük veya büyük olmasına göre iki farklı şekilde düzenlemiştir. Yasanın 414. ve 415. maddelerinde 15 yaşından küçüklerin ırzına geçme ile ırz ve namuslarına tasaddi suçları; 416. maddede 15 yaşından büyüklere yönelik ırza geçme, ırz ve namusa tasaddi suçları yer almış, 417. ve 418. maddelerde ise ırza geçme ile tasaddi suçlarının cezayı ağırlaştıran halleri düzenlenmiştir. Yine yasanın 419. maddesinde hayasızca hareketler suçu, 420. maddesinde fuhuş maksadıyla kadın oynatma suçu, 421. maddesinde söz atma ve sarkıntılık suçu, 422. maddesinde kadın kıyafeti ile kadınların bulunduğu yere girme, 423. maddesinde ise kızlık bozma suçları yer almıştır.

12.05.2003 tarihinde Türk Ceza Kanunu Tasarısı olarak Türkiye Büyük Millet Meclisi’ne sunulan tasarıda; cinsel suçlar; topluma karşı suçlar bölümünde “ Cinsel Bütünlüğe ve Edep Törelerine Karşı Suçlar ” başlığı altında düzenlenmişti. Tasarının 315. maddesinde zorla ırza geçme suçu, 316. maddesinde küçüklerin ve çocukların rızası ile ırzına geçilmesi suçu, 317. maddesinde zorla ırza tasaddi suçu, 318. maddesinde 15 yaşını bitirmemiş çocuğun rızası ile ırzına tasaddi suçları

¹KIRBIYIK, Şerife, Irza Geçme Cürmü Ve Benzer Suçlardan Ayrımı, Ankara, Sözkese Matbaacılık, 2001, s. 17, DÜLGER, İbrahim, Cinsel Özgürlüğe Karşı İşlenen Suçlardan Irza Geçme Suçu, Doktora Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya, 1998, s. 22, ERSÖZOĞLU, Haydar, Türk Hukukunda Çocuğun Cinsel İstismarı Suçu, Yüksek Lisans Tezi, Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kocaeli, 2010, s. 14, IŞİKA, Sertaç, Suç Politikasının Temel İlkeleri Açısından Türk Hukukunda Cinsel Suçlar Ve Kastrasyon, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2012, s. 17

düzenlenmiş, 319. maddesinde de bu suçlara yönelik ortak ağırlaştırıcı nedenler yer almıştır. Yine tasarının 320. maddesinde hayasızca hareketler suçu, 321. maddesinde söz atma ve sarkıntılık suçları kaleme alınmıştır.²

5237 sayılı yasada cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar, ikinci kitap (özel hükümler) ikinci kısım (kişilere karşı suçlar) altıncı bölümde yer almakta olup, 102. - 105. maddeler arasında düzenlenmiştir. 102. maddede bizim de çalışmamızın konusu olan cinsel saldırı suçu, 103. maddede çocukların cinsel istismarı suçu, 104. maddede reşit olmayan ile cinsel ilişki suçu, 105. maddede cinsel taciz suçları yer almaktadır.

Cinselliğin bir genel ahlak değil, özgürlük sorunu olduğu anlayışının ortaya çıkması, ceza hukukunun da cinsel suçlara bakış açısında önemli değişikliğe yol açmış ve giderek bu suçlarda cinsel özgürlüğün korunan hukuksal yarar olduğu düşüncesi ağırlık kazanmaya başlamıştır.³ İşte bu nedenle 5237 sayılı yasa, cinsel suçlar açısından 765 sayılı yasada “ Adabı Umumiye ve Nizamı Aile Aleyhinde Cürümler ” olarak kullanılan başlığı, “ Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar ” şeklinde değiştirmiş ve cinsel suçlar konusundaki bakış açısını da ortaya koymuştur. Böylece yasa, cinsel suçların edep ve ahlak sorunu olduğundan daha çok bireysel bir sorun olduğuna vurgu yapmıştır. Hukuksal reformlarını gerçekleştirmiş gelişmiş ülkelerde teba anlayışı yerine birey merkezli özgürlüğün ön planda olduğu anlayış hakimdir. Kanaatimizce yasadaki yeni anlayış ile bu alanın bireyle ilgili olduğu kabul edilmiştir.

5237 sayılı yasanın ilk hali, 765 sayılı yasa döneminde yer alan ırza ve namusa tasaddi, sarkıntılık, ırza geçme ve söz atma kavramlarını ortadan kaldırmış ve bu konuda; kanun yenilikçi bir yol izlemiş ayrıca daha yalın hale gelmiştir.⁴ Ancak 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda 6545 sayılı yasa ile bir takım değişikliklere gidilmiş,

²AKSOY, Özgün Sinem, Cinsel Saldırı Suçu, Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2010, s. 23 – 25, ŞİŞMAN, Sefa, Cinsel Saldırı Suçu, Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya, 2010, s. 37-39

³TEZCAN, Durmuş, ERDEM, Mustafa Ruhan ve ÖNOK, MURAT, Teorik Ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 11.Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2014, s. 322, BAYTEMİR, Erdal, Cinsel Dokunulmazlığa Kişi Hürriyetine Ve Genel Ahlak Karşı Suçlar, Ankara, Adalet Yayınevi, 2007, s. 1, GÜNDÜZ, Remzi, 6545 Sayılı Kanunla Değiştirilen 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, 1. Baskı, Ankara, Bilge Yayınevi, 2015, s. 17

⁴PARLAR, Ali ve HATİPOĞLU, Muzaffer, 5237 Sayılı Tck’da Özel Ve Genel Hükümler Açısından Asliye Ceza Davaları, 2.Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2008, s. 154, AYDIN, Murat, Çocukların Cinsel İstismarı Ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2014, s. 19, KARTAL, Pınar Memiş, Türk Ceza Hukukunda Çocukların Cinsel İstismarı, İstanbul, Der Yayınları, 2014, s. 122

cinsel suçlarda ceza arttırımı yapılmış ve 765 sayılı yasada yer alan sarkıntılık kavramı tekrardan yasaya alınmıştır.

Sarkıntılık; belirli bir kimseye karşı işlenen, o şahsın edep ve iffetine dokunan ani ve hareketler yönünden kesiklik gösteren, şehvet kastıyla işlenen edepsizce davranışlardır.⁵ Bu kavrama esasen “ ıslık çalmak, mağdurenin peşinden giderek sırnaşık hareketlerde bulunmak, mağdura cinsel organını göstermek, kalabalık bir alanda mağdureye cinsel organını sürterek geçmek, mağdurun poposuna dokunmak ve parmak atmak ” şeklindeki eylemler girebilir.⁶ Fakat 5237 sayılı yasada cinsel saldırı suçunun oluşması için fiziksel temas şart olduğundan, yukarıda verilen örneklerin bazıları 102. maddede düzenlenen cinsel saldırı suçuna bazıları ise 105. maddede düzenlenen cinsel taciz suçuna girecektir.⁷

Burada değinilmesi gereken konulardan biri de 6545 sayılı yasa ile yapılan ceza arttırımıdır. Yaşam hakkından sonra gelebilecek hatta bizim toplumumuz gibi gelenek ve göreneklerine bağlı namus kavramının çok önemli olduğu toplumlarda cinsel özgürlük neredeyse yaşam hakkına eşit tutulmaktadır. Bu nedenle bu suçların cezası gerçekten ciddi manada ağır olmalıdır. Osmanlı İmparatorluğu’nda ceza hukuku açısından İslam Hukuku uygulanmaktaydı ve özellikle organ sokarak gerçekleştirilen cinsel saldırı suçlarında faile ağır cezalar verilmekteydi. Bu durum atalarımızın cinsel özgürlüğe verdiği önemi açıkça ortaya koymaktadır.⁸

⁵ YILMAZ, Ejder, Hukuk Sözlüğü, 7. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2002, s. 1064-1065, AKTARAN; TANERİ, Gökhan, Cinsel Suçlar, 2. Baskı, Ankara, Bilge Yayınevi, 2015, s. 29

⁶ E. YILMAZ, s. 1065, TANERİ, s. 29 - 30

⁷ “ Sanığın mağdureler Ebru ve Burcu’ yu ayrı ayrı öpmek suretiyle sarkıntılıktaki bulunduğu kabul edildiği halde her bir mağdureye karşı gerçekleştirdiği eylemin ayrı ayrı sarkıntılık suçunu oluşturduğu gözetilmeden tek sarkıntılık suçundan mahkumiyetine karar verilmesi ve ayrıca suçu öğretmenlik görevinin ifası sırasında işlemiş olması nedeniyle cezasının TCK. nun 251. maddesi uyarınca arttırılmaması Cumhuriyet Savcısının temyizi lehe olup karşı temyiz bulunmadığından bozma sebebi sayılmamıştır. ” Yar., 5.CD, 22/02/1999, 5029/474, MALKOÇ, İsmail, Açıklamalı-İçtihatlı Türk Ceza Kanunu, 1.Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, 2000, s. 917, “ Sanığın, olay günü apartmanın önünde oynayan mağdureleri yanına çağırdığı, gelmemeleri üzerine kendisinin apartmana girip dışarıdaki mağdurelere yönelik olarak yalnızca cinsel organını gösterdiği, bedensel temasın söz konusu olmadığı dikkate alındığında; eylemin birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlenmiş olması nedeniyle 5237 sayılı TCK. nun 105/1 ve 43/1-2. maddeleri uyarınca cezalandırılması gerekirken suç niteliğinde yanılğıya düşülerek çocuğun basit cinsel istismarı suçundan yazılı şekilde hükme varılması,” Yar., 5.CD, 06/05/2009, 5763/5363, TUĞRUL, Ahmet Ceylani, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar ve Enstest İlişkiler, Ankara, Cantekin Matbaacılık, 2010, s. 567

⁸ AVCI, Mustafa, Osmanlı Ceza Hukuku Genel Hükümler, Konya, Mimoza Yayıncılık, 2014, s. 462-463, “ Çin kaynaklarında belirtildiği üzere Göktürk’ lerde evli kadının ırzına geçmek önemli suçlardan olup, fail ölüm cezasıyla cezalandırılmıştır. Genç kızları iğfal edenler ise hem cezalandırılmışlar hem de o kızla evlenmek mecburiyetinde bırakılmışlardır. Kazak ve Kırgızlarda bir kız veya bir kadının

6545 sayılı yasa ile 102. maddede nitelikli hal olarak yer alan “ Suç Nedeniyle Mağdurun Ruh Ve Beden Sağlığının Bozulması Hali ” madde metninden çıkarılmıştır. Cinsel saldırıya uğrayan bütün mağdurların uygulamada da gördüğümüz hekim raporları esas alındığında, ruh sağlığı bozulmaktadır. Çünkü bu tarz saldırılar her mağdurda ciddi psikolojik travmalara neden olmaktadır; ayrıca cinsel saldırılara konu eylemler özellikle organ veya cisim sokmak şeklindeki nitelikli hal, insanın doğası gereği mağdura acı vermekte yani mağdurun beden sağlığını bozmaktadır. Yasa koyucunun bu netice sebebi ile ağırlaştırılmış hali kanuna koymasındaki amaç; suç sonucu mağdurda kalıcı ruh sağlığı bozukluğu olduysa veya suç sonucu mağdurda aids, frengi, çocuk yapma kabiliyetinin yitirilmesi gibi beden sağlığının bozulması meydana geldiyse, failin cezasını diğer hallere göre daha ağır cezalandırmaktır.⁹ Fakat izah ettiğimiz nedenlerden ötürü uygulamada bu nitelikli hal sorunlara neden olmuş, özellikle mağdurların defalarca adli tıp kurumuna veya hastahanelere götürülerek muayene olmalarına ve tekrardan bu olayları hatırlamalarına ve aynı travmayı yeniden yaşamalarına sebebiyet vermiş, bu nedenle madde metninden çıkarılması isabetli olmuştur.¹⁰

Son olarak, 5237 sayılı yasa ile eşe karşı cinsel saldırının nitelikli halinin suç olarak kabulü ve şikâyeteye tabi olması oldukça yerindedir.¹¹ Evlilik birliği, bu birliğin taraflarına birtakım hak ve yükümlülükler yüklemektedir. Bu yükümlülüklerden bir tanesi de tarafların cinsel ihtiyaçlarını karşılama noktasıdır; fakat bu yükümlülük taraflara sınırsız bir katlanma yükü getiremez. Günümüzde evliliğin, diğer eşin

zorla ırzına geçilmesi adam öldürme suçuyla eşit kabul edilmiş, ırza geçme suçunun faili adam öldürme suçuna karşılık ceza ile cezalandırılmıştır. ” DÜLGER, İbrahim, Irza Geçme Suçunun Tarihsel Gelişimi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Sayı 6, 2000, s. 90, “Kanuni Kanunnamesi ve Yavuz Sultan Selim Kanunnamesi’nde tecavüz suçunu işleyenlerin cinsel organının kesileceği ile ilgili hüküm bulunmaktadır.” KONAN, Belkıs, Osmanlı Hukukunda Tecavüz Suçu, Ankara Üniversitesi Osmanlı Tarihi Araştırma Ve Uygulama Merkezi Dergisi, Sayı 29, 2011, s. 158

⁹YURTCAN, Erdener, Yargıtay Kararları Işığında Cinsel Suçlar, 1.Baskı, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, 2009, s. 19, TUĞRUL, s. 109

¹⁰ÖZBEK, Veli Özer, KANBUR, Mehmet Nihat, DOĞAN, Koray, BACIKSIZ, Pınar ve TEPE, İlker, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 7. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2014, s. 331, “ 6545 sayılı yasanın 58. – 59. maddesi ile yapılan yeni düzenlemeye göre mağdurun ruh sağlığının bozulması nedeniyle verilen cezada arttırım yapılması şeklindeki düzenlemenin kaldırıldığı, bununla birlikte verilecek ceza sürelerinin arttırıldığı, bu düzenlemenin de önceki düzenlemeye göre hak ve adalet ilkelerine daha uygun olduğu açıktır. ” KARAKULAK, Maksut, 6545 Sayılı Yasanın 5237 Sayılı Tck’da Yapılan Değişiklik İle Getirdiği Önemli Düzenleme, İstanbul Adliyesi Dergisi, 2. Sayı, 2014, s. 71

¹¹YURTCAN, Cinsel Suçlar, s. 13, Aksi yönde görüş ÖZER, Yeşim, Türkiye’ de Evlilik İçi Tecavüz Suçu Tartışmaları, Kadın Araştırmaları Dergisi, Sayı 11, 2012, s. 11

vücudu üzerinde istenildiği gibi tasarruf etme yetkisi verdiği anlayışı terkedilmiştir. Bu nedenle eşler arasında organ veya sair cisim sokmak suretiyle gerçekleşen cinsel saldırı eyleminin suç olarak düzenlenmesinin çağdaş bir topluma daha uygun olduğu kabul edilmelidir.¹² Evlilik birliği, karşı cinsten tarafların yetkili memur önünde hukuken geçerli rızaları ile evlenmeyi kabul etmeleri ile oluşur. Bu birliğin tarafları olan eşler birbirlerine karşı cinsel amaçla dokunma, öpme, sarılma gibi 102/1 kapsamındaki cinsel davranışları gösterebilir. Evlilik birliğini kabul edenlerin bu tarz davranışlar açısından varsayılan rızalarının bulunduğu kabul edilebilir ancak hiçbir eş diğerini cinsel ilişkiye zorlayamaz. Cinsel ilişkinin reddedilmesi sadece evlilik birliğini sonlandırma sebebidir. TCK 102. maddedeki “ eş ” kavramına, Türk Medeni Kanunu anlamında evlilik birliği içinde olmayanlar, örneğin imam nikahı ile birlikte yaşayanlar dahil değildir yani bu şekilde gerçekleşen eylem eşe karşı yapılmış sayılamaz aksini kabul etmek Türk toplumu gibi çok eşliliğin yaygın olduğu bir toplumda poligamiyi meşrulaştıracaktır.¹³ Eşler arasında organ veya sair cisim sokmak suretiyle işlenen cinsel saldırı suçunda, şu hususa da değinmek gerekir; eşe karşı cebir ve şiddet yerine manevi baskı uygulayan fail, mağdur konumundaki eşten fiziksel karşı koyma görmeden eylemi gerçekleştirdiğinde, mağdur eşte delil anlamında, vücutta herhangi bir bulgu elde etmek çok zor olduğundan bu anlamda bu suçun ispatı da zordur.

1.2.765 SAYILI KANUNDA CİNSEL SUÇLAR

1.2.1.Irza Geçme

¹²ŞİŞMAN, s. 48, TUĞRUL, s. 93

¹³“ Kanaatimizce “ eş ” kavramından Türk Medeni Kanunu uyarınca aralarında evlilik sözleşmesi kurulan ve bu sözleşmenin geçerliliğinin devam ettiği kişiler anlaşılmalıdır . Cinsel saldırı suçuna konu eylem tarihinde, taraflar arasında geçerli bir evlenme sözleşmesinin bulunması gerekir. Bu anlamda, kanun karşısında geçerli bir evlilik olarak görülmeyen tarafların uzun süredir birlikte yaşam sürdürmeleri veya nişanlı olmaları veya dini nikahlı hayat sürdürmeleri, “ suçta ve cezada kanunilik ” prensibi karşısında koruma göremeyecektir. ” ŞEN, Ersan, 6545 Sayılı Kanunla Değiştirilen Ceza Hükümleri 1, <http://m.haber7.com/yazarDetay.php?id=1177054>, 2014, Erişim Tarihi: 28/08/2015, Aksi yönde görüş “ Dini nikahla veya nikahsız olarak karı-koca gibi birlikte yaşayan kişileri de eş olarak kabul etmek gerekir. ” KOCA, Mahmut ve ÜZÜLMEZ, İlhan, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 1.Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2013, s. 289

Irza geçme suçu, 765 sayılı yasanın 414. ve 416/1. maddelerinde düzenlenmiştir.¹⁴ Düzenlemeye bakıldığında mağdurun yaşının esas alındığı görülmektedir.¹⁵ Mağdurun yaşı 15'ten küçük ise 414. maddede düzenlenen küçüklerin ırzına geçme; 15'ten büyük ise 416/1. maddede düzenlenen büyüklerin ırzına geçme suçu oluşacaktır.

Kanunda irza geçmenin tanımı yapılmamıştır ancak Yargıtay Ceza Genel Kurulu' nun 04.06.1990 tarih ve 101/156 sayılı kararında irza geçme; “ Aktif failin cinsel organını, diğerinin vücuduna normal veya anormal bir şekilde menisini boşaltacak şekilde kısmen veya tamamen ithal etmesi, sokmasıdır. ” şeklinde açıklanmıştır.¹⁶ Yargıtay' ın tanımından da anlaşılacağı üzere suçun oluşumu için mağdura fail tarafından “ cinsel organın ” sokulması gerekmektedir; mağdura cinsel organ haricinde sopa, cop veya parmak gibi cisimlerin sokulması halinde irza geçme suçu oluşmayacaktır.¹⁷ Yine tanımda yer alan cinsel organı “ normal veya anormal şekilde ithal etme ” cinsel ilişkinin vajinal veya anal yolla gerçekleşmesidir.¹⁸

Irza geçme suçunda erkeğin, fail veya mağdur olması mümkündür; fakat kadın, eyleme ancak asli veya ferî iştirak ile katılabilir, suçu bizzat işleyemez ve kadının eylem esnasında başka organlarını veya yapay aletleri kullanarak eylemi gerçekleştirmesi halinde dahi irza geçme suçu oluşmaz.¹⁹

¹⁴765 sk. md. 414 “ Her kim 15 yaşını bitirmiyen bir küçüğün ırzına geçerse beş seneden aşağı olmamak üzere ağır hapis cezasına mahkum olur. Eğer fiil cebir ve şiddet veya tehdit kullanılmak suretiyle veya akıl veya beden hastalığından veya failin fiilinden başka bir sebepten dolayı veya failin kullandığı hileli vasıtalarla fiille mukavemet edemeyecek bir halde bulunan bir küçüğe karşı işlenmiş olursa ağır hapis cezası on seneden aşağı olamaz. ” , md. 416/1 “ On beş yaşını bitiren bir kimsenin cebir ve şiddet veya tehdit kullanmak suretiyle ırzına geçen veya akıl veya beden hastalığından veya kendi fiilinden başka bir sebepten veya kullandığı hileli vasıtalarla dolayısıyla fiille mukavemet edemeyecek bir halde bulunan bir kimseye karşı bu fiili işleyen kimse yedi seneden aşağı olmamak üzere ağır hapis cezası ile cezalandırılır. ”

¹⁵İŞİKA, s. 17, ŞİŞMAN, s. 18, KIRBIYIK, s. 25

¹⁶KIRBIYIK, s. 35, BAKICI, Sedat, Genel Adap Ve Aile Düzenine Karşı Cürümler, Ankara, Adalet Yayınevi, 1994, s. 9, “ Irza geçmek; bir kimsenin cismi üzerinde cebren cinsi ilişkide bulunmaktır. Bu cebir maddi ya da kanunun açıkladığı hallerde manevi ya da mefruzdur.” DÖNMEZER, Sulhi, Ceza Hukuku Özel Kısım, 5. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1983, s. 52

¹⁷KIRBIYIK, s. 77, DÖNMEZER, s. 54

¹⁸KIRBIYIK, s. 80, İ. DÜLGER, 1998, s. 92

¹⁹BAKICI, Genel Adap Ve Aile Düzenine Karşı Cürümler, s. 4 – 5, DÖNMEZER, s. 57 – 58, Aksi yönde görüş “ Kanaatimce, kadın ve erkek herkes bu suçun faili olabilir. Kadının edep, iffet, şeref ve haysiyetine yönelen tecavüzkar fiilleri yaptırma bağlayan yasakoyucunun, erkeği böyle bir korumadan yoksun bıraktığı şeklinde bir düşünce tarzı mevcut kanuni düzenlemelere göre kabul edilemez. Burada kanımca korunan birincil değer gerçekleştirilen cinsel ilişki nedeniyle mağdurun rencide olan edep ve iffeti yok edilen cinsel özgürlüğüdür. Kadının bu ilişkiye erkeği zorlaması ve sonuçta cinsel ilişkinin gerçekleşmesi halinde de erkeğin edep ve iffeti, cinsel özgürlüğü ortadan

Doktrinde evlilik birliği içinde ırza geçme yani kocanın karısına karşı bu suç işleyip işleyemeyeceği konusu tartışmalıydı. Bir kısım yazarlar ırza geçme suçunda kocanın fail olabileceği bu konuda kanunda kocanın failliğini engelleyen ayrık bir düzenlemenin olmadığı görüşünderken diğer bir kısım yazarlar ise kocanın bu suçta fail olamayacağı görüşünü taşımaktaydı.²⁰ Yargıtay da ırza geçme suçunda kocanın fail olamayacağı ancak şartları varsa eylemin fena muamele suçunu oluşturduğu görüşünderdi.²¹

Kanun, suçun oluşumu açısından 15 yaşından büyüklerde cebir, şiddet, tehdit ve mağdurun fiile karşı koyamayacak (akıl veya beden sağlığından veya kendi fiilinden başka sebepten veya hileli hareketler nedeniyle fiile mukavemet edememe) halde olması gibi hususları aramaktadır. Bu vasıtalar 15 yaşından küçüklerin ırzına geçmede aranmamaktadır yani mağdurun rızasının kanunen bir önemi yoktur.²² Kanun zaten suçta kullanılan bu vasıtaları küçükler için 414/2. maddede ağırlaştırıcı hal olarak ele almıştır.

Irza geçme suçu kasten işlenebilen bir suç olup eylemin taksirli hali kanunda düzenlenmemiştir²³

1.2.2.Irz ve Namusa Tasaddi

Irz ve namusa tasaddi suçu 765 sayılı yasanın 415. ve 416/2. maddelerinde düzenlenmiştir.²⁴ Suçun yasada düzenlenme şekli ırza geçme suçundaki gibidir.

kalkmıştır. ” KIRBIYIK, s. 40 – 41, “ Kanunun ifadesinden bu suçun yalnız erkekler tarafından işlenebileceğine dair bir hüküm çıkarmak mümkün değildir. ” İ. DÜLGER, 1998, s. 73

²⁰KIRBIYIK, s. 55, İ. DÜLGER, 1998, s. 149, Aksi yönde görüş “ Eğer fail ile mağdur arasında cinsi münasebeti haklı kılacak bir hukuki ilişki mevcut bulunursa, suç oluşmaz. Evlilik birliği içinde kocanın sahip olduğu hakların suistimal edilmemesi şarttır. Zira, evlilik, eşe nikahın maşru gayelerine aykırı fiillere katlanmaya mecbur kılamaz. Aksine hareketler eşe fena muameleden cezalandırmayı gerektirir. ” EROL, Haydar, Türk Ceza Kanunu, Pys Matbaacılık, 2003, s. 994, BAKICI, Genel Adap Ve Aile Düzenine Karşı Cürümler, s. 9, BAYTEMİR, s. 106, MALKOÇ, s. 884, DÖNMEZER, s. 59 - 60

²¹“ Sanık; manevi cebir kullanarak eşiyile ters cinsel ilişkide (anal ilişkide) bulunduğu göre eylemi, TCK.nun 478/1-3. maddesindeki suçu oluşturur. ” Yar. , 19.12.1990, 5557/7044, http://www.hukuki.net/ictihat/905557_4c.asp, Erişim Tarihi: 29. 12. 2015

²²İŞİKA, s. 17 – 18, ŞİŞMAN, s. 19

²³BAKICI, Genel Adap Ve Aile Düzenine Karşı Cürümler, s. 31, İŞİKA, s. 20, KIRBIYIK, s. 86, İ. DÜLGER, 1998, s. 97

²⁴765 sk. md. 415 “ Her kim 15 yaşını bitirmiyen bir küçüğün ırz ve namusuna tasaddiyi mutazammın bir fiil ve harekette bulunursa iki seneden dört seneye ve bu fiil ve hareket yukarki maddenin ikinci fıkrasında yazılı şartlar içinde olursa üç seneden beş seneye kadar hapsolunur.”, md 416/2 “ Yine bu

Tıpkı ırza geçme suçunda olduğu gibi tasaddi suçu içinde 15 yaşından büyüklerde mağdurun rızası olmaksızın eylemin gerçekleşmesi gerekir. Cebir, şiddet, tehdit ve mağdurun fiile karşı koyamayacak (akıl veya beden sağlığından veya kendi fiilinden başka sebepten veya hileli hareketler nedeniyle fiile mukavemet edememe) halde olması gibi hususlar rızayı ortadan kaldıran vasıtalarlardır. Bu hususlar 15 yaşından küçüklerin ırz ve namusuna tasaddi fiillerinde aranmamaktadır yani mağdurun rızasının kanunen bir önemi yoktur. Kanunkoyucu suçta kullanılan bu vasıtaları küçükler için 415. maddenin 2. cümlesinde ağırlaştırıcı hal olarak düzenlemiştir.

Yasada tasaddi eylemi açısından bir tanım yoktur. Eylemi; ırza geçme suçuna teşebbüs aşamasına varmamış ancak sarkıntılık suçuna göre de daha ağır ve devamlılık gösteren şehevi nitelikte davranışlar olarak tanımlayabiliriz.²⁵

Yargıtay, eylemi “ Mağdur üzerinde işlenen ve cinsel birleşme kastı taşımayan, devamlılık gösteren şehevi hareketler ” şeklinde tanımlamıştır.²⁶

Suçun faili ve mağduru herkes olabileceği gibi aynı cinsten kişilerde olabilir.²⁷

Tasaddi eylemi bağımsız bir suç tipidir. Bu durum, eylemin kanunda ayrı bir maddede suç olarak düzenlenmesinden bellidir. Tasaddi fiili, ırza geçme ve sarkıntılık suçlarından farklıdır. Irza geçmede, fail tenasül organını mağdura ithal etme amacı ve kastı ile hareket ederken; tasaddi fiilinde, failin tenasül organını mağdura ithal etme gibi bir kastı yoktur. Yine tasaddi fiili, sarkıntılık eylemine göre daha yoğun olan, hareketlerin devamlılık gösterdiği, bedensel temas gerektiren ve cinsel arzuları tatmin amacıyla gerçekleştirilen davranışlardır.²⁸

Tasaddi suçu açısından kanunun lafzına bakıldığında özel kast arandığını belirten bir anlatım yoktur ancak doktrinde bu konuda görüş ayrılığı söz konusudur.

suretle ırz ve namusa tasaddiyi tazammun eden diğer bir fiil ve harekette bulunursa üç seneden beş seneye kadar hapsolunur. ”

²⁵ŞİŞMAN, s. 23, SALMAN, Eda, Eşe Karşı Cinsel Saldırı Suçu, Yüksek Lisans Tezi, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2009, s. 10, IŞİKA, s. 24, KIRBIYIK, s. 276, DÖNMEZER, s. 100, ARTUK, Mehmet Emin, Cinsel Taciz Ve Ceza Hukuku, dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/42/465/5310.pdf, 1994, s. 43, Erişim Tarihi: 07/10/2015

²⁶BAKICI, Genel Adap Ve Aile Düzenine Karşı Cürümler, s. 87, KIRBIYIK, s. 276

²⁷DÖNMEZER, s. 106 – 107, MALKOÇ, s. 894, EROL, 2003, Türk Ceza Kanunu, s. 1005, ŞİŞMAN, s. 23

²⁸ŞİŞMAN, s. 24, ARTUK, Cinsel Taciz Ve Ceza Hukuku, s. 44, BAKICI, Genel Adap Ve Aile Düzenine Karşı Cürümler, s. 87 – 88, DÖNMEZER, s. 104 - 105

Bazı yazarlar bu suç açısından özel kastla hareket edilmesi gerektiğini savunurlar.²⁹ Diğer bazı yazarlar ise genel kastın yeterli olduğu görüşündedirler.³⁰

Yargıtay ise tasaddi eyleminde; şehveti tatmin amacına yönelik özel kastı aramaktadır.³¹

1.2.3.Reşit Olmayanla Rızaya Dayalı Cinsel İlişki

Reşit olmayanlarla rızaya dayanan cinsel ilişki suçu, 765 sayılı yasanın 416/3. maddesinde düzenlenmiştir.³²

Bu suçun hareket unsuru “ cinsel ilişki ” dir ve cinsel ilişki niteliğinde olmayan tasaddi fiilleri reşit olmayanla rızaya dayalı cinsel ilişki suçunu oluşturmaz.³³

15 yaşından küçüklerle gerçekleşen cinsel ilişki; rızaya dayalı olsa bile (kanunkoyucunun rızayı kabul etmemesi nedeniyle), yasanın 414/1. maddesi gereği ırza geçme suçunu oluşturacaktır. Bu nedenle reşit olmayanla rızaen cinsel ilişki suçunda mağdurun yaşının alt sınırı 15 olacaktır.³⁴

Suçun oluşumu için mağdurun reşit olmaması (15-18 yaş aralığında olması ve evlenmeyle veya mahkeme kararı ile rüşte ulaşmaması) ve cinsel ilişkiye rızasının bulunması gerekir.³⁵ Mağdurun rızasının bulunmaması veya failin hukuka aykırı şekilde rıza elde etmesi durumunda, eylem; yasanın 416/1. maddesinde düzenlenen 15 yaşından büyüklerin ırzına geçme suçuna dönüşür.

²⁹MALKOÇ, s. 895, EREM, Faruk ve TOROSLU, Nevzat, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 5. Baskı, Ankara, Savaş Yayınları, 1987, s. 343

³⁰DÖNMEZER, s. 110 – 111, BAKICI, Genel Adap Ve Aile Düzenine Karşı Cürümler, s. 90, OTACI, Cengiz, Genel Adap Ve Aile Düzenine Karşı İşlenen Suçlar, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2000, s. 55

³¹“ Tecavüzün tasaddi mahiyetinde telakki edilebilmesi için failin ırza geçmekten içtinap ederek şehvet hissini başka suretlerle tatmin etmesi gerekmekte olup ırza geçmeye matuf cebri hareketlerin tasaddi mahiyetinde mütalaa edilemeyeceği ” Yar. , 5. CD, 13.5.1948, 1460, DÖNMEZER, s. 108

³²765 sk. md. 416/3 “ Reşit olmıyan bir kimse ile rızasıyle cinsi münasebette bulunanlar fil daha ağır cezayı müstelzim bulunmadığı takdirde altı aydan üç seneye kadar hapis cezası ile cezalandırılır. ”

³³ŞİŞMAN, s. 25, EREM ve TOROSLU, s. 344, BAKICI, Genel Adap Ve Aile Düzenine Karşı Cürümler, s. 118, EROL, 2003, Türk Ceza Kanunu, s. 1009, MALKOÇ, s. 901, İ.DÜLGER, 1998, s. 140

³⁴İŞİKA, s. 22

³⁵EREM ve TOROSLU, s. 344, MALKOÇ, s. 901, EROL, 2003, Türk Ceza Kanunu, s. 1009, İ.DÜLGER, 1998, s. 139 – 140, İŞİKA, s. 21, BAKICI, Genel Adap Ve Aile Düzenine Karşı Cürümler, s. 118

Reşit olmayanla rızaya dayalı cinsel ilişki suçunda fail yalnız erkek olabilirken, mağdur ise hem erkek hem kadın olabilir.³⁶

Suçun manevi unsuru genel kasttır.³⁷

1.2.4.Cezayı Ağırлаştıran Ortak Haller

1.2.4.1.Genel Açıklama

Irza geçme, tasaddi ve reşit olmayanla rızaya dayalı cinsel ilişki suçlarında cezayı ağırlaştıran haller ortaktır.³⁸ Bu haller 765 sayılı yasanın 417. ve 418. maddelerinde hüküm altına alınmıştır.³⁹

Kanunkoyucunun cezayı ağırlaştıran bu ortak halleri düzenlemesindeki maksat, suçun diğer hallere göre daha kolay işlenmesi veya failin sıfatı nedeniyle toplumda suçun daha fazla etki yaratmasıdır. Ayrıca bazen, mağdur eylem sonucunda cinsel özgürlüğünde oluşan zarar dışında başka zararlar da görmektedir. İşte kanunkoyucu bu halleri neticeye bağlı ağırlaşan haller olarak düzenlemiştir. Gerçekten de bu haller mağdurda diğer hallere nazaran daha fazla zararın oluşmasına neden olmaktadır.

1.2.4.2.Failin Birden Fazla Olması

Eylemin birden fazla kişiyle gerçekleştirilmesi durumunda suç tek kişiye nazaran çok daha kolay işlenebilecek ve özellikle mağdurun eyleme direnç göstermesi azalacak veya hiç olmayacaktır.

³⁶OTACI, s. 73, MALKOÇ, s. 901, IŞIKA, s. 21, BAKICI, Genel Adap Ve Aile Düzenine Karşı Cürümler, s. 118, Aksi yönde görüş “ Fail her hangi bir kimse olabilir ” İ.DÜLGER, 1998, s. 139

³⁷EREM ve TOROSLU, s. 344, İ.DÜLGER, 1998, s. 141, KIRBIYIK, s. 143

³⁸BAKICI, Genel Adap Ve Aile Düzenine Karşı Cürümler, s. 170, DÖNMEZER, s. 123, EROL, 2003, Türk Ceza Kanunu, s. 1018 ve 1022

³⁹765 sk. md. 417 “ Yukarıdaki maddelerde yazılan fiil ve hareketler birden ziyade kimseler tarafından işlenir veya usulden biri veya veli ve vasi veya mürebbi ve muallimleri ve hizmetkarları veya terbiye ve nezaret veya muhafazaları altına bırakılan veya buna düşer olanların üzerlerine hüküm ve nüfuzu olan kimseler tarafından vukubulursa kanunen muayyen olan ceza yarısı kadar artırılır. ” , md. 418 “ Yukarıki maddelerde yazılı fiil ve hareketler mağdurun ölümünü mucip olursa faile müebbet ağır hapis cezası verilir. Eğer bu fiil ve hareketler bir marazın sirayetini veya mağdurun sıhhatine sair büyük bir nakisa irasını veya maluliyet veya mayubiyetini müstelzim olursa cezanın yarısı ilave edilerek hükmolunur. ”

Bu ağırlaştırıcı halin uygulanması için failin en az iki kişi olması gerekir ancak her failin cinsel nitelikte eylemde bulunması şart değildir. Fail sayısının çokluğu nedeniyle failin direncinin kırılması ve mağdur üzerinde ortak hakimiyet kurulması yeterlidir. Faillerden biri cinsel eylemi gerçekleştirirken diğerinin mağdurun kol veya bacaklarından tutarak fiile karşı koymasını önlemesi veya kapıyı kilitleyerek içeride beklemesi cezanın arttırılmasına örnek nitelikte olaylardır. Faillerden birinin yaşının küçük olması veya akıl hastalığı nedeniyle ceza ehliyetinin olmaması gibi hususlar cezada arttırmaya engel değildir.⁴⁰

1.2.4.3.Şahsa Bağlı Cezayı Ağırlaştıran Haller

Yasada geçen “ usul ” kişinin üstsoyudur. Baba, anne, büyük baba, büyükanne ve bu kişilerin yukarı derecede bulunan anne veya babaları üstsoya dahildir. Yasada altsoyun eylemi işlemesi hali sayılmamıştır. Bu nedenle altsoydan birinin mağdura karşı suçu işlemesi halinde arttırım söz konusu olmayacaktır. Yasa kanbağına veya evlilikle oluşan sıhri hısımlığa dayanan üstsoy arasında bir ayrıma gitmemiştir. Bu durumda mağdurun sıhri yönden üstsoyundan birinin eylemi işlemesi halinde de cezada arttırmaya gidilecektir. Kayınpeder gelin arasında gerçekleşen eylemler konuya örnek gösterilebilir. Veli; erginliğe ulaşmayan küçük üzerinde velayet hakkına sahip olan kişidir. Anne, baba veya evlat edinen kişiler veli konumundadır. Vasi; mahkeme kararıyla vesayet altına alınan şahsın adına ve onun çıkarına işlem yapan kişidir. Kayyımlık, vasilik kavramı içinde mütaala edilemeyeceğinden, kayyım olan failin mağdura yönelik eyleminden dolayı cezada arttırım söz konusu değildir.⁴¹

Mürebbi; küçüğün daha iyi eğitim alması için uğraşan kişidir. Kişiye özel olarak eğitim veren, yabancı dil, müzik, dans öğreten kişiler bu hususa örnektir. Muallim ise, her derecede eğitim veren, özel veya kamuya ait kuruluşlardaki öğrencileri eğiten kişilerdir. Suçun işlendiği sırada fail ile mağdur arasında bu ilişkinin var olması gerekir. Öğretmen olan failin aynı binada oturan komşusuna

⁴⁰ŞİŞMAN, s. 26, BAKICI, Genel Adap Ve Aile Düzenine Karşı Cürümler, s. 172 – 173, EREM ve TOROSLU, s. 345, KIRBIYIK, s. 153, EROL, 2003, Türk Ceza Kanunu, s. 1018, MALKOÇ, s. 906, İ.DÜLGER, 1998, s. 155 – 156

⁴¹ŞİŞMAN, s. 27 - 28, BAKICI, Genel Adap Ve Aile Düzenine Karşı Cürümler, s. 174, KIRBIYIK, s. 155 - 158, MALKOÇ, s. 907

karşı ırza geçme suçunu işlemesi halinde öğretmen sıfatı nedeniyle cezası arttırılamaz.⁴²

Hizmetkarlar; aynı yerde çalışmanın verdiği kolaylık sayesinde eylemi gerçekleştiren kişilerdir. Hizmetkarın mutlaka mağdurun emrinde çalışmasına gerek yoktur ancak aynı yerde ikamet edip, mağdurun yaşadığı ortama kolayca girebilen kişiye de bu madde hükmü uygulanabilir. Babasının şoförü tarafından ırza geçme eylemine maruz kalan mağdur bu duruma örnek gösterilebilir. Mağdurun tedavi gördüğü hastane çalışanları, yatılı okul görevlileri veya uşak, bahçıvan gibi kişiler bu madde bağlamında hizmetkardırlar.⁴³

Mağdurun terbiye, gözetim ve korunmasından sorumlu kişiler; mağdurun geçici bırakıldığı kreş veya yuva çalışanları, anne – babanın dışarıda işini halletmek için mağduru bıraktığı bakıcılarıdır. Bu gösterilen örnekler mağdur ile fail arasında terbiye, gözetim ve koruma ilişkisi olmak şartıyla arttırılabilir.⁴⁴

Hüküm ve nüfuz sahibi olanlar kanunda tek tek sayılmamıştır. Kanunkoyucu bu konuda hal ve şartlara göre karar vermesi için hakime takdir yetkisi vermiştir. Usta-çırak, patron-sekreter, ev sahibi - hizmetçi bu hale örnek gösterilebilir.⁴⁵

1.2.4.4.Neticeye Bağlı Cezayı Ağırlaştırır Haller

Eylem sonucunda mağdurun ölmesi nitelikli halinin faile uygulanması için; fail de öldürme kastı (sonuç fail tarafından istenmeyecek) olmayacak ve cinsel nitelikli eylem ile ölüm sonucu arasında illiyet bağı olacaktır. Şayet fail ölüm sonucunu bilerek ve isteyerek cinsel eylemi gerçekleştirmiş ve mağdur yaşamını yitirmiş ise gerçek içtima kuralları gereği hem cinsel nitelikli eylemi hem de öldürme eylemi nedeniyle faile ceza verilmesi yoluna gidilecektir.⁴⁶

⁴²İ.DÜLGER, 1998, s. 164, ŞİŞMAN, s. 28, BAKICI, Genel Adap Ve Aile Düzenine Karşı Cürümler, s. 175, KIRBIYIK, s. 160 - 161, MALKOÇ, s. 907

⁴³MALKOÇ, s. 907, BAKICI, Genel Adap Ve Aile Düzenine Karşı Cürümler, s. 175, DÖNMEZER, s. 130, İ.DÜLGER, 1998, s. 164, ŞİŞMAN, s. 29, KIRBIYIK, s. 163

⁴⁴BAKICI, Genel Adap Ve Aile Düzenine Karşı Cürümler, s. 175, DÖNMEZER, s. 131, MALKOÇ, s. 908

⁴⁵EROL, 2003, Türk Ceza Kanunu, s. 1019, MALKOÇ, s. 908

⁴⁶EREM ve TOROSLU, s. 346, DÖNMEZER, s. 133, MALKOÇ, s. 910, BAKICI, Genel Adap Ve Aile Düzenine Karşı Cürümler, s. 199

Kanunda cinsel eylem sonucu mağdura maraz sirayeti olarak bahsedilen husus eylem sonucunda mağdurun bir hastalığa yakalanmasıdır. Failin; cüzam, aids, firengi gibi hastalıkları mağdura bulaştırması durumunda cezada arttırım söz konusu olacaktır. Fail kendisinde olan bir rahatsızlığın cinsel nitelikli eylem sonucu mağdura geçeceğini bilerek suçu işlemesi halinde; fail, cinsel nitelikli eylemi ve kasten yaralama eylemlerinden dolayı sorumlu olacak ve gerçek içtima kuralları gereği ayrı ayrı cezalandırılacaktır.⁴⁷

Kanun koyucunun “ nakise irası ” ile kastettiği; mağdurun eylem nedeniyle ruh veya beden sağlığında geçici ancak büyük bir zararın meydana gelmesidir. Mağdurun vücudunda eylem nedeniyle oluşan basit sıyrık, ekimoz, yara – bere bu hale dahil değildir. Eylem sonucunda mağdurun ruhi bunalım veya akıl ve şuur kaybı yaşaması durumları cezayı ağırlaştıran hale örneklerdir.⁴⁸

Maluliyet; eylem sonucunda mağdurun tedavisi mümkün olmayan bir rahatsızlığa yakalanması veya organının sürekli suretle işlevsiz kalmasıdır. Mağdurun çocuk yapma yeteneğini kaybetmesi veya şizofren olması maluliyete örnektir.⁴⁹

Mayubiyet; eylem sonucunda mağdurun ayıplı hale gelmesi olup hangi hallerin ayıp sayılacağı kanunda düzenlenmemiştir. Uygulamada kızlık zarının bozulması mayubiyet sayılmıştır.⁵⁰

1.2.5.Hayasızca Hareketler

Bu suç 765 sayılı yasanın 419. maddesinde kaleme alınmıştır.⁵¹ Her ne kadar suçun kaleme alınış şekli ilgili fasıl başlığına uygun olsa da; suç yapısı itibari ile cinsel dokunulmazlığa yönelik bir suç olmayıp, daha çok genel ahlaha aykırı nitelikte bir eylemdir.

⁴⁷ŞİŞMAN, s. 31, KIRBIYIK, s. 174 – 175, DÖNMEZER, s. 134

⁴⁸ŞİŞMAN, s. 31, KIRBIYIK, s. 176 – 178, BAKICI, Genel Adap Ve Aile Düzenine Karşı Cürümler, s. 200

⁴⁹KIRBIYIK, s. 178, MALKOÇ, s. 910

⁵⁰EROL, 2003, Türk Ceza Kanunu, s. 1022, ŞİŞMAN, s. 32

⁵¹765 sk. md. 419 “ Alenen hayasızca vaz'u harekette bulunanlar on beş günden iki aya ve o suretle cinsi münasebette bulunanlar altı aydan bir seneye kadar hapis ve bu fıkra yazılı hallerde ayrıca 100 liradan 500 liraya kadar ağır para cezasıyla cezalandırılırlar. ”

Suçun düzenleniş şekline bakıldığında maddede iki farklı fiilin yer aldığı açıktır. Kanun koyucu, alenen yapılan hayasızca hareketlere göre alenen cinsel ilişki eylemini daha ağır cezalandırma yoluna gitmiştir.

Alenen hayasızca hareketler ile alenen cinsel ilişki fiilleri, toplumun edep veya ahlak duygusunu zedelediği için suç olarak düzenlenmiştir.⁵²

Suçun faili, alenen hayasızca harekette bulunanlar veya alenen cinsel ilişkiye giren kadın veya erkeklerdir. Alenen hayasızca harekette bulunanlar tek kişi olabileceği gibi eylemi iki kişi de çift olarak gerçekleştirebilir. Bu durumda aynı alenen cinsel ilişkide bulunma eyleminde olduğu gibi çiftlerin her ikisi de fail olacaktır. Bu suçun mağduru toplumdur.⁵³

Haya; utanma, edep, terbiye gibi anlamlara gelir. Hangi davranışların edepsiz nitelikte olduğu, terbiye veya nezaket kurallarına aykırı sayılacağı kanunda tek tek yazılmamış ve bunların tespiti uygulamaya bırakılmıştır. Eylemin hayasızca bir hareket olarak değerlendirilebilmesi için davranışın cinsel nitelikte olması gerekir. Kişinin çıplak plajda veya sokakta yürümesi veya hayvanlarla alenen cinsel ilişkiye girmesi hayasızca hareketlere örnek olarak gösterilebilir. Öpüşme, tek başına hayasızca hareket olarak kabul edilmez; ancak öpüşme esnasında cinsel davranışlarda (öpüşürken kişinin diğerinin poposunu okşamaya başlaması) sergilenirse eylem hayasızca hareketlere dönüşür. Suçun oluşumu için davranışın objektif olarak cinsel mahiyette olması yeterlidir yoksa başkalarının cinsel arzularının tahrik veya tatmin olması şart değildir.⁵⁴

Alenen cinsel ilişkinin normal veya anormal yoldan olması, meşru veya gayri meşru olması suçun oluşumu açısından önemsizdir ve her iki haldede suç oluşur. Eylemin mutlaka cinsel ilişki boyutuna ulaşması gerekir; aksi halde eylemler tasaddi niteliğinde olursa suç hayasızca hareketlere dönüşür. Cinsel ilişkinin rızaya dayalı olmaması halinde ise eylem ırza geçme suçunu oluşturur.⁵⁵

⁵²BAKICI, Genel Adap Ve Aile Düzenine Karşı Cürümler, s. 215, DÖNMEZER, s. 149, ARTUK, Cinsel Taciz Ve Ceza Hukuku, s. 39, OTACI, s. 125

⁵³BAKICI, Genel Adap Ve Aile Düzenine Karşı Cürümler, s. 215 – 216, Aksi yönde görüş “ Zira bu suçun bazı hallerde esasen mağduru yoktur (alenen istimna hareketinde bulunmak gibi) veya diğer taraf esasen fiilde ortaktır (alenen cinsi münasebette olduğu gibi). Fiil haya duygusunu incittiği için suç sayılmıştır. Bununla beraber haya duygusu ferdi bir duygudur, şahsi takdirlere tabidir. Toplumun haya duygusundan bahsedilemez. ” EREM ve TOROSLU, s. 351

⁵⁴EREM ve TOROSLU, s. 351, BAKICI, Genel Adap Ve Aile Düzenine Karşı Cürümler, s. 215 – 216

⁵⁵DÖNMEZER, s. 164, BAKICI, Genel Adap Ve Aile Düzenine Karşı Cürümler, s. 216 - 217

Aleniyet hususu suçun oluşumu açısından unsur niteliğindedir ve objektif cezalandırma şartı değildir. Genel veya özel nitelikteki yerleri basit bir genelleme ile “ alenidir veya aleni değildir ” şeklinde bir ayrıma tabi tutmak doğru değildir. Kişinin evi özel nitelikte bir yerdir ancak failler perdesi açık olan pencere önünde cinsel ilişkiye giriyorsa ve bu ilişki dışarıdan görülebilir nitelikteyse artık aleniyetin varlığını kabul etmek gerekir. Yine kişiler park, bahçe veya yol kenarı gibi genel yerlerden birinde cinsel ilişkiye giriyor fakat görünmemek için bu yerlerin kuytu, çalılarla çevrili kısımlarını tercih etmişlerse veya bu yerlerden birinde araç camlarını dışardan görünmeyi engelleyecek şekilde kapatarak cinsel ilişkiye girmişlerse aleniyetin varlığını kabul etmek mümkün değildir. Aleniyet unsurunu, her olayın hal ve şartlarına göre değerlendirmek daha doğru olacaktır. Davranışların dışarıdan tanıklarca görülebilir olması yeterlidir yoksa tanıklarca davranışın görülmemesinin aleniyet açısından bir önemi yoktur.⁵⁶

Suçun manevi unsuru açısından saikin önemi olmayıp genel kast yeterlidir. Bu suç taksirle işlenemez.⁵⁷

1.2.6.Fuhuş Amacıyla Kadın Oynatmak

Fuhuş amacıyla kadın oynatmak ve kadının oynaması, 765 sayılı yasanın 420. maddesinde düzenlenmiştir.⁵⁸ Aynı hayasızca hareketler suçunda belirttiğimiz gibi, bu suç da cinsel dokunulmazlığa ilişkin bir suç değildir.

Eylem; açık yerlerde veya halkın kolayca öğrenebileceği yarı açık yerlerde kadın oynatmak ve kadınların bu ortamlarda rızası ile oynamasıdır. Bu oynatma ve oynama eylemleri fuhuş amacıyla olmalıdır. Eylemin ahlaka aykırılığı ise; oynayanın

⁵⁶ ARTUK, Cinsel Taciz Ve Ceza Hukuku, s. 40 – 41, BAKICI, Genel Adap Ve Aile Düzenine Karşı Cürümler, s. 217 – 219, Aksi yönde görüş “ Hayasızca hareket genel yerlerde işlenince, başkalarının ister görülmüş ister görülmemiş olsun, fiil gece karanlıkta ya da gündüzün işlenmiş bulunsun, aleniyet var sayılmak gerekir yani fiilin genel yerlerde sadece işlenmiş olması aleniyetin gerçekleşmesi için yeterlidir ” DÖNMEZER, s. 167

⁵⁷ EREM ve TOROSLU, s. 352, ARTUK, Cinsel Taciz Ve Ceza Hukuku, s. 41, BAKICI, Genel Adap Ve Aile Düzenine Karşı Cürümler, s. 219

⁵⁸ 765 sk. md. 420 “Adabı umumiyeye mugayir olarak açık yerlerde veya halkın suhuletle muttali olabileceği yarı açık mahallerde fuhuş maksadiyle kadın oynatanlar ve bilihtiyar oynayan kadınlar bir aydan altı aya kadar hapsolunur ”

çıplak olup olmadığı, oyunun ortamı ve oyunun biçimi gibi hususlara bakılarak hakim tarafından tespit edilecektir.⁵⁹

Oynama ve oynatma eylemlerinin gerçekleştiği alanın açık yer olup olmadığı, bu alanlara herkes tarafından kolayca girilip girilemeyeceğine göre belirlenir. Herkesin rahatlıkla girebildiği alanlar açık yerlerdir. Park, bahçe, orman, yol kenarı gibi alanlar bu niteliktedir. Yarı açık yerler ise; kapısı açık evin avlusu, etrafı alçak duvarla çevrili evin bahçesi, apartmanın ortak kullanım alanı gibi herkesin kolaylıkla giremeyeceği ancak sahiplerinin rızası ile girilebilen yerlerdir.⁶⁰

Yasa metninin kaleme alınış şeklinde kadın oynatma denildiği için erkek oynatma madde kapsamında değildir.⁶¹ Bu suçta fail oynatanlar açısından herkes, oynayan açısından ise kadındır.

Yasada fuhuş amacı arandığı için suç özel kasıtlı işlenebilir.

1.2.7.Söz Atma ve Sarkıntılık

Söz atma ve sarkıntılık suçları, 765 sayılı yasanın 421. maddesinde kaleme alınmıştır.⁶²

Söz atma; belirli bir kimseye karşı yapılan, ani ve laf atarak gerçekleştirilen, sırnaşık hale gelmemiş ve sarkıntılık düzeyine ulaşmamış şehvi nitelikte olan sözlü saldırılardır.⁶³ Sarkıntılık ise; belirli bir kimseye karşı işlenen, söz atma eyleminden daha yoğun ancak ırza tasaddi boyutuna ulaşmayan cinsel arzuları tatmin amacıyla yapılan saldırılardır.⁶⁴ Yargıtay ise sarkıntılık eylemini; “ Belirli bir kimseye karşı

⁵⁹EROL, 2003, Türk Ceza Kanunu, s. 1028, BAKICI, Genel Adap Ve Aile Düzenine Karşı Cürümler, s. 228, DÖNMEZER, s. 185

⁶⁰BAKICI, Genel Adap Ve Aile Düzenine Karşı Cürümler, s. 228, EROL, 2003, Türk Ceza Kanunu, s. 1028, MALKOÇ, s. 913

⁶¹MALKOÇ, s. 913, EROL, 2003, Türk Ceza Kanunu, s. 1028, DÖNMEZER, s. 185, BAKICI, Genel Adap Ve Aile Düzenine Karşı Cürümler, s. 229

⁶²765 sk. md. 421 “ Kadınlara ve erkeklere söz atanlar üç aydan bir seneye ve sarkıntılık edenler altı aydan iki seneye kadar hapsolünür. ”

⁶³ŞİŞMAN, s. 33, IŞIKA, s. 27, ATAMAN, Erkan, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’ nda Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya, 2011, s. 21, BAKICI, Genel Adap Ve Aile Düzenine Karşı Cürümler, s. 231, ARTUK, Cinsel Taciz Ve Ceza Hukuku, s. 36, EROL, 2003, Türk Ceza Kanunu, s. 1029, MALKOÇ, s. 914

⁶⁴IŞIKA, s. 27, ARTUK, Cinsel Taciz Ve Ceza Hukuku, s. 37, EROL, 2003, Türk Ceza Kanunu, s. 1029, ŞİŞMAN, s. 33, SALMAN, s. 10

işlenen ve o kişinin edep ve iffetine dokunan, ani ve hareketler yönünden kesiklik gösteren edepsizce davranışlar ” şeklinde tanımlamıştır.⁶⁵

Bedensel temas sarkıntılık suçunun oluşumu açısından zorunlu değildir. Yani sarkıntılık, bedensel temasla veya temassız da gerçekleşebilir.⁶⁶ Söz atma eylemi bedensel temas içermez ancak bu eylem, araya yeni suç işleme kastı girmeden devamlılık gösterirse yani sırnaşık bir hal alırsa fiil sarkıntılık suçuna dönüşür. Örneğin, fail mağdurun peşine takılıp ona dokunmadan uzunca bir süre söz atma eyleminde bulunmuşsa hareket sırnaşık bir hale geldiği için eylem sarkıntılık suçuna dönüşecektir. Temas içeren sarkıntılık eyleminde ise; hareketler ani olmalı ve devamlı nitelikte olmamalıdır. Aksi takdirde eylem ırza tasaddi suçunu oluşturacaktır. Örneğin, fail mağduru aniden bir kez öpmek yerine, kendine çekip, beline sarılıp uzunca öpmüş ve bırakmamışsa, eylem sarkıntılık değil ırza tassaddi suçu olarak değerlendirilecektir.⁶⁷

Fail açısından kanunda ayrık bir tanımlama yoktur, bu nedenle herkes suçun faili olabilir.⁶⁸

Suçun düzenleniş şekli esas alındığında mağdur da herkes olabilir.⁶⁹

Söz atma ve sarkıntılık suçunun ikisi açısından da eylemler cinsel amaçla yapılmalıdır. Aksi takdirde eylemler hakaret ve tehdit suçlarıyla karışacaktır. Bu nedenle söz atma ve sarkıntılık suçları özel kasıtlı işlenebilir.⁷⁰

1.2.8.Evlenme Vaadiyle Kızlık Bozma

Evlenme vaadi ile kızlık bozma suçu 765 sayılı yasanın 423. maddesinde düzenlenmiştir.⁷¹ Kanundaki “ kızlık ” deyiminden kızlık zarı (hymen)

⁶⁵ ATAMAN, s. 22, KIRBIYIK, s. 296

⁶⁶ KIRBIYIK, s. 296, EROL, 2003, Türk Ceza Kanunu, s. 1029

⁶⁷ KIRBIYIK, s. 297 – 298, EREM ve TOROSLU, s. 352, IŞIKA, s. 27 – 28, ARTUK, Cinsel Taciz Ve Ceza Hukuku, s. 38 ve 42, MALKOÇ, s. 914 – 915

⁶⁸ ARTUK, Cinsel Taciz Ve Ceza Hukuku, s. 36, BAKICI, Genel Adap Ve Aile Düzenine Karşı Cürümler, s. 232, KIRBIYIK, s. 301, Failin sadece erkek olabileceğine yönelik aksi yönde görüş IŞIKA, s. 28, MALKOÇ, s. 914 – 915, DÖNMEZER, s. 188

⁶⁹ IŞIKA, s. 28, MALKOÇ, s. 914, BAKICI, Genel Adap Ve Aile Düzenine Karşı Cürümler, s. 232

⁷⁰ KIRBIYIK, s. 303 – 304, Aksi yönde görüş BAKICI, Genel Adap Ve Aile Düzenine Karşı Cürümler, s. 236, ARTUK, Cinsel Taciz Ve Ceza Hukuku, s. 43, OTACI, s. 145

anlaşılmalıdır. Hymen; vajina girişini kısmen kapayan ince ve esnek zara verilen ad olarak tanımlanabilir.⁷²

Kanuni düzenlemeye bakıldığında aynı yasanın 416/3. ve 423. maddeleri arasındaki çelişki açıkça görülmektedir. 15-18 yaş aralığı açısından failin mağdur ile rızaen cinsel ilişkiye girmesi halinde; olayda evlilik vaadi ve mağdurun ilişki nedeniyle kızlığının bozulması söz konusu ise eylem her iki maddeye uyum sağlayacaktır. Bu çelişkinin nedeni 416. maddenin 1953 yılında değiştirilmesi neticesinde 423. maddenin bu duruma uyarlanmamasıdır. Bu çelişki aslında sadece kanun değişikliği ile çözülebilecekken (kanunilik ilkesi gereği) 1956 yılında Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu' nun aldığı kararla çözüme ulaştırılmıştır. Karar gereğince; 416/3. madde 15-18 yaş aralığında olan mağdurlara yönelik eylem için; 423. madde ise 18 yaşını tamamlamış mağdurlara yönelik fiiller için uygulanacaktır.⁷³

Kızlığın olağan yoldan bozulması cinsel ilişki sonucu olmasıdır. Eğer 15-18 yaş aralığında bulunan mağdurun kızlığı cinsel ilişki neticesinde değilde başka şekilde (örneğin, parmak veya yapay aletle) bozulursa, eylem 416/3. maddeye uymayacağından 423. madde kapsamında değerlendirilir.⁷⁴

Bu suçun oluşması için; evlenme vaadi ile mağduru ilişkiye razı etmek ve ilişki neticesinde mağdurun kızlığının bozulması şarttır. Evlilik vaaadinin mutlak suretle cinsel ilişki öncesi olması gerekir ve ilişki vaad nedeniyle gerçekleşmelidir. İlişki

⁷¹765 sk. md. 423 “ Her kim onbeş yaşını dolduran bir kızı alacağım diye kandırıp kızlığını bozarsa altı aydan iki seneye kadar hapsolunur. Evlenme vukuu halinde dava ve ceza tecil olunur. Şu kadarki beş sene içinde koca aleyhine boşanmaya hükmolunursa hukuku amme davası avdet eder ve evvelce ceza hükmolunmuşsa çektilir. ”

⁷²DOĞANER, Gülbahtiyar, Kızlık Zarı Hymen, Form Ofset, 2005, s. 8

⁷³“ Onbeş yaşını bitirip onsekiz yaşını ikmal etmemiş olan bir kızla rızaen cinsi mukarenette bulunanların fiil ve hareketlerinin TCK.nın 423. maddesinde gösterilen sair cürüm unsurlarının ve takibat şartlarının mevcut olup olmadığına bakılmaksızın 6123 sayılı Kanunla mezkur kanunun 416. maddesine ilave olunan 3. fıkrasında yazılı suçu teşkil ettiğine karar verildi. ” Yar. , İBK. , 25/04/1956, 5/2, KIRBIYIK, s. 284, OTACI, s. 170 – 171, DÖNMEZER, s. 199, IŞIKA, s. 25

⁷⁴BAKICI, Genel Adap Ve Aile Düzenine Karşı Cürümler, s. 265 - 266, KIRBIYIK, s. 284 – 285, Aksi yönde görüş “ Bir kimse, bir kızı evlenmek vaadi ile kandırdıktan sonra, mağdurun rızası ile, üzerinde şehvani maksatla ve mesela eli ile mağdurun tenasül organını karıştırırken kızlık zarını delmiş bulunsa suç oluşmaz ve faile ırza tasaddi ile beraber müessir fiilden dolayı ceza vermek mümkün olur. ” DÖNMEZER, s. 205

sonrası verilen vaadler bu suçu oluşturmaz. Failin evlenme isteğine rağmen mağdur evlilikten kaçınırsa yine suçun oluşmadığı kabul edilmelidir.⁷⁵

Eylem neticesinde kızlığın bozulmaması halinde suç oluşmaz.⁷⁶ Kızlık zararının bozulması hususu cezalandırma şartı değil suçun unsurudur.⁷⁷

Kanun cinsel ilişkiyi suçun oluşması için şart koşmamıştır. Bu nedenle cinsel ilişki olmaksızın mağdurun hamile kalması ve doğumla mağdurun kızlık zararının yırtılması halinde de suçun oluştuğu kabul edilmelidir.⁷⁸

Evlenme vaadiyle kızlık bozma suçunda fail sadece erkeklerdir.⁷⁹ Mağdur ise sadece bayanlardır.⁸⁰

Fail evli ve bu durum mağdur tarafından biliniyorsa, mağdurun evlenme vaadine inanarak eyleme rıza gösterdiği kabul edilemez yani suç oluşmaz.⁸¹

Suçun manevi unsuru doktrinde tartışmalıdır. Bazı yazarlara göre suçun manevi unsuru genel kasıt iken diğer bazı yazarlara göre ise özel kasttır.⁸²

⁷⁵İŞİKA, s. 26, EREM ve TOROSLU, s. 349, OTACI, s. 172 – 173, DÖNMEZER, s. 200 – 201 ve 203

⁷⁶EREM ve TOROSLU, s. 349 – 350, Aksi yönde görüş İŞİKA, s. 25, KIRBIYIK, s. 281, “ Burada korunmak istenen “ kızlık zarı ” değil, Türk toplumunun kamu ahlakı varlıkları / değerleri / menfaatleri arasında yer alan, henüz evlenmemiş bir kızın “ kızlığı ” , yani eldeğmemişliği, el sürülmemişliğidir, erdenliğidir. Bu kızlığın, el değmemişliğin, el sürülmemişliğin, kirletilmemişliğin, erdenliğin cinsel ilişkiyle bozulması, çiğnenmesi, ihlali suç sayılmıştır. Yasa koyucu, Türk toplumundaki değerler titreşimlerini gözeterek, kızlığı/ eldeğmemişliği/ dokunulmamışlığı/ kirletilmemişliği/ erdenliği özel koruma altına almak gereği duymuş, bu moral varlığın / değer /menfaatin; belli bir hile kullanma/ aldatma sonucu, herhangi bir biçimde cinsel ilişki sonucu cinsel özgürlüğün çiğnenmesini cezalandırmıştır. Bu cinsel ilişki sonucu kızlık zararının bozulup bozulmaması ise, hiç önemli değildir. Çünkü, artık eldeğmemişlik bozulmuş, cinsel özgürlük bir kez çiğnenmiştir. Yani her iki varlık / değer/ menfaat birden çiğnenmiştir. Eğer kızlık zarı bozulmuşsa, cinsel ilişkinin kurulduğuna ilişkin önemli bir kanıt aracı ele geçmiş demektir. ” SELÇUK, Sami, Kızlık Bozma Suçu, 1. Baskı, Ankara, Adil Yayınevi, 1996, s. 26

⁷⁷BAKICI, Genel Adap Ve Aile Düzenine Karşı Cürümler, s. 269, Aksi yönde görüş DÖNMEZER, s. 204

⁷⁸“ 15 yaşını bitiren mağdureye karşı sanığın tasaddide bulunması sonucu mağdure hamile kalmış ve normal doğum sonucunda da kızlık zarı bozulmuştur. 15 yaşını bitiren kişilerin maruz kaldığı rızai tasaddi eylemi suç sayılmamakta ise de mağdure eylemin evlenmek vaadiyle vuku bulduğunu iddia etmiş olmasına göre, olayda TCK.nın 423. maddesinin uygulama yeri bulunup bulunmadığı tartışılmadan yazılı şekilde beraat kararı verilmesi bozmayı gerektirmiştir. ” KIRBIYIK, s. 286, OTACI, s. 173, DÖNMEZER, s. 205, BAKICI, Genel Adap Ve Aile Düzenine Karşı Cürümler, s. 268

⁷⁹İŞİKA, s. 25, KIRBIYIK, s. 282, OTACI, s. 170, MALKOÇ, s. 920, SELÇUK, s. 28

⁸⁰KIRBIYIK, s. 285, OTACI, s. 170, MALKOÇ, s. 920

⁸¹İŞİKA, s. 25, EREM ve TOROSLU, s. 349, KIRBIYIK, s. 282, OTACI, s. 172, MALKOÇ, s. 920, BAKICI, Genel Adap Ve Aile Düzenine Karşı Cürümler, s. 264

⁸²SELÇUK, s. 50, EREM ve TOROSLU, s. 350, OTACI, s. 176, BAKICI, Genel Adap Ve Aile Düzenine Karşı Cürümler, s. 263 ve 270, MALKOÇ, s. 921, Manevi unsurun özel kast olduğuna ilişkin aksi yönde görüş DÖNMEZER, s. 204

Evlenmenin etkisi, 2.fıkıada özel olarak düzenlenmiş ve dava veya cezanın erteleneceği açıkça hüküm altına alınmıştır. Evlenme tarihinden itibaren 5 yıl içinde fail ile mağdur boşanırsa davanın görölmesine veya cezanın infazına devam edilecektir. Boşanmada mağdur kusurlu bulunur veya kocaya göre daha fazla kusurlu olduğu tespit edilirse davaya devam edilemez veya cezanın infazı gerçekleştirilemez.⁸³

1.2.9.Evlenmenin Etkisi

Irza geçme, ırz ve namusa tasaddi ve reşit olmayan ile rızaen cinsel ilişki suçlarında fail ile mağdurun evlenmesi halini kanun davayı veya cezayı erteleme nedeni olarak düzenlemiştir. Bu husus 765 sayılı yasanın 434. maddesinde hüküm altına alınmıştır.⁸⁴ Hükümün uygulanması için mağdurun mutlaka fail veya faillerden biri ile evlenmesi gerekmektedir aksi takdirde davanın veya cezanın tecili söz konusu olmayacaktır.⁸⁵

Ceza infaz edildikten sonra evlilik vuku bulmuş ise artık maddenin uygulanması fiilen imkansızdır.⁸⁶

Suç birden fazla fail tarafından işlenmiş ve faillerden biri ile mağdur evlilik gerçekleştirmiş ise diğer şerikler yönünden dava veya ceza, maddenin son fıkrası gereği düşer.⁸⁷

Faillerden birinin mağdur ile evlenmek isteği mağdur tarafından geri çevrilmiş ise bu madde uygulanmaz ve yargılama veya infaz devam eder.⁸⁸

⁸³OTACI, s. 175, BAKICI, Genel Adap Ve Aile Düzenine Karşı Cürümler, s. 271

⁸⁴765 sk. md. 434 “ Kaçırılan veya alıkonulan kız veya kadın ile maznun veya mahkumlardan biri arasında evlenme vukuunda koca hakkında hukuku amme davası ve hüküm verilmiş ise cezanın çektililmesi tecil olunur. (Bu fıkra Anayasa mah. 2001/478 E, 2004/38 K. ve 25/3/2004 tarihli kararı ile TCK 430 maddesinin ikinci fıkrası yönünden iptal edilmiştir.) Müruru zaman haddine kadar erkek tarafından haksız olarak vukua getirilmiş bir sebeple boşanmıya hükmedilirse takibat yenilenir. Evvelce hüküm verilmiş ise ceza çektilir. Bu madde hükümleri 414, 415 ve 416 ncı maddeler hakkında da caridir. Evlenen maznun veya mahkum hakkında hukuku amme davasının veya cezanın tecilini müstelzim olan haller fiilde methali olanlar hakkında dava ve cezanın düşmesini müstelzimidir.”

⁸⁵EREM ve TOROSLU, s. 364, BAKICI, Genel Adap Ve Aile Düzenine Karşı Cürümler, s. 492, OTACI, s. 341

⁸⁶BAKICI, Genel Adap Ve Aile Düzenine Karşı Cürümler, s. 491, OTACI, s. 340

⁸⁷EREM ve TOROSLU, s. 364, BAKICI, Genel Adap Ve Aile Düzenine Karşı Cürümler, s. 492, OTACI, s. 341

⁸⁸MALKOÇ, s. 949, BAKICI, Genel Adap Ve Aile Düzenine Karşı Cürümler, s. 491

Kanunda belirtilen zamanaşımı süresi suç tarihinden itibaren başlar. Evlenme ise zaman aşımını durdurmaz; aksi bir kabul zaman aşımı süresini normalden çok daha uzun hale getireceği gibi hiç işlemeye başlamayan bir duruma sokar ki bu durumda fail ömür boyu ceza tehdidi ile karşı karşıya kalacaktır. Kaldı ki maddede “ müruru zaman haddine kadar ” ifadesi kullanılarak zaman aşımının evlenme ile durmayacağı kanun koyucu tarafından kabul edilmiştir. Ayrıca madde metninde evliliğin zaman aşımını durduracağına yönelik bir ibare de yoktur.⁸⁹

Kanunda geçen “ zaman aşımı ” deyiminden, yargılama aşamasında dava zaman aşımı; infaz aşaması için ise ceza zaman aşımı anlaşılmalıdır.⁹⁰

Boşanma durumunda davaya veya cezanın infazına devam edilecektir. Bu durumda failin tamamen veya eşine göre daha fazla kusurlu olmasına bakılacaktır. Aksi halde mağdur eş, boşanmada kusurlu ise yargılama veya infaza devam edilmeyecektir.⁹¹

1.3.1/3/2003 TARİHLİ TÜRK CEZA KANUNU TASARISINDA CİNSEL SUÇLAR

1.3.1.Irza Geçme

Irza geçme suçu, tasarının 315.maddesinde yer almıştır.⁹² Suçun oluşumu için mağdurun rızasını ortadan kaldıran araçlar olarak cebir, şiddet veya tehditin eylemde kullanılması gerekmektedir. Ayrıca akıl veya beden sağlığı veya başka nedenden veya hileli hareketler nedeniyle mağdurun eyleme karşı koyamayacak halde

⁸⁹BAKICI, Genel Adap Ve Aile Düzenine Karşı Cürümler, s. 493, OTACI, s. 342, Aksi yönde görüş MALKOÇ, s. 949, DÖNMEZER, s. 144

⁹⁰BAKICI, Genel Adap Ve Aile Düzenine Karşı Cürümler, s. 493

⁹¹EROL, 2003, Türk Ceza Kanunu, s. 1075, MALKOÇ, s. 949, BAKICI, Genel Adap Ve Aile Düzenine Karşı Cürümler, s. 493

⁹²Tasarı md. 315 “ Cebir ve şiddet veya tehdit kullanmak suretiyle veya akıl veya beden hastalığından veya kendi fiilinden başka bir nedenden veya kullandığı hileli vasıtalarla dolaylı fiile karşı koyamayacak bir hâlde bulunan bir kimsenin ırzına geçen kimseye beş yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası verilir.Yukarıdaki fıkrada belirtilen fiiller onbeş yaşını bitirmiş olup da, onsekiz yaşını bitirmemiş küçükler hakkında işlendiğinde yedi yıldan on yıla, onbeş yaşını bitirmemiş olanlar hakkında işlendiğinde on yıldan onbeş yıla kadar hapis cezası verilir. Bu maddede yazılı fiillerin birinci fıkrada belirtilen hâl ve suretlerle kendisine karşı yapılmasını sağlama kimseye de aynı ceza verilir. Bu maddede yazılı suçlar ergin kişiler hakkında işlendiğinde soruşturma ve kovuşturma şikâyetle bağlıdır; ancak şikâyetten vazgeçilemez. Irza geçme, hangi nitelikte olursa olsun bir kişiye cinsiyet organının ithalidir. ”

olmasından faydalanılarak yapılan eylemlerde de mağdurun rızasının yokluğu kabul edilecek ve ırza geçme suçu oluşacaktır.⁹³

Irza geçme; maddenin son fıkrasında mağdura cinsiyet organının ithali şeklinde tanımlanmış ve madde gerekçesinde de anal veya oral yoldan yapılan ithaller de ırza geçme olarak değerlendirilmiştir. Parmak, job veya cinsiyet organı haricinde kalan diğer maddelerin mağdura ithali madde kapsamı dışında olup düzenleme açısından bir eksikliktir. Çünkü mağdurun cinsel organına penisin veya başka bir maddenin sokulması arasında mağdur açısından oluşan zarar yönünden hiçbir fark yoktur.⁹⁴

Eylemin 15-18 yaş aralığında olan mağdur ile 0-15 yaş aralığında olan mağdura karşı işlenmesi cezayı ağırlaştıran hal olarak tasarıda yer almıştır.

Failin eylemde mağduru cebir, şiddet veya tehdit ile kendisine karşı ırza geçme eylemini gerçekleştirmesi için zorlaması ve failin gerçekleşmesi halinde de, tasarı faile ırza geçme suçundan ceza verileceğini hüküm altına almıştır. Bu durumda mağdurun organı failin vücuduna ithal olmaktadır. Failin bizzat kendi organını mağdura ithal etmesi ile failin mağduru zorlayarak kendisine organ ithal ettirmesi eylemleri meydana gelen zararın ağırlığı açısından aynı değildir. Çünkü ikinci olayda mağdurun vücuduna organ girişi söz konusu değildir. Bu durum ilk olaya göre daha az cezaya tabi olacak şekilde tasarıda yer almış olsaydı veya tasaddi eylemi kapsamında değerlendirilseydi daha yerinde olurdu.

Irza geçme eylemi ergin kişilere karşı işlendiğinde eylem şikâyete tabi kılınmış ancak şikâyet halinde de şikâyetten vazgeçmenin söz konusu olmayacağı düzenlenmiştir. Yaşam hakkından sonra bir kişi için en değerli hak olarak görülebilecek cinsel dokunulmazlık hakkına; en ağır müdahale olan ırza geçmenin şikâyete tabi olması yerinde bir düzenleme değildir. Böyle bir düzenleme cinsel dokunulmazlık hakkının özünü zedeleyebilecek nitelikte olup; mağdurları toplum baskısı, utanma veya korkma gibi nedenlerle kamusal makamlara başvuru yapmaktan alıkoyabilecektir.

1.3.2.Rızaya Dayalı Irza Geçme

⁹³ŞİŞMAN, s. 37 - 38

⁹⁴AKSOY, s. 24

Mağdurun rızasına dayalı ırza geçme suçu, tasarının 316. maddesinde kaleme alınmıştır.⁹⁵ Maddenin düzenlenme şekline bakıldığında ikili bir ayırım söz konusudur. 0-15 yaş aralığında bulunan mağdurun rızasıyla ırzına geçme fiili, 15-18 yaş aralığında yer alan mağdurun rızasıyla ırzına geçme eylemine nazaran daha ağır cezalandırılmaya tabi tutulmuştur.⁹⁶

Maddede yer alan düzenleme, 765 sayılı yasadaki reşit olmayan ile rızaen cinsel ilişki suçuna ilişkin düzenlemeye benzemektedir.

15 yaşını bitirmemiş özellikle verdiği rızanın sonucunu anlamayacak kadar akıl ve ruhi erginliğe ulaşmamış bir kişinin rızasının hukuken kabul edilebilirliği ciddi anlamda tartışmaya açık bir konuyken maddenin ikinci fıkrasında “ rıza ”dan bahsetmek uygun bir düzenleme olmamıştır. Bunun yerine 315. maddenin 2. fıkrasından sonra gelecek şekilde; maddenin 1. fıkrasında yer alan ve rızayı ortadan kaldıran durumlar olmadan 15 yaşını bitirmemiş mağdurun ırzına geçilmesi halinde daha az cezayı öngören bir hüküm konulması daha yerinde olurdu.

Hükmen veya evlenme suretiyle ergin olan veya kılınanların rızasıyla ırzına geçilmesi halinin bir suç oluşturmayacağının kanunda açıkça düzenlenmesi, çok yerinde ve konunun tartışmalardan uzak kalmasını sağlayacak nitelikte olmuştur.

1.3.3. Irza Tasaddi

Irza tasaddi suçu, tasarının 317. maddesinde düzenlenmiştir.⁹⁷ Maddenin düzenlenme şekli ırza geçme suçunun düzenlenme şekli ile birebir aynıdır. Tasaddi

⁹⁵Tasarı md. 316 “ Onbeş yaşını bitirmiş olup da, henüz onsekiz yaşını bitirmemiş olan bir küçüğün rızası ile ırzına geçen kimseye altı aydan üç yıla kadar hapis cezası verilir. Onbeş yaşını bitirmemiş olan bir çocuğun rızası ile ırzına geçen kimseye dört yıldan altı yıla kadar hapis cezası verilir. Hükmen veya evlenme suretiyle ergin olan veya kılınanlara karşı işlenen fiiller hakkında bu madde hükmü uygulanmaz .”

⁹⁶ŞİŞMAN, s. 38

⁹⁷Tasarı md. 317 “Cebir ve şiddet veya tehdit kullanmak suretiyle veya akıl veya beden hastalığından veya kendi fiilinden başka bir nedenden veya kullandığı hileli vasitalardan dolayı fiile karşı koyamayacak bir hâlde bulunan bir kimsenin ırzına tasaddi eden kimseye bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası verilir. Yukarıdaki fıkarda belirtilen fiiller onbeş yaşını bitirmiş olup da, onsekiz yaşını bitirmemiş küçükler hakkında işlendiğinde iki yıldan dört yıla, onbeş yaşını bitirmemiş olanlar hakkında işlendiğinde üç yıldan beş yıla kadar hapis cezası verilir. Bu maddede yazılı fiillerin birinci fıkarda belirtilen hâl ve suretlerle kendisine karşı yapılmasını sağlayan kimseye de aynı ceza verilir. Bu maddede yazılı suçlar ergin kişiler hakkında işlendiğinde soruşturma ve kovuşturma şikâyete bağlıdır; ancak şikâyetten vazgeçilemez. ”

fiilinin gerçekleşmesi için de tıpkı ırza geçme suçunda olduğu gibi mağdurun rızasını ortadan kaldıran durumlar aranır.

Tasaddi eyleminin 15 yaşını tamamlamayan mağdura karşı işlenmesi hali, 15-18 yaş aralığında olan mağdura karşı işlenen hale göre daha ağır ceza gerektirecek şekilde düzenlenmiştir.

Failin mağduru zorlayarak kendisi üzerinde tasaddi oluşturan eylemleri yapmasını sağlaması ile suçun şikâyet tabi olması konuları ırza geçme suçundaki gibidir.

1.3.4. Rızaya Dayalı Irza Tasaddi

Rızaya dayanan ırza tasaddi fiili, tasarının 318.maddesinde yer almaktadır.⁹⁸ Düzenleme rızaya dayalı ırza geçme fiilinin düzenlendiği 316. maddeye benzemektedir; ancak burada 15-18 yaş aralığında olan mağdurun rızasıyla ırza tasaddide bulunulması suç olarak düzenlenmemiştir.

“ Rıza ” konusunda rızaya dayalı ırza geçme suçunda bahsettiğimiz açıklamalar burada da geçerlidir.

1.3.5. Cezayı Ağırlaştıran Ortak Haller

Irza geçme, ırza tasaddi, rızaen ırza geçme ve rızaen ırza tasaddi eylemleri açısından cezayı ağırlaştıran haller tasarıda ortak olarak düzenlenmiştir. Cezayı ağırlaştıran ortak haller, tasarının 319. maddesinde yer almaktadır⁹⁹.

Cezayı ağırlaştıran ortak haller; 765 sayılı kanunda yer alan ortak ağırlaştırıcı haller (417. ve 418. maddeler) ile aynıdır ancak tasarıda bulunan maddeye, mağdur

⁹⁸Tasarı md. 318 “ Onbeş yaşını bitirmemiş olan bir çocuğun rızası ile ırza tasaddi eden kimseye iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası verilir. ”

⁹⁹Tasarı md. 319 “ 315 ilâ 318 inci maddelerde yer alan fiiller:1) En az iki kişi tarafından, 2) Üstsoydan biri veya veli veya vasi veya mürebbi veya öğretmenler veya hizmetkârlar veya terbiye ve gözetim veya muhafaza ile yükümlü bulunanlar, sağlık ve tedavi kurumları ve ceza infaz kurumları ve tutukevleri görevlileri veya bunların benzerleri gibi olup da mağdur üzerinde hüküm ve nüfuzu bulunanlar tarafından, işlenirse, ceza yarısı oranında artırılır. 3) Bir hastalığın geçmesini veya mağdurun sağlığında diğer büyük bir noksan meydana gelmesini veya malûllük veya mayubiyetini sonuçlayacak olursa, ceza bir katı oranında artırılır. Mağdurun ölümü hâlinde müebbet hapis cezası verilir.”

üzerinde hüküm ve nüfuzu bulunanlar hakkındaki örneklemelere “ sağlık ve tedavi kurumları ve ceza infaz kurumları ve tutukevleri görevlileri ” ibaresi eklenerek madde kapsamı genişletilmiştir. “ Hüküm ve nüfuzu altında olma ” ibaresinin örnekleme ile açıklanması yerinde bir düzenleme olmuştur.

1.3.6. Alenen Hayasızca Hareketler

Alenen hayasızca hareketler eylemi tasarının 320. maddesinde düzenlenmiştir.¹⁰⁰ Düzenleme, 765 sayılı kanunun 419. maddesinde düzenlenen eylem ile örtüşmektedir. Tasarı maddesinde hayasızca davranışların ne olduğu yine açıklanmamıştır. Hayasızca davranışları belirleme uygulamaya bırakılmıştır yani hakim önüne gelen dosyada açıklanan fiili her yönü ile değerlendirecek ve tespitini yapacaktır. Bu suç daha önce de açıkladığımız üzere cinsel dokunulmazlığa yönelik bir suç değildir.

1.3.7. Söz Atma ve Sarkıntılık

Söz atma ve sarkıntılık eylemleri, tasarının 321. maddesinde kaleme alınmıştır.¹⁰¹ Madde; 765 sayılı kanunun 421. maddesinde düzenlenen söz atma ve sarkıntılık fiilleri ile paralellik göstermektedir.

Düzenlemede, sarkıntılığın tanımı 765 sayılı yasada olduğu gibi yine yapılmamıştır. Tasarıda 765 sayılı kanundan farklı olarak suçun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hali yer almıştır. Mağdur üzerinde hüküm ve nüfuzu bulunanlar bu suçu diğer faillere göre daha kolay işleyebileceğinden, bu hal daha ağır cezalandırılmak istenmiştir.

¹⁰⁰Tasarı md. 320 “ Alenen hayâsızca durum takınanlar veya eylemlerde bulunanlar veya başkaca edep duygularını incitecek davranışlara girişenler veya her ne suretle olursa olsun halkın edep ve ahlâk temizliğine saldıranlar altı aydan bir yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır. Alenen cinsel ilişkide bulunanlara bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası verilir. ”

¹⁰¹Tasarı md. 321 “Kadınlara veya erkeklere söz atanlara üç aydan altı aya kadar hapis veya üçyüzelli milyon liradan bir milyar liraya kadar ağır para cezası verilir. Kadınlara ve erkeklere sarkıntılık edenlere altı aydan iki yıla kadar hapis cezası verilir. Bu fiiller, mağdurun hüküm ve nüfuzu altında bulunduğu kimsenin cinsel tacizi şeklini alırsa faile verilecek ceza bir yıldan az olamaz. Bu maddede yer alan suçların soruşturulması ve kovuşturulması şikâyetle bağlıdır.”

Maddede geçen “ cinsel taciz ” ifadesi hem söz atma hem de sarkıntılık fiillerini içine alabilecek bir ibaredir. Nitelikli halin düzenlenme şekline bakıldığında; mağdur üzerinde hüküm ve nüfuzu bulunan failin, mağdura söz atma fiilinde mi yoksa sarkıntılık fiilinde mi bulunması halinde arttırım uygulanacağı belli değildir. Düzenlemede bir ayrıma gidilmediği için, her iki fiilin mağdur üzerinde hüküm ve nüfuz sahibi kişilerce işlenmesi halinde de bu arttırımın yapılması gerekir.

1.4.CİNSEL SALDIRI SUÇU HARIÇ 5237 SAYILI KANUNDA CİNSEL SUÇLAR

1.4.1.Çocukların Cinsel İstismarı

Çocukların cinsel istismarı eylemi 5237 sayılı yasanın 103. maddesinde yer almaktadır.¹⁰²

Kanun koyucu “ cinsel istismar ” ifadesinden ne anlaşılması gerektiğini madde metninde açıklamaya çalışmış; 15 yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan çocuklara karşı gerçekleştirilen her türlü cinsel davranış ile diğer çocuklara karşı

¹⁰²5237 sk. md. 103 “ (1) Çocuğu cinsel yönden istismar eden kişi, sekiz yıldan on beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Cinsel istismarın sarkıntılık düzeyinde kalması hâlinde üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. Mağdurun on iki yaşını tamamlamamış olması hâlinde verilecek ceza, istismar durumunda on yıldan, sarkıntılık durumunda beş yıldan az olamaz. Sarkıntılık düzeyinde kalmış suçun failinin çocuk olması hâlinde soruşturma ve kovuşturma yapılması mağdurun, velisinin veya vasisinin şikâyetine bağılıdır. Cinsel istismar deyiminden; a) On beş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan çocuklara karşı gerçekleştirilen her türlü cinsel davranış, b) Diğer çocuklara karşı sadece cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilen cinsel davranışlar, anlaşılır. (2) Cinsel istismarın vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi durumunda, on altı yıldan aşağı olmamak üzere hapis cezasına hükmolunur. Mağdurun on iki yaşını tamamlamamış olması hâlinde verilecek ceza on sekiz yıldan az olamaz. (3) Suçun; a) Birden fazla kişi tarafından birlikte, b) İnsanların toplu olarak bir arada yaşama zorunluluğunda bulunduğı ortamların sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle, c) Üçüncü derece dâhil kan veya kayın hısımlığı ilişkisi içinde bulunan bir kişiye karşı ya da üvey baba, üvey ana, üvey kardeş veya evlat edinen tarafından, d) Vasi, eğitici, öğretici, bakıcı, koruyucu aile veya sağlık hizmeti veren ya da koruma, bakım veya gözetim yükümlülüğü bulunan kişiler tarafından, e) Kamu görevinin veya hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle, işlenmesi hâlinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza yarı oranında artırılır. (4) Cinsel istismarın, birinci fıkranın (a) bendindeki çocuklara karşı cebir veya tehditle ya da (b) bendindeki çocuklara karşı silah kullanmak suretiyle gerçekleştirilmesi hâlinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza yarı oranında artırılır. (5) Cinsel istismar için başvuru olan cebir ve şiddetin kasten yaralama suçunun ağır neticelerine neden olması hâlinde, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır. (6) Suç sonucu mağdurun bitkisel hayata girmesi veya ölümü hâlinde, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükmolunur. ”

sadece cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilen cinsel davranışlar olarak nitelendirmiştir. Cinsel istismar deyimi; cinsel saldırı, cinsel taciz veya çocuğa pornografik görüntüler izletme gibi hareketleri de içine alabilecek geniş bir terimdir. Bu nedenle kanunda ki açıklama yetersiz olup burada da 102. maddeye paralel olarak daha yalın olan “ cinsel saldırı ” ifadesi kullanılsa daha yerinde olurdu.¹⁰³ Madde gerekçesinde de burada niçin cinsel istismar deyimi kullanıldığı tam olarak açıklanmamıştır.

Suçun hukuki konusu mağdur çocuğun vücut ve cinsel dokunulmazlığı olup suçun maddi konusu ise mağdur çocuğun bedenidir.¹⁰⁴

Çocuğun cinsel istismarı suçunda; genç, yaşlı, kadın, erkek, büyük veya çocuk herkes fail olabilir.¹⁰⁵ Ayrıca bu suç aynı cinsten kişiler arasında da işlenebilir.¹⁰⁶ Suçun mağduru ise erkek veya kadın çocuklardır. Yasanın 6/1-b maddesi gereği çocuklar, 18 yaşını doldurmamış kişilerdir. Yasa, mağdur çocukları üç gruba ayırmıştır. Birinci grup mağdur çocuklar, 15 yaşını tamamlamamış ve 0-15 yaş aralığında olan kişilerdir. Kanunkoyucu bu grup mağdurların rızalarına bakmaksızın eylemi suç kabul etmiştir. İkinci grup mağdur çocuklar, 15 yaşını tamamlamış ancak 18 yaşını tamamlamamış fakat eylemin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş kişilerdir. Kanun koyucu bu grup çocuklar için de rızaya bakmaksızın eylemi suç olarak kabul etmiştir. Üçüncü grup mağdur çocuklar ise; eylemin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmiş ve 15-18 yaş

¹⁰³TANERİ, s. 108, KARTAL, s. 14, Aksi yönde görüş AKTARAN; GÜNDÜZ, s. 67

¹⁰⁴M.AYDIN, Çocukların Cinsel İstismarı Ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, s. 19, SAVAŞCI, Bilgehan, Çocukların Cinsel İstismarı Suçu, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2010, s. 28, TOROSLU, Nevzat, Ceza Hukuku Özel Kısım, 8. Baskı, Ankara, Savaş Yayınevi, 2015, s. 67, TANER, Fahri Gökçen, Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2013, s. 268 – 269, “ Bu suçla cinsel özgürlük yanında, özellikle mağdurun erken cinsel deneyimden uzak tutulması ve bu yolla çocuğun engelsiz biçimde cinsel gelişiminin korunması amacı güdülmüştür. ” TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 362, “ Sonuç olarak bu suç tipinde, çocuğun cinsel dokunulmazlığı, ruh ve beden bütünlüğü korunmaktadır. ” ARTUK, Mehmet Emin, GÖKCEN, Ahmet ve YENİDÜNYA, Caner, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 14. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2014, s. 230, “ Kanun koyucunun korumak istediği hukuki menfaatin, kişilerin cinsel özgürlüğünü korumak olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. ” NİŞANCI, Doğukan, 6545 Sayılı Kanun İle Getirilen Yenilikler Işığında 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Çocukların Cinsel İstismarı Suçu, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 120, 2015, s. 213

¹⁰⁵ERSÖZOĞLU, s. 24, SAVAŞCI, s. 37, ATAMAN, s. 92, BAYTEMİR, s. 324, ARSLANTÜRK, Mustafa, Türk Ceza Kanunu Uygulanmasında Cinsel Suçlar, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2014, s.172, ÇALIŞKAN, Suat, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar Ve Cinsel Amaçlı Hürriyetten Yoksun Kılma Suçu, 1. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2013, s. 86

¹⁰⁶ERSÖZOĞLU, s. 24, SAVAŞCI, s. 37, ATAMAN, s. 92, ÇALIŞKAN, s. 86, NİŞANCI, s. 215

aralığında olan kişilerdir. Kanun koyucu bu gupta yer alan mağdurların rızasını önemsemiştir. Bu nedenle suçun oluşumunu cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka sebeplerin varlığına bağlamıştır.¹⁰⁷ Üçüncü grupta yer alan mağdur çocukların rızasına dayalı olarak gerçekleşen cinsel davranışlar, çocuğun cinsel istismarı suçunu değil 104. maddede yer alan reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu oluşturur.

Çocuğun cinsel istismarı suçunda aranan fiil mağdurun vücuduna temas içeren her türlü cinsel davranışlardır. Cinsel nitelikli davranış esnasında temas söz konusu değilse eylem 105. maddede yer alan cinsel taciz suçuna vücut verecektir.¹⁰⁸ Davranışın cinsel nitelikte olup olmadığı mağdurun temas edilen bölgesi, failin fiil esnasındaki söz ve tavırları, fail de cinsel tatmin amacı olup olmadığı gibi hususlar hep birlikte değerlendirilerek belirlenecektir. Ayrıca tüm bu hususlar çocuğun cinsel istismarı suçunu kanundaki diğer cinsel suçlardan ayırıcı niteliktedir. Örneğin; öğretmenin dersi dinlemeyen öğrencisinin yüzüne tokat atması olayında temasın tek başına suçun niteliğini belirlemeye yetmeyeceği açıktır.

Çocuğun cinsel istismarı suçunun basit haline 6545 sayılı yasa ile daha az ceza gerektiren sarkıntılık şeklindeki çocuğun cinsel istismarı fiili eklenmiştir. Sarkıntılık fiilinin tanımı kanunda yer almamaktadır. Eylemin suçun basit halini mi yoksa sarkıntılık halini mi oluşturacağı; fiilin devam edip etmediğine veya ani olup olmadığına göre belirlenecektir.¹⁰⁹ Davranış ani nitelikte ise eylem sarkıntılık boyutunda kalacak, devamlı nitelikte ise suçun basit hali oluşacaktır. Örneğin failin mağdur çocuğu sadece öpmesi veya göğüslerine bir kere dokunması şeklindeki davranışları sarkıntılık; öpme ile birlikte mağdurun cinsel bölgelerini okşaması ve eylemini devam ettirmesi suçun basit halini oluşturacaktır. Davranışa suçun basit hali diyebilmek için, tabiki eylemin mağdura organ veya sair cisim sokma boyutuna ulaşmaması gerekir.¹¹⁰

¹⁰⁷ARSLANTÜRK, s. 158 – 159, 172, SAVAŞCI, s. 43 – 46, ATAMAN, s. 93 – 95, ERSÖZOĞLU, s. 25, MALKOÇ, İsmail, Yeni Türk Ceza Kanununda Cinsel Saldırı Suçları, Ankara, Malkoç Kitabevi, 2005, s. 122 – 123, TOROSLU, Özel Kısım, s. 67, M.AYDIN, Çocukların Cinsel İstismarı Ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, s. 22 – 24, TANERİ, s. 111, GÜNDÜZ, s. 69, ÇALIŞKAN, s. 87 – 88, BAYTEMİR, s. 325, KARTAL, s. 144 – 145, TANER, s. 269 - 270

¹⁰⁸BAYTEMİR, s. 330, ARSLANTÜRK, s. 173, MALKOÇ, Yeni Türk Ceza Kanununda Cinsel Saldırı Suçları, s. 133, M.AYDIN, Çocukların Cinsel İstismarı Ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, s. 28, NİŞANCI, s. 228

¹⁰⁹GÜNDÜZ, s. 69, TANERİ, s. 30

¹¹⁰TOROSLU, Özel Kısım, s. 67, GÜNDÜZ, s. 68, KARTAL, s. 177, ATAMAN, s. 95, ERSÖZOĞLU, s. 41 - 42

6763 sayılı yasanın 13. maddesi ile 103. maddeye; suçun basit hali, sarkıntılık ve vücuda organ veya sair cisim sokmak şeklindeki nitelikli hal için cezayı ağırlaştıran ortak bir hüküm eklenmiştir. Bu hal suçun mağdurunun 12 yaşını tamamlamamış olmasıdır. Mağdur 12 yaşını tamamlamamış ise verilecek ceza bu hüküm gereği arttırılacaktır.

Suçun nitelikli hali, vücuda organ veya sair bir cisim sokulmasıdır. Kanun koyucu bu hali suçun basit haline göre daha ağır cezalandırmıştır. Kanunda vücudun hangi bölgelerine organ veya sair cisim sokulması halinde suçun nitelikli halinin oluşacağı açıklanmamıştır ancak madde gerekçesinde cinsel saldırı suçuna atıf yapılmıştır. Cinsel saldırı suçunun düzenlendiği 102. maddenin gerekçesine bakıldığında kanunda anlatılan vücut boşluklarının anal, oral veya vajinal boşluklar olduğu açıklanmıştır. Kanunda belirtilen “organ veya sair cisim” tabirinden erkeklik organı dışında parmak, sopa, şişe gibi organ ve diğer maddeler de anlaşılmalıdır.¹¹¹ Gerçekten bu nitelikli hal kişinin cinsel dokunulmazlığına yönelik en ağır saldırdır. Bu nedenle suçun basit haline göre ağır cezaya tabi olması yerinde bir düzenlemedir.

Maddenin 3. fıkrasında suçun daha fazla ceza gerektiren nitelikli halleri yer almaktadır. Bu hallerin varlığı halinde ceza yarı oranında arttırılarak belirlenecektir.

Suçun birden fazla kişi ile birlikte işlenmesi nitelikli hali; mağdurun direncinin diğer hallere göre daha kolay kırılması nedeniyle kanun koyucu tarafından cezayı ağırlaştıran nitelikli hal olarak belirlenmiştir. Bu nitelikli halin uygulanması için suçun en az iki kişi tarafından birlikte işlenmesi gerekir. Kanun koyucu eylemi “birlikte işleme” şartı aradığı için eyleme iştirak eden faillerin suçu müsterek fail olarak beraber işlemeleri gerekir. Azmettiren veya yardım eden sıfatıyla suça katılma hali, bu nitelikli hale dahil değildir. Birlikte faillikten, her iki failin de cinsel nitelikte eylemde bulunması gerektiği anlaşılmamalıdır; mağdur üzerinde ortak hakimiyet kurmaları yeterlidir. Örneğin; bir failin mağduru tutması diğerinin mağduru öpmesi durumunda bu nitelikli halden ceza arttırımına gidilecektir.¹¹²

¹¹¹ M.AYDIN, Çocukların Cinsel İstismarı Ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, s. 35 – 36, MALKOÇ, Yeni Türk Ceza Kanununda Cinsel Saldırı Suçları, s. 141, ARSLANTÜRK, s. 171, ATAMAN, s. 99, ERSÖZOĞLU, s. 44 – 45, SAVAŞCI, s. 57 – 58, KARTAL, s. 181 – 182, ÇALIŞKAN, s. 108, BAYTEMİR, s. 416

¹¹² KARTAL, s. 197 – 198, ÇALIŞKAN, s. 112, M.AYDIN, Çocukların Cinsel İstismarı Ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, s. 47, ATAMAN, s. 110, ERSÖZOĞLU, s. 67 – 70, SAVAŞCI, s. 81 - 83

İnsanların toplu olarak bir arada yaşama zorunluluğunda bulunduğu ortamların sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle suçun işlenmesi nitelikli hali, kanuna 6545 sayılı yasa ile eklenmiş bir banttır. Kanunda toplu yaşama zorunluluğu olan yerler sınırlı şekilde sayılmamıştır. Bu nedenle suçun işlendiği yerin toplu yaşam zorunluluğu olan ortam olup olmadığı ve bu ortamların sağladığı kolaylıktan faydalanarak suçun işlenip işlenmediğinin tespiti uygulamaya bırakılmıştır.¹¹³

Kanun koyucu mağdur ile şüpheli arasında bulunan akrabalık (Üçüncü derece dâhil kan veya kayın hısımlığı ilişkisi içinde bulunan bir kişiye karşı ya da üvey baba, üvey ana, üvey kardeş veya evlat edinen tarafından) ilişkisini suçun nitelikli hali olarak kabul etmiştir. Gerçekten mağdur ile fail arasında bu derece bir akrabalığın bulunması hem suçun işlenmesini kolaylaştıracak hem de suçla oluşan toplumsal zarar diğer hallere göre daha fazla olacaktır.¹¹⁴ Ayrıca mağdur ile bu yakınlıkta bir akraba ilişkisi olan bir failin cezasının arttırılmaması toplumda infiale de yol açabilecek bir duruma neden olabilecektir. Kayın hısımlığı, üvey ana ve kardeş, kanuna 6545 sayılı yasa ile eklenmiştir. Kişilerin anne veya babasının aynı olması durumunda kardeşi ile arasında üveylik ilişkisi oluşmaz. Üvey kardeşlik için hem annenin hem de babanın ortak olmaması gerekir.¹¹⁵

Mağdur ile fail arasında 103. maddenin 3. fıkrasının d bendinde sayılan ilişkilerin (Vasi, eğitici, öğretici, bakıcı, koruyucu aile veya sağlık hizmeti veren ya da koruma, bakım veya gözetim yükümlülüğü bulunan kişiler tarafından) varlığı halinde kanun koyucu cezayı ağırlaştırma yoluna gitmiştir. “ Koruyucu aile ” , “ bakım yükümlülüğü bulunanlar ” ifadeleri maddeye 6545 sayılı yasa ile eklenmiştir. Bu ilişkilerin varlığı tek başına cezayı ağırlaştırmak için yeterlidir. Bu nitelikte olan faillerin ayrıca “ nüfuzlarını kötüye kullanmaları ”, nitelikli halin uygulanması için aranan bir koşul değildir. 18 yaşını tamamlamayan kişiler anne ve babalarının velayeti altındadırlar (Medeni Kanun 335). Ancak Medeni Kanunun 348. maddesi gereği; ana ve babanın deneyimsizliği, hastalığı, başka bir yerde bulunması veya benzeri sebeplerden biriyle velayet görevini gereği gibi yerine getirememesi veya ana ve babanın çocuğa yeterli ilgiyi göstermemesi veya ona karşı yükümlülüklerini

¹¹³GÜNDÜZ, s. 47 – 48, TANERİ, s. 61

¹¹⁴TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 356, TOROSLU, Özel Kısım, s. 64

¹¹⁵ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, Özel Hükümler, s. 235, GÜNDÜZ, s. 45

ağır biçimde savsaklaması hallerinde, hakim anne veya babanın velayet yetkisini kaldırarak küçüğe vasi atayabilir. Yine 18 yaşını doldurmamış bir kişi mahkeme kararıyla veya evlilik ile ergin hale gelebilir. Bu şekilde erginliğe kavuşan kişiler Medeni Kanunun 405 ve devamı maddelerinde (406, 407, 408) belirtilen haller nedeniyle tekrar kısıtlanabilir ve bu hallerde kişiye mahkeme tarafından vasi atanır. Hakim bu hallerde kişiye, Medeni Kanunun 335/2. maddesi gereği vasi atamayıp kişiyi anne ve babasının velayeti altında da bırakabilir. Son olarak velayet altında bulunmayan küçüklere de Medeni Kanun'un 404. maddesi gereği vasi atanır. Örneğin ana ve babasının ikisini birden kaybeden çocuğa vasi ataması yapılması gerekir. Kayıymlık ilişkisi bu nitelikli hale dahil değildir. Eğitici; kişiye ders dışı etkinliklerde bilgi veya beceri kazandırmaya çalışan kişidir. Örneğin, halk eğitim merkezlerinin açtığı kursta çocuklara zeybek öğretene kişi eğitici. Öğretici; kişiye daha çok dersleri ile ilgili bilgi veren öğretimde bulunan kişidir. Örneğin, çocuğun okul öğretmenleri veya kurs öğretmenleri öğreticidir. Bakıcı; çocuğun bakımı ve gözetimi için bırakıldığı kişidir. Eğitici, öğretici ve bakıcının ücretli veya ücretsiz olmasının bir önemi yoktur önemli olan mağdur ile fail arasında bu ilişkilerin bulunmasıdır.¹¹⁶ Koruyucu aile; 14.12.2012 tarihli Koruyucu Aile Yönetmeliği'nin 4/1-h maddesinde; “ Bu Yönetmelikte belirlenen esas ve usuller çerçevesinde korunmayı gerektiren duruma göre belirlenen sürede, il veya ilçe müdürlükleri denetiminde, ödeme karşılığı ya da karşılıksız olarak çocuğun bakımını ve yetiştirilmesini üstlenen, aile ortamında yaşamını sağlayan, tercihen (j), (k), (s) bentlerinde tanımlanan eğitimlerden en az birini almış ve (a), (e), (r), (ş) bentlerinde tanımlanan modeller kapsamındaki aile veya kişi ” olarak tanımlanmıştır. Koruyucu aile olarak bakım ve gözetimi üstlenilen çocuğa karşı suçun işlenmesi yeterlidir, başka şart aranmadan ceza ağırlaştırılır. Sağlık hizmeti verenler doktor, ebe, hemşire, sağlık memuru gibi sağlık mesleği ile uğraşanlardır. Bu kişilerin, özel veya kamu sektöründe çalışmalarının nitelikli halin uygulanması açısından etkisi yoktur. Koruma, bakım ve gözetim yükümlülüğü olanlar, çocuğa geçici veya belli zamana kadar bakan, koruyan veya gözetene kişilerdir. Anne veya babanın pazara, işe giderken çocuğunu geçici olarak bıraktığı komşusu veya akrabası, yine çocuğun

¹¹⁶GÜNDÜZ, s. 77

bırakıldığı kreş ve son olarak çocuğun, çocuk esirgeme kurumlarında kalması nedeniyle burada çocuğun bakım, gözetim veya korunmasından sorumlu olan kişiler, bu nitelikli hale uyan kişilerdir. Bu nitelikli halin uygulanması için eylem esnasında fail ile mağdur arasında bahse konu ilişkilerin devam ediyor olması gerekir aksi takdirde cezada arttırım uygulanmaz.¹¹⁷

Maddenin 3. fıkrasının “e” bendinde; kamu görevinin veya hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle suçun işlenmesi nitelikli hali düzenlenmiştir. Kamu görevinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanma nitelikli hali yasaya 6545 sayılı kanun ile eklenmiştir. Bu nitelikli halin uygulanması için failin kamu görevlisi olması veya mağdur ile arasında hizmet ilişkisinin bulunması ayrıca bunlara ek olarak failin bu ilişkiden kaynaklanan nüfuzu kötüye kullanması gerekir.¹¹⁸ Her iki durum suç işlenirken aynı anda birlikte bulunmalıdır. Kamu görevlisi ücretli veya ücretsiz, daimi veya geçici, atama veya seçim yoluyla gelerek kamusal bir faaliyetin gerçekleşmesini sağlayan kişilerdir. Fail ile mağdur arasında bulunması gereken hizmet ilişkisinin kamusal veya özel olmasının hiçbir önemi yoktur. Asker, polis, tapu memuru, hizmetçi, şoför, uşak gibi kişiler bu nitelikli halde belirtilenlere örnektir.¹¹⁹

Cinsel istismarın 15 yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olsada fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş çocuklara cebir veya tehdit ile işlenmesi ya da 15 yaşını tamamlamış ve fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmiş çocuklara karşı silahla işlenmesi halinde cezanın ağırlaştırılacağı 103. maddenin 4. fıkrasında hüküm altına alınmıştır. 15 yaşını tamamlayan ve fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmiş olan çocuklara karşı fiilin “ silahla ” işlenmesi hali 6545 sayılı yasa ile madde kapsamına

¹¹⁷GÜNDÜZ, s. 77 – 79, ARSLANTÜRK, s. 180 – 181, KARTAL, s. 191 – 194, ÇALIŞKAN, s. 110 – 111, BAYTEMİR, s. 560 – 565, MALKOÇ, Yeni Türk Ceza Kanununda Cinsel Saldırı Suçları, s. 145 – 146, M.AYDIN, Çocukların Cinsel İstismarı Ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, s. 40 – 46, TANER, s. 307 – 310, ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACIKSIZ/TEPE, Özel Hükümler, s. 354 – 355, TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 374, ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, Özel Hükümler, s. 236 – 237, ERSÖZOĞLU, s. 63 – 65, SAVAŞCI, s. 78 - 81

¹¹⁸ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACIKSIZ/TEPE, Özel Hükümler, s. 355, TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 374

¹¹⁹GÜNDÜZ, s. 41, KARTAL, s. 195 - 196, ÇALIŞKAN, s. 111, BAYTEMİR, s. 565, M.AYDIN, Çocukların Cinsel İstismarı Ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, s. 46 – 47, TANER, s. 190 – 193, MALKOÇ, Yeni Türk Ceza Kanununda Cinsel Saldırı Suçları, s. 146, TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 374, ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACIKSIZ/TEPE, Özel Hükümler, s. 355, ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, Özel Hükümler, s. 237 – 238, ERSÖZOĞLU, s. 66

alınmıştır. Cebir ve tehdit, 4. fıkra için ağırlaştırıcı hal iken; 15 yaşını tamamlamış ve fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını anlama yeteneği gelişmiş çocuğa karşı yapılan cinsel istismar eyleminde unsur haline gelmiştir.¹²⁰ Suçta unsur haline dönüşen fiiller bileşik suç (TCK md. 42) hükümleri gereği ayrıca cezaya tabi değildir. Cebir; kişiye zor kullanılarak fiilen bir işi yaptırmaktır. Tehdit ise; kişinin kendisi veya bir yakınına hayat, sağlık veya malvarlığı açısından yönelen zarar verme iddiasıdır. Silah, 5237 sayılı yasanın 6/1 – f maddesinde tanımlanmıştır ve tabanca, tüfek, taş, sopa, bıçak, tornavida, el bombası gibi maddeler silaha örnek oluşturabilir. Kişinin yakınına yönelen cebir ve şiddet mağdur açısından kendisine yönelik fiziki zor kullanma olmadığından tehdit olarak değerlendirilir. Cebir ve tehdit suç işlenmeden veya suç işlenirken bulunmalıdır aksi takdirde suç sonrası yapılan cebir ve tehdit ayrı suç oluşturacaktır.¹²¹

Cinsel istismar suçunun neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış halleri maddenin 5. ve 6. fıkralarında düzenlenmiştir. Bu düzenleme 5237 sayılı yasanın 23. maddesinde yer alan neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suça örnek niteliğindedir. Neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suç iki şekilde ortaya çıkabilir. Bunlardan ilki, fiilin kastedilenden daha ağır neticelere sebep olması; diğeri ise fiilin kastedilenden başka neticelere sebep olmasıdır. Failin bu sonuçlardan sorumlu olması için, 23. madde gereği netice bakımından en azından taksir derecesinde kusurunun bulunması gerekir. Cinsel istismar suçu işlenirken mağdura uygulanan cebir ve şiddetin, kasten yaralama suçunun ağır neticelerine sebep olması halinde, failin aynı zamanda kasten yaralama hükümleri gereğince de cezalandırılacağı maddenin 5. fıkrasında düzenlenmiştir. Kasten yaralama suçunun ağır neticeleri 5237 sayılı yasanın 87. maddesinde düzenlenmiştir. Bu durumda yasanın 86. maddesinin 1. ve 2. fıkralarında düzenlenen basit tıbbi müdahale ile giderilebilir veya giderilemez yaralanmalar halinde faile ayrıca ceza verilmeyecektir.¹²² Cinsel istismar suçu sonucunda mağdurun bitkisel

¹²⁰GÜNDÜZ, s. 80, KARTAL, s. 198

¹²¹GÜNDÜZ, s. 80, KARTAL, s. 198 – 200, M.AYDIN, Çocukların Cinsel İstismarı Ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, s. 33 – 34 ve 49, ÇALIŞKAN, s. 128, TANER, s. 312 – 313, ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACIKSIZ/TEPE, Özel Hükümler, s. 355 – 356, TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 375, KOCA ve ÜZÜLMEZ, Özel Hükümler, s. 324 – 325, SAVAŞCI, s. 85 - 86

¹²²ÇALIŞKAN, s. 144 – 145, KOCA ve ÜZÜLMEZ, Özel Hükümler, s. 325, BAYTEMİR, s. 591 – 592, Aksi yönde görüş “ Buna karşılık, yaralama fiilinin mağdur üzerindeki etkisinin basit bir tıbbi müdahale ile giderilebilecek ölçünün üzerinde, mesela 5237 sayılı TCK’ nun 86. ve 87. maddeleri

hayata girmesi veya ölmesi hali maddenin 6. fıkrasında kaleme alınmıştır. Bu durumda mağdura tek ceza verilecektir. Failin bu ağır sonuç bakımından taksir derecesinde bir kusuru bulunmalıdır. Aksi takdirde fail ağır sonuç bakımından kasıtlı hareket etmiş ise, faile iki ayrı fiil nedeniyle iki ayrı ceza verilecektir. Örneğin, mağdura nitelikli cinsel istismarda bulunmak isteyen failin mağduru önce göğüs bölgesinden bıçaklayıp daha sonra mağdura organ sokarak cinsel istismarda bulunması eyleminde mağdur cinsel istismar eylemi sonrası kan kaybı nedeniyle ölmüşse faile kasten adam öldürme suçunun nitelikli halinden (TCK 82/1-h) ve ayrıca nitelikli cinsel istismar suçundan iki ayrı ceza verilmelidir. Ortaya çıkan ağır sonuç, failin cinsel davranışının doğrudan sonucu olmalıdır yani yapılan cinsel davranış nedeniyle ağır sonuç ortaya çıkmalıdır. Örneğin küçük yaşta olan mağdurun vajinal bölgesine organ sokmak suretiyle gerçekleşen cinsel istismar eyleminde mağdurun cinsel organı parçalanmış ve meydana gelen kanama neticesinde mağdur ölmüşse, fail cinsel istismar suçunun ağır neticesinden sorumlu olacaktır. Son olarak bitkisel hayata girme veya ölüm sonucu, failin uyguladığı cebir ve şiddetten kaynaklanmış ise, faile hem cinsel istismar hemde kasten yaralamanın neticesi sebebiyle ağırlaşmış halinden veya şartları varsa kasten öldürme suçundan iki ayrı ceza verilmelidir.¹²³

Çocuğun cinsel istismarı suçunun manevi unsuru kasttır. Suçun taksirli hali kanunda düzenlenmemiştir ve taksirli hallerde fail cezalandırılmaz. Suçun hem basit

kapsamında olması halinde ise fail ayrıca kasten yaralama suçundan cezalandırılacaktır. ” MALKOÇ, Yeni Türk Ceza Kanununda Cinsel Saldırı Suçları, s. 148

¹²³ERSÖZOĞLU, s. 99 – 101, KARTAL, s. 205 – 207, ÇALIŞKAN, s. 178, M.AYDIN, Çocukların Cinsel İstismarı Ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, s. 62 – 63, ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACIKSIZ/TEPE, Özel Hükümler, s. 356, Aksi yönde görüş “Neticenin mutlaka cinsel istismar sonucunda gerçekleşmesi şart değildir, fiili işlemek için kullanılan cebir dolayısıyla mağdur ölmüş veya bitkisel hayata girmişse de bu fıkra hükmü uygulanır . Örneğin iki yaşındaki bir çocuğa karşı nitelikli cinsel istismar suçu işlenirken cinsel organların parçalanması sonucu ölüm meydana gelebileceği gibi mağdurun boğazının uzun süre sıkılması neticesinde de aynı sonuç doğabilmektedir, bu ikisi arasında illiyet bağı açısından farklılık bulunmamaktadır. ”SAVAŞCI, s. 93 – 94, “ 765 sayılı yasa döneminde de önemli tartışma konularından biri olan mağdurun intiharı da bu kapsamda değerlendirilebilir. Örneğin, mağdur ya da mağdure, kendisine karşı fiilin işlenmesi halinde intihar edeceğini bildirerek faili uyarmasına rağmen fiil işlemişse ve sonucunda mağdur veya mağdure intihar etmişse, açıklanan nedensellik bağının belirlenmesi halinde fıkra uygulanmalıdır. Zira, eylem nedeniyle mağdurun tepkisinin intihar olması halinde en azından ruh sağlığının bozulduğu ortaya çıkmıştır ama 7 nci fıkradaki “ suçun neden olması ” ifadesinden icrai hareketlerin oluşturduğu maddi nedensellik sonucu ölüm meydana gelebileceği gibi; manevi ve ruhsal tepkilerin intihara yol açması halinde de fıkra uygulanabilir diye düşünüyoruz. ” MALKOÇ, Yeni Türk Ceza Kanununda Cinsel Saldırı Suçları, s. 151

hali hemde organ veya sair cisim sokmak suretiyle işlenen nitelikli hali için de failde genel kastın bulunması yeterlidir. Suç olası kastla da işlenebilir.¹²⁴

Suçun basit haline de organ veya sair bir cisim sokmak suretiyle gerçekleşen nitelikli haline de teşebbüs mümkündür.¹²⁵

Suçun birden fazla kişi ile birlikte işlenmesi nitelikli hali dışında çocuğun cinsel istismarı suçunda iştiraka ilişkin genel hükümler (TCK md. 37, 38, 39, 40) uygulanır.¹²⁶

Cinsel istismar suçuyla başka bir suçun birlikte işlenmesi halinde asıl olan, gerçek içtima hükümleri gereği; her bir fiile ayrı ceza uygulanmasıdır. Örneğin, maddenin 5. fıkrası gereği cinsel istismar suçunda uygulanan cebir ve şiddetin kasten yaralama suçunun ağır neticelerine neden olması halinde, faile ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanacaktır. Ancak cinsel istismar suçunda gerçek içtima kuralının istisnaları mevcuttur. Bunlardan ilki; TCK' nın 42. maddesinde yer alan, bir suçun başka bir suçun unsuru veya ağırlaştırıcı nedeni

¹²⁴NİŞANCI, s. 229 ve 234, TOROSLU, Özel Kısım, s. 68, M.AYDIN, Çocukların Cinsel İstismarı Ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, s. 66, TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 368, GÜNDÜZ, s. 75, ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACIKSIZ/TEPE, Özel Hükümler, s. 357, TANERİ, s. 113, KARTAL, s. 214 ve 216 (Yazar aynı eserinde cinsel istismar suçunun basit ve organ veya sair cisim sokmak suretiyle işlenen hallerinde olası kastla suçun işlenemeyeceği kanaatindedir. s. 215 ve 216), Cinsel arzuları tatmin özel kastının aranacağı yönünde aksi görüş MALKOÇ, Yeni Türk Ceza Kanununda Cinsel Saldırı Suçları, s. 134 ve 137 (Yazar, suçun mağdurun vücuduna organ veya cisim sokmak şeklindeki nitelikli halinde genel kastın yeterli olacağı görüşündedir. s. 142), TANER, s. 296 (Yazar suçun olası kastla işlenemeyeceği görüşündedir. s. 296), ÇALIŞKAN, s. 89 (Yazar, suçun mağdurun vücuduna organ veya cisim sokmak şeklindeki nitelikli halinde genel kastın yeterli olacağı görüşündedir. s. 108), KOCA ve ÜZÜLMEZ, Özel Hükümler, s. 318 (Yazar, suçun mağdurun vücuduna organ veya cisim sokmak şeklindeki nitelikli halinde genel kastın yeterli olacağı görüşündedir. s. 318), ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, Özel Hükümler, s. 238 (Yazar, suçun mağdurun vücuduna organ veya cisim sokmak şeklindeki nitelikli halinde genel kastın yeterli olacağı görüşündedir. s. 238), TAŞKIN, Cankat, Çocuğun Cinsel İstismarı Suçu, <http://cankattaskin.av.tr/wp-content/uploads/2011/03/%C3%A7ocu%C4%9Fun-cinsel-istismar%C4%B1.pdf>, s. 15 (Yazar, suçun mağdurun vücuduna organ veya cisim sokmak şeklindeki nitelikli halinde genel kastın yeterli olacağı görüşündedir. s. 19), Erişim Tarihi: 14/03/2016

¹²⁵M.AYDIN, Çocukların Cinsel İstismarı Ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, s. 75, KOCA ve ÜZÜLMEZ, Özel Hükümler, s. 326, ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, Özel Hükümler, s. 239 (Yazar, suçun mağdurun vücuduna organ veya sair cisim sokmak şeklindeki nitelikli haline teşebbüsün mümkün olmayacağı böyle bir durumda failin suçun basit halinden sorumlu olacağı ancak ceza tayininde alt sınırdan uzaklaşılması gerektiği görüşündedir. s. 239), ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACIKSIZ/TEPE, Özel Hükümler, s. 357, TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 369, MALKOÇ, Yeni Türk Ceza Kanununda Cinsel Saldırı Suçları, s. 134, 137, 143, BAYTEMİR, s. 417, ÇALIŞKAN, s. 256, TANERİ, s. 113, KARTAL, s. 221 – 222, GÜNDÜZ, s. 81

¹²⁶KARTAL, s. 227, TANER, s. 316, GÜNDÜZ, s. 82, KOCA ve ÜZÜLMEZ, Özel Hükümler, s. 327, MALKOÇ, Yeni Türk Ceza Kanununda Cinsel Saldırı Suçları, s. 30, M.AYDIN, Çocukların Cinsel İstismarı Ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, s. 77, ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, Özel Hükümler, s. 240, TAŞKIN, s. 20

haline gelmesidir. Örneğin, cinsel istismar suçu işlenirken kullanılan cebir ve tehdit fiilinin 15 yaşını tamamlamayan veya tamamlamış olsa da fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan çocuklara karşı uygulanması halinde, cebir ve tehdit suçun ağırlaştırıcı halini meydana getirirken; 15 yaşını tamamlamış ve fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmiş çocuklara karşı uygulanması halinde ise cebir ve tehdit eylemi cinsel istismar suçunun unsuru haline gelmektedir. Bu durumlarda cebir ve tehdit eylemleri için faile ayrı ceza verilemeyecektir.¹²⁷ Cinsel istismar suçunun, aynı mağdura farklı zamanlarda aynı suç işleme kararı kapsamında birden fazla kez işlenmesi halinde TCK 43. maddede düzenlenen zincirleme suç hükümleri uygulanacaktır. Bu durumda faile tek bir cinsel istismar suçundan ceza verilecek ancak cezada 43. maddede belirtilen oranlarda arttırmaya gidilecektir.¹²⁸ Bir eylemin birden fazla suçu oluşturması halinde, cezası en ağır suçtan dolayı uygulama yapılır (TCK md. 44). Failin eylemi bazen hem cinsel istismar hem de eziyet suçunu (TCK md. 96) oluşturabilir. Bu durumda iki suç ceza bakımından karşılaştırılıp en ağır ceza öngören suçtan faile ceza verilecektir.¹²⁹

Cinsel istismar suçunun sarkıntılık şeklinde işlenen basit halinde; failin çocuk olması durumunda suçun takibi şikâyeteye bağlıdır. Diğer tüm hallerde ise suç resen soruşturulacaktır.¹³⁰ Son olarak 6763 sayılı yasa ile yapılan değişiklik öncesinde Sivas 2. Ağır Ceza Mahkemesi'nin, Anayasa Mahkemesi'ne yaptığı başvuruda; 6545 sayılı yasa ile değiştirilen cinsel istismar suçunun organ veya sair cisim sokmak suretiyle işlenen nitelikli halinin Anayasanın 2. ve 10. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür. Başvuruda suçun yaptırımının 16 yıldan aşağı olamayacağına dair değişikliğin, suçun cezasının değişiklik öncesi haline göre adalet ve hakkaniyete uymadığı, cezanın suça göre orantısız olduğu, suçun failinin çocuk olması halinde

¹²⁷KARTAL, s. 229 – 230, ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACIKSIZ/TEPE, Özel Hükümler, s. 358, TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 371 – 372, GÜNDÜZ, s. 83 – 84, KOCA ve ÜZÜLMEZ, Özel Hükümler, s. 327, ARSLANTÜRK, s. 244, TANERİ, s. 124, M.AYDIN, Çocukların Cinsel İstismarı Ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, s. 79

¹²⁸M.AYDIN, Çocukların Cinsel İstismarı Ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, s. 79, BAYTEMİR, s. 422, ARSLANTÜRK, s. 244 – 245, MALKOÇ, Yeni Türk Ceza Kanununda Cinsel Saldırı Suçları, s. 30, KOCA ve ÜZÜLMEZ, Özel Hükümler, s. 328, ÇALIŞKAN, s. 277, ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACIKSIZ/TEPE, Özel Hükümler, s. 358, ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, Özel Hükümler, s. 241, KARTAL, s. 231 - 233

¹²⁹GÜNDÜZ, s. 84

¹³⁰TANERİ, s. 124, ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, Özel Hükümler, s. 241, M.AYDIN, Çocukların Cinsel İstismarı Ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, s. 83, ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACIKSIZ/TEPE, Özel Hükümler, s. 359 – 360, GÜNDÜZ, s. 85

verilen cezanın ağır olduğu ve vicdanları zedelediği, birbirlerine yakın yaşta olan mağdurlar açısından uygulanan cezaların eşitsizliğe yol açtığı iddia edilmiştir. Anayasa Mahkemesi de ilgili maddeyi ölçsüz yaptırım öngörmesi ve bunun da hukuk devleti ilkesine aykırı olduğu gerekçesiyle “ 12/11/2015 Tarih 2015/26 Esas 2015/100 Karar ” sayılı kararıyla iptal etmiş ve kararın yürürlüğünü 1 yıl ertelemiştir. Kararın karşı oy gerekçesinde de belirtildiği üzere kanunkoyucu suçla mücadele açısından belirlediği suç siyaseti bağlamında eylemin ağırlığına uygun olarak konulan yaptırımın açıkça anayasaya aykırı olduğunu tespit etmemişse kanun koyucunun tercihi müdehale etmez; aksi bir karar yerindelik denetimine sebebiyet verecektir. Ayrıca cinsel istismar sonucu mağdurda ruh ve beden sağlığının bozulacağı kabul edildiğinde yeni düzenleme ile getirilen yaptırımın ölçsüz olduğu söylenemez. Bu nedenlerle Anayasa Mahkemesi’ nin kararına katılmak mümkün değildir.¹³¹ Bahse konu bu karar nedeniyle maddede 6763 sayılı yasa ile değişikliğe gidilmiştir.

¹³¹“ İtiraz konusu kuralla, çocuklarda cinsel istismarın vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi durumunda onaltı yıldan aşağı olmamak üzere hapis cezasına hükmolunacağı öngörülmektedir. Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına saygılı, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir. Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirlerine ilişkin kurallar, ceza hukukunun temel ilkeleri ile Anayasa'nın konuya ilişkin kurallarına aykırı olmamak kaydıyla, ülkenin sosyal, kültürel yapısı, ahlaki değerleri ve ekonomik hayatın gereksinimleri göz önüne alınarak saptanacak ceza politikasına göre belirlenir. Kanun koyucu, cezalandırma yetkisini kullanırken toplumda hangi eylemlerin suç sayılacağı, bunun hangi tür ve ölçüdeki ceza yaptırımı ile karşılanacağı, nelerin ağırlaştırıcı veya hafifletici sebep olarak kabul edilebileceği konularında takdir yetkisine sahip olmakla birlikte, bu yetkisini kullanırken suç ve ceza arasındaki adil dengenin korunmasını da dikkate almak zorundadır. Suç ve ceza arasında adalete uygun bir oranın bulunup bulunmadığının saptanmasında o suçun toplumda yarattığı etkinin, suçtan zarar görenin kişiliğinin ve ona verilen zararın azlığı veya çokluğunun da dikkate alınması gerekir. Kanun koyucu, düzenlemeler yaparken hukuk devleti ilkesinin bir gereği olan ölçülülük ilkesiyle bağlıdır. Bu ilke ise " elverişlilik ", " gereklilik " ve " orantılılık " olmak üzere üç alt ilkeden oluşmaktadır. " Elverişlilik ", başvuru önlemin ulaşılacak istenen amaç için elverişli olmasını, " gereklilik " başvuru önlemin ulaşılacak istenen amaç bakımından gerekli olmasını ve " orantılılık " ise başvuru önlem ve ulaşılacak istenen amaç arasında olması gereken ölçüyü ifade etmektedir. Bir kurala uyulmaması nedeniyle kanun koyucu tarafından öngörülen yaptırım ile ulaşılacak istenen amaç arasında da " ölçülülük ilkesi " gereğince makul bir dengenin bulunması zorunludur. 6545 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikten önce 5237 sayılı Kanun'un 103. maddesinde, çocuklara cinsel istismarın vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi durumunda, sekiz yıldan onbeş yıla kadar hapis cezasına hükmolunacağı öngörülmüştür. Maddenin (6) numaralı fıkrasında ise suç sonucunda mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması bir ağırlaştırıcı neden olarak düzenlenmiş ve bu halde onbeş yıldan az olmamak üzere hapis cezasına hükmolunacağı belirtilmiştir. 6545 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikle vücuda zorla bir organ veya cisim sokulan çocukların her durumda beden ve ruh sağlığının bozulduğu kabul edilmek suretiyle çocukların cinsel istismarı suçunun cezası, onaltı yıldan az

olmamak üzere hapis cezası olarak belirlenmiştir. İtiraz konusu kuralda, kanun koyucu çocuklara cinsel istismar suçunun vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi durumunda verilecek ceza yaptırımını öngörmektedir. Kuralın, cinsiyet ayrımı gözetilmeksizin tüm çocukların cinsel dokunulmazlığı ile beden ve ruh bütünlüğünün korunmasını sağlamayı amaçladığı anlaşılmaktadır. Çocukların kendilerini korumalarındaki zorluk ve faillerin bu suçları büyük engellerle karşılaşmadan işleyebilmelerindeki kolaylık, cinsel istismarın yetişkinlere nazaran daha kolay işlenmesine neden olmakta ve bu suçlar çocukların psikolojileri ile fizyolojilerinde yetişkinlere göre daha ağır etkiler bırakabilmektedir. Bu bağlamda söz konusu suçların işlenmesini önleyici ve caydırıcı nitelikte tedbirlerin alınması Devletin pozitif yükümlülüklerinden biridir. Zira Anayasa' da olduğu gibi çocukların korunmasına yönelik tarafı olduğumuz uluslararası sözleşmeler ile konuya ilişkin tüm uluslararası metinlerde de çocukların cinsel istismarı ve cinsel sömürüsü hakkında etkili ve caydırıcı cezalar düzenlenmesi de dâhil olmak üzere devletlerin bu konuda gerekli tedbirleri almalarına özellikle vurgu yapılmaktadır. Bu bağlamda kanun koyucunun, küçüklerin biyolojik ve psikolojik gelişimlerine ilişkin bilimsel veriler ile toplumda geçerli genel ahlak ve kültürel koşullar gözetilerek cinsel istismar suçunun nitelikli halini, suçun unsurlarını, işleniş biçimini ve topluma verdiği zararı dikkate alarak bir yaptırım belirlemesi takdir yetkisi kapsamındadır. Bununla birlikte suç ve suçluyla mücadele ve cezanın ıslah amacı ve ceza hukukunun temel ilkeleri gözetildiğinde, suç tipine göre fiil ile öngörülen yaptırım arasında makul ve hakkaniyete uygun bir denge bulunmalı ve kanun koyucunun belirlediği yaptırım, cezalandırmada güdülen amaçla ölçülü olmalıdır. Cinsel istismarın vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesinin ağır bir yaptırıma bağlanmasının çocuğun etkin bir şekilde korunması amacını gerçekleştirmeye yönelik olduğunda şüphe yoktur. Ancak, mahkemeye olaya özgü takdir marjı tanımayan ve onarıcı hukuk kurumları öngörmeyen kuralda düzenlenen ceza yaptırımının alt sınırının onaltı yıldan aşağı olmamak üzere hapis cezası olarak belirlenmesi; fiilin farklı yaş kategorilerindeki mağdurlara karşı işlendiği veya failin de küçük olduğu ya da fiilden sonra mağdurun yaşının ikmali ile fiili birlikteliğin resmi evliliğe dönüşmesi gibi her bir somut olayın özellikleri dikkate alınarak ceza tayin edilmesi veya onarıcı adalet kurumunun uygulanması imkânını ortadan kaldırmakta ve bazı durumlarda somut olayın özellikleriyle bağdaşmayacak ve suçla yaptırım arasında bulunması gereken adil dengeyi ortadan kaldıracak ölçüde ağır cezaların verilmesi sonucunu ortaya çıkarabilecek bir niteliğe sahip bulunmaktadır. Bu nedenle kuralda belirlenen ceza miktarının, bu ceza ile ulaşılmak istenen amacı her somut olayda gerçekleştirebilecek orantıda ve ölçüde olduğu söylenemez. Kural bu haliyle ölçüsüz bir yaptırım öngördüğünden hukuk devleti ilkesine aykırılık taşımaktadır. Açıklanan nedenlerle itiraz konusu kural, Anayasa'nın 2. maddesine aykırıdır. İptali gerekir. KARŞIOY GEREKÇESİ : Öncelikle belirtmek gerekir ki, Mahkememiz çoğunluğu aynı gün verdiği E.2015/43, K. 2015/101 sayılı kararla, 5237 sayılı Kanun'un 103. maddesinin 6545 sayılı Kanun' la yapılan değişiklik öncesinde yürürlükte bulunan (2) numaralı fıkrasının iptali talebini reddetmiştir. İptal talebi reddedilen kural " Cinsel istismarın vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi durumunda, sekiz yıldan onbeş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. " şeklindedir. Red kararının gerekçeleri, 103. maddenin değişik (2) numaralı fıkrası için de aynen geçerlidir. İptal edilen kuralın, iptal talebi reddedilen kuraldan en önemli farkı, cezanın alt sınırının sekiz yıldan onaltı yıla çıkarılmasıdır. 6545 sayılı Kanun' un genel gerekçesinde belirtildiği üzere, Kanun' un dokuz yıllık uygulaması dikkate alınmak suretiyle cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar yeniden düzenlenmiş ve bu suçlar için öngörülen cezalar önemli ölçüde artırılmıştır. Diğer yandan, değişiklik öncesinde 103. maddenin (6) numaralı fıkrasında " Suçun sonucunda mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması halinde, onbeş yıldan az olmamak üzere hapis cezasına hükmolunur. " denilmekteydi. Değişiklik sonrasında (6) numaralı fıkra yürürlükten kaldırılmış, suçun nitelikli halinin alt sınırı onaltı yıl olarak düzenlenmiştir. Önceki ve yeni düzenlemede cezanın üst sınırı belirtilmemekle birlikte, 5237 sayılı Kanun'un 49. maddesi gereğince üst sınırın yirmi yıl olduğu açıktır. Kanun koyucu, " bu suç mağdurlarının defalarca hastane veya Adli Tıp Kurumuna gitmelerine, buralarda müşahedeye tabi tutulmalarına ve maruz kaldıkları fiili tekrar tekrar yaşamalarına neden olmaktadır " gerekçesiyle ve " bu suçlara maruz kalanların ruh sağlığının mutlaka bozulmuş olduğu " kabulünden hareketle, (6) numaralı fıkrayı kaldırarak, (2) numaralı fıkrada düzenlenen cezanın artırılması yoluna gitmiştir. 103. maddedeki bu değişiklikle, kanun koyucuya göre, " şüpheli, sanık veya hükümlüler bakımından lehe sonuç doğmaması ve çocukların cinsel istismarı suçuyla daha etkin mücadele edilebilmesi amaçlanmaktadır. " Ayrıca belirtmek gerekir ki, söz konusu (6) numaralı fıkranın iptali yönündeki talebi Mahkememiz, ceza siyasetinde kanun koyucunun takdir yetkisine vurgu yapmak suretiyle reddetmiştir. Mahkemeye göre

" yasakoyucunun cinsel istismar suçu sonucunda mağdurun beden veya ruh sağlığında meydana gelebilecek neticeyi dikkate alarak tercihini bu yönde kullandığı ve buna göre bir cezalandırma sistemini benimsediği anlaşılmaktadır. Yasakoyucunun cinsel istismar suçunda korunan hukuksal menfaatin öncelikle mağdurun cinsel özgürlüğü ve doğal olarak cinsel istismar sonucunda etkilenecek olan fiziksel ve ruhsal bütünlüğü olduğunu kabul ederek bu suça " Kişilere karşı suçlar " bölümünde yer verdiği görülmektedir. Yasakoyucunun takdir yetkisine dayanarak ve mağdurda meydana gelen neticeyi dikkate alarak yaptığı itiraz konusu düzenlemenin hukuk devleti ilkesine aykırı bir yönü yoktur. " (E. 2007/96, K.2009/34, K.T: 26.2.2009, RG: 05.06.2009-27249). Ceza hukukunda fiil ile yaptırım arasındaki orantı değerlendirilirken yaptırımın amacı göz ardı edilemez. Çoğunluk kararında da belirtildiği üzere, " Cinsel istismarın vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesinin ağır bir yaptırıma bağlanmasının çocuğun etkin bir şekilde korunması amacını gerçekleştirmeye yönelik olduğunda şüphe yoktur. " Bu amacın hangi ağırlıkta bir ceza ile gerçekleştirileceğinin, ceza siyasetini tayin yetkisi ve sorumluluğuna sahip olan kanun koyucunun takdirinde olduğu bilinmektedir. Anayasa Mahkemesinin, açıkça Anayasa' ya aykırılık teşkil etmedikçe, kanun koyucunun geniş takdir yetkisi içerisinde belirlediği söz konusu yaptırımın " ağırlığına " müdahale etmesi, anayasa yargısının gerektirdiği denetim anlayışıyla bağdaşmaz. Zira, bu durumda anayasallık, dolayısıyla hukukilik denetiminin ötesine geçerek yerindelik denetimine yönelme tehlikesi ortaya çıkabilecektir. Kaldı ki, mağdur çocuğun beden ve ruh sağlığını bozan cinsel istismar suçunun alt sınırının onbeş yıldan, söz konusu fiillerin her halükarda mağdurun beden ve ruh sağlığını bozacağı kabulünden hareketle onaltı yıla çıkarılması sebebiyle, Anayasa' ya uygun bulunan önceki kuralla iptal edilen kuralın öngördüğü cezalar arasında fazla bir farkın olduğu söylenemez. Bu itibarla, kuralda ölçülülük ilkesiyle bağdaşmayan, dolayısıyla Anayasa' ya aykırı bir yön bulunmamaktadır. Öte yandan Mahkeme çoğunluğu, " fiilin farklı yaş kategorilerindeki mağdurlara karşı işlendiği veya failin de küçük olduğu ya da fiilden sonra mağdurun yaşının ikmali ile fiili birlikteliğin resmi evliliğe dönüşmesi gibi her bir somut olayın özellikleri dikkate alınarak ceza tayin edilmesi " imkânını ortadan kaldırdığı, bunun sonucu olarak da öngörülen cezanın " ulaşılmak istenen amacı her somut olayda gerçekleştirebilecek orantıda ve ölçüde " olmadığı görüşündedir. Öncelikle, ceza hükümlerinin uygulamada ortaya çıkabilecek her somut olayın özelliğini dikkate alarak her bir somut olay için farklı cezalar öngörmesi mümkün değildir. Bunun yerine her somut olayda dikkate alınacak hususlara genel hükümler olarak yer verilmektedir. Nitekim 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 61. maddesine göre hâkim, her somut olayda suçun işleniş şeklini, kullanılan araçları, suçun işlendiği zaman ve yeri, suçun konusunun önem ve değerini, meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığını, failin kast veya taksire dayalı kusurunun ağırlığını, failin güttüğü amaç ve saiki dikkate alarak, cezanın kanunda öngörülen alt ve üst sınırları arasında temel cezayı belirler. Ayrıca, 62. madde takdiri indirim nedenlerine yer vermek suretiyle, bu nedenlerin varlığı halinde cezalarda belli oranlarda indirimin yapılabileceğini öngörmektedir. Çoğunluk, mağdurun yaşı, failin yaşı ve fiilden sonra evlilik olmak üzere kuralın dikkate alması gerekirken almadığı üç somut olayı saymış, bununla yetinmeyerek " gibi " kelimesiyle bu somut olayların örnekleme yöntemiyle belirlendiğini ifade etmiş ve başka ihtimallerin de göz önünde bulundurulması suretiyle bunlar için farklı cezalar öngörülmesi gerektiğini ileri sürmüştür. Belirtmek gerekir ki, kanun koyucu tüm bu somut olayların farkında olarak ve bunlar bakımından farklı bir ceza öngörmeyerek düzenleme yapmıştır. Kuralda bu somut olayları dikkate alarak hâkimin cezayı alt sınır (onaltı yıl) ile üst sınır (yirmi yıl) arasında bir tercihte bulunarak kişiselleştirmesinin önünde bir engel bulunmamaktadır. Kanun koyucunun mağdurun yaşı konusundaki tercihi onbeş yaş altıdır. Burada kademelendirmeye gidilmeyerek onbeş yaşını doldurmamış çocukların mağduru oldukları fiillerin cezasının en az onaltı yıl hapis olarak öngörülmesinde Anayasa' ya aykırılık yoktur. Diğer yandan, failin küçük olması durumunda Türk Ceza Kanunu'nun " Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Nedenler " başlıklı bölümünde yer alan 31. maddesi, failin yaş küçüklüğünü düzenlemekte ve onsekiz yaş altı küçüklerin işledikleri suçların cezalarında önemli oranlarda indirim öngörmektedir. Buna göre, fiili işlediği sırada oniki yaşını doldurmamış çocukların cezai sorumluluğu bulunmamaktadır. Oniki yaşını doldurmuş olup da onbeş yaşını doldurmamış olanların işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamaması veya davranışlarını yönlendirme yeteneğinin yeterince gelişmemiş olması halinde de ceza sorumluluğu yoktur. İşlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama ve bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğinin varlığı halinde, bu kişiler (12-15 yaş grubu) hakkında verilen hapis cezaları yarısı oranında indirilir ve her fiil için verilecek hapis cezası yedi yıldan fazla olamaz. Fiilin işlendiği sırada onbeş yaşını doldurmuş olup da onsekiz yaşını doldurmamış olan kişiler hakkında verilen hapis

cezaları üçte bir oranında indirilir ve her fiil için verilecek ceza oniki yılı geçemez. Yaşı küçük failler bakımından bu genel indirim hükümleri dışında, cinsel istismar suçu için mutlaka özel bir ceza indirimi uygulanmasını gerektiren bir anayasal düzenleme bulunmamaktadır. Bu husus, tamamen kanun koyucunun takdir yetkisi dahilindedir. Kaldı ki, Anayasa Mahkemesi, cebir, tehdit ve hile olmaksızın, onbeş yaşını bitirmiş olan çocukla cinsel ilişkide bulunan failin mağdurdan beş yaştan daha büyük olması halinde şikayet şartı aranmaksızın cezanın iki kat artacağı yönündeki 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 104. maddesinin (2) numaralı fıkrasını iptal etmiştir. Mahkeme iptal kararını şu şekilde gerekçelendirmiştir: " Mağdurun veya failin durumlarındaki farklılıklar bunlara değişik kurallar uygulanması sonucunu doğurabilir. Ancak, suçun takip şekli veya failin cezalandırılmasında esas alınan özellikler, kuralla korunmak istenen hukuki yarar bakımından sonuca etkili değilse, bu durumda failerin farklı duruma oldukları kabul edilerek aralarında ayırım yapılması eşitlik ilkesine aykırılık oluşturur. Aynı yaşta olup, aynı eylemin tarafı olan mağdurlar arasında yapılan bu ayırım ile aynı yaştaki kişilere karşı aynı eylemi gerçekleştiren failler arasında sadece yaş farkına dayanılarak yapılan ayırımın, Kural' ın belli yaştaki çocukların cinsel dokunulmazlıklarını koruma amacını gerçekleştirmeye elverişli bulunmadığı ve adalet ilkeleriyle de bağdaşmadığı sonucuna varılmıştır " (E. 2005/103, K. 2005/89, K.T: 23.11.2005, RG: 25.02.2006 - 26091). İptal kararının gerekçesinde yer alan ve " fiilden sonra mağdurun yaşının ikmali ile fiili birlikteliğin resmi evliliğe dönüşmesi " şeklinde ifade edilen durumun daha düşük ceza veya cezasızlık nedeni olması gerektiğine dair de bir anayasal zorunluluk bulunmamaktadır. Kuralda bu durumun ceza indirimi veya cezasızlık sebebi olarak görülmemesi, bir unutkanlığın değil bilinçli bir tercihin sonucudur. 765 sayılı Türk Ceza Kanunu' nun 423. maddesinde " Her kim onbeş yaşını dolduran bir kızı alacağım diye kandırıp kızlığını bozarsa altı aydan iki seneye kadar hapsolunur. " şeklinde bir hüküm mevcuttu. Aynı maddenin ikinci fıkrası ise şöyleydi: " Evlenme vukuu halinde dava ve ceza tecil olunur. Şu kadarki beş sene içinde koca aleyhine boşanmaya hükmolunursa hukuku amme davası avdet eder ve evvelce ceza hükmolunmuşsa çektilir. " Kanun koyucu, yeni ceza kanununu yaparken bu suç yönünden evlenmeye bağlı ceza tecilini öngörmemiştir. Bunda mağdurun " tecavüzcüsüyle evlenmeye zorlanması " şeklinde ifade edilen yaygın eleştirinin etkili olduğu anlaşılmaktadır. Kanun koyucunun bu bilinçli tercihinin dikkate almadan, onbeş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan çocuklara karşı, vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilen cinsel istismarı cezalandırmaya yönelik kuralın failin daha sonra mağdurla evlenmesini dikkate almamasını Anayasa' ya aykırılık sebebi olarak gören çoğunluk görüşü, yukarıda ifade edildiği gibi, yerindelik bakımından bir tercihi yansıtmakta olup, anayasallık denetimi bakımından isabetli değildir. Kuralın amaçlarından birinin de önemli bir toplumsal sorun olan çocuk yaşta evliliklerin önlenmesi olduğu bilinmektedir. Fiili birlikteliğin evliliğe dönüşmesi durumunda cezanın azaltılması veya ertelenmesinin bu amaçla bağdaştırılması kolay değildir. Kanun koyucu, fiilden sonraki gelişmeleri dikkate almadan fiilin işlendiği sırada çocuk mağdurları cinsel istismara karşı korumak istemiş, bu nedenle de cezanın alt sınırını onaltı yıl olarak belirlemiştir. Bunun da gözetilen amaç karşısında ölçüsüz olmadığı anlaşılmaktadır. Sonuç olarak, Anayasa' nın 41. maddesi çocukların her türlü istismara ve şiddete karşı etkili bir şekilde korunması bakımından Devlete çok önemli yükümlülükler yüklemektedir. Kanun koyucu bu yükümlülüğün gereği olarak, yaşanan tecrübeleri de dikkate almak suretiyle iptal edilen kuralı getirmiştir. Kuralla öngörülen asgari onaltı yıllık cezanın ölçüsüz olduğunu söylemek, söz konusu suçla mücadelede hangi miktarda cezanın ölçülü olacağı konusuna müdahale etmek anlamına gelir. Bu konuda karar verme yetkisi, Anayasa' ya aykırı davranmamak kaydıyla, ceza siyaseti dahil izlenen tüm politikardan dolayı halka hesap verme konumunda olan kanun koyucuya aittir. İptal edilen kuralda, kanun koyucuya ait takdir yetkisinin aşıldığı ve izlenen amaçla orantılı olmayan bir cezanın öngörüldüğü söylenemez. Açıklanan gerekçelerle, çoğunluğun iptal yönündeki kararına katılmıyoruz. FARKLI GEREKÇE : 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu (TCK)'nın 6545 sayılı Kanun'un 59. maddesiyle değiştirilen 103. maddesinin (2) numaralı fıkrasında, " Çocukların cinsel istismarı " suçunun nitelikli hali düzenlenmiş ve " Cinsel istismarın vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi durumunda, on altı yıldan aşağı olmamak üzere hapis cezasına hükmlenir " kuralı getirilmiştir. Kuralın iptaline aşağıdaki gerekçelerle sınırlı olarak katılmaktayım: Maddenin (1) numaralı fıkrasında çocuklara yönelik cinsel istismar suçunun basit hali ve temel cezası sekiz yıl hapis olarak tespit edilmiş; ayrıca, fıkranın (a) ve (b) bentlerinde suçun mağduru olan çocuğun yaşına ve fiilde iradeyi etkileyen bir durum bulunup bulunmadığına göre ayırma gidilmiştir. Buna göre, cinsel istismar deyiminden, -onbeş yaşını tamamlamamış, -onbeş yaşını tamamlamış olmakla birlikte fiilin

hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan çocuklara karşı gerçekleştirilen her türlü cinsel davranış anlaşılacaktır. Diğer (onbeş yaşını tamamlamış ve fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği mevcut olan) çocuklara karşı ise sadece cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilen cinsel davranışlar anlaşılacaktır. Kanundaki bu düzenlemelere göre TCK'nun 103. maddesinin (2) numaralı fıkrasındaki suç bir çocuk tarafından işlendiğinde, iki farklı durum ortaya çıkabilmektedir: Birinci ihtimal, mağdur kız çocuk ile sanık erkek çocuğun her ikisinin de onbeş yaşından küçük olmaları ve cinsel ilişkinin rızaen gerçekleşmesi (cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir halin bulunmaması) halidir. Bu halde, erkek çocuk da suçun hem faili hem de aynı zamanda mağdurdur. Çünkü suç, ancak iki kişinin birlikte cinsellik yaşamaları halinde gerçekleşebilen bir suçtur. TCK' daki diğer suçlardan farklı olarak, iki taraf da suçun hem faili hem de mağdurdurlar. Çünkü bu durumda erkek çocuk da cinsel olarak istismar edilmiştir. Aile baskısıyla bu yaşlardaki çocukların evlendirme adı altında cinsel birlikteliğe zorlanmalarında manevi cebir halinin bulunduğunu kabul etmek gerekir. Bu durumda, erkek çocuğun da kız çocuğu kadar suçun mağduru olduğu söylenebilir. Ne var ki, suçun maddi unsurunu oluşturan tam bir cinsel birleşme gerçekleşmişse, (2) numaralı fıkranın uygulanmasıyla, erkek çocuğun suçu, iki kat ağırlaşmaktadır. İkinci olasılıkta, kız çocuğun onbeş yaşından küçük, erkek çocuğun ise onbeş yaşını doldurmuş olması düşünülebilir. Bu durumda iki tarafın rızası ile gerçekleşecek cinsel ilişkide kız çocuğun da suçun faili olduğundan söz edilemeyecek, ancak erkek çocuğun alacağı ceza, (2) numaralı fıkranın uygulanmasıyla, onaltı yıldan aşağı olmamak kaydıyla hapis olacaktır. İtiraz yoluyla (somut norm denetimi) Anayasa Mahkemesine başvuran Sivas 2. Ağır Ceza Mahkemesinin bakmakta olduğu davada, suç tarihinde 18 yaşını bitirmemiş olan sanık (Suça Sürüklenen Çocuk-SSÇ) ile 15 yaşını bitirmemiş olan mağdur arasında arkadaşlık ilişkisi bulunduğu, FACEBOOK üzerinden ve telefonla görüştükleri, sanığın mağduru cinsel ilişkiye zorlamadığı, cebir ve hile bulunmadığı, dosya kapsamından anlaşılmaktadır. Suçun sübutu üzerine verilecek olan ve alt sınırı 16 yıldan başlayan cezadan ancak TCK'nun genel hükümlerine göre, yaş küçüklüğü indirimi yapılabilecek ve sanık çocuğa verilecek ceza TCK Madde 31 (3) numaralı fıkra gereğince üçte bir oranında indirilerek, neticede 10 yıldan az olmayacaktır. Suç tarihinde 18 yaşının altında olması nedeniyle kanunen çocuk sayılan failin, hükmün muhtemel kesinleşme tarihine göre, tüm kanuni indirimler yapılsa bile çekmesi gerekecek yaklaşık 10 yıllık hapis cezası, kişinin ergenlikten gençliğe ve hatta gençlikten yetişkinliğe geçtiği tüm yıllarını kapsayacaktır. O yaştaki bir çocuğun alacağı bu miktarda bir ceza, çocuğun bir daha topluma uyum sağlama imkânını ortadan kaldıracak niteliktedir. Çocuk, yüksek tahsil yapmak imkânından mahrum kalacak, meslek sahibi olamayacak, ileride iyi bir iş bulamayacak ve belki iyi bir aile de kuramayacaktır. Türkiye' nin taraf olduğu Çocuk Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarına göre 18 yaşından küçüklerin çocuk sayılacağı tartışmasızdır. Anayasa'nın 41. maddesinde Devlete, çocukların korunması pozitif bir yükümlülük olarak öngörülmüştür. Diğer yandan, suç olgusuyla mücadele etmekle de görevli olan Devletin, çocukların işlediği suçlarda ne oranda indirim öngöreceği, hangi tedbirlere hükmolunacağı konusunda takdir yetkisi bulunduğu da açıktır. Burada önemli olan, suça sürüklenen çocuğun cinsel bir suç işlemesi halinde sadece genel yaş küçüklüğü indirimlerinden mi yararlanacağı, yoksa bulunduğu yaşı özelliği dolayısıyla cinsel suçlarda, bunlar için farklı kurallar öngörülüp öngörülemeyeceğidir. Anayasa Mahkemesinin yerleşik içtihatlarına göre suç ve cezanın belirlenmesinde yasa koyucu, eylemin ağırlığını, toplumda yarattığı infial derecesini ve eylemin toplumsal barış üzerindeki etkilerini gözетerek, benimsediği ceza siyasetinin gereği olan suç ve cezaları serbestçe takdir ederek yasa kuralları koyma yetkisine sahiptir. Cinsel suçlara karşı ve özellikle çocuklara karşı işlenen cinsel suçların toplumda yol açtığı infiali göz önünde bulunduran yasa koyucu, 103. maddenin (2) fıkrasındaki cezayı benimsemiştir. Bunun Anayasaya aykırılığını öne sürmek dayanaksızdır. Aynı şekilde, çeşitli suçlarda çocukların kullanılması, suça sürüklenen çocuklar tarafından işlenen adam öldürme, yaralama, yağma, hırsızlık, uyuşturucu ticareti hatta terör eylemleri gibi suçlarda çocuklar lehine yapılacak çok büyük ceza indirimlerinin de suça mücadele ve toplumsal barışa zarar vereceği gibi, cezanın etkinliğinin ortadan kalkması nedeniyle, amaçlananın tam aksine, çocuk suçlu adedinin çoğalmasında da yol açılabilecektir. Bu nedenle, yasa koyucunun takdirine Anayasa yargısı tarafından ilke olarak müdahale edilmemelidir. Not edilmesi gereken bir diğer husus da, Anayasa Mahkemesinin eşitlik tanımıdır. Buna göre, konum ve durumlarındaki farklılıklar nedeniyle kişilerin farklı kurallara tabi tutulması eşitlik ilkesine aykırılık teşkil etmez. Aksine, konum ve durumlarındaki özellikler gözetilmeden herkesin aynı kurallara tabi tutulması, eşitliği zedeleyebilir. Bu esaslar çerçevesinde cinsel bir suç olan iptali istenen kurala, " suça sürüklenen çocuklar " yani onbeş yaşını doldurmuş, onsekiz yaşını

doldurmamış çocuk yönünden bakıldığında şu tespitler yapılabilir: Hayatın olağan deneyimlerinin ve her türlü bilimsel verinin ortaya koyduğu gibi, ergenlikten yetişkinliğe geçiş yaşlarında çocuklarda cinsellik aşırı derecede önem kazanmakta, bu alanda deneyimler yaşamak için yoğun bir biyolojik ve psikolojik ortam, çocuğa egemen olmaktadır. Buna karşılık, çocuğun iradesi, cinsellik söz konusu olduğunda, özellikle cebir, şiddet söz konusu olmaksızın ve mağdurun birlikteliği ile gerçekleşen suçta, eylemden kaçınmak için yeterince gelişmemiştir. Bu nedenle bu yaşlardaki çocuklar, toplumsal hayatın etik ve kültürel değerlerine veya suç ve ceza kavramlarına karşı, diğer alanlardakine oranla cinsellik alanında daha zayıf bir durumdadırlar. Bu yaşlardaki gençler karşılıklı rıza ile cinsel bir deneyim yaşamak isteyebilirler. Kaldı ki iptal istemine konu suç, çocuk fail yönünden ancak mağdur ile birlikte işlenebilecek olduğundan, aynı yaştaki bir çocuğun iradi olarak tek başına işleyebileceği öldürme, yaralama, yağma, uyuşturucu satma gibi suçlardan farklıdır. Farklı özellikleri olan bir suçta tüm diğer suçlarla aynı ceza indiriminin öngörülmesi, bir farklılaşmaya gidilmemesi, ölçülülüğün unutulması, her şeyden önce hakkaniyetle bağdaşmaz. Bu suç yönünden, yasa koyucu, sadece çocuklar için genel bir ceza indirimini ceza kanununa koymak suretiyle adaleti sağlamış sayılamaz. Rıza ile iki çocuk arasında gerçekleşen cinsel deneyimin, yaralama sonucu ölüme sebebiyetten, nitelikli hırsızlık ve yağmadan, uyuşturucu ticaretinden hatta terör eylemlerine katılmaktan daha ağır bir şekilde cezalandırılmasının çağdaş bir toplumda mantığa ve vicdana sığdırılması güçtür. Bu nedenle kural, yasa koyucunun takdir yetkisi kapsamında değerlendirilemez. Bu nedenle yasa koyucunun, failin yaşını, biyolojik ve psikolojik gerçeklikleri gözetmeksizin, fail-mağdur arasındaki yaş farkının azlığını öngören bir yasal düzenleme yapmaması, olayda olduğu gibi aşırı ve ölçüsüz sonuçlara yol açabilmektedir. Kaldı ki sonucun, yasa koyucunun asıl amacı olduğu anlaşılan küçük yaştaki evlilikleri önlemek amacıyla da bir ilişkisi yoktur. Temel amacı yetişkinlerin çocukları cinsel yönden istismar etmesini önlemek olan ağır bir ceza yaptırımını, suça sürüklenen çocuğun biyolojik, psikolojik özelliklerini ve fiilin kendine özgü niteliğini gözetmeden, her yaştaki failer yönünden aynı düzenlemelere tabi tutan kural, bu nedenlerle Anayasa' nın 2. maddesinde yer alan hukuk devleti ilkesine ve hukuk devletinin gereği olan ölçülülük gereklerine aykırıdır. Bu konuda yasa koyucunun takdir alanına ilişkin genel kuraldan ayrılarak, suça sürüklenen çocuk yönünden Anayasanın hukuk devleti ilkesine aykırı olan, cezaların ıslah edici olması gereğine dair evrensel ilkelere de ters düşen kuralın iptaline karar verilmesi gerekmektedir. Failin yaşının, Genel Hükümler (TCK Madde 31) dışında, eyleme öngörülen cezada göz önünde bulundurulması esasen çağdaş ceza hukukunun bir gereğidir. Bu konuda 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu' nun 104. maddesinin (2) numaralı fıkrasının iptaline ilişkin olan ve Resmi Gazete'nin 25.02.2006 tarihli, 26091 sayılı nüshasında yayımlanan Esas:2005/103, Karar: 2005/89 sayılı Anayasa Mahkemesi kararına ilişkin karşıoy gerekçemizde yer alan görüşlerin bugün de aynen geçerli olduğu kanaatindeyim. Yukarıda aktarılan görüşümüz çerçevesinde, çocukların cinsel istismarını önlemek amacıyla yasa koyucu tarafından öngörülen cezalarda failin mağdur çocukla arasındaki yaş farkının öngörülecek düzenlemelerde gözetilmesi, bu yaş farkı ne kadar büyükse istismar da o kadar ağır olacağından, mağdura göre çok daha yaşlı olan kişilere daha ağır cezalar verilmesinin hem yerinde hem de Anayasaya uygun olacağı, buna karşılık failin hem mağdurla arasındaki yaş farkının az olmasının hem de kendisinin de çocuk olmasının daha az cezayı gerektiren bir hal olarak düzenlenmesi gerektiği; bu gerekçelere özen gösterilmeden yapılacak yasal düzenlemelerin gayri adil ve hakkaniyete aykırı olacağı yolundaki görüşümüz o günkü karşı oyumuza da bugünkü karara katılımımıza da hâkim olan temel düşüncedir. Özetle, sonuç karara 18 yaşın altındaki failer yani Suça Sürüklenen Çocuklar yönünden katılmaktayım. Kanaatimce, iptali istenen kuralın Anayasa'ya uygunluk denetimi, başvuran Mahkemenin elindeki olayla sınırlı olarak suça sürüklenen çocuk yönünden yapılmalı ve buna göre, sınırlı bir iptal kararı verilmeliydi. Anayasa Mahkemesinin önceki kararlarında, itiraz yoluyla bir mahkeme tarafından Anayasa Mahkemesi önüne getirilen bir kuralın Anayasa' ya aykırılık incelemesinin sadece Anayasaya aykırılığa neden olay durum veya kişi yönünden incelenerek karara bağlandığına ilişkin çeşitli emsaller bulunmaktadır. Bunlara örnek olarak, aşağıdaki kararlar zikredilebilir: Esas: 2013/88, Karar:2014/101 sayılı kararında Anayasa Mahkemesi, Ankara 7. İdare Mahkemesi tarafından itiraz yoluyla iptali istenen 2802 sayılı Kanun'un 5336 sayılı Kanun'un 1. maddesi ile değişik 102 maddesinin (a) bendinde geçen " Kıstas aylık: En yüksek Devlet memuruna mali haklar kapsamında fiilen yapılmakta olan her türlü ödemeler toplamının brüt tutarını " ibaresini " Başbakanlık Müsteşarı " yönünden incelemiş ve Anayasa' ya aykırı bularak, " Başbakanlık Müsteşarı yönünden " iptal etmiştir. Esas:1997/51, Karar:1998/8 sayılı kararında da Anayasa Mahkemesi, Antalya Vergi Mahkemesince iptali istenen 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu'na 4108 sayılı Yasa ile

1.4.2.Reşit Olmayanla Cinsel İlişki

Reşit olmayanla cinsel ilişki eylemi 5237 sayılı yasanın 104. maddesinde düzenlenmiştir.¹³²

“ 5237 Sayılı Yasa ” 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe girdiğinde 104. maddenin ikinci fıkrası nitelikli hal olarak düzenlenmişti. Bu fıkra göre, fail mağdurdan beş yaş büyük ise; failin cezası şikâyet aranmaksızın iki kat arttırılmaktaydı. Maddenin bu fıkrasında fail ile mağdur arasında 5 yaş farkın esas alınması, doktrinde eleştiriye konu olmuştur. Bu esasın bilimsel bir temele veya kriminolojik bir veriye dayanmadığı ayrıca keyfilik oluşturan bir hüküm olduğu doktrinde haklı olarak belirtilmiştir.¹³³ Anayasa Mahkemesi de 2005 / 103 Esas ve 2005 / 89 Karar sayılı 23.11.2005 tarihli kararı ile yerinde bir şekilde maddenin 2. fıkrasını iptal etmiştir.¹³⁴

eklenen Mükerrer 111. maddenin üçüncü fıkrasındaki ". mahsup edilemeyen vergiler ise red ve iade edilemez " kuralını şu gerekçeyle sınırlamıştır: " Bakılmakta olan davada davacı, kurumlar vergisi yükümlüsüdür. Bu nedenle Mükerrer Madde 111'in üçüncü fıkrasının son tümcesindeki ". mahsup edilemeyen vergiler ise red ve iade edilmez " kuralına ilişkin esas incelemenin " kurumlar vergisi mükellefleri " yönünden yapılmasına .karar verilmiştir " Bu emsallerden de görüleceği gibi, iptali istenen kuralın kapsamı içerisinde kalan kişiler ve durumlar, Anayasa' ya aykırılığa neden olan somut olayla sınırlanarak incelenebilir ve bu şekilde bazı kişi veya haller yönünden iptal kararı verilebilir. Eldeki iptal başvurusunda da Anayasa Mahkemesince, kuralın Anayasa' ya aykırılığı 18 yaş altındaki sanık (Suça Sürüklenen Çocuk) yönünden yapılmalı idi. Ne var ki muhterem çoğunlukça bu yoldaki görüşümüz benimsenmediği ve kurala ve iptal ya da ret oyu kullanmak dışında seçeneğimiz bulunmadığı için, yukarıdaki gerekçelerle iptal yönünde oluşan görüşe katılmak gerekmiştir. ” Anayasa Mahkemesi, 12/11/2015, 26/100 sayılı karar (Karar Anayasa Mahkemesinin sitesinden alınmıştır.)

¹³²5237 sk. md. 104 “ (1) Cebir, tehdit ve hile olmaksızın, onbeş yaşını bitirmiş olan çocukla cinsel ilişkide bulunan kişi, şikayet üzerine, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (2) (Yeniden düzenleme: 18/6/2014-6545/60 md.) Suçun mağdur ile arasında evlenme yasağı bulunan kişi tarafından işlenmesi hâlinde, şikâyet aranmaksızın, on yıldan on beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. (3) (Ek: 18/6/2014-6545/60 md.) Suçun, evlat edineceği çocuğun evlat edinme öncesi bakımını üstlenen veya koruyucu aile ilişkisi çerçevesinde koruma, bakım ve gözetim yükümlülüğü bulunan kişi tarafından işlenmesi hâlinde, şikâyet aranmaksızın ikinci fıkra göre cezaya hükmolunur. ”

¹³³TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 378,

¹³⁴“ Başvuru kararında, itiraz konusu kuralın, aynı suçu işleyenler arasında farklı ceza uygulamalarına yol açtığı, yasa önünde eşitlik ilkesinin amacının, hukuksal durumları aynı olan kişilerin, yasalar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemek olduğu, aynı suçu işleyen failer için mağdur ile aralarındaki yaş farkı nedeniyle ayrı cezalar öngörülmesinin, eşitlik ilkesiyle bağdaşmadığı, tarafların evlenmeleri durumunda da eşin cezaevine girmesinin engellenememesinin ailenin parçalanmasına yol açacağı belirtilerek Kural' ın, Anayasa' nın 10. ve 41. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür. Başvuran Mahkeme tarafından, Anayasa' nın 2. maddesi yönünden aykırılık savında bulunulmamış ise de, 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun' un 29. maddesine göre, Anayasa Mahkemesi kanunların, kanun hükmünde kararnamelerin ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü' nün Anayasa'

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun hukuki konusu genelde çocuğun cinsel dokunulmazlığı, özelde ise çocuğun cinsel gelişimidir. Gerçekten de kanun koyucu, eylemi rızaya dayalı bir suç haline getirirken, cinsel birleşme dışındaki cinsel

ya aykırılığı hususunda ilgililer tarafından ileri sürülen gerekçelere dayanmaya mecbur değildir. Anayasa Mahkemesi taleple bağlı kalmak kaydıyla başka gerekçe ile de Anayasa'ya aykırılık kararı verebilir. Bu nedenle, itiraz konusu kural ilgisi nedeniyle Anayasa'nın 2. maddesi yönünden de incelenmiştir. 5237 sayılı Yasa'nın 104. maddesi uyarınca, suç tarihinde onbeş yaşını bitirmiş çocukla rızayla cinsel ilişki kuran faille ilişki kurduğu çocuk arasında beş yaştan az fark varsa, yakınma olmadığı ya da hükmün kesinleşmesinden önce vazgeçildiği takdirde, ilgili hakkında kovuşturma yapılmayacak ya da dava düşürülerek ceza verilmeyecek, aynı yaştaki mağdurla ilişkiye giren fail arasındaki yaş farkı beşten fazla ise, şikayet olup olmadığına bakılmaksızın fail hakkında kovuşturma açılarak suçun sübutu halinde temel ceza iki kat artırılacaktır. Bu durumda, onbeş yaşını bitirip onsekiz yaşını doldurmamış çocuğun, rızasıyla cinsel ilişkiye girdiği kişiyle arasında beş yaştan az fark olması halinde eylemin sonuçlarını kavrayacak bir sorumluluk duygusuna eriştiği kabul edilerek, suçun takibi şikayete bağlı tutulmasına karşın, aynı yaştaki çocuğun rızasıyla cinsel ilişkiye girdiği kişiyle arasında beş yaştan fazla fark olması halinde, eylemin sonuçlarını kavrayacak bir sorumluluk duygusuna erişmediği kabul edilerek, suçun takibi şikayete bağlı tutulmamaktadır. Anayasa'nın 10. maddesinde yer verilen eşitlik ilkesi ile eylemli değil, hukuksal eşitlik öngörülmektedir. Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin yasalarca aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak ve kişilere yasalar karşısında ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak yasa karşısında eşitliğin çiğnenmesi yasaklanmıştır. Durum ve konumlardaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları gerekli kılabilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'nın öngördüğü eşitlik ilkesi çiğnenmiş olmaz. Nitelikleri ve durumları özdeş olanlar için yasalarla değişik kurallar konulamaz. Anayasa'nın 2. maddesinde Cumhuriyet'in nitelikleri arasında sayılan hukuk devletinin de öncelikle eşitlik ve adaleti esas alan bir yapılanmayı öngördüğü kuşkusuzdur. Hukuk devletinin bu temel niteliklerini yaşama geçirmekle yükümlü olan yasa koyucunun, Anayasa'nın ve ceza hukukunun genel ilkelerine bağlı kalmak koşuluyla, cezalandırmada güdülen amacı, suç ve suçluların özelliklerini de gözeterek hangi eylemlerin suç sayılacağını, bunlara verilecek cezanın türünü, miktarını, artırımı ve indirim nedenlerini, bunların oranları ile suçun takibine ilişkin yöntemleri belirleme konusunda takdir yetkisi bulunmakta ise de bu yetki kullanılırken suç ile ceza arasındaki adil dengenin korunması ve öngörülen cezanın, cezalandırmada güdülen amacı gerçekleştirmeye elverişli olması gibi hususların da dikkate alınması zorunludur. Ceza hukukunda yasa önünde eşitlik ilkesinin uygulanması da kuşkusuz, aynı suçu işleyen tüm suçluların kimi özellikleri gözardı edilerek her yönden aynı kurallara bağlı tutulmalarını gerektirmemektedir. Mağdurun veya failin durumlarındaki farklılıklar bunlara değişik kurallar uygulanması sonucunu doğurabilir. Ancak, suçun takip şekli veya failin cezalandırılmasında esas alınan özellikleri, kuralla korunmak istenen hukuki yarar bakımından sonuca etkili değilse, bu durumda faillerin farklı durumda oldukları kabul edilerek aralarında ayırım yapılması eşitlik ilkesine aykırılık oluşturur. İtiraz konusu kuralla faillerin, mağdurdan beş yaştan daha büyük olmaları halinde yakınma olup olmadığına bakılmaksızın iki kat fazla ceza ile cezalandırılmaları öngörülmüştür. Böylece, aynı yaştaki mağdurlarla cinsel ilişkide bulunan failer arasında sadece yaş farkına dayanan bir ayırım yapıldığı gibi, faille aralarındaki yaş farkının beşten az olması halinde suçun şikayete bağlı olarak takip edilip edilmemesi hususunda mağdurun iradesi esas alınıp, failin beş yaştan büyük olması durumunda ise, bu irade gözetilmeyerek mağdurlar yönünden de farklılık yaratılmıştır. Aynı yaşta olup, aynı eylemin tarafı olan mağdurlar arasında yapılan bu ayırım ile aynı yaştaki kişilere karşı aynı eylemi gerçekleştiren failer arasında sadece yaş farkına dayanılarak yapılan ayırımın, Kural'ın belli yaştaki çocukların cinsel dokunulmazlıklarını koruma amacını gerçekleştirmeye elverişli bulunmadığı ve adalet ilkeleriyle de bağdaşmadığı sonucuna varılmıştır. Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir. ” Anayasa Mahkemesi, 25/11/2005, 103/89, 26091 sayılı Resmi Gazete, <http://www.resmigazete.gov.tr/main.aspx?home=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2006/02/20060225.htm&main=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2006/02/20060225.htm>, Erişim Tarihi: 03.03.2016

faaliyetleri rızayla olmak şartıyla suç olarak kabul etmezken ve sadece cinsel birleşmeyi suçun unsuru haline getirirken, çocukların erken yaşta cinsel ilişki yaşayarak sonradan pişman olmamalarını ve erken gebelik ile karşı karşıya kalmamalarını amaçlamaktadır.¹³⁵

Suçun maddi konusu, 15-18 yaş aralığında olan ve reşit olmamış çocuğun bedenidir.¹³⁶

Bu suçun faili kadın veya erkek herkes olabilir. Ancak bir kadın ile başka bir kadının cinsel ilişki yaşaması fiilen mümkün olmadığı için bu durum istisnadır. Ayrıca madde başlığında “ reşit olmayanla ” ibaresinin kullanılması, suçun failinin reşit olan kişileri işaret ettiğini göstermektedir.¹³⁷ Kaldı ki aksi bir yorumla reşit olmayan birinin fail olarak kabul edilmesi durumunda; ilişkiye giren her iki taraf da reşit olmadığından, hangisinin fail (veya mağdur) olduğunu tespit etmek imkansız hale gelecektir. Açıklanan bu nedenlerle, reşit olmayan 15-18 yaş aralığındaki iki

¹³⁵TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 377, KOCA ve ÜZÜLMEZ, Özel Hükümler, s. 330, Hukuki konuya ilişkin doktrindeki farklı görüşler “ Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun hukuki konusunun çocuğun doğru ve düzgün cinsel gelişimi olduğu düşüncesindeyiz ”, “ Kanımızca burada ceza hukukuyla korunması gereken bir menfaat yoktur, bu nedenle fiilin suç olmaktan çıkartılması gerekir. ” TANER, s. 328, “ Burada korunan hukuki menfaat toplumun değer yargıları ve çocuğun yararı çerçevesinde on beş on sekiz yaş arasındaki çocuğun cinsel gelişimi ve cinsel dokunulmazlığı olarak kabul etmek mümkündür. ” KARTAL, s. 134, ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACIKSIZ/TEPE, Özel Hükümler, s. 361, “ Korunan hukuki değer, 15 yaşını doldurmuş ancak henüz reşit olmamış kişilerin cinsel dokunulmazlığıdır. Daha doğru bir ifadeyle asıl amaç küçükleri zamansız cinsel deneyimlere karşı korumaktır. Yaşı itibarıyla yeterince olgun düşünemeyecek durumda olan mağdur, cinsel özgürlüğüne doğrudan müdahale edilmeden, fail ceza tehdidi altında bırakılarak, dolaylı olarak korunmaktadır. ” BEYAZIT, Özgür, Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Sayı 1, 2010, s. 296, “ Bu suçla 15 yaşını tamamlamış ancak 18 yaşını doldurmamış kişilerin cinsel bütünlüğü korunmaktadır. ” KANBUR, Mehmet Nihat, 6545 Sayılı Kanun Değişiklikleri Çerçevesinde Türk Ceza Kanunu’ nda Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 16, Özel Sayı Hakan Pekcanitez’ e Armağan, 2014, s. 4142, “ Kanun koyucu, 104. madde hükmüyle on beş yaşını bitirmiş, ancak henüz on sekiz yaşını bitirmemiş olan çocuğun, normal koşullarla gerçekleştirdiği davranışların hukuki anlam ve sonuçlarını kavrama yeteneğine sahip olmakla birlikte, davranışlarını yönlendirme yeteneğinin yeterince gelişmemiş olabileceği gerçeğinden hareketle, irade yeteneğinin zayıflığı normatif olarak (TCK 31/3. md.) kabul edilen bu yaş grubundaki çocuklarla, cebir, tehdit ve hile olmaksızın gerçekleştirilen cinsel ilişkide mefruz (varsayılan) cebrin varlığını kabul ederek, bu eylemi bireyin cinsel özgürlüğüne yönelik sayarak cezalandırmak suretiyle suç mağduru çocuğu korumayı amaçlamıştır. ” GÜNDÜZ, s. 89, “ Suç ile, çocuğun cinsel bütünlüğü ve cinsel dokunulmazlığı ihlal edilmiş olur. ” M.AYDIN, Çocukların Cinsel İstismarı Ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, s. 88, “ Ceza kanunu reşit (ergin) olmayanlara tam cinsel özgürlük tanımamıştır. Bunun nedenlerinden birisi reşit olmayanların cinsel ilişkisinin hukuki ve fiili sonuçlarını henüz algılama yeteneklerine kavuşmayışları, ikincisi ise, kamu düzeninin bozulacağı endişesidir. Düzenin bozulmuş sebebi toplumun ve ailenin küçük yaşta bu ilişkileri kabul edemeyişidir. ” SOYASLAN, Doğan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 10. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2014, s. 256

¹³⁶KANBUR, s. 4143, ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACIKSIZ/TEPE, Özel Hükümler, s. 361, KOCA ve ÜZÜLMEZ, Özel Hükümler, s. 333

¹³⁷KOCA ve ÜZÜLMEZ, Özel Hükümler, s. 332

kişinin cinsel ilişkisi suç olarak kabul edilemez.¹³⁸ Yargıtay 15-18 yaş aralığında bulunan iki kişi arasında bu suçun işlenebileceği¹³⁹ ve ayrıca bu suçta failin sadece erkek olabileceği görüşündedir.¹⁴⁰

¹³⁸BEYAZIT, s. 296 – 299, ÇALIŞKAN, s. 180, TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 377 – 378, KOCA ve ÜZÜLMEZ, Özel Hükümler, s. 332, TOROSLU, Özel Kısım, s. 70, M.AYDIN, Çocukların Cinsel İstismarı Ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, s. 90, Aksi yönde görüş “ Dolayısıyla fail mahkeme kararıyla veya evlenmeyle ergin kılınmış bir kişi olsa dahi, gerçek yaşına göre uygulama yapılmalı ve çocuk yaşıta ise bu suçun faili olamayacağı kabul edilmelidir. ” TANER, s. 331(Madde başlığı esas alındığında bu yoruma katılmak mümkün değildir.), Taner ile aynı yönde KANBUR, s. 4147, “ Hükümün lafzına bakıldığında cinsel ilişkinin taraflarının her ikisinin de 15 – 18 yaşları arasında olmaları halinde her iki taraf için de md. 104 hükmünün uygulanması dışında bir seçenek yer almamaktadır. Aksi bir kabul yani ancak 18 yaşını dolduranın bu suçun faili olabileceği yönündeki bir düşünce ancak tip içerisinde bu yönde bir düzenleme getirilmesi halinde mümkündür. ” ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACIKSIZ/TEPE, Özel Hükümler, s. 363 – 364 (Kişi yaptığı fiil neticesinde hem fail hem de mağdur olamaz, kaldı ki yazarın görüşü kabul edildiğinde her iki tarafta cezalandırılabilir ki bu durum kanun koyucunun amacına uygun değildir ayrıca böyle bir kabulde bir tarafın şikayetçi diğer tarafın da şikayetçi olmaması halinde bir taraf cezalandırılırken diğer taraf cezalandırılmayacaktır ki bu da adil olmayan bir duruma neden olacaktır. Yine 15 – 18 yaş aralığında olan ve ergin olmayan iki kişi cinsel ilişkiye girmiş ve bu kişiler arasında amca – yeğen ilişkisi bulursa, her iki kişi de şikayet aranmaksızın neredeyse çocuğun cinsel istismarında kabul edilen cezaya yakın bir ceza ile karşı karşıya gelecektir. Rızaya dayalı bir suçta iki kişinin birden bu kadar ağır cezalandırılması kanun koyucunun amacıyla örtüşmemektedir. Bu nedenlerle konunun açıklığa kavuşması için yapılacak kanun değişikliği önerisi hariç yazarın görüşüne katılmak mümkün değildir.), Özbek vd. ile aynı yönde SOYASLAN, Özel Hükümler, s. 256 , “ Ancak cinsel ilişkide bulunan kimselerin her ikisinin de 15 yaşını doldurmuş çocuk olmaları mümkündür. Kanımızca bu ihtimalde, her iki çocuk bakımından fail ve mağdur sıfatı birleştikten 104 üncü madde uyarınca bunların cezalandırılması hususunda tereddütler doğabilecektir. Yasa koyucunun amacına da uygun olarak cinsel ilişkiye ikna edici davranışta bulunan fail kabul etmek çözüm olabilir. ” ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, Özel Hükümler, s. 244 (İkna edenin fail olarak kabul edilmesine yönelik kanunda bir düzenleme yoktur ayrıca uygulamada ikna edenin tespiti imkansız denecek kadar zordur. Bu nedenlerle yazarın görüşüne katılmak mümkün değildir.), “ Herhangi bir erkek suçun faili olabilir. ” BAYTEMİR, s. 624 (Suçun düzenlenme şekline bakıldığında sadece erkeğin fail olabileceğine ilişkin hiçbir ifade yoktur ayrıca kanun metninde geçen “ cinsel ilişki ” tek taraflı yapılan bir faaliyet değildir. Bu nedenlerle yazarın görüşüne katılmak mümkün değildir.)

¹³⁹“ Mağdur beyanları, sanık savunmaları, tanık beyanları ve tüm dosya kapsamına göre, aynı koşuğa kalan sanığın mağdura yönelik eylemlerinin uzun süre devam etmesine rağmen mağdurun idareye bildirimde bulunmaması, sanıkla mağdurun haftada bir kaç kez koşuğun ikinci katına çıkarak 2-3 saat kalıp televizyonun sesini açmaları, sanığın zorla livatada bulunduğu ilişkin kesin kanıt elde edilememesi, tanık M K' ın 27.01.2012 tarihli anlatımında sanığın cinsel amaçla tanığın üzerine çıkmak isteyip, tanığın karşı koyması üzerine eylemini tamamlayamadığı, bu olayı idareye bildirmek isteyen tanığı mağdur Ü' in dövdüğünü beyan etmesi ve dosyadaki mevcut adli raporlar birlikte değerlendirildiğinde sanığın mağdura yönelik eyleminin TCK'nın 104. maddesinde öngörülen reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu oluşturduğu gözetilmeden, yazılı şekilde çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçundan hüküm kurulması, ” (İlk derece mahkemesi olan Ünye Ağır Ceza Mahkemesinin 2010/312 esas sayılı dosyasına göre fail de mağdur da 16 yaşındadır.) Yar. , 14. CD, 24/01/2013, 13961/467, ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACIKSIZ/TEPE, Özel Hükümler, s. 364 (Kararın tam metni UYAP’ tan alınmıştır.)

¹⁴⁰“ Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun düzenlendiği TCK'nın 104. maddesinin metninde suç olarak tarif edilen cinsel ilişkinin, erkek cinsel organının bir kadına vajinal veya anal yoldan ya da bir erkeğe anal yoldan ithal edilmesi olarak tanımlanması karşısında, mahkemenin oluşa uygun kabulüne göre, kayden 10.06.1991 doğumlu olup suç tarihinde 15 yaşını doldurmuş olan mağdureyle rızası ile öpüşüp seviştiği sırada mağdurenin cinsel organına parmağını soktuğu anlaşılan hemcinsi sanığın, cinsel ilişki boyutuna varmayan cinsel davranışları nedeniyle hukuka aykırılıktan söz edilemeyeceğinden reşit

Suçun mağduru da kadın veya erkek herkes olabilir. Ancak doktrinde evlilik veya mahkeme kararı ile elde edilen reşitlik halinde, kişilerin bu suçun mağduru olup olamayacağı tartışmalıdır.

Kanbur' a göre; madde metni mağduru medeni durumu itibariyle değil, yaş itibariyle belirlemiştir. Evlenme ile rüştünü elde eden kişi sadece eşi bakımından, evliliğin bütün sonuçları bakımından haklara ve yükümlülöklere tabi olmaktadır. Diğer kişiler bakımından ise kanunda sadece yaş ayrımı yapıldığı ve evlenme hukukuna uygunluk sebebi sadece eşi ile yaşanan cinsel ilişkiler bakımından geçerli olduğu için, fiil yine suç olma özelliğini sürdürecektir ve evlenme ile ya da mahkeme kararı ile rüştünü kazanan 18 yaşını henüz doldurmamış kişi madde 104' deki suçun mağduru olabilecektir.¹⁴¹

Özbek vd. göre, mahkeme kararıyla reşit olan kişi medeni haklarını kullanma açısından yasal menfaati gereği özel olarak hukuk tarafından desteklenmiştir. Ancak bu o kişinin suç düzenlemelerinin tarafı olma ihtimalini ortadan kaldırmaz. Bir meslek ya da sanatın icrası amacıyla mahkemeye rüştüne karar verilen 15 yaşını bitirmiş çocuğun bir başkasıyla cinsel ilişki yaşaması durumunda, bu suçun mağduru olması mümkündür. Çünkü burada cinsel ilişki mahkeme kararıyla rüşte ermenin doğal bir sonucu olmadığı için korunan hukuki yarar varlığını devam ettirmektedir.¹⁴²

Taner' e göre, evlenme ile ergin olan kişinin eşi dışında 18 yaşından büyük birisiyle cinsel ilişkiye girmesi halinde de reşit olmayanla cinsel ilişki suçu oluşmaz; zira bu kişinin artık cinsel olgunluğa ulaştığı kabul edilmelidir. Öte yandan mahkeme kararı ile ergin kılınan mağdurla, 18 yaşından büyük olan failin cinsel ilişkiye girmesi halinde suç oluşur. Çünkü kişinin yargı kararıyla, örneğin bir meslek veya sanatı icra etmek için reşit kılınması, cinsel olgunluğa ulaştığı anlamına gelmez.¹⁴³

olmayanla cinsel ilişki suçundan beraati yerine, yazılı şekilde düşme karar verilmesi, ” Yar. , 14. CD,24/01/2013, 13961/467, ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACIKSIZ/TEPE, Özel Hükümler, s. 364 (Kararın tam metni Uyar' tan alınmıştır.) Cinsel ilişkide bulunma, karşılıklı yapılan bir faaliyettir. Bu nedenle bu faaliyetin her iki tarafı da “ cinsel ilişkide bulunan ” sıfatını alacaktır. Ayrıca madde metninde kadının fail olamayacağına yönelik bir ibare de yoktur. Açıklanan nedenlerle Yargıtayın kararına katılmak mümkün değildir.

¹⁴¹KANBUR, s. 4161 – 4162

¹⁴²ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACIKSIZ/TEPE, Özel Hükümler, s. 366

¹⁴³TANER, s. 330 – 331

Bizim de katıldığımız diğer görüşe göre ise; madde başlığında “ reşit olmayanla ” şeklinde ibare kullanılarak, kanun koyucu tarafından evlilik ve mahkeme kararı ile elde edilen reşitlik halinde kişilerin bu suçun mağduru olamayacağı amaçlanmıştır.¹⁴⁴

Bu suçta kanun koyucu tarafından aranan hareket “ cebir, tehdit ve hile olmaksızın cinsel ilişkide bulunma ” fiilidir. Yani cinsel ilişkinin rızaya dayalı olması suçun unsurudur. Madde metninde cinsel ilişkinin tanımı yer almamaktadır. Cinsel dokunulmazlığa karşı düzenlenen diğer suçlarda (cinsel saldırı ve cinsel istismar) vücuda organ sokmak dışında sair cisim sokulması ayrıca cinsel istismar suçunda “ her türlü cinsel davranış ” cezaya tabi kılınmıştır. Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda ise bu hususlar düzenlenmemiştir. Bu durumda cinsel ilişkinin; erkeklik organının vajinal veya anal yoldan ithali suretiyle karşılıklı yapılan faaliyet olarak dar yorumlanması gerekmektedir. Aksi bir yorumla, maddenin kıyas yoluyla genişletilmesi kanunilik ilkesine aykırı olacaktır.¹⁴⁵

Maddenin 2. ve 3. fıkralarında suçun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli halleri düzenlenmiştir. İlk nitelikli hal eylemin mağdurla arasında evlenme yasağı bulunan kişi tarafından işlenmesidir. Bu nitelikli hal yasaya 6545 sayılı yasa ile eklenmiştir ve ensest ilişkileri (15-18 yaş aralığı ve reşit olmama sınırları içinde) düzenlemektedir. Ensest ilişkiler toplumun değer yargıları ile bağdaşmayan fiiller olup yasada düzenlenmesi yerinde olmuştur. Aralarında evlenme yasağı olan kişiler Medeni Kanun’ un 129. maddesinde açıklanmıştır.¹⁴⁶

¹⁴⁴KOCA ve ÜZÜLMEZ, Özel Hükümler, s. 333, TANERİ, s. 164, M.AYDIN, Çocukların Cinsel İstismarı Ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, s. 90 – 91, ARSLANTÜRK, s. 402, BAYTEMİR, s. 625 – 626, TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 380

¹⁴⁵BEYAZIT, s. 299 – 300, GÜNDÜZ, s. 90, BAYTEMİR, s. 629, TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 381, KOCA ve ÜZÜLMEZ, Özel Hükümler, s. 333 – 334, TANERİ, s. 333 – 334 Aksi yönde görüş “ Bizce cinsel ilişki; kişinin cinsel arzularını tatmin amacıyla, karşısındaki kişi ile kuracağı, kendisini veya onu tatmine yarayan ve cinsel arzuları tatmine elverişli organlara girme ile sonuçlanan tüm eylemler olarak kabul edilmelidir. Cinsel ilişki kavramı bu şekilde kabul edildiğinde, bir erkeğin veya kadının, cinsel organlarına veya ağızına cinsel organını veya başka bir cismi, cinsel arzularını tatmin amacı ile sokması halinde maddede düzenlenen suç oluşacaktır. ” M.AYDIN, Çocukların Cinsel İstismarı Ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, s. 93, “ Cinsel ilişki ifadesinden flört aşamasından öte ilişkileri anlamak gerekir. ” SOYASLAN, Özel Hükümler, s. 256, TANERİ, s. 166, “ Aynı ya da farklı cinsiyette olan kişiler arasındaki cinsel uzuvların birleşmesini, cinsel organlara cinsel uzuv dışında başka organların sokulmasını, cinsel organlara sair cisim sokulmasını ve ağız boşluğuna cinsel organ sokulmasını (oral seks) da kapsayacak şekilde anlaşılmalıdır. ” KANBUR, s. 4170

¹⁴⁶TMK md. 129 “ Aşağıdaki kimseler arasında evlenme yasaktır: 1. Üstsoy ile altsoy arasında; kardeşler arasında; amca, dayı, hala ve teyze ile yeğenleri arasında, 2. Kayın hısımlığı meydana

İkinci nitelikli hal; suçun, evlat edineceği çocuğun evlat edinme öncesi bakımını üstlenen veya koruyucu aile ilişkisi çerçevesinde koruma, bakım ve gözetim yükümlülüğü bulunan kişi tarafından işlenmesidir. Bu nitelikli hal de yasaya 6545 sayılı yasa ile eklenmiştir. Suçun daha kolay işlenebilmesi ve fail ile mağdur arasındaki bu tarz bir yakınlık olmasına rağmen eylemin yapılmasının toplumda oluşturacağı infial nedeniyle yasaya yapılan ekleme yerinde olmuştur. Koruyucu aile, çocuğun cinsel istismarı suçunda açıklandığı için burada sadece değinmekle yetineceğiz ve önceki açıklamalarımız reşit olmayanla cinsel ilişki suçu için de geçerlidir.

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçu genel kastla işlenebilen bir suçtur ve saik aranmaz. Suçun taksirli hali kanunda düzenlenmediği için reşit olmayanla cinsel ilişki suçu taksirle işlenemez. Suçun olası kastla işlenmesi mümkündür.¹⁴⁷

Rıza, reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmemiş ve hatta rıza suçun unsuru haline gelmiştir. Ceza sorumluluğunu kaldıran meşru müdafaa, zorunluluk hali, amirin emrini ifa gibi hallerin de bu suçla bir arada bulunması mümkün değildir.¹⁴⁸

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçuna teşebbüs mümkündür. Fail cinsel ilişkiye girmeden önce icra hareketlerinden gönüllü olarak vazgeçerse esasen o ana kadar tamam olan kısım için kanunda ayrı bir suç düzenlemesi olmadığından faile ceza verilemeyecektir.¹⁴⁹

getirmiş olan evlilik sona ermiş olsa bile, eşlerden biri ile diğerinin üstsoyu veya altsoyu arasında, 3. Evlat edinen ile evlatlığın veya bunlardan biri ile diğerinin altsoyu ve eşi arasında. ”

¹⁴⁷ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 382, TANERİ, s. 166, ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACIKSIZ/TEPE, Özel Hükümler, s. 371, KANBUR, s. 4180, BEYAZIT, s. 301, ARSLANTÜRK, s. 415, GÜNDÜZ, s. 91, TOROSLU, Özel Kısım, s. 71, M.AYDIN, Çocukların Cinsel İstismarı Ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, s. 94 Aksi yönde görüş “ Kanımızca suçun olası kastla işlenmesi mümkün değildir. Zira cinsel ilişkiye girme davranışının fail tarafından doğrudan istenmesi gerekir. Bu nedenle reşit olmayanla cinsel ilişki suçu, olası kastla işlenemez. ” TANER, s. 339

¹⁴⁸ M.AYDIN, Çocukların Cinsel İstismarı Ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, s. 93 – 94, ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACIKSIZ/TEPE, Özel Hükümler, s. 371, KOCA ve ÜZÜLMEZ, Özel Hükümler, s. 335

¹⁴⁹ ARSLANTÜRK, s. 417, GÜNDÜZ, s. 94, “ Bu suça teşebbüs mümkündür. Ancak çocukların cinsel istismarı sayılabilecek hareketler bu suça teşebbüs olarak nitelendirilmemelidir. ” TOROSLU, Özel Kısım, s. 70, TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 382, TANERİ, s. 168, “Mağdureyle cinsel ilişkiye girmek isteyen sanığın, mağdurenin acı duyduğunu söylemesi ve istememesi üzerine ilişkiden gönüllü olarak vazgeçtiğinin anlaşılması karşısında, sevişme şeklindeki cinsel ilişki içermeyen, cinsel nitelikteki eylemlerin mağdurenin yaşı ve rızası dikkate alındığında suç teşkil etmeyeceği gözetilmeden, sanığın beraati yerine yazılı şekilde mahkûmiyetine karar verilmesi ” Yar. , 14. CD, 11/03/2013, 9207/2448, ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACIKSIZ/TEPE, Özel Hükümler, s. 372 (Kararın tam metni Uyap’ tan alınmıştır.)

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda suç ortaklığına (iştirak) ilişkin genel hükümler uygulanır. Bu suç açısından özel bir iştirak hükmü düzenlenmemiştir.¹⁵⁰

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun, bir suç işleme kararının icrası kapsamında aynı mağdura karşı farklı zamanlarda gerçekleştirilmesi durumunda, zincirleme (TCK 43) suç hükümleri gereği faile tek ceza verilip cezada arttırmaya gidilecektir. Ancak kastın yenilenmesi durumu söz konusu olursa her eylem ayrı suç olarak kabul edilip gerçek içtima hükümleri gereği fail, her bir suçtan ayrı cezalandırılacaktır.¹⁵¹

Suçun takibi birinci fıkra için şikâyet tabi iken ikinci ve üçüncü fıkralar re'sen soruşturulacaktır. Şikâyet hakkı ve cinsel özgürlük şahsa sıkı sıkıya bağlı bir hak olduğu için bizzat mağdur tarafından kullanılabilir. Mağdurun yasal temsilcileri bu hakkı mağdur adına kullanamazlar.¹⁵² Yargıtay da şikâyet hakkının mağdura ait olduğu düşüncesindedir.¹⁵³

1.4.3.Cinsel Taciz

Cinsel taciz fiili 5237 sayılı yasanın 105. maddesinde yer almaktadır.¹⁵⁴

¹⁵⁰KANBUR, s. 4183 – 4184, M.AYDIN, Çocukların Cinsel İstismarı Ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, s. 94, TANERİ, s. 168, BAYTEMİR, s. 630, TANER, s. 341

¹⁵¹KANBUR, s. 4184 – 4185, TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 382, BAYTEMİR, s. 630

¹⁵²BEYAZIT, s. 304 – 305, KANBUR, s. 4193, M.AYDIN, Çocukların Cinsel İstismarı Ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, s. 95, KARAKUŞ, Hatice, Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçunda Şikayet Hakkı, Hukuk Gündemi, Sayı 2, 2012, s. 90 - 91 Aksi yönde görüş “ 15 yaşını bitirmiş çocukla rızası dahilinde cinsel ilişki kurulması ve bu eylemin tipinin TCK m.104/1’ e uyması halinde, suçun takibinin, yani soruşturulup kovuşturulmasının şikayete bağlı tutulduğu anlaşılmakla, cinsel dokunulmazlık hakkının şahsa sıkı sıkıya bağlı hakkı olması sebebiyle şikayet hakkının öncelikle çocuğa ait olacağı tartışmasızdır. Ancak burada geçen şikayet hakkı, mağdur çocuğun kanuni temsilcisi, yani velisi (anne ve/veya babası) veya vasisi tarafından da kullanılabilir. ” ŞEN, Ersan, Reşit Olmayanla Cinsel İlişki, <http://www.hukukihaber.net/resit-olmayanla-cinsel-iliski-makale,4646.html>, 2016, Erişim Tarihi: 14/ 03/2016

¹⁵³“ Reşit olmayan mağdure ile rızasıyla cinsi münasebette bulunan sanığın eyleminin aynı yasanın 104. maddesinin 1. fıkrası kapsamında yer alması sebebi ile şikayete bağlı bulunan suçtan dolayı suç tarihinde 16 yaşında olan mağdurenin 06.08.2003 tarihinde C.Savcısı tarafından alınan beyanında şikayetinden vazgeçmiş olduğu anlaşıldığından, aynı yasanın 73. maddesi uyarınca kamu davasının düşmesine karar verilmesi yerine yazılı şekilde hüküm kurulması ” Yar. , 5. CD, 20/09/2007, 7992/6547, ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, Özel Hükümler, s. 244 – 245

¹⁵⁴5237 sk. md. 105 “ (1) Bir kimseyi cinsel amaçlı olarak taciz eden kişi hakkında, mağdurun şikayeti üzerine, üç aydan iki yıla kadar hapis cezasına veya adli para cezasına fiilin çocuğa karşı işlenmesi hâlinde altı aydan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.(2) (Değişik: 18/6/2014-6545/61 md.) Suçun;a) Kamu görevinin veya hizmet ilişkisinin ya da aile içi ilişkisinin sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle, b) Vasi, eğitici, öğretici, bakıcı, koruyucu aile veya sağlık hizmeti veren ya da koruma, bakım veya gözetim yükümlülüğü bulunan kişiler tarafından, c) Aynı işyerinde çalışmanın

Cinsel taciz; kişinin cinsel dokunulmazlığını, temas içermeyen cinsel davranışlarla rahatsız etme şeklinde gerçekleşen eylemlerdir.¹⁵⁵

Suçun hukuki konusu kişilerin cinsel dokunulmazlığıdır.¹⁵⁶ Suçun maddi konusu cinsel taciz fiiline maruz kalan kişidir.¹⁵⁷

Suçun faili de mağduru da kadın veya erkek herkes olabilir.¹⁵⁸

Cinsel taciz suçunda aranan fiil cinsel amaçlı olarak mağdurun rahatsız edilmesidir. Eylemin cinsel amaçlı olması suçun unsurudur. Cinsel amaçlı olmayan eylemler bu suçu oluşturmaz. Örneğin, mağdura onu rahatsız etmek için sürekli telefon açılması olayında eylem cinsel amaçlı ise cinsel taciz cinsel amaçlı değilse kişilerin huzur ve sükununu bozma suçu oluşacaktır. Ayrıca yapılan davranışlar esnasında mağdurun vücuduna temas olmaması şarttır; aksi takdirde eylem

sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle, d) Posta veya elektronik haberleşme araçlarının sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle, e) Teşhir suretiyle, işlenmesi hâlinde yukarıdaki fıkraya göre verilecek ceza yarı oranında artırılır. Bu fiil nedeniyle mağdur; işi bırakmak, okuldan veya ailesinden ayrılmak zorunda kalmış ise verilecek ceza bir yıldan az olamaz.”

¹⁵⁵GERÇEK, Leyla Çakıcı, Yargıtay Kararlarıyla Cinsel Taciz Suçu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 60, Sayı 1, 2011, s. 49, ARTUK, Mehmet Emin, Cinsel Taciz Suçu, Çalışma Ve Toplum, Ekonomi Ve Hukuk Dergisi, Cilt 11, Sayı 4, 2006, s. 35, “ 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’ nun madde gerekçesinde ise cinsel tacizin, cinsel yönden ahlak temizliğine aykırı olarak mağdurun rahatsız edilmesi olduğu ve vücut dokunulmazlığının ihlali niteliği taşımayan cinsel davranışlarla gerçekleştirilebileceği ifade edilmiştir. Belirtmek gerekir ki, gerekçede ifade edilen cinsel davranış ve ahlak temizliğine aykırı hareket ifadeleri muğlaktır. Ahlak göreceli bir kavram olup, suç tanımlarında bu gibi kavramların kullanılması, suçun maddi unsurunun belirlenmesini zorlaştırmaktadır.” PAMUK, Gülfem, Fransız Ve Türk Ceza Kanunu’ nda Cinsel Taciz Suçu, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 19, Sayı 2, 2013, s. 1468 – 1469, “ Cinsel arzuları tatmin için bir kimsenin cinsel dokunulmazlığına yönelik ancak vücut dokunulmazlığını ihlal etmeyen bir başka deyişle cinsel saldırı boyutuna ulaşmayan davranışlarla rahatsız edilmesi cinsel taciz anlamındadır. ” SEVÜK, Handan YOKUŞ, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’ nda Cinsel Saldırı Ve Cinsel Taciz Suçları, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2005-57-126>, 2005, s. 271, Erişim Tarihi: 19/02/2015

¹⁵⁶KOCA ve ÜZÜLMEZ, Özel Hükümler, s. 337, TANER, s. 351, YENİDÜNYA, Caner, Cinsel Taciz Suçu, www.marmaraceza.org/.../8_Ders_Notu_Cinsel_taciz_Suu_1.pdf, s. 3, Erişim Tarihi: 16/03/2016, GERÇEK, s. 54, “ Bu suç TCK.’ nun Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar başlıklı bölümünde yer aldığı için, kişilerin cinsel dokunulmazlığı ve bütünlüğü korunmaya çalışılmıştır. Ayrıca kanun koyucu bu suçları kişilere karşı suçlar kısmında düzenlemek suretiyle kişilerin korunması gerektiğini vurgulamıştır. ” ARTUK, Cinsel Taciz Suçu, s. 36, “ Böylece hukuki değer olarak kişinin cinsel yönden rahatsız edilmezliği, dokunulmazlığı ve bütünlüğünün korunması amaçlanmıştır. ” ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACIKSIZ/TEPE, Özel Hükümler, s. 376, “ Bu suçun korudukları hukuki değer genel ahlak ve kişinin cinsel dokunulmazlığıdır. ” SOYASLAN, Özel Hükümler, s. 258

¹⁵⁷KOCA ve ÜZÜLMEZ, Özel Hükümler, s. 338

¹⁵⁸KOCA ve ÜZÜLMEZ, Özel Hükümler, s. 337 – 338, TANER, s. 351 – 352, ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, Özel Hükümler, s. 252, SOYASLAN, Özel Hükümler, s. 258, SEVÜK, s. 271, ŞEN, Ersan ve BAŞARIR, Tuğçe, Enstest Mağdurlarından Birisi Kadın, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 99, 2012, s. 337, GERÇEK, s. 66, ARTUK, Cinsel Taciz Suçu, s. 35, KOPARAN, Mehmet Reşat, 5237 Sayılı Tck’ da Cinsel Saldırı Ve Cinsel Taciz Suçları, www.ceza-bb.adalet.gov.tr./makale/197.pdf, 2009, s. 9, Erişim Tarihi: 17/02/2015

mağdurun yaşına göre çocuğun cinsel istismarı veya cinsel saldırı suçunu oluşturacaktır. Suçu oluşturan fiil el kol hareketleri ile olabileceği gibi söz, yazı veya rahatsız edici diğer cinsel içerikli davranışlarla gerçekleşebilir.¹⁵⁹

Eylemin çocuğa karşı işlenmesi nedeniyle cezanın arttırılacağına ilişkin hüküm 5237 sayılı yasaya 6545 sayılı yasa ile eklenmiştir. Çocuğun cinsel istismarı suçunun düzenlendiği 103. maddede cinsel istismar deyimi açıklanırken; “ her türlü cinsel davranış ” ibaresinin kullanılması nedeniyle, temas olmadan gerçekleşen davranışlarında cinsel istismar suçu kapsamında değerlendirilebileceğine ilişkin karışıklık da sona ermiştir. Bu nedenle düzenleme yerinde olmuştur.¹⁶⁰

Suçun nitelikli halleri 105 .maddenin ikinci fıkrasında düzenlenmiştir. Bunlardan ilki suçun kamu görevinin veya hizmet ilişkisinin ya da aile içi ilişkisinin sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle işlenmesidir. Gerçektende fail ile mağdur arasında bulunan bu ilişkiler; suçun işlenmesini kolaylaştırmakta ve toplumda suçun yalın haline göre daha fazla infial oluşturmaktadır. Burada kullanılan aile kavramını aynı aile içinde beraber yaşayanlar olarak algılamak gerekir. Aksi takdirde aynı aile mensubu olmayan ancak o aile ile birlikte kalan, aileden biriymiş gibi hareket eden ve aile içi ilişkiden faydalanarak cinsel taciz suçunu işleyen kimseye ceza arttırımı yapılamayacaktır ki bu durum kanun koyucunun ulaşmak istediği amaca uygun değildir.¹⁶¹

Suçun vasi, eğitici, öğretici, bakıcı, koruyucu aile veya sağlık hizmeti veren ya da koruma, bakım veya gözetim yükümlülüğü bulunan kişiler tarafından işlenmesi şeklindeki nitelikli hal, çocuğun cinsel istismarı suçunun nitelikli hali ile aynıdır ve daha önce bu nitelikli hal açıklandığı için, yeniden açıklanmayacak ilgili kısma atıfla yetinilecektir.

¹⁵⁹SEVÜK, s. 272 – 274, ŞEN ve BAŞARIR, s. 337 – 338, YENİDÜNYA, Cinsel Taciz Suçu, s. 4 – 7, PAMUK, s. 1469, KOPARAN, s. 9, GERÇEK, s. 54 - 57, “ Sanığın metro istasyonunda bekleyen mağdurenin arkasından yaklaşıp süründükten sonra başını ensesine dayayıp “ oh ne güzel kokuyorsun, buranın havası değişti ” deyip metroya binmesinden sonra da tacizlerine devam ettiğine dair ileri sürülen iddia karşısında, sanığın eylemlerinin cinsel saldırı olup olmadığı, delillerin takdiri ve suç niteliğini tayini görevinin üst dereceli Asliye Ceza Mahkemesine aitbulunduğu nazara alınarak görevsizlik kararı verilmesi lüzumu,” Yar., 5. CD, 20/02/2006, 1293/939, PARLAR, Ali ve HATİPOĞLU, Muzaffer, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu, 1 Cilt, Yayın Matbaacılık, 2007, s. 865, ARTUK, Cinsel Taciz Suçu, s. 36 - 37

¹⁶⁰ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACIKSIZ/TEPE, Özel Hükümler, s. 377

¹⁶¹ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, Özel Hükümler, s. 253, YENİDÜNYA, Cinsel Taciz Suçu, s. 9 Aksi yönde görüş TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 390

Cinsel taciz suçunun diğer nitelikli hali; suçun aynı işyerinde çalışmanın sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle işlenmesidir. İşyerinin özel veya kamusal nitelikte olmasının hiçbir önemi yoktur. Ayrıca fail ile mağdurun aynı işyerinde çalışıyor olması yeterlidir, aralarında hiyerarşik bir ilişki olmasının önemi yoktur. Önemli olan failin mağdurla aynı yerde çalışıyor olmasının sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle eylemin işlenmesidir.¹⁶²

Suçun posta veya elektronik haberleşme araçlarının sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle işlenmesi şeklindeki nitelikli hali 105. maddeye 6545 sayılı yasa ile eklenmiştir. Eylemin mail, mektup veya telefon gibi haberleşme araçlarıyla işlenmesi durumunda bu nitelikli hal uygulanacak ve failin cezası arttırılacaktır.¹⁶³ Nitelikli hallerin şikâyeteye tabi olmaması ve suçu bu tarz elektronik haberleşme araçlarıyla işleyen failerin uygulamada tespitinin zor olması nedeniyle bir çok dosya faili meçhul kalabilecektir. Kanun değişiklikleri ile yargı yükünün azaltılmaya çalışıldığı son yıllarda, bu değişiklik bu anlamda yerinde olmamıştır.

Suçun teşhir suretiyle işlenmesi nitelikli hali de 105. maddeye 6545 sayılı yasa ile eklenmiştir. Teşhircilik; cinsel organların başkalarına gösterilmesi suretiyle haz ve doyum sağlanmasıdır.¹⁶⁴ Burada yer alan nitelikli hal 5237 sayılı yasanın 225. maddesinde düzenlenen suçtan farklıdır. Teşhircilik suçunun oluşması için eylemin alenen yapılması ayrıca belli bir kişinin hedef alınmaması gerekir. Cinsel taciz suçunun nitelikli hali olan teşhir suretiyle eylemin gerçekleştirilmesinde ise; fiilin aleni olup olmamasının önemi yoktur ayrıca eylemin belli bir kişi hedef alınarak yapılması halinde suç oluşacaktır.¹⁶⁵

Cinsel taciz suçunun son nitelikli hali; cinsel taciz fiili nedeniyle, mağdurun okulunu, ailesini veya işini terk etmek mecburiyetinde kalmasıdır. Mağdur terk etme eylemini, cinsel taciz nedeniyle yaşadığı psikolojik nedenden veya cinsel taciz saldırılarından kurtulmak amacıyla yapmış olabilir. Bu hallerde dahi nitelikli hal faile uygulanır. Bu nitelikli hal suçun neticesi sebebiyle ağırlaşmış halidir. Failin

¹⁶²TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 391, SOYASLAN, Özel Hükümler, s. 260, TANER, s. 381 – 382, SEVÜK, s. 275

¹⁶³SOYASLAN, Özel Hükümler, s. 260, TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 391

¹⁶⁴<https://tr.wikipedia.org/wiki/Teşhircilik>, Erişim Tarihi: 23/03/2016

¹⁶⁵ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, Özel Hükümler, s. 254, TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 391, ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACIKSIZ/TEPE, Özel Hükümler, s. 382

cezasında arttırım yapılması için ayrıca fiil ile terk eylemi arasında illiyet bağı bulunmalıdır.¹⁶⁶

Cinsel taciz suçunun manevi unsuru kasttır. Eylem taksirle işlenemez. Madde metninde eylemin “ cinsel amaçla ” yapılması şartı arandığı için suç ancak özel kastla işlenebilir.¹⁶⁷

Cinsel taciz suçunun hukuka aykırılık unsuru açısından sadece rıza hususu önemlidir. Mağdurun rızası eylemi hukuka uygun hale getirecektir. Mağdurun rızasının geçerli olması için, mağdurun rıza açıklamaya ehil olması gerekir.¹⁶⁸

Cinsel taciz suçuna teşebbüs mümkündür. Örneğin, fail tarafından mağdura hitaben yazılan cinsel taciz içerikli mektubun mağdura ulaşmadan başkası tarafından açılması olayında, eylem mağdur açısından teşebbüs aşamasında kalmıştır.¹⁶⁹ Fail cinsel taciz suçunun icra hareketlerinden gönüllü olarak vazgeçerse esasen o ana kadar tamam olan kısım için kanunda ayrı bir suç düzenlemesi olmadığından faile başkaca ceza verilemeyecektir.

Cinsel taciz suçunda suç ortaklığına (iştirak) ilişkin genel hükümler uygulanır. Bu suç açısından özel bir iştirak hükmü düzenlenmemiştir.¹⁷⁰

Cinsel taciz suçunun, bir suç işleme kararının icrası kapsamında aynı mağdura karşı farklı zamanlarda gerçekleştirilmesi durumunda, zincirleme (TCK 43) suç hükümleri gereği faile tek ceza verilip cezada arttırmaya gidilecektir. Ancak kastın yenilenmesi durumu söz konusu olursa her eylem ayrı suç olarak kabul edilip gerçek içtima hükümleri gereği, fail her bir suçtan ayrı cezalandırılacaktır. Cinsel taciz

¹⁶⁶SOYASLAN, Özel Hükümler, s. 260, ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, Özel Hükümler, s. 254, TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 392

¹⁶⁷GERÇEK, s. 63, ARTUK, Cinsel Taciz Suçu, s. 38 – 39, YENİDÜNYA, Cinsel Taciz Suçu, s. 14, KOPARAN, s. 9, SEVÜK, s. 274 Suçun işlenmesi için genel kastın yeterli olacağına ilişkin aksi yönde görüş ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACIKSIZ/TEPE, Özel Hükümler, s. 383

¹⁶⁸GERÇEK, s. 65, KOPARAN, s. 9, TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 388, ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACIKSIZ/TEPE, Özel Hükümler, s. 382

¹⁶⁹ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACIKSIZ/TEPE, Özel Hükümler, s. 383, TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 388, KOPARAN, s. 10, GERÇEK, s. 69, ARTUK, Cinsel Taciz Suçu, s. 39, ŞEN ve BAŞARIR, s. 338, SEVÜK, s. 275 Aksi yönde görüş MALKOÇ, s. 170 (Cinsel taciz suçunu oluşturan hareketin parçalara bölünebildiği durumlarda suça teşebbüs mümkündür. Bu nedenle yazarın görüşüne katılmak mümkün değildir.)

¹⁷⁰MALKOÇ, s. 170, GERÇEK, s. 71, KOPARAN, s. 10, ARTUK, Cinsel Taciz Suçu, s. 39

suçunun tek hareketle aynı anda birden fazla mağduru hedef alarak gerçekleştirilmesi durumunda da zincirleme suç hükümleri (TCK 43/2) uygulanacaktır.¹⁷¹

Cinsel taciz suçunun bir başka suçun unsuru veya ağırlaştırıcı nedeni olması halinde, bileşik suç (TCK 42) hükümleri gereği faile cinsel taciz suçundan ayrıca ceza verilemeyecektir. 5237 sayılı yasanın 94/3. maddesinde işkence suçunun cinsel taciz şeklinde gerçekleşmesi hali; işkence suçunun cezayı ağırlaştıran hali olarak düzenlenmiştir. Bu durumda faile sadece işkence suçundan ceza verilecek, cinsel taciz nedeniyle ayrıca ceza tayinine gidilemeyecektir.¹⁷²

Cinsel taciz suçunun temel şeklinin takibi şikâyeteye tabidir. Eylemin çocuğa karşı işlenmesi nitelikli hali, 1. fıkarda suçun temel halinin devamı şeklinde düzenlendiği için bu nitelikli hal de şikâyeteye tabidir. Suçun diğer nitelikli hallerinin (2. fıkarda düzenlenen) takibi ise şikâyeteye tabi değildir. Bu durum gerekçede açıkça ifade edilmiştir.¹⁷³

¹⁷¹SEVÜK, s. 276, ARTUK, Cinsel Taciz Suçu, s. 39 – 40, KOPARAN, s. 10 – 11, GERÇEK, s. 70 – 71

¹⁷²SEVÜK, s. 277, ARTUK, Cinsel Taciz Suçu, s. 40, ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACIKSIZ/TEPE, Özel Hükümler, s. 384, TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 389

¹⁷³ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACIKSIZ/TEPE, Özel Hükümler, s. 385, ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, Özel Hükümler, s. 256, SOYASLAN, Özel Hükümler, s. 260

İKİNCİ BÖLÜM

CİNSEL SALDIRI SUÇU

2.1. KORUNAN HUKUKİ DEĞER

765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda cinsel suçlar “ Adabı Umumiye ve Nizamı Aile Aleyhinde Cürümler ” babında düzenlenmekte iken 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda bu suçlar kişilere karşı suçlar kısmının cinsel dokunulmazlığına karşı suçlar bölümünde yer almıştır.¹⁷⁴

Bir suçun kanundaki düzenlendiği yer, bize o suçun koruduğu hukuksal değerle ilgili fikir verir. 765 sayılı yasada korunan hukuksal değer genel ahlak ve aile düzeni iken 5237 sayılı yasada korunan hukuksal değer genelde vücut dokunulmazlığı özel de ise cinsel dokunulmazlıktır.¹⁷⁵ 5237 sayılı yasa bu düzenleme ile " genel adap ve ahlak " gibi tam olarak tanımlanması güç ve yasama tekniği açısından da eskimiş olan bu kriter yerine “ bireysel cinsel özgürlük ” kavramını getirmiştir.¹⁷⁶ Bu düzenleme ile kanunda cinsel suçlar açısından bireysellik ön plana çıkmıştır.¹⁷⁷

¹⁷⁴ OKTAY, Aşen, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, http://www.turkhukuksitesi.com/makale_1177.htm , 2010, s. 1, Erişim Tarihi: 19/02/2015, GÜNDÜZ, s. 17, TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 322

¹⁷⁵ SEVÜK, s. 245-246, OKTAY, s. 1, DÜLGER, İbrahim, Türk Ceza Kanunu Reformu Üçüncü Kitap Yeni Ceza Kanunu Ve Ceza Muhakemeleri Kanunu Panel, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 1. Baskı, Ankara, Şen Matbaa, 2005, s. 154, ATAMAN, s. 38, AKÇİN, İhsan, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, Yargıtay Dergisi, Cilt 32, Sayı 1-2, s. 101

¹⁷⁶ DÜLGER, Murat Volkan, Evlilik Birliği İçinde Gerçekleşen Nitelikli Cinsel Saldırı Suçu, Bu Suçun Mağdur Üzerindeki Etkileri Ve Mağduru Korumaya Yönelik Alınabilecek Önlemler, www.dulger.av.tr/pdf/evlilikicicin_selsaldiri.pdf, 2006, s. 5, Erişim Tarihi: 19/02/2015, “ Genel adap, kadına karşı ayrımcılığı meşrulaştıran değer yargılarının ifadesi olan belirsiz bir kavramdır. Belirsiz bir kavramı korumak uğruna kişinin ruhsal ve fiziki bir bütün olan cinsel yaşamını, cinsel özgürlüğünü koruma arka plana itilmişti ve bu durum çağdaş gelişmelerle, Kadına Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi hükümleriyle çelişmekteydi. ” CENTEL, Nur, 5237 Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Saldırı Suçu Ve Cinsel Suçlar Değişiklik Tasarısı' nın Değerlendirmesi, www.tbddergisi.barobirlik.org.tr/ViewPDF-5237-sayili-turk-ceza-kanununda-c..., 2012, s. 271, Erişim Tarihi: 19/02/2015

¹⁷⁷ “ Cinsel suçların temelinde bireyin kendi özgür iradesi ve kendi değerlerine göre verilen cinsel kararların ve tercihlerinin ihlalidir cinsel suç. Suçların temel bakış açısı bu yüzden de bireye karşı suçtur. ” SÖZÜER, Adem, Türk Ceza Kanunu Reformu Üçüncü Kitap Yeni Ceza Kanunu Ve Ceza Muhakemeleri Kanunu Panel, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 1. Baskı, Ankara, Şen Matbaa, 2005, s. 163

5237 sayılı yasadaki cinsel suçlar ile kişinin bedeni ve cinsi konularda istediği gibi hareket etme şeklindeki cinsel özgürlüğü ve ruhsal bütünlüğünde korunmaktadır.

Kanaatimizce cinsel dokunulmazlık kavramı; kişinin cinsel özgürlüğünü ve ruhsal bütünlüğünü kapsar nitelikte olup, cinsel suçlar için ortak bir hukuki değerdir; bu nedenle kanuni düzenleme şekli yerindedir.¹⁷⁸

¹⁷⁸İNCE, Süleyman, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/168.doc, s. 2, Erişim Tarihi: 19/02/2015, BIÇAK, Vahit, Cinsel Suçlar, www.bicakhukuk.com/wp-content/uploads/2014/08/cinselsuclar.pdf, s. 1, Erişim Tarihi: 19/02/2015,

“ Cinsel dokunulmazlık, kişilerin vücudu üzerinde cinsel davranışlarda bulunulması suretiyle ihlal edilir. Bu bölümde yer alan suçlarla korunan ortak hukuki değer, kişilerin cinsel dokunulmazlığıdır. Bu bölümde yer alan suçlar, esasen kişiye karşı işlenmiş olan suçlar olması itibarıyla, ikinci kitabın “ Kişilere Karşı Suçlar ” başlıklıİkinci Kısım altında düzenlenmişlerdir. ” ŞAHİN, Cumhur ve ÖZGENÇ, İzzet, Türk Ceza Hukuku Mevzuatı, 1. Baskı, Adalet Bakanlığı Eğitim Daire Başkanlığı, Yosun Ofset, 2007, s. 227, NOYAN, Erdal, Yeni Türk Ceza Kanunu, 1. Baskı, Ankara, Adil Yayınevi, 2004, s. 242, “ Kanatimizce cinsel saldırı suçu ile korunan hukuki yarar toplumun ahlak düzeninden ar duygularından daha çok saldırıya maruz kalan mağdurun çekmiş olduğu sıkıntıyı gidermeye çalışmaktır. Cinsel saldırıya maruz kalan kişi için artık önemli olan failin cezalandırılması olup toplumun ahlak duygularının, ar duygularının tamir edilmiş olmasının çok bir önemi yoktur.” İNAN, Onur, Türk Ceza Kanununda Cinsel Saldırı Suçu, Yüksek Lisans Tezi, Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2012, s. 17, Aksi yönde görüş “ Bu suçlarla bireylerin cinsel özgürlükleri ihlal edilmektedir. Cinsel özgürlük ile cinsel dokunulmazlık eş anlamlı kavramlar değildir. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’ nda cinsel suçların “ cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar ” başlığı altında toplanması, korunan hukuki değer in insanın fiziki varlığı, bedeni olduğu algılamasına sebebiyet vermektedir. Oysa beden bütünlüğü ile vücut dokunulmazlığı yaralama suçları tanımlarıyla korunmaktadır. Hükmün gerekçesinde korunan ortak hukuki değer in “ kişilerin cinsel dokunulmazlığı ” olduğu, cinsel dokunulmazlığın kişilerin vücudu üzerinde cinsel davranışlarda bulunulması suretiyle ihlal edildiği belirtilmekte; cinsel özgürlük kavramına ise hiç değinilmemektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Türkiye Cumhuriyeti’ ne karşı yapılan bazı başvurularda, cinsel suçlarda tıbbi muayenenin tecavüzü tespit etme amacına değil, bekaretin kaybedilip edilmediğinin belirlenmesine yönelik olduğu; mağdurun tecavüz kurbanlarının gösterdiği psikolojik davranışlar içerisinde bulunup bulunmadığının araştırılmadığı ve adli tıp uzmanları tarafından gerekli incelemenin yapılmadığı hususlarını eleştirmektedir. Bu açıdan suçun özgürlüğe karşı suçlar arasına alınması korunan hukuki yararı daha iyi anlatarak bu tür eleştirilerin önüne geçebilir. ” CENTEL, s. 271-272, “ Halbuki, korunan hukuksal değer gerekçede hatalı ifade edilmiştir. Buradaki “ dokunulmazlık ” ifadesi de aynı gerekçede bu cinsel dokunulmazlığın “ kişilerin vücudu üzerinde cinsel davranışlarla ” ihlal edileceğinin düzenlenişi de hatalı ve yanıltıcı olup, bu suçlarla müessir fiil (yaralama) suçlarının birbirine karıştırılmasına ve gerçekte korunmak istenen hukuksal değer in göz ardı edilmesine yol açacak niteliktedir. Bir taraftan bu suçlarla korunmak istenen hukuksal değer in bireyin vücut bütünlüğü olmadığı, bizzat ve özgürce cinsel tercihte bulunabilmesi, cinsel özgürlüğü olduğuna, son 100 yıldır çağdaş hukukta bunun böyle anlaşıldığına dikkat edilmeli, diğer yandan uygulamada belirlenmesi çok zor ve keyfi nitelebilecek biçimde düzenlenmiş suçun tipe uygun eylem unsurunun hareket kısmı hariç müessir fiil suçu ile cinsel bir suçun manevi unsuru dahil diğer tüm unsurlarının aynı biçimde düzenlenip ifade edilmesinin kabul edilebilir bir düzenleme ve yorum olmadığı gözden kaçırılmamalıdır. Kaldı ki, madde gerekçesinde “ bu suçlarla korunan ortak hukuki değer ” biçimindeki bir ifade, ilgili maddelerin kanun metni ve düzenlenişine aykırı olduğu gibi cinsel taciz suçunun vücut dokunulmazlığını ihlal etmeden gerçekleştirilen cinsel davranışları cezalandırdığı gerçeği ile çelişmektedir. Bu suç, kişinin vücut dokunulmazlığını korumamakta, vücut dokunulmazlığını (müessir fiil suçunda olduğu gibi) ihlal eden hareketleri önlemeye veya vücut bütünlüğü hukuksal değer in ihlalini önlemeye yönelik olmayıp, bireylerin özgür cinsel tercihleri hukuksal değer in korumayı amaçlamaktadır. ” ÜNVER, Yener, Türk Ceza Kanununun 2 Yılı (Teori Ve Uygulamada Karşılaşan Sorunlar), İstanbul, Türk Ceza Hukuku Derneği Yayınları, 2008, s. 295-296

Burada değinilmesi gereken bir diğer husus ise; suçun konusu ile suçla korunan hukuki değerin birbirine karıştırılmaması gerektiğidir.¹⁷⁹ Hukuki değerler, dış dünyanın elle tutulur, gözle görülebilir maddi varlıkları olarak değil, toplumdaki güvenliğe, sükuna ve var olmanın onuruna dayanan toplumsal düzenin manevi değerleri olarak anlaşılmalıdır. Buna karşılık hareketin konusu, suça yönelik eylemin üzerinde işlendiği gerçek şeydir.¹⁸⁰ Örneğin; adam öldürme suçunda korunan hukuki değer yaşam hakkı iken suçun konusu insan vücududur, cinsel saldırı suçunda korunan hukuki değer cinsel dokunulmazlık iken suçun konusu fiil ile ihlale maruz kalan insan bedenidir. Her suçun mutlaka koruduğu bir veya birden fazla hukuki değeri vardır ancak her suçun mutlaka bir konusu bulunmak zorunda değildir.¹⁸¹

5237 sayılı yasanın 102. maddesinde düzenlenen cinsel saldırı suçunda vücut dokunulmazlığının ihlali şeklinde gerçekleşen cinsel dokunulmazlık hukuki değer olarak korunmuş iken ayrıca 1, 2 ve 3. fıkralarda özel anlamda kişinin cinsel özgürlüğü, 4. ve 5. fıkralarda ise kişinin cinsel özgürlüğüne ek olarak vücut bütünlüğü ve yaşam hakkı da koruma altına alınmıştır.¹⁸²

¹⁷⁹ AKPINAR, Gürsel, Yeni Tck' na Göre Suçun Unsurları Bağlamında Kast, Taksir Ve Kast -Taksir Kombinasyonu (Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suç), www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/178.doc, s. 2 Erişim Tarihi: 19/02/2015

¹⁸⁰ ÖZBEK, Veli Özer, KANBUR, Mehmet Nihat, DOĞAN, Koray, BACAŞIZ, Pınar ve TEPE, İlker, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2010, s. 201, KOCA, Mahmut ve ÜZÜLMEZ, İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 5. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2012, s. 107

¹⁸¹ ÖZTÜRK, Bahri ve ERDEM, Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Hukuku Ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 10. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2008, s. 160

182AKSOY, s. 51, “ Sanık hakkındaki iddianame ve son soruşturmanın açılması kararının cinsel taciz suçuna yönelik olduğu ancak, Özel Dairece ek savunma hakkı verilmek suretiyle kamu görevinin sağladığı nüfuz kötüye kullanmak suretiyle cinsel saldırı suçundan mahkumiyet hükmü kurulduğu anlaşılmakla; uyuşmazlığın sağlıklı biçimde çözümlenebilmesi için öncelikle cinsel saldırı ve cinsel taciz suçunun unsurları, ortak ve ayrılan yönlerinin açıklanmasında yarar bulunmaktadır. Cinsel saldırı suçu 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 102. maddesinde; “ (1) Cinsel davranışlarla bir kimsenin vücut dokunulmazlığını ihlâl eden kişi, mağdurun şikâyeti üzerine, iki yıldan yedi yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (2) Fiilin vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle işlenmesi durumunda, yedi yıldan oniki yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. Bu fiilin eşe karşı işlenmesi hâlinde, soruşturma ve kovuşturmanın yapılması mağdurun şikâyetine bağlıdır. (3) Suçun; a) Beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı, b) Kamu görevinin veya hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle, c) Üçüncü derece dâhil kan veya kayın hısımlığı ilişkisi içinde bulunan bir kişiye karşı, d) Silâhla veya birden fazla kişi tarafından birlikte, İşlenmesi halinde, yukarıdaki fıkralara göre verilen cezalar yarı oranında artırılır. (4) Suçun işlenmesi sırasında mağdurun direncinin kırılmasını sağlayacak ölçünün ötesinde cebir kullanılması durumunda kişi ayrıca kasten yaralama suçundan dolayı cezalandırılır. (5) Suçun sonucunda mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması hâlinde, on yıldan az olmamak üzere hapis cezasına hükmolunur. (6) Suç sonucu mağdurun bitkisel hayata girmesi veya ölümü hâlinde, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükmolunur ” şeklinde, Cinsel taciz suçu ise 105. maddesinde; “ (1) Bir kimseyi cinsel amaçlı olarak taciz eden kişi hakkında, mağdurun şikâyeti üzerine, üç aydan

2.2.MADDİ UNSUR

2.2.1.Fail

5237 sayılı yasanın 37. maddesine göre fail, suçun kanuni tanımındaki fiili gerçekleştiren kişidir.¹⁸³ Herkes bu suçun faili olabilir.¹⁸⁴ Cinsel saldırı suçunda fail kadın veya erkek olabilir. 765 sayılı yasa döneminde Yargıtay ve öğreti tarafından suçun failinin kadın olamayacağı sadece erkek olacağı kabul edilmekteydi. 5237 sayılı yasa ile erkeğin de cinsel dokunulmazlığının korunması gerçeği ön plana çıkmış ve yeni yasa tarafından bu husus terk edilmiştir.¹⁸⁵ Bu suç açısından failin yaşının da bir önemi yoktur. Ancak, 18 yaşını doldurmamış failin cezai sorumluluğu kanunda farklı düzenlenmiştir. Cezai sorumluluk; 12 yaşını doldurmama, 12-15 yaş

iki yıla kadar hapis cezasına veya adli para cezasına hükmolunur. (2) Bu fiiller; hiyerarşi, hizmet veya eğitim ve öğretim ilişkisinden ya da aile içi ilişkiden kaynaklanan nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle ya da aynı işyerinde çalışmanın sağladığı kolaylıktan yararlanılarak işlendiği takdirde, yukarıdaki fıkra göre verilecek ceza yarı oranında artırılır. Bu fiil nedeniyle mağdur; işi bırakmak, okuldan veya ailesinden ayrılmak zorunda kalmış ise, verilecek ceza bir yıldan az olamaz" biçiminde düzenlenmiştir. Her iki suç da Türk Ceza Kanunu' nun " İkinci Kitabının " " Kişilere Karşı Suçlar " başlıklı İkinci Kısım' ının " Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar " başlığı altındaki " Altıncı Bölüm " ünde yer almaktadır. Bu bölümde yer alan suçlarla korunan ortak hukukî değer, kişilerin cinsel özgürlüğü ve dokunulmazlığıdır. " Yar. , CGK, 05/07/2013, 14-97/331, 2015, Hakim Cinsel Saldırı Suçu İşlemesi, [http:// www.kararara.com/forum/viewtopic.php?f=44&t=22065](http://www.kararara.com/forum/viewtopic.php?f=44&t=22065), Erişim Tarihi: 02/09/2015

¹⁸³BAKICI, Sedat, 5237 Sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuku Genel Hükümleri, 2.Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2008, s. 834, " Ceza hukuku anlamında hukuka aykırı fiili işleyen kimse suçun failidir. " TOROSLU, Nevzat, Ceza Hukuku, 7. Baskı, Ankara, Savaş Yayınevi, 2005, s. 64, " Suçu işleyen kişiye suçun aktif sujesi denir " SOYASLAN, Doğan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 6. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2014, s. 247

¹⁸⁴KOCA ve ÜZÜLMEZ, Özel Hükümler, s. 287, ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACIKSIZ/TEPE, Özel Hükümler, s. 314, ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, Özel Hükümler, s. 212, AKÇİN, s. 102, Cinsel saldırı suçunun faili asker kişilerde olabilir bu durumda görevli mahkeme askeri mahkemeler değil adli mahkemelerdir. " Failin, asker kişilerden olması halinde, Askeri Ceza Kanunu' nun 152. maddesinin yürürlükten kaldırılmasından önce Askeri Mahkemelerin görevli olması söz konusu iken, cinsel dokunulmazlığa yönelik suçlarda Askeri Mahkemelerin görevli olmasına gerekçe olan 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu' nun 152. maddesi 22. 3. 2000 tarihinde kabul edilen 4551 sayılı Askeri Ceza Kanunu' nda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun 38. maddesi ile yürürlükten kaldırılmış olması karşısında cinsel suçlarla ilgili olarak yargılama görevi genel hükümlere göre yetkili ve görevli Adli Mahkemelere aittir. " ŞİŞMAN, s. 59

¹⁸⁵İNAN, s. 18, ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACIKSIZ/TEPE, Özel Hükümler, s. 314, " Kendisini metafizik uzmanı olarak tanıtan sanık İbrahim'in hileli yöntemlerle içerisinde uyuşturucu madde bulunan neskafenin mağdure tarafından içilmesini sağlayıp bu şekilde direncini kırarak masaj yapma bahanesiyle ,mağdurun kafasını kendi cinsel organı üzerine bastırıp ağzını üzerinde oynatmak, elleri ve ayakları ile mağdurenin cinsel organına dokunmak parmaklarını mağdurenin ağzına sokarak dilini okşamak şeklinde gerçekleşen eylemlerinin kül halinde basit cinsel saldırı suçunu oluşturacağı, sanık Leyla'nın eyleminin ise bu suça yardım niteliğinde bulunduğu gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması " Yar. , 5. CD, 27/05/2009, 618/6448, TUĞRUL, s. 176

aralığında olma ve fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği ile davranışlarını yönlendirme yeteneği olup olmama, 15-18 yaş aralığında olma durumlarına göre belirlenmektedir. Bu gruplara göre de failin cezai sorumluluğu azalmakta veya hiç olmamaktadır.¹⁸⁶

Burada değinilmesi gereken önemli hususlardan bir tanesi, eşlerin fail olup olamayacağıdır. Eş medeni kanuna göre evlilik birliği içinde olan taraflardır. Evlilik kurumu kadını veya erkeği, üzerinde her türlü tasarruf yapabilecek bir mal haline getirmez. Bu durumda eşlerin de cinsel özgürlüğünün korunması gerekmektedir. 765 sayılı yasa döneminde eşler arasında bu suçun oluşmayacağı, kadının cinsel ilişki sonrası ağır hastalık geçirmesi veya kadının normal olmayan yoldan cinsel ilişkiye zorlanması olaylarında şartları varsa aile bireylerine kötü muamele suçunun oluşacağı kabul edilmekteydi. Yargıtayın eski başkanlarından olan Sami Selçuk bu konuda karşı görüşte olduğunu, Yargıtay 4. Ceza Dairesinin 7.7.1994 tarih, 1994/2788 esas 1994/6217 karar sayılı kararına yazdığı karşı oy da şöyle açıklamaktaydı; “ Irza geçme suçu kamu ahlakı sınırları içerisinde cinsel yaşamını kendi iradesiyle ve özgürce düzenleme hakkı bulunan bireyin cinsel özgürlüğüne ve iradesine karşı bir cürümdür. Evlilik birliği içinde de bu değer korunmaktadır. Hukukta hiçbir norm aile içinde şiddet ya da tehdit kullanmaya izin vermemiştir. Evlilik içi cinsel ilişki içinde aynı şey söz konusudur. Cinsel ilişkiye razı olmayan eş karşısında öbür eşin yalnızca ayrılma ya da boşanmaya hakkı vardır. Eşler arasındaki ilişkilerde cinsel dokunulmazlık menfaati ya da değeri benimsenmezse cinsel özgürlüğün korunması olanaksızlaşır. Irza geçme suçu, mağdurun rızasızlığı bir görev ihlali dışında kaldığında elbette eşler arasında da oluşur. Evliliğe rıza gösterme evliliğin olağan gereklerine ve sonuçlarına rıza göstermedir. ”¹⁸⁷ Nihayet 5237 sayılı yasa 102/2. maddesi ile bu tartışmalara kısmen son vermiştir. Failin sıfatı cinsel saldırı suçu için önem arz etmez. Ancak yasanın 102/3. maddesindeki hallerde arttırım nedeni olarak kabul edilmiştir.

Son olarak hakim, nisbi veya mutlak butlan nedenlerinden dolayı evliliği sona erdiren bir karar verse dahi; 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’ nun 156. maddesi

¹⁸⁶ ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACIKSIZ/TEPE, Özel Hükümler, s. 314

¹⁸⁷ AKTARAN:İNAN, s. 19-20

gereği, meydana gelen bir cinsel saldırı eylemi, evliliği sonlandıran karar kesinleşinceye kadar eşler arasında gerçekleşmiş sayılır.¹⁸⁸

2.2.2.Mağdur

Mağdur suç nedeniyle zarar verilen değer ait olduğu kişidir.¹⁸⁹ Mağdur ile suçtan zarar göreni ayrı tutmak gerekir. Çoğu zaman mağdur ile suçtan zarar gören aynı kişilerdir. Ancak bazen suçtan zarar gören ile mağdur farklı kişiler olabilir. Örneğin; adam öldürme suçunda mağdur ölümdür, suçtan zarar gören ise ölenin mirasçılarıdır.¹⁹⁰ Cinsel saldırı suçunda genel olarak mağdur ile suçtan zarar gören aynı kişilerdir. Ancak TCK 102/5’ te düzenlenen halde suçtan zarar gören ölenin mirasçıları olacaktır. Mağdur da 18 yaşını doldurmuş olmak şartıyla herkes olabilir. Kadın, erkek veya eşcinsel birisi bu suçun mağduru olabilir.¹⁹¹

Cinsel saldırı suçunda mağdurun yaşı, suç vasfı için belirleyicidir.¹⁹² 5237 sayılı yasanın 6. maddesinin 1. fıkrasının b bendinde kimlerin çocuk sayılacağı açıkça düzenlenmiştir. Kanun henüz 18 yaşını tamamlamamış kişileri çocuk olarak tanımlamıştır.¹⁹³ Eylem çocuklara yani 18 yaş altı kişilere karşı işlenirse suçun vasfı değişecek ve yasada 103. maddede düzenlenen çocuğun cinsel istismarı suçu oluşacaktır.¹⁹⁴ Bu durumda şunu ifade etmek gerekmektedir, cinsel saldırı suçu ancak 18 yaşını tamamlamış erkek veya kadın bir kişiye karşı işlenebilir.¹⁹⁵

¹⁸⁸TMK md. 156 “Batıl bir evlilik ancak hakimın kararı ile sona erer. Mutlak butlan halinde bile evlenme, hakimın kararına kadar geçerli bir evliliğin bütün sonuçlarını doğurur.”

¹⁸⁹HAKERİ, Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 17. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2014, s. 131, HAFIZOĞULLARI, Zeki ve ÖZEN, Muharrem, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8. Baskı, Ankara, Us-a Yayıncılık, 2015, s. 208

¹⁹⁰HAKERİ, s. 132, ÖZGENÇ, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 10. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2014, s. 210

¹⁹¹YENİDÜNYA, Caner, Cinsel Saldırı Suçu, www.marmaraceza.org/dosyalar/.../5_ders_Notu_Cinsel_Saldr_Suu_1, s. 10, Erişim Tarihi: 19/02/2015, ÜZÜLMEZ, İlhan, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/122.doc, s. 1, Erişim Tarihi: 19/02/2015, OFLU OĞLU, Rahmi, Cinsel Saldırı Ve Cinsel Taciz Suçları, <https://rahmiofluoglu.wordpress.com/ceza-hukuku-2/cinsel-saldiri-ve-cinsel-taciz-suclari/>, s. 1, Erişim Tarihi: 23.02.2015

¹⁹²KORKUSUZ, Gülşah, Cinsel Saldırı Suçu, www.journals.istanbul.edu.tr/iuhfm/article/view/1023021509, 2013, s. 825, Erişim Tarihi: 19/02/2015, TANER, s. 82 – 83, BAYTEMİR, s. 24 - 25

¹⁹³TCK md. 6/1-b “Çocuk deyiminden; henüz onsekiz yaşını doldurmamış kişi,”

¹⁹⁴TCK md. 103 “(1) Çocuğu cinsel yönden istismar eden kişi, sekiz yıldan on beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Cinsel istismarın sarkıntılık düzeyinde kalması hâlinde üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası verilir. Sarkıntılık düzeyinde kalmış suçun failinin çocuk olması hâlinde soruşturma ve kovuşturma yapılması mağdurun, velisinin veya vasisinin şikâyetine bağlıdır. Cinsel istismar deyiminden; a) On beş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki

Uygulamada cinsel saldırı suçuna ilişkin davalarda görülen yaşa itirazlar konusuna da değinmek gerekmektedir. Bu konuda 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu' nun 218/2 maddesi, hakime aynı bir hukuk hakimi gibi olayı araştırıp çözme yönünde yetki vermektedir.¹⁹⁶

Ceza hakimi aynı konuda görülen bir hukuk davası varsa veya kesinleşmiş hukuk mahkemesi kararı dahi olsa, 5271 sayılı yasanın 218/2 hükmü ve ceza yargılamasında maddi gerçeğe ulaşma ilkesi gereği, bir hukuk hâkimi gibi gerçek yaşı araştırıp tespit sonrası kararını vermelidir.¹⁹⁷

anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan çocuklara karşı gerçekleştirilen her türlü cinsel davranış, b) Diğer çocuklara karşı sadece cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilen cinsel davranışlar, anlaşılır. (2) Cinsel istismarın vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi durumunda, on altı yıldan aşağı olmamak üzere hapis cezasına hükmolunur. (3) Suçun; a) Birden fazla kişi tarafından birlikte, b) İnsanların toplu olarak bir arada yaşama zorunluluğunda bulunduğu ortamların sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle, c) Üçüncü derece dâhil kan veya kayın hısımlığı ilişkisi içinde bulunan bir kişiye karşı ya da üvey baba, üvey ana, üvey kardeş veya evlat edinen tarafından, d) Vasi, eğitici, öğretici, bakıcı, koruyucu aile veya sağlık hizmeti veren ya da koruma, bakım veya gözetim yükümlülüğü bulunan kişiler tarafından, e) Kamu görevinin veya hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle, işlenmesi hâlinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza yarı oranında artırılır. (4) Cinsel istismarın, birinci fıkranın (a) bendindeki çocuklara karşı cebir veya tehditle ya da (b) bendindeki çocuklara karşı silah kullanmak suretiyle gerçekleştirilmesi hâlinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza yarı oranında artırılır. (5) Cinsel istismar için başvurulmuş cebir ve şiddetin kasten yaralama suçunun ağır neticelerine neden olması hâlinde, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır. (6) Suç sonucu mağdurun bitkisel hayata girmesi veya ölümü hâlinde, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükmolunur.”

¹⁹⁵ AKÇİN, s. 103, TANERİ, s. 26, TANER, s. 83, KOCA ve ÜZÜLMEZ, Özel Hükümler, s. 288 Aksi yönde görüş “ Mağdurun çocuk olmayıp reşit veya reşit kılınmış kişi olması da şarttır. ” ÇALIŞKAN, s. 4, MALKOÇ, Yeni Türk Ceza Kanununda Cinsel Saldırı Suçları, s. 19

¹⁹⁶CMK md. 218/2 “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.”, “ Aralarında şahsi, hukuki ve fiili bağlantı bulunması nedeniyle öncelikle diğer sanık Taha'nın, mağdureye yönelik zorla irza geçme ve alıkoyma suçu ile ilgili olarak Bakırköy Çocuk Mahkemesine açılan 2004/510 Esas sayılı dosyasına konu kamu davasının halen derdest olup olmadığının araştırılıp derdest ise bu dava ile birleştirilmesi ve sonuçlanmış ise söz konusu dava dosyasının işbu dosya arasına getirtilip konulduktan sonra, mağdurenin yaşının tespiti bakımından Bakırköy Dr. Sadi Konuk Eğitim ve Araştırma Hastanesi Sağlık Kurulunca verilen 13.10.2005 günlü raporda “ klinik ve radyolojik olarak 15 yaş sonu ile uyumlu ” olduğunun bildirildiği gözetilerek, buna ilişkin kemik grafilerinin getirtilerek verilmiş sağlık kurulu raporuyla birlikte diğer belgeler Adli Tıp Kurumu ilgili ihtisas Kurulundan görüş alınarak gerçek yaşının bilimsel şekilde saptanmasından sonra sanığın hukuki durumlarının tayin ve takdiri gerekirken eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm kurulması, ” Yar., 5. CD, 29/01/2007, 11937/338, EROL, Haydar, Türk Ceza Kanunu, 2. Baskı, Ankara, Yayın Matbaacılık, s. 1975

¹⁹⁷“ Mağdurenin yaşının kesinleşmiş hukuk mahkemesi kararı ile düzeltilmiş olması halinde, Ceza Mahkemesince 5271 sayılı CMK' nın 218/2. maddesi uyarınca nüfus kaydının düzeltilmesi yolunda bir karar verilmesine olanak bulunmamakta ise de; amaç maddi gerçeğin araştırılması olduğundan, mağdurenin anne-babasının” suç tarihinde 16 yaşındaydı nüfusa geç yazıldı” şeklindeki açıklamaları ile sanığın duruşmada “mağdurenin yaşı gerçekte büyüktür” demesi yaşa itiraz niteliğinde kabul edilerek; suçun oluşumuna etkisi ve şikayetçi olmayan mağdurenin suç tarihinde 15 yaşını bitirmiş olması halinde sanığın eyleminin 5237 sayılı TCK' nın 104. maddesine temas edeceği de gözetilerek;

Türk Medeni Kanunu' na göre; “ Erginlik onsekiz yaşın doldurulmasıyla başlar. ” Erginliğin, yaş şartı olan 18 yaşın doldurulması söz konusu olmadan gerçekleştiği haller vardır. Bu hallerden biri olan evlenme, kişiyi ergin hale getirir. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu' na göre 17 yaşını tamamlayan kadın veya erkek

doğum tutanağından mağdurenin Bozüyük Asliye Hukuk Mahkemesinin 1979/169-221 ve 30.7.1979 tarih sayılı kararı ile 25.1.1980 de nüfusa tescil edildiği anlaşılmakla, temini mümkün olduğu takdirde söz konusu dosya getirilip, tescilin dayanaklarının araştırılması, resmi bir sağlık kurumunda doğmadığının anlaşılması halinde, yaş tespitine esas film ve graflerinin çektilirerek sağlık kurulundan rapor alınması, gerektiğinde Adli Tıp Kurumu ilgili İhtisas Kurulundan da görüş sorularak gerçek yaşın bilimsel biçimde saptanmasından sonra sanığın hukuki durumunun tayin ve takdiri gerekirken noksan soruşturma ile yazılı şekilde hüküm kurulması,” Yar., 5. CD, 20/09/2006, 3997/7126, “ Mağdurenin yaşının düzeltilmesi nedeniyle değişen suç niteliği nazara alınarak, sanık hakkında ırza geçme ve alıkoyma suçlarından açılan kamu davasının zamanaşımı nedeniyle ortadan kaldırılmasına karar verilen olayda, Özel Daire ile Yerel Mahkeme arasındaki çözümlemesi gereken hukuki uyumsuzluk, Adli Tıp Kurumu raporu ile doğum tarihinin doğru olmadığı saptanan mağdurenin, yaşının düzeltilmesi halinde kardeşi ile arasında doğum tarihi itibarıyla 180 günden az süre kalması halinde, yaş düzeltmesi yapıp yapılamayacağının belirlenmesine ilişkindir. Sanık hakkında ceza yargılamasına ilişkin olarak kurulan hükme yönelik bir yasa yolu başvurusu bulunmaması karşısında, hükmün ceza uygulamasına ilişkin bölümünün incelenmesine olanak bulunmamaktadır. Temyiz incelemesinin yalnızca, bir hukuk davası niteliğinde olan yaş düzeltme davası ile sınırlı yapılmasına karar verilmiştir. Yerleşmiş yargısal kararlarda da vurgulandığı üzere, ceza yargılamasının amacı, maddi gerçeğin saptanması esasına dayanır. Bu amaç doğrultusunda, ceza mahkemesi yargıcı, hükme dayanak olabilecek nitelikte gerçekçi, akılcı, olayı temsil edici ve hukuka uygun bulunan her türlü kanıtı dikkate almakla yükümlüdür. Bir başka anlatımla, ceza yargılamasında şekli duruma değil, somut gerçeğe itibar edilecektir. Gerek Özel Dairece bozulan önceki hükmün verildiği 14.11.2003 tarihinde yürürlükte bulunan 1412 sayılı CYUY.nın 255/son maddesi, gerekse direnme kararının verildiği 25.05.2007 tarihinde yürürlükte bulunan ve uygulanan 5271 sayılı CYY.nın 218. maddesi hükümleri gereğince, ceza mahkemesi Nüfus Yasasında öngörülen yöntemi izleyerek yaşı düzeltilecek kişinin vücut yapısını gözlemleyip, hakkında bilimsel verilere dayalı olarak bilirkişi raporu aldıktan ve geçerli diğer delilleri topladıktan sonra gerçek yaşını saptayarak bir sonuca varacaktır. Somut olayda mağdurenin gerçek yaşı Adli Tıp Kurumu raporu ile saptanmış bulunmaktadır. Ancak, Nüfus Hizmetleri Yasasının Uygulanmasına İlişkin Yönetmeliğin 33/1-a maddesi uyarınca, kardeşlerin doğum tarihleri arasında en az 180 gün süre bulunması gerekmektedir. Bu durumda mağdurenin yaşının düzeltilebilmesi için, öncelikle kayden engel teşkil eden mağdurenin kardeşi Kader'in yaşının düzeltilmesi de gerekmektedir. Fakat, yargılamanın ulaştığı aşama ve davanın ceza yargılamasına ilişkin bölümüyle ilgili kurulan hükme yönelik bir yasa yolu başvurusunun bulunmadığı da nazara alındığında, mağdurenin kardeşi Kader'in yaşının düzeltilmeden de bir sonuca varmak olanaklıdır. Yerel Mahkemece mağdurenin gerçek yaşının, bilimsel inceleme yapılarak düzenlenen bilirkişi raporuna dayalı olarak tespit edilmesinde bir isabetsizlik bulunmamaktadır. Bu itibarla Yerel Mahkeme hükmünde yer alan mağdurenin yaşının düzeltilmesine ilişkin bölüme, “Mağdurenin yaşının, bu yargılama ile sınırlı olarak tespit ve düzeltilmesine, yaş düzeltme ilişkin hükmün nüfus kaydına işlenmesine yer olmadığına” ibaresi eklenmek suretiyle hükmün düzeltilerek onanmasına karar verilmelidir.” Yar., CGK, 15/04/2008, 5-239/86, TUĞRUL, s. 69-71, “Ceza mahkemesinin ceza hükümleri bakımından yaş düzeltmesi yapmasının kabul edilmesi birleştirilerek muhakeme sayılsa da hukuk mahkemesini yetkisiz kılmaz. Olsa olsa hangisi önce başlamışsa diğerinin sonucu beklenmesi düşünülebilir. Kaldı ki ceza mahkemesini hukuk mahkemesinin sonucu ile bağlamak da ceza muhakemesinin esaslarına aykırı düşeceğinden bu bekleminin de bir anlamı olmayacaktır. Bu da gösteriyor ki burada ancak nisbi muhakeme söz konusu olabilir.” KUNTER, Nurullah, YENİSEY, Feridun ve NUHOĞLU, Ayşe, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 16. Baskı, İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım, 2008, s. 318, İ. DÜLGER, 2000, SÜHFD, s. 227- 228, ŞAHİN, Behiye Köse, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlardan Çocukların Cinsel İstismarı, Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya, 2009, s. 38

evlenebilir. 16 yaşını doldurmuş kadın veya erkek, olağanüstü bir durum varsa ve hakim izin veriyorsa evlilik yapabilir. Bu hallerde kişi ergin hale gelecektir. Ayrıca 15 yaşını tamamlayan küçüğün kendi isteği ve velisinin rızası varsa; hakim kararı ile ergin kılınması mümkündür.¹⁹⁸ İşte bu şekilde 18 yaşının tamamlamadan ergin olan kişilere karşı cinsel eylem gerçekleştiğinde suçun vasfı değişmeyecektir ve çocuğun cinsel istismarı suçu oluşacaktır. Çünkü, 5237 sayılı yasanın 6. maddesi ve 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu' nun 3/1-a maddesi birlikte değerlendirildiğinde yasanın bu suçlarda mağdurun yaşını esas aldığı ve yasanın 102 ve devamı maddelerinde evlilik nedeniyle ergin olma veya hakim kararı ile ergin kılınma ile ilgili bir istisnaya gitmediği açıkça ortadadır.¹⁹⁹

Cinsel saldırı suçu eşe karşı da işlenebilir. Burada değinilmesi gereken önemli husus; 16 yaşında olağanüstü durum nedeniyle evlenmesine hakim kararı ile izin verilip evlenen eş ile 17 yaşını tamamlayıp 18 yaşını tamamlamadan evlenen eşin mağdur olması durumunda, eylemin cinsel saldırı suçu mu yoksa çocukların cinsel istismarı suçu mu olacağıdır. Biz bu durumda yukarıda açıkladığımız üzere; 5237 sayılı yasanın yaş ölçütünü esas aldığını ayrıca 103. madde de eşle ilgili ayrı bir düzenleme olmadığını kabul edip eylemin çocuğun cinsel istismarı suçunu oluşturduğu kanaatindeyiz.²⁰⁰ Örneğin; 17 yaşındaki ikiz kız kardeşlerden biri ile evli

¹⁹⁸ÖZTAN, Bilge, 2003, Medeni Hukuk' un Temel Kavramları, 11. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, s. 232-234

¹⁹⁹ÇKK md. 3/1-a “ Çocuk: Daha erken ergin olsa bile, onsekiz yaşını doldurmamış kişiyi; ”, KOCA ve ÜZÜLMEZ, Özel Hükümler, s. 288, AKARCA, Mehmet, Çocukların Ceza Hukukundaki Yeri Ve Çocukların Korunması, http://www.anayasa.gov.tr/files/insan_haklari_mahkemesi/sunumlar/ym_4/Akarca.pdf, s. 2, Erişim Tarihi: 15/03/2016 Aksi yönde görüş “ Türk Medeni Kanununun 124. maddesi uyarınca, olağanüstü durumlarda ve pek önemli bir sebeble onaltı yaşını doldurmuş erkek veya kadının evlenmesine izin verilebileceğine göre, fiilin eşe karşı işlenmiş olması halinde ayrıca mağdur eşin onsekiz yaşını doldurmamış olması önem arzetmez. ” PARLAR ve HATİPOĞLU, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu, s. 824 , “Türk Ceza Kanunu'nda ve Çocuk Koruma Kanunu'nda yer alan düzenlemeler karşısında, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu Tarafından 20 Kasım 1989 Tarihinde Kabul Edilen Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin 1. maddesinde; “Bu Sözleşme uyarınca çocuğa uygulanabilecek olan kanuna göre daha erken yaşta reşit olma durumu hariç, onsekiz yaşına kadar her insan çocuk sayılır.” denilmektedir. Bu nedenle cinsel saldırı suçunun ergin kılınan kişilere karşı da işlenebileceği öğretide ifade edilmiştir. ” AKSOY, s. 72

²⁰⁰HOROZGİL, Denizhan, Çocukların Cinsel İstismarı Suçunun Basit Şekli, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 93, 2011, s. 116-117, Bazı yazarlar bu konuda eşin istisna olduğunu yani eylem eşe karşı işlenirse yaşa bakmaksızın 5237 sayılı yasanın 102. maddesindeki cinsel saldırı suçunun oluşacağını kabul etmektedir. TUĞRUL, s. 63, PARLAR ve HATİPOĞLU, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu, s. 824, “ Kanaatimizce 18 yaşından küçüklerin yapmış olduğu resmi evliliklerde TCK 103/2 değil TCK 102/2-2 cümle hükmü uygulanmalıdır. Bu sayede mağdurun şikayetten vazgeçmiş olması durumunda fail koca hakkında soruşturma aşamasında kovuşturmayla yer olmadığına dair, kovuşturma aşamasında ise düşme kararı verilecektir. Aksi durumda yani TCK 103/2 maddesinin uygulanması

olan şüphelinin, eşine veya baldızına karşı cinsel saldırıda bulunması halinde eşi için TCK 102. maddenin, baldızı için TCK 103. maddesinin uygulanması yani aynı yaştaki ve aynı koşullardaki mağdurlar için farklı bir uygulamaya gidilmesi bizce adil değildir. Bu tartışmaya, Çocuk Haklarına Dair Sözleşme’ de de düzenlendiği gibi kanunlarımızdaki çocuk tanımını “ daha erken yaşta ergin olan veya evlilik ile ergin olan hariç 18 yaşından küçük olanlar ” şeklinde değiştirerek son verebiliriz ya da TCK 103. maddeye “ evlilik ile erginlik hariç çocuğa karşı ” şeklinde bir ibare ekleyip konuyu açığa kavuşturabiliriz. Mağdurun sıfatının bu suçun oluşması açısından önemi yoktur. Örneğin; mağdurun evli veya bekâr olmasının veya bâkire olmasının suç açısından bir değeri yoktur.²⁰¹ Ancak mağdurla fail arasındaki ilişkinin niteliği 5237 sayılı yasanın 102/3-b,c maddesinde cezada arttırım nedeni olarak kabul edilmiştir.²⁰²

Mağdurun yaşıyla ilgili değinilmesi gereken bir diğer husus 5237 sayılı yasada düzenlenen hata halidir.²⁰³ Fail mağdurun yaşının büyük olduğunu zannetmiş veya mağdur eylem öncesi yaşının büyük olduğunu söylemiş olmasına rağmen mağdurun yaşı 18’ den küçük ise, burada failin mağdurun yaşı hususunda hataya düşüp düşmediği değerlendirilmelidir. Yaş konusunda yanlışlık, suçun unsurlarına ilişkin yanlışlıktır. Hakim, failin yanlışlığının gerçek olduğunu kabul ederse bu durumda failin iradesine üstünlük tanınmalı ve cezalandırma çocukların cinsel istismarı suçundan değil, cinsel saldırı suçundan olmalıdır.²⁰⁴

Cinsel saldırı suçunda mağdur hayatta olan bir insandır. Ölmüş kişi ile hayvanlar bu suç açısından mağdur olamaz. Eylemin ölmüş kişiye veya hayvanlara

durumunda fail koca hakkında şikayet şartı aranmaksızın re’sen kovuşturma yapılacaktır ve bu durumda sadece fail koca değil, evlendirilen kız çocuğu da cezalandırılmış olacaktır. Türkiye gerçekleri ve 18 yaşından küçük kız çocuklarının evlendirilme oranları göz önüne alındığında böyle bir uygulamanın daha yerinde olacağı kanaatindeyiz.” İNAN, s. 26, “ Evlenmeyle reşit olmuş kişiye karşı gerçekleştirilen rıza dışı cinsel davranışların gerek eş, gerekse diğer kişiler tarafından yapılması halinde, unsurların oluşması şartıyla 102. maddenin ihlal edildiğini düşünüyoruz.” AKBULUT, Berrin, Ceza Mevzuatında Çocuk Ve Çocukların Yakalanması Gözaltına Alınması, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 19, Sayı 2, 2013, s. 547-548, AKÇİN, s. 104

²⁰¹ TUĞRUL, s. 64, ŞİŞMAN s. 60

²⁰² ŞİŞMAN, s. 62, ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, Özel Hükümler, s. 218

²⁰³ TCK md. 30/1 “ Fiilin icrası sırasında suçun kanunî tanımındaki maddî unsurları bilmeyen bir kimse, kasten hareket etmiş olmaz. Bu hata dolayısıyla taksirli sorumluluk hâli saklıdır. ”

²⁰⁴ ÖZBEK, Veli Özer, Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı, 2. Baskı, 1. Cilt, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2005, s. 348 - 349, İNAN, s. 24, GÜNGÖR, Devrim, Ceza Hukukunda Fiil Üzerinde Hata, Ankara, Yetkin Yayınları, 2007, s. 60 - 61

karşı işlenmesi halinde suçun vasfı değişir. Eylem hayvanlara karşı işlenirse; 5199 sayılı Hayvanları Koruma Kanunu madde 14 ihlal edilmiş olur. Eğer eylem ölü kişiye karşı işlenirse; hareket 5237 sayılı yasanın 130/2. maddesinde düzenlenen ölümlere saygı duygusunu ihlal suçunu oluşturur.²⁰⁵

Cinsel saldırı mağdurlarının büyük çoğunluğunun kadınlar olduğu birçok araştırma ve istatistikte ortaya konmaktadır. Ancak erkek fail tarafından erkek mağdura da bu suç dikkate değer sayılarda gerçekleşmektedir. Erkek mağdurların cezai adalet sistemine başvurmalarının önünde kadınlarınkinden daha farklı engeller bulunabilmektedir. Örneğin, bir araştırmadan çıkarılan sonuçlara göre; erkek mağdurlara polis nadiren inanmış, eş-cinsel oldukları varsayılmış, saldırgandan kendilerini koruyamayacak kadar “ erkek ” olmadıkları için başlarına gelenden sorumlu oldukları düşünülmüştür. Birçok erkek mağdur, polis tarafından soruşturma aşamasında ve mahkemelerde kovuşturma aşamasında kendilerine yapılan muamelenin cinsel saldırının kendisinden daha kötü olduğunu bildirmişlerdir. Bir araştırma üzerine hazırlanan raporda, cinsel saldırıya uğrayan erkeklerin bunu bildirmeme nedenleri olarak; bunun suç olduğunu bilmemeleri, inanılmama korkusu, cinselliklerinin sorgulanması sorunu sayılmıştır.²⁰⁶

²⁰⁵ 5199 sk. md.14 “ Hayvanlarla ilgili yasaklar şunlardır: a) Hayvanlara kasıtlı olarak kötü davranmak, acımasız ve zalimce işlem yapmak, dövmek, aç ve susuz bırakmak, aşırı soğuğa ve ısıcağa maruz bırakmak, bakımlarını ihmal etmek, fiziksel ve psikolojik acı çektirmek. b) Hayvanları, gücünü aştığı açıkça görülen fiillere zorlamak. c) Hayvan bakımı eğitimi almamış kişilerce ev ve süs hayvanı satmak. d) Ev ve süs hayvanlarını onaltı yaşından küçüklere satmak. e) Hayvanların kesin olarak öldüğü anlaşılmadan, vücutlarına müdahalelerde bulunmak. f) Kesim hayvanları ve 4915 sayılı Kanun çerçevesinde avlanmasına ve özel üretim çiftliklerinde kesim hayvanı olarak üretimine izin verilen av hayvanları ile ticarete konu yabani hayvanlar dışındaki hayvanları, et ihtiyacı amacıyla kesip ya da öldürüp piyasaya sürmek. g) Kesim için yetiştirilmiş hayvanlar dışındaki hayvanları ödül, ikramiye ya da prim olarak dağıtmak. h) Tıbbi gerekçeler hariç hayvanlara ya da onların ana karnındaki yavrularına veya havyar üretimi hariç yumurtalarına zarar verebilecek suni müdahaleler yapmak, yabancı maddeler vermek. ı) Hayvanları hasta, gebelik süresinin 2/3'ünü tamamlamış gebe ve yeni ana iken çalıştırmak, uygun olmayan koşullarda barındırmak. j) Hayvanlarla cinsel ilişkide bulunmak, işkence yapmak. k) Sağlık nedenleri ile gerekli olmadıkça bir hayvana zor kullanarak yem yedirmek, acı, ıstırap ya da zarar veren yiyecekler ile alkollü içki, sigara, uyuşturucu ve bunun gibi bağımlılık yapan yiyecek veya içecekler vermek. l) Pitbull Terrier, Japanese Tosa gibi tehlike arz eden hayvanları üretmek; sahiplendirilmesini, ülkemize girişini, satışını ve reklamını yapmak; takas etmek, sergilemek ve hediye etmek. ” , TCK md. 130/2 “ Bir ölünün kısmen veya tamamen ceset veya kemiklerini alan veya ceset veya kemikler hakkında tahkir edici fiillerde bulunan kişi, üç aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. ”, ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACIKSIZ/TEPE, Özel Hükümler, s. 315, DÜLGER, İbrahim, Irza Geçme Suçunun Fail Ve Mağdur Açısından Değerlendirilmesi, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Milenyum Armağanı, Cilt 8, Sayı 1-2, 2000, s. 222

²⁰⁶ AKTARAN; KORKUSUZ, s. 826

2.2.3.Suçun Maddi Konusu

Suçun maddi konusu fiilin yöneldiği ve üzerinde gerçekleştiği insan veya şeydir.²⁰⁷

Suçun maddi konusu ile korunan hukuku yararı karıştırmamak gerekir çünkü korunan hukuku yarar elle tutulur gözle görülür maddi varlıkları değil daha çok manevi değerleri ifade eder. Suçun maddi konusu ise genel olarak elle tutulur gözle görülebilir maddi varlığı olan şeyleri ifade eder. Örneğin; hırsızlık suçunda korunan hukuku yarar zilyetlik ve mülkiyet suçun maddi konusu ise çalınan eşyadır, adam öldürme suçunda korunan hukuku yarar yaşam hakkı iken suçun maddi konusu hareketin gerçekleştiği insan bedenidir. Hakaret suçunda korunan hukuku yarar kişinin itibarı ve saygınlığıdır, suçun maddi konusu ise fiilin ihlal ettiği itibarın sahibi olan kişidir.²⁰⁸

Cinsel saldırı suçunda suçun maddi konusu saldırıya maruz kalan kişinin bedenidir.²⁰⁹

2.2.4.Fiil

Ceza hukukunda fiil; ceza kanunlarında suçta unsur olarak yer alan dış dünyada tezahür eden haksızlık içeren iradi insan davranışdır.²¹⁰

Bu tanımdan hareketle fiil konusunda bazı hususlara yer vermek gerekmektedir.

²⁰⁷HAKERİ, s. 133, ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Genel Hükümler, s. 309, KOCA ve ÜZÜLMEZ, Genel Hükümler, s. 107

²⁰⁸ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Genel Hükümler, s. 309 – 310, KOCA ve ÜZÜLMEZ, Genel Hükümler, s. 107 -108

²⁰⁹HAFIZOĞULLARI, Zeki ve ÖZEN, Muharrem, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar, 4. Baskı, Ankara, Us-a Yayıncılık, 2015, s. 159, ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACIKSIZ/TEPE, Özel Hükümler, s. 314, ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, Özel Hükümler, s. 212, KOCA ve ÜZÜLMEZ, Özel Hükümler, s. 290, ARTUÇ, Mustafa, Kişilere Karşı Suçlar, 2. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2008, s. 574, İNAN, s. 34, ŞİŞMAN, s. 63, Cinsel saldırı suçunda korunan hukuki değer ise cinsel dokunulmazlıktır.

²¹⁰ÖZGENÇ, İzzet ve ŞAHİN, Cumhuriyet, Uygulamalı Ceza Hukuku, 3. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2001, s. 91, ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACIKSIZ/TEPE, Genel Hükümler, s. 204, DEMİRBAŞ, Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2012, s. 206

Bunlardan ilki kanunilik ilkesinin bir gereği olarak; fiilin cezalandırılabilir olması için, ceza kanunlarında fiilin tanımlanmış olması gerekir. Yani her fiil suç teşkil etmez bu konuda kanuni düzenleme olması şarttır.

Diğer husus, suçun oluşması için fiilin mutlaka dış dünyada tezahür etmesi gerekir yani kişinin dışa yansımayan psikik hareketleri (düşünce) suça vücut vermez, bu durumda düşünce suçu olmaz ve düşünce cezalandırılmaz.²¹¹

Bir diğer husus fiilin insan davranışı şeklinde olmasıdır. Bu durumda tüzel kişilerin veya hayvanların davranışı cezalandırılmaz. Ancak hayvanın suçta araç olarak kullanılması veya tüzelkişilerin gerçek kişilerden oluşan organlarının davranışları kanundaki suç tipine uyuyorsa gerçek kişi cezalandırılabilir.²¹² Fiil icrai veya ihmali olabilir.²¹³

Son olarak fiilin iradi olması ile ilgili hususlara değinmekte yarar olduğunu düşünmekteyiz;

-Refleks hareketleri fiil kabul edilemez.

-Şuurun tamamen kaybolduğu anda gerçekleşen hareketler fiil olarak değerlendirilemez. Sara nöbeti esnasında gerçekleşen hareketler buna örnektir.

-Mutlak bir kuvvete maruz kalan ve iradeyi devre dışı bırakan bir olay nedeniyle gerçekleşen davranışlar fiil kabul edilemez. Toprak kayması ile kullandığı aracı istediği gibi yönetemeyen sürücünün yaya olan başka bir şahsa çarpması sonucu yayanın vefat etmesi olayı örnek olarak gösterilebilir.

-Kişinin kusur yeteneğinin olup olmaması, davranışın fiil vasfını ortadan kaldırmaz.²¹⁴

²¹¹HAKERİ, s. 146, ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACIKSIZ/TEPE, Genel Hükümler, s. 204, “ Bir dış davranışa dönüşmeyen psikik fiil asla cezalandırılmaz. Buna, 1926 tarihli Türk Ceza Kanunu’ nda “ bir kimsenin üzerinde kendi haliyle mütenasip olmayan para ve eşya bulunması suçu ” (madde 578) örnek gösterilmektedir. Ceza hukukçularının büyük çoğunluğunun düşüncesine uygun olarak, davranışsız suçların varlığı kabul edilemez. Bu suç yönünden davranış, bir kimsenin kaynağını göstermeden bir kısım eşyaya zilyet olması veya bunları yanında taşımasından ibarettir. ” TOROSLU, s. 80-81, DARENDE İhsan, Yeni Tck’ da Suç İşlemeye Teşebbüs, www.sinerjias.com.tr/pg/pdf/16.pdf, s. 5, Erişim Tarihi: 09/10/2015, İÇEL, Kayıhan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Yenilenmiş 6. Baskı, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2014, s. 238, HEINRICH, Bernd, Ceza Hukuku Genel Kısım 1 Cezalandırılabilirliğin Temel Esasları Tamamlanmış Ve Teşebbüs Edilen Suçlarda Suçun Yapısı, (Çevirenler: HAKERİ, Hakan, ÜNVER, Yener, ÖZBEK, Veli Özer, ÇAKMUT, Özlem Yenerer, ERMAN, Barış, DOĞAN, Koray, ATLADI, Ramazan Barış, BACAKSIZ, Pınar ve TEPE, İlker), Ankara, Adalet Yayınevi, 2014, s. 113

²¹²HAKERİ, s. 146, İÇEL, s. 237 ve 239, HEINRICH, s. 111 – 112

²¹³ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACIKSIZ/TEPE, Genel Hükümler, s. 204, HAKERİ, s. 146

²¹⁴HAKERİ, s. 146-150, ÖZGENÇ ve ŞAHİN, Uygulamalı Ceza Hukuku, s. 93 - 94

5237 sayılı yasanın 102/1. maddesinde düzenlenen cinsel saldırı suçunda fiil cinsel davranışlarla bir başkasının vücut dokunulmazlığının ihlal edilmesidir. Madde gerekçesinde kanun metnine dahil olmayan bir husus yer almıştır. Bu husus; suçun oluşabilmesi için cinsel arzuları tatmin amacına yönelik davranışlarla kişinin vücut dokunulmazlığının ihlal edilmesi hususudur. Suçun oluşması için gerçekleştirilen hareketlerin objektif olarak şehevi nitelikte bulunması yeterlidir; failin şehevi arzularının fiilen tatmin edilmiş olması gerekmez ve son olarak fiilin cinsel ilişki boyutuna varmaması gerekir.²¹⁵

Madde metninde cinsel davranışın ne olduğu tanımlanmamış gerekçede açıklanmaya çalışılmıştır. Ayrıca gerekçeye failin, “ cinsel arzularını tatmin amacı ” eklenerek suçun basit hali için özel saik hususu öngörülmüştür. Cinsel davranışın açıkça tanımlanmaması, gerekçe ile kanunun daraltılması ayrıca suçun oluşumu için saik eklenmesi bazı yazarlar tarafından eleştiri konusu olmuştur.²¹⁶

²¹⁵ŞAHİN ve ÖZGENÇ, Türk Ceza Hukuku Mevzuatı, s. 227, “ İddianame, mahkumiyet kararı ve dosya içeriğine göre sanığın işlediği iddia ve kabul edilen “ mağdurenin yanında bulunan Mehmet’ e bu kadını satıyormuşsun dedikten sonra kolundan tutma ” eyleminin 5237 sayılı Yasanın 102/1. maddesinde düzenlenen basit cinsel saldırı suçunu oluşturabileceği ” EROL, Haydar, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu, 1.Cilt, Yayın Matbaacılık, s. 1254 Aksi yönde görüş “ Cinsel arzuları tatmin amacı taşımayan vücut dokunulmazlığını ihlâl eden hareketler cinsel saldırı suçunu oluşturmayacaktır. Suçun oluşması için, gerçekleştirilen hareketin objektif olarak şehevi nitelikte bulunması ve cinsel arzuları tatmin amacıyla gerçekleştirilmesi yeterlidir. ” KOCA ve ÜZÜLMEZ , Özel Hükümler, s. 291

²¹⁶AKSOY, s. 53, KORKUSUZ, s. 824, “ Cinsel davranış nedir? Cinsel davranış kavramını kime göre değerlendirmek gerekir? Faile göre mi? Mağdura göre mi? Topluma göre mi? Burada çözümlenmesi gereken ilk sorun bu soruların cevapları olmalıdır. ” OKTAY, s. 4, “ Cinsel davranış kavramının içeriğinin belirlenmesinin uygulamaya bırakılması, “ cinsel davranış ” kavramının içeriğinin belirlenmesinde farklı uygulamaların ortaya çıkmasına sebebiyet vermiştir. Bu durum, kimi zaman bazı konularda kanunilik ilkesini zedeleyecek boyutta yorumlanmaya açık olduğu gibi kimi zaman söz konusu suçların basit hali için cinsel saiki arayan ölçütün suçun manevi unsuruyla karıştırılması, kimi zaman da fiziki teması içeren davranışların sanığın dış dünyaya yansıyan hareketlerine özgülenerek objektif şekilde mağdurun cinsel dokunulmazlığına yönelip yönelmediğinin tespit edilebilmesinin ihmali sonucunu doğurmuştur. Suç tanımına bakıldığında, cinsel saldırının her iki şekli bakımından da bu suçta aranan kast çeşitinin genel kast olduğu, cinsel tatmin özel kastına yer verilmediği görülmektedir. Madde metninde saike yer verilmemiştir. Mağdureye ve ailesine husumet besleyen bir failin bir nevi intikam isteğine bağlı olarak veya mağdureyi ve ailesini kızdırmak amacı veya mağdureyi tahkir amacı ile mağdurenin kürek kemiğine elindeki alelade bir sopa ile bir süre dokunup bu sırada da “ Sen ne güzel bir şeysin ” şeklindeki sözler sarf ettiğini varsayalım. Fail burada mağdurun cinsel olmayan bir bölgesine cinsel olmayan bir materyalle dokunmaktadır ve hiçbir şekilde şehevi arzularını tatmin amacını gütmemektedir. Sanığın saiki mağdureyi ve ailesini tahkir etmektir. Cinsel arzuların tatmini amacını suçun oluşumu için gerekli gören anlayışta hiç şüphesiz söz konusu eylem cinsel saldırı veya istismar suçunu oluşturmayacaktır. Ancak cinsel davranışın yukarıda anılan tanımı dikkate alındığında, sanık fiziki teması içeren hareketi ve sözleri bir bütün halinde mağdurenin cinsel dokunulmazlık alanına yönelen cinsel davranış oluşturup bu suretle suçun maddi unsuru tamamlanmakta ve sanığın dış alemde ortaya çıkardığı bu temas ve sözleri bilip istemesi ile de suçun kasıt unsuru ortaya çıkmış olmaktadır. Buradan hareketle yinelemek gerekirse cinsel davranışın ne

Kanaatimizce de burada gerekçe ile “ cinsel arzuları tatmin ” özel saikinin getirilmesi, kanundaki cinsel davranış kavramını daraltmıştır ve bu durum kanunilik ilkesi ile bağdaşmamaktadır. Kaldı ki kanun koyucu burada özel saik arasaydı yasanın 105. maddesinde olduğu gibi saiki madde metninde düzenleyebilirdi. Ayrıca, cinsel saldırı suçunun basit şeklinde saik aranırken organ sokma şeklindeki nitelikli halinde saik aranmaması abesle iştigal olacaktır. Kanun metninin lafzı da çok açık şekilde düzenlenmiştir bu durumda yorumla madde metni daraltılmaz. Fakat, kanunun cinsel davranışı tanımlaması da mümkün değildir. Bu durum kanunu kazuik hale getirecektir.

Yapılan davranışın cinsel olup olmadığına karar vermek için; her somut olayda tıp, sosyoloji, psikoloji bilimlerinden faydalanarak, objektif anlamda davranış cinsel nitelikli mi, mağdurun dokunulan bölgesi, hareket sayısı, failin kastı gibi hususları hep birlikte değerlendirip karar vermek daha yerinde olacaktır.²¹⁷ Aksi takdirde cinsel duyarlılığı hat safhada olan bir kişi ile tokalaşırken, yanaktan öpüşme bile mağdur tarafından cinsel saldırı olarak görülebilecektir.

olduğu meselesinde açık bir tanım yapılması gerekliliğini göz ardı ederek suçun maddi unsuru ile kastı ve özel kastı birbirine karıştıran düşünceler olduğu ve sorunun faili eyleme iten nedenden bağımsız olarak mağdurun cinsel dokunulmazlık alanını ihlal eden “ Cinsel Davranış ” kavramının belirlenip tartışılması ile çözülebileceği, bunun sonrasında ise cinsel davranışı oluşturan eylemin bilinip istenmesi ile suçun tüm unsurlarıyla oluştuğunun kabulünde zorunluluk bulunduğu görüşündeyim. Zira cinsel davranışın ne olduğunun belirlenmesinde zorluk ve karmaşa yaratan failin cinsel olmayan organları veya herhangi bir materyal ile mağdurun yine cinsel olmayan organlarına yönelik olarak gerçekleştirdiği fiziki teması içeren ve halin icabı veya söylenen sözler nedeniyle mağdurun cinsel dokunulmazlık alanına yönelen eylemlerde söylenen sözler, suçun manevi unsurunun veya failin saikinın belirlenmesi ile ilgili olmayıp tamamen suçun maddi unsuru içinde değerlendirilmesi gereken ve cinsel davranış kavramı içinde ele alınması gereken dış dünyaya ilişkin hareketler olarak algılanması gerekmektedir. ” GENEL, Namık, Türk Ceza Kanunu’ nda Düzenlenen Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlarda Temel Sorunlar, www.kose-kose.com/dosyalar/genel-cinsel-suclar.pdf s. 2-4, Erişim Tarihi: 23/02/2015, “ Kanun koyucu madde gerekçesinde “ Bu suçun oluşabilmesi için, cinsel arzuları tatmin amacına yönelik davranışlarla kişinin vücut dokunulmazlığının ihlal edilmesi gerekir. ” demektedir. Madde gerekçesi bu açıklaması ile maddenin uygulamasını kolaylaştırma amacını aşarak maddenin sınırlarını daraltacak bir düzenlemeye yol açmaktadır. Kanunun amacı, cinsel arzuları tatmin amacıyla söz konusu eylemi gerçekleştirmek koşulunu aramak olsaydı, cinsel taciz suçunda olduğu gibi, cinsel saldırı suçunu düzenlerken de söz konusu davranışın cinsel amaçlı gerçekleştirilmesi gerektiği ifadesini kullanabilirdi. Bunun yerine madde, cinsel davranışların hangi saikle yapılmış olduğuna bakılmaksızın cinsel saldırı suçunu oluşturacağını kabul etmiştir. Bunun sınırının daraltılması, ceza hukukunun belirlilik ilkesinin zedelenmesine yol açacaktır. Ayrıca failin saikinın belirlenmesindeki güçlükler, birçok saldırı failinin cezasız kalmasının sebeplerindendir ve mağdurların ikinci kez mağduriyetine sebep olmaktadır. ” CANİKOĞLU, Seher Kırbaş, 2013, Feminist Bir Perspektifle Türk Ceza Kanunu’ nda Cinsel Saldırı Suçu, http://cins.ankara.edu.tr /9_7.html, s. 5, Erişim Tarihi: 19/02/2015

²¹⁷İNAN, s. 28,

Cinsel saldırı suçunun oluşması için öncelikle bedensel temas gereklidir.²¹⁸

Yargıtay da cinsel saldırı suçu açısından bedensel temasın şart olduğu görüşündedir.²¹⁹

Bazı hallerde bedensel temas olmadan cinsel saldırı suçunun oluşup oluşmayacağı doktrinde tartışılmıştır. Bunları örnekler ile açıklamak gerekirse;

-Fail mağdura dokunmadan zor kullanarak kendi cinsel bölgelerine dokundurtmuştur. Burada görünüşte mağdurun vücuduna bedensel temas yok gibidir. Ancak fail eylemi ile mağdurun bedenini kendine dokundurmuş ve her halükarda mağdurun vücuduna temas gerçekleşmiştir. Ayrıca korunan hukuki yarar cinsel dokunulmazlık (cinsel özgürlük) olduğu için burada mağdurun cinsel dokunulmazlığına bir saldırı gerçekleşmiştir. Kanaatimize göre de cinsel saldırı suçu bu olay açısından oluşmuştur.²²⁰

- Fail mağdurun cinsel bölgesine dokunmak yerine, mağduru zorlayarak bizzat mağduru kendi kendinin cinsel bölgesine dokundurtmuştur. Bu durumda aslında fail

²¹⁸YAŞAR, Osman, GÖKCAN, Hasan Tahsin ve ARTUÇ Mustafa, Yorumlu - Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, 3. Cilt, Ankara, Adalet Yayınevi, 2010, s. 3236, ARTUÇ, s. 575, ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, Özel Hükümler, s. 208, SOYASLAN, Özel Hükümler, s. 237, ÖZLEM, Önder, Cinsel Saldırı Ve Cinsel Taciz Suçu Arasındaki İnce Çizgi, www.turkhukuksitesi.com, 2008, Erişim Tarihi: 08/10/2015

²¹⁹“ Sanığın, müştekinin kolundan tutup “ Sen S. teyzenin kızı mısın? Senden çok hoşlanıyorum ve peşini bırakmayacağım ” dediğinin iddia edilmesi karşısında eylemin bedensel temas içermesi nedeniyle 5237 sayılı TCK’ nun 102/1. maddesine uyan suçu oluşturabileceğine ” Yar., 5. CD, 30/03/2010, 1435/2555, HAFIZOĞULLARI ve ÖZEN, Özel Hükümler, s. 160, “ Sanığın, aynı dolmuş içinde yolculuk yaptıkları mağdurenin yanına oturarak önce sırtına dokunup daha sonrada eteğinin altından bacaklarını okşaması şeklinde gerçekleştiği iddia olunan eyleminin, hükümden sonra yürürlüğe giren 5237 sayılı yasanın 102/1. maddesinde belirtilen cinsel saldırı suçu kapsamında olup olmadığı, delillerin tartışılması ve değerlendirilmesi görevinin üst dereceli Asliye Ceza Mahkemesine ait bulunduğu nazara alınarak görevsizlik kararı verilmesi lüzumu, ” Yar. , 5. CD, 05/10/2006, 8433/7625, PARLAR, Ali ve HATİPOĞLU, Muzaffer, 5237 Sayılı Tck’ da Özel Ve Genel Hükümler Açısından Ağır Ceza Davaları, Ankara, Adalet Yayınevi, 2007, s. 183, “ Sanığın mağdureye elle sarılması eyleminin 5237 sayılı TCK.nun 102/1 maddesinde düzenlenen basit cinsel saldırı niteliğinde olup olmadığına ilişkin delillerin araştırılması ve tartışılması görevinin üst dereceli Asliye Ceza Mahkemesine ait olduğu nazara alınarak görevsizlik kararı verilmesi yerine yazılı biçimde hüküm kurulması, ” Yar. , 5. CD, 21/05/2007, 4750/3807, “ Oluşa uygun kabule göre, sanığın sarkıntılık eylemini mağdureye arkadan yaklaşarak sarılmak suretiyle gerçekleştirdiğinin anlaşılması karşısında, eyleminin mağdurenin suç tarihindeki yaşı itibarıyla 5237 sayılı TCK.nun 102/1 ya da 103/1 maddesinde düzenlenen suçu oluşturacağı ve bu suçla ilgili duruşma açıp yargılama yapma görevinin Asliye Ceza Mahkemesine ait olduğu nazara alınarak görevsizlik kararı verilmesi gerektiğinin gözetilmemesi, ” Yar. , 5. CD, 28/02/2007, 724/1615, ARTUÇ, Mustafa, AKKAYA, Çetin ve GEDİKLİ, Cemil, 2006-2007-2008 İçtihatları İle Türk Ceza Kanunu, 2. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2008, s. 627, 629

²²⁰ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACIKSIZ/TEPE, Özel Hükümler, s. 318, KOCA ve ÜZÜLMEZ, Özel Hükümler, s. 294, TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 336, ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, Özel Hükümler, s. 211

ile mağdur arasında temas yoktur. Mağdur kendi cinsel bölgesine kendi dokunmuştur. Bu durumda yine mağdurun cinsel dokunulmazlığına (cinsel özgürlük) bir müdahale gerçekleşmektedir.²²¹ Olayımızda cinsel saldırı suçunun oluştuğu hususu dolaylı faillik müessesesi ile çözülebilir.²²² Çünkü fail, bu olayda mağduru kendi kendinin bedeni üzerinde suç işlemesi için araç olarak kullanmaktadır.²²³ Kaldı ki failin bizzat mağdurun cinsel bölgesine dokunarak yarattığı haksızlık ile dokunmadan sırf mağduru zorlayarak kendi cinsel bölgesine kendinin dokunmasını sağlayıp fail tarafından bu durumun izlenmesi sonucu dış dünyada oluşan haksızlık arasında, kanaatimizce bir fark yoktur.

-Fail mağduru zorlayarak hiçbir temasta bulunmadan mağdurun soyunmasını sağlamış ve cinsel bölgelerini seyretmiş ayrıca bu durumdan haz duymuştur. Burada failin mağdura karşı cinsel teması yoktur. Ancak yine dolaylı faillik müessesesi devreye girince; eylem, kanatimizce cinsel saldırı olacaktır.²²⁴ Kaldı ki yukarıda izah edildiği üzere failin, mağdurun elbiselerini çıkarıp onu seyretmesi ile mağduru zorlayıp kendi kendine elbiselerini çıkarmasını sağlamak eylemleri arasında oluşan haksızlık yönünden hiçbir fark yoktur.

-Fail bizzat kendi cinsel bölgelerine dokunmakta ve bu olayı mağdura zorla izletmektedir. Bu durumda cinsel saldırı suçu oluşmaz çünkü olayda mağdurun vücut

²²¹SOYASLAN, Özel Hükümler, s. 238, Aksi yönde görüş “ Cinsel saldırı, TCK’ ya göre ancak vücut dokunulmazlığının ihlali suretiyle işlenebileceğinden, mağduru doğrudan kendi kendisine yönelik bir cinsel davranışta bulunmaya (örneğin, failin, mağduru kendi kendisine masturbasyon yapmaya zorlaması) veya bir cinsel ilişkiyi veya cinsel davranışı seyretmeye zorlamak bu suçu oluşturmaz. Burada, TCK m. 109/5’ in (kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılması suçunun nitelikli hali) veya TCK m 105’ in (cinsel taciz) uygulanması söz konusu olabilir. ” TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 336-337

²²²TCK md. 37 “(1) Suçun kanunî tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştiren kişilerden her biri, fail olarak sorumlu olur. (2) Suçun işlenmesinde bir başkasını araç olarak kullanan kişi de fail olarak sorumlu tutulur. Kusur yeteneği olmayanları suçun işlenmesinde araç olarak kullanan kişinin cezası, üçte birden yarısına kadar artırılır. ”

²²³ ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACIKSIZ/TEPE, Özel Hükümler, s. 318-319, KOCA ve ÜZÜLMEZ, Özel Hükümler, s. 293 – 294 Aksi yönde görüş TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 336-337

²²⁴KOCA ve ÜZÜLMEZ, Özel Hükümler, s. 293, Aksi yönde görüş “ Mağdurun vücuduna temas olmaksızın sözle yapılan davranışlar ve uzaktan uzağa dokunma olmaksızın yapılan hareketler, örneğin cinsel organı gösterme veya onun gözü önünde kendi kendini tatmin etme eylemi cinsel saldırı suçunu değil, cinsel taciz suçunu oluşturacaktır. Aynı şekilde fail mağdurun cinsel organını açtırıp karşısında masturbasyon yapması durumunda da bu suç oluşmayacaktır. ” YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 3236

dokunulmazlığına yönelik bir saldırı yoktur. Bu nedenle bu eylem 5237 sayılı yasanın 105. maddesinde belirtilen cinsel taciz suçunu oluşturacaktır.²²⁵

Tüm bu olaylar yönünden 5237 sayılı yasanın 109/5 maddesinde düzenlenen kişiyi cinsel amaçla hürriyetinden yoksun bırakma suçu da değerlendirilmelidir. Çünkü fail, mağdura hem cinsel dokunulmazlığa yönelik suçları gerçekleştirmekte hemde mağdurun hürriyetini tahdit etmektedir. Hürriyeti tahdit suçunun şartları oluşmuş ise gerçek içtima kuralları gereği faile her iki suçtan da ceza verilmelidir.²²⁶

Cinsel saldırı suçunun basit haline, daha az cezayı gerektiren hal olarak 6545 sayılı yasa ile sarkıntılık fiili eklenmiştir. Sarkıntılık ile basit cinsel saldırıyı birbirinden ayıran, eylemin devamlılık arz edip etmediğidir. Eylem, ani ve kesik hareketler sonucu meydana gelmişse sarkıntılık fakat devamlılık arz ediyorsa basit cinsel saldırı suçu oluşacaktır.²²⁷ Tabiki sarkıntılık halinde de bedensel temas şartı aranacaktır yani sürekli laf atarak sırnaşık hareketler sergileyen failin eylemi bedensel temas olmadığı için cinsel taciz suçunu oluşturacaktır.²²⁸

²²⁵ ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACIKSIZ/TEPE, Özel Hükümler, s. 319, KOCA ve ÜZÜLMEZ, Özel Hükümler, s. 293, TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 337, TOROSLU, Özel Kısım, s. 61

²²⁶ ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACIKSIZ/TEPE, Özel Hükümler, s. 319, KOCA ve ÜZÜLMEZ, Özel Hükümler, s. 308

²²⁷ ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, Özel Hükümler, s. 212, “ Sarkıntılık, belirli bir kimseye karşı işlenen o şahsın edep ve iffetine dokunan ani ve hareketler yönünden kesiklik gösteren şehvet kastıyla işlenen davranışlardır. Fail ile mağdurenin vücutlarının teması şart değildir. Isık çalmak, mağdurun peşinden giderek sırnaşıkça hareketlerde bulunmak, cinsel organını göstermek veya mağdurun cinsel organını seyretmek, birden fazla aşk mektubu yazmak, çimdik atmak, el kol işaretleri ile cinsel ilişkide bulunmayı önermek gibi hareketler sarkıntılık suçunu oluşturmaktadır. Tasaddi (ırz ve namusa tasaddi) ise mağdur üzerinde işlenen ve cinsel birleşme kastı taşımayan, devamlılık gösteren şehvi hareketlerdir. Mağdurenin cinsel organını öpme veya okşama, kendi uzvunu okşatma, ırza geçme kastı olmaksızın cinsel organını sürtmek, mağdurenin vücudunu devamlı şekilde şehvet duygularını tatmin amacıyla okşama ve öpme gibi fiillerdir. Sarkıntılık suçunda ani ve kesiklik gösteren hareketler, tasaddi fiilinde süreklilik kazanmakta ve ısrarla sürdürülmektedir. Fail, şehvi hislerinin tatmini için, yoğunlaşmış ve süreklilik arzeden hareketlerde bulunmaktadır. Maddi olayda sanık, ahırda yalnız gördüğü mağdureye sarılarak onu öpmüştür. Hareketleri soyut ve kesintili olup devamlılık arzetmemektedir. Mağdurenin cinsel organlarını ellememiş, okşayıp öpmesi sürekli olmamıştır. Sarılma ve öpmesi tasaddi suçunu oluşturacak boyuta ulaşmamış ve eylemi belli bir yoğunluk kazanmamıştır. Bu nedenle, sanığın ahırda vukubulan eyleminin sarkıntılık suçunu oluşturduğu ve daha önce işlediği sarkıntılık fiilinin, aynı suç işleme kararı altında teselsül niteliğinde bulunduğu anlaşılmakla, direnme hükmünün bozulmasına karar verilmelidir. ” Yar. , CGK, 24/12/1990, 343/361, BAKICI, Genel Adap Ve Aile Düzenine Karşı Cürümler, s. 238, ARTUK, Cinsel Taciz Ve Ceza Hukuku, s. 42, TANERİ, s. 30, TOROSLU, Özel Kısım, s. 62, TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 338

²²⁸ “ Seni bir kere öpeyim ” diyerek mağdurenin külotuna el atma, fiilin cereyan ettiği yerdeki hal ve şartlara göre sarkıntılık oluşturur. ” Yar. , 5. CD, 24/7/1967, 2155/2323, “ Alkollü olan sanığın yoldan geçen mağdureye, arkadan sarılıp, kalçasına el atmak suretiyle sarkıntılıkta bulunduğu.. ” Yar. , 5. CD, 13/9/1983, 2929/2848, ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, Özel Hükümler, s. 213

Burada şu hususa da değinmek yerinde olacaktır. Failin eylemi vücuda organ veya sair bir cisim sokmaya yönelik veya sokma şeklinde ise artık eylem 102/2 maddesinde belirtilen nitelikli cinsel saldırıya dönüşecektir.²²⁹

Cinsel saldırı suçunda kişinin rızası eylemi suç olmaktan çıkarır ancak bu rıza açıklamasının hür iradeye dayanması gerekir. İşte bu noktada kişinin iradesini fesada uğratacak cebir, tehdit, hile veya kişinin kendinde olmamasından kaynaklanan (örneğin uyku hali) hususları da açıklamak gerekmektedir.

Cebir, bir kişinin fiziki kuvvet uygulanması neticesinde yapmak istemediği bir şeyi yapmaya yapmak istediği şeyi ise yapmamaya zorlanmasıdır. 5237 sayılı yasanın 108. maddesinde cebir suçu düzenlenmiş ve açıklanmaya çalışılmıştır.²³⁰

Cinsel saldırı suçunda mağdura cebir uygulanmak suretiyle eylem gerçekleştirilmektedir. Örneğin; mağdurun direncini kırarak şekilde onu sınıksı kavrayarak zorla araca bindirip ormanlık bir alana götürüp ellerinden bağlayarak, mağdura yönelik gerçekleştirilen cinsel nitelikteki bir eylemde, mağdura karşı cebir uygulandığı kabul edilecektir ve mağdurun rızası olmadığı değerlendirilecektir. Cebirin, failin başından sonuna kadar bulunması gerekmeyip eylemin başında mağdurun direncini kırabilecek nitelikte olması yeterli olacaktır.²³¹

6545 sayılı yasayla yapılan değişiklik öncesinde, cebrin mağdurun direncini kırmanın ötesine geçmesi halinde 5237 sayılı yasanın 102/4 maddesi devreye girecek ve fail ayrıca kasten yaralama suçundan da cezalandırılacaktı. Burada mağdurun direncinin kırılmasını sağlayacak cebrin ötesinde fiziki kuvvet kullanması halinde yani ölçünün aşılması halinde ayrıca cezalandırılması için aranacak ölçüt kanaatimizce eylemin sonucunda mağdurun basit tıbbi müdahale ile giderilemeyecek

²²⁹TUĞRUL, s. 78, YAŞAR/GÖKCEN/ARTUÇ, s. 3238

²³⁰TCK md. 108 “ Bir şeyi yapması veya yapmaması ya da kendisinin yapmasına müsaade etmesi için bir kişiye karşı cebir kullanılması hâlinde, kasten yaralama suçundan verilecek ceza üçte birinden yarısına kadar artırılarak hükmolunur.”, “ Diğer bir anlatımla bir kimsenin karşı konulamaz fiziki gücün etkisiyle iradesinin teşekkülü veya mevcut iradesini arzusu doğrultusunda kullanması engellenerek (örneğin, bir yere kapatılması, yakalanması, doğrudan doğruya vücuda üzerinde etkide bulunarak bir hakereti yapmaya zorlanması) suç işlemek zorunda bulunulmasına cebir denir. ” ARTUK, Mehmet Emin, GÖKCEN, Ahmet ve YENİDÜNYA, Caner, CEZA HUKUKU GENEL HÜKÜMLER, 5. BASKI, ANKARA, TURHAN KİTAPEVİ, 2011, s. 515, ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACIKSIZ/TEPE, Genel Hükümler, s. 394, TANERİ, s. 119

²³¹ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Özel Hükümler, s. 209-210, ARTUÇ, s. 578, TUĞRUL, s. 81

bir yaralanmasının bulunmasıdır. Yargıtay da bu konuda belirttiğimiz ölçütü esas almaktadır.²³²

Cebrin basit tıbbi müdahale ile giderilebilir bir yaralama niteliğinde olup olmadığı ölçütü, kanunumuza İspanyol Ceza Kanunu'ndan girmişti. İspanyol Ceza Kanunu 147 ve devamı maddeleri cürümleri ile aynı kanunun 617 ve devamı maddelerindeki düzenlenen kabahatları ayırmak için bahse konu ölçütü getirmiş, suçun cürüm sayılabilmesi için bir tıbbi veya cerrahi tedaviyi nesnel açıdan gerektirmesi hususu şart koşulmuştur. Öte yandan ülkemizin adli tıp kurumunca, hangi yaralanmaların basit tıbbi müdahale ile giderilebilir nitelikte olduğuna yönelik bir liste yayımlanmıştır.²³³

Doktrinde failin mağdura yönelik sinsice, aniden ve çok hızlı gerçekleştirdiği eylemlerde; örneğin, yolda yürüyen mağdura failin arkadan hızlı bir şekilde yaklaşp aniden poposunu ellemesi suretiyle meydana getirdiği eylemde, cebir kullanıldığı ve failin aksi yöndeki iradesini açıklamaya bile fırsatının kalmadığı belirtilmiş ise de biz bu görüşe katılmıyoruz. Çünkü bahse konu olayda failin, mağdurun yapmak istediği bir şeyi yapmaması için, yapmamak istediği bir şeyi de yapması için uyguladığı bir zor kuvvet bulunmamaktadır. Bizce burada gerçekten mağdurun iradesini açıklama imkanı kalmadığından, eyleme zımnen rıza göstermediği (varsayılan rızasızlık olduğu) kabul edilmelidir.²³⁴

Cebrin bizzat mağdura yönelmesi yani mağdur üzerinde icra edilmesi gerekmektedir. Cebrin, mağdurun yakınları üzerinde gerçekleşmesi ve bu suretle mağdurun rıza göstermesinin sağlandığı durumlarda mağdurun rızasının cebir nedeniyle değil tehditle ortadan kalktığının kabulü gerekir.²³⁵

²³²ARTUÇ, s. 578, “ Sanığın zorla cinsel saldırı eyleminde bulunduğu mağdureyi bu eylem sırasında bıçakla ve basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek ölçüde hafif şekilde yaraladığının anlaşılması ve 5237 sayılı Yasanın 102/4. maddesinin “ suçun işlenmesi sırasında mağdurun direncinin kırılmasını sağlayacak ölçünün ötesinde cebir kullanılması durumunda kişi ayrıca kasten yaralama suçundan dolayı cezalandırılır ” , hükmü karşısında, sanığın mağdureyi yaralama eyleminin cinsel saldırı suçunun zor unsuru yada 102/4. maddesi kapsamında kalıp kalmadığı hususu karar yerinde tartışılmadan kasten yaralamak olarak kabulü ile 86/2-3. maddelerine göre hüküm kurulması, kanuna aykırıdır. ” Yar. , 5. CD, 21/09/2006, 6774/7134, TUĞRUL, s. 82

²³³TUĞRUL, s. 82-83

²³⁴ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, Özel Hükümler, s. 210, TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 329

²³⁵ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, Özel Hükümler, s. 210, İ. DÜLGER, 1998, s. 111, GÜNDÜZ, s. 25

Konuyla alakalı olabileceğini düşündüğümüz henüz kesin karara bağlanmamış bir olayı burada anlatıp kısaca değinmek isteriz. Sanıklar M ilçesinde bulunan bir barda eğlenirken karşı masada oturan ve eğlenen üç turist bayan ile tanışmak isterler, bayanlar teklifleri iki üç defa reddeder. En son bayan turistler bardan ayrılmak istedikleri esnada sanık A bayanlara " sizi ben bırakabilir miyim ? " diyerek teklifte bulunur. Bu teklifi bayanlardan sadece mağdur B kabul eder. Sanık A, yanında diğer sanıklarla birlikte mağdur B' yi kendi evine götürür ve eve girmek istemeyen mağdur B' ye herhangi bir tehdit içeren ifade kullanmadan ayrıca fiziki anlamda güç uygulamadan (cebir uygulamadan) sadece bağırarak eve girmesini ister. Mağdur B korkarak bahse konu eve girer ve daha sonra sanık A yine mağdura sadece bağırarak yatak odasına gitmesini ve soyunmasını ister. Bu durumdan korkan mağdur B, sanığın istediklerini yerine getirir. Önce sanık A mağdur ile cinsel ilişkiye girer ve sırayla diğer sanıklarda mağdur ile ilişkiye girerler. Mağdur B olay yerinden sabaha karşı sanıkların dikkatlerinin dağıldığı bir esnada kaçarak kurtulur ve kolluk kuvvetlerine giderek olayı anlatır. Bu olayda, anlatılanlar ışığında mağdurun cinsel ilişkiye rıza göstermediği sırf korktuğu için cinsel ilişkiye girmek zorunda kaldığı aşıkardır. Ancak olayımız da sanık A' nın, mağdur B' ye yönelik 5237 sayılı yasanın 106. maddesinde tanımlanan herhangi bir tehdit fiili de gerçekleşmemiştir. Olayda maddi cebir olmadığı da açıktır. Bu durumda kendiliğinden soyunarak ilişkiye giren mağdur B' nin bu ilişkide rızasının olduğu yönünde bir kabulün bizce hukuka aykırı olacağı çünkü her somut olayın öncelikli olarak kendine göre yorumlanması gerektiği, yurt dışında yaşayan ve oranın şartlarına göre büyüyüp, o kültürde yetişen bir bayanın kendisine sadece bağırılması sonucu dahi korkarak sırf kendisine daha ağır bir zarar verilmesin düşüncesiyle soyunarak ilişkiye girmesinde mağdurun rızasının bulunduğunu kabul etmek mümkün değildir. İşte tam burada, kanaatimizce bu olay açısından; sanık tarafından mağdura uygulanmış manevi cebrin varlığı söz konusudur.²³⁶

5237 sayılı yasanın 106.maddesinde düzenlenen tehdit suçu da manevi cebir niteliğindedir. Ancak olayda uygulanan manevi cebir, kanunumuzda düzenlenen

²³⁶Manevi cebir: " Bir kimse üzerinde manevi baskı uygulayarak bir işi yapmaya veya yapmamaya zorlamak, manen etki altında tutarak iradesini bir yöne yönlendirmektir " http://www.sozlukbu.com/k/169434/manevi_cebir_kelime_anlam%C4%B1_nedir_ne_demek, Erişim Tarihi: 16/03/2015

tehdit suçundan farklıdır.²³⁷ Çünkü kanunumuza göre tehdit suçunun oluşması için, mağdurun kendisine veya bir yakınına yönelmiş, bu kişilerin hayatına, vücut ve cinsel dokunulmazlığına veya mal varlığına ilişkin zarara uğratmaya yönelik bir iddianın bulunması gerekmektedir. Olayımızda ise sanığın mağdura, onun iç dünyasını baskılayacak şekilde istemediği bir şeyi yaptırmak için ve mağduru korkutarak sadece bağırdığı, mağdura veya yakınlarına yönelik zarar verme iddiasının bulunmadığı ortadadır. Yukarıda açıkladığımız üzere manevi cebirin bu şeklinde de mağdurun rızasının bulunmadığını kabul etmek daha adil olacaktır.

İradeyi fesada düşüren hallerden bir diğeri de mağdura yönelen tehdit ile eylemin gerçekleştirilmesidir. Tehdit, bir kimsenin kendisine veya bir yakınına yönelik zarar verileceği iddiasıdır. Dikkat edilirse burada maddi anlamda bir zor kullanma bulunmamakta olup daha çok kişinin manevi anlamda baskılanması söz konusudur.²³⁸

Cinsel saldırı suçunda eylemin tehdit ile yapılması durumunda bahse konu tehdit, mağdura veya mağdurun değer verdiği bir yakınına yönelik olabilir. Ayrıca tehdidin gerçekten ciddi olması gerekir ve tehditle ortaya çıkabilecek zararın cinsel saldırı sonucunda uğranılacak zarardan daha ağır nitelikte bulunması gerekmektedir.²³⁹ Tehditin cinsel saldırı sonucu uğranılacak zarardan daha ağır olması hususu doğru olup ancak her somut olayda, olayın özelliklerine göre karar vermenin daha uygun olacağı kanaatindeyiz. Örneğin; mağdura ait basit bir saatin

²³⁷ TCK md. 106 “ Bir başkasını, kendisinin veya yakınının hayatına, vücut veya cinsel dokunulmazlığına yönelik bir saldırı gerçekleştireceğinden bahisle tehdit eden kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Malvarlığı itibarıyla büyük bir zarara uğratacağından veya sair bir kötülük edeceğinden bahisle tehditte ise, mağdurun şikâyeti üzerine, altı aya kadar hapis veya adli para cezasına hükmolunur. ”

²³⁸“ Kişinin huzurunu bozmaya, endişelendirmeye veya onda bir güvensizlik duygusunun meydana gelmesine yönelik bir fiil olan tehdit mağdura ağır ve haksız bir zarara uğratılacağından bildirilmesidir. ” ARTUK/ GÖKÇEN/ YENİDÜNYA, Genel Hükümler, s. 516, HAKERİ, s. 405

²³⁹ ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, Özel Hükümler, s. 210 – 211, ARTUÇ, s. 579, ÖZBEK/ KANBUR/DOĞAN/BACIKSIZ/TEPE, Özel Hükümler, s. 316, CENTEL, s. 274, “ Kötülüğün, cinsel saldırı suçunun mağduru üzerinde gerçekleştirileceğinin beyan edilmiş olmasına gerek yoktur, onun yakınlık duyduğu bir kişi üzerinde gerçekleştirileceği bildirilen zararın, cinsel ilişki sonucunda uğranılacak zarardan daha ağır olması gerekir. İtalyan öğretisi bunu, tehdidin mağduru istenilen şekilde davranmaya mecbur edici nitelikte olması, yani mağdurun iradesini baskı altına almaya elverişli olması şeklinde ifade etmektedir. Belirtelim ki, Yargıtayımız, kadını cinsel ilişki sırasında gören ve kendisi ile cinsel ilişki de bulunmaması halinde, aliesine durumu intikal ettireceğine söyleyen kişinin fiilini tehdit saymamıştır. Oysa, İtalyan Yargıtay'ının haklı olarak tespit ettiği üzere, cebir veyahut tehditten maksat, mağdureyi karşı koyma olanaksızlığında bırakan biçimde onun iradesinin ortadan kaldırılması olmayıp, mağdurun irade özerkliğini kısıtlaması yeterlidir. ” TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 331

kırılacağından bahisle yapılan tehdit sonucu mağdurun cinsel ilişkiye rıza göstermesi olayı ile babasından yadigar olan ve mağdur tarafından çok değer verilen ayrıca, sanık tarafından bu gerçeğin bilindiği bir olayda, mağdurun bu saatin kırılacağından bahisle tehdiye maruz bırakılması akabinde cinsel ilişkiye rıza göstermek zorunda kaldığı olayda, takdir edileceği üzere mağdurun iradesinde oluşacak baskı aynı değildir.

Tehditin suçtan önce veya suç işlenmeye başladığı anda ayrıca cinsel saldırı fiilini gerçekleştirmek amacıyla bulunması ve mağdurun iradesini baskılaması gerekmektedir. Aksi takdirde suçtan sonra mağdurun suçu anlatmaması için kendisine yapılacak tehdit TCK madde 106' da düzenlenen tehdit suçunu oluşturur ve tehdit fiili cinsel saldırı fiilinin unsuru olmaktan çıkar. Bu durumda faile tehdit suçundan ayrıca ceza verilmesi gerekir.²⁴⁰

Tehdit fiili mağdura yönelik olabileceği gibi mağdurun yakınlarından birisine de yönelik olabilir.²⁴¹

²⁴⁰ TUĞRUL, s. 84, “ Mağdure anlatımlarında, soyut olarak zor ve tehditten bahsetmiş ancak zorun veya tehditin nasıl yapıldığını açıklamamıştır. Cebrin, ırza geçme fiilinden önce mağdureye yönelik olması gerekmektedir. Tehdit ise, kendisi veya yakınlarının ağır bir zarara uğratılacağı hususunda, belli bir boyuta ulaşan, kolayca kurtulma olanağı olmayan, ırza geçme fiilinden daha ağır bir sonuç doğuracak nitelikte olması nedeniyle mağdurun daha hafif nitelikteki ırza geçme fiilini kabul etmek zorunda olduğu hallerdir. Somut olayda, akıl veya beden hastalığı bulunduğu ileri sürülmemen mağdureye yönelik aldatici, kandırıcı hareketlerden söz edilmemiş, zor ve tehditin ne şekilde yapıldığı açıklanmamıştır. Zora ilişkin bir kanıt elde edilememiştir. Mağdurenin ifadeleri de çelişkili olup tehditin belli bir boyuta ulaştığı, kolayca kurtulma olanağının bulunmadığı, ırza geçme fiilinden daha ağır sonuçlar doğuracak nitelikte olduğu hususunda da bir iddia ve açıklama yer almamaktadır. Mağdure, olayı hemen annesine veya yakınlarına anlatmamıştır. Saçı başı dağınık bir halde görüldüğünde, anneannesine yine olaydan söz etmemiştir. Uzun süre şikayetçi olmamış, üvey dayısı ile karı-koca hayatı yaşamış, bir başkasıyla evlenmek istediğinde, ayıplı durumunu izah edebilmek amacıyla şikayette bulunmuş, fiilin zorla işlendiğini bildirmiştir. Bu hususlar fiilin rızaya dayalı olduğunu göstermektedir. Yerel mahkemece “ mağdurenin alkollü olan üvey babasının zor kullanarak ırzına geçme eylemine karşı direnebilmesinin hayatın olağan akışına uygun olmadığı, sanığın zor ve tehdit kullanmasının inandırıcı bulunduğu ” gerekçesiyle olayda zorun varlığı kabul edilmiş ise de, ceza yargılamasının amacı somut gerçeğin bulunmasıdır. Varsayımlara dayanılarak sanık aleyhine hüküm kurulamaz. Kuşkunun sanık lehine yorumlanması gerektiği evrensel bir kuraldır. Bu itibarla, yerel mahkeme direnme hükmünün bozulmasına karar verilmelidir. Ayrıca mağdurenin, kızlığının sanık tarafından bozulduğuna ilişkin iddiası, doktor raporu, sanığın kaçamaklı savunması, Tamer Ş.' in ifadeleri ve tüm dosya kapsamıyla sabit olmuştur. SONUÇ: Açıklanan nedenlerle, yerel mahkeme direnme hükmünün BOZULMASINA,” Yar. , CGK, 17/10/2000, 5-196/20, “ Sanığın cinsel saldırı suçunu işlemeye yönelik mağdureye karşı sarf ettiği " seni öldürürüm, sesini çıkarmayacaksın, bana teslim olacaksın. ” şeklindeki sözlerin manevi cebir kapsamında cinsel saldırı suçunun unsuru olup ayrıca tehdit suçunu oluşturmadığı gözetilmeden ayrı suç kabulü ile yazılı şekilde hüküm kurulması ” Yar. , 5. CD, 03/05/2007, 156/3197, TUĞRUL, s. 84 - 85

²⁴¹ ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACIKSIZ/TEPE, Özel Hükümler, s. 316, ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, Özel Hükümler, s. 210, TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 331

Tehdit sonucunda zarar verileceği iddia edilen değer ile kişinin cinsel saldırı sonucu meydana gelen ve kaybettiği değer en azından birbirine eşit veya tehdit nedeniyle zarar görme ihtimali olan değer cinsel saldırı suçu sonrası oluşacak zarardan daha ağır olması gerekmektedir.²⁴²

Hile, failin bir takım söz ve davranışlarıyla mağduru hataya düşürmesidir. Hile ile de mağdurun hür irade ile açıklayacağı rızası fesada düşmekte yani mağdurun iradesi baskılanmaktadır.²⁴³

Hilenin mağduru kandırabilecek nitelikte olması gerekir, mağdurun kişisel özellikleri, öğrenim durumu, sosyal yaşamı ve failin bu hileli hakeretleri yaparken sergilediği davranışlar, failin eylemlerini ne zaman ve ne şekilde yaptığı, kendisini nasıl tanıttığı gibi hususları hep birlikte değerlendirip buna göre hilenin varlığını tespit etmek gerektiği kanaatindeyiz.²⁴⁴ Yargıtay hile ilgili verdiği bir kararında; “ Kendisini metafizik uzmanı olarak tanıtan sanık İbrahim' in hileli yöntemlerle içerisinde uyuşturucu madde bulunan neskafenin mağdure tarafından içilmesini sağlayıp bu şekilde direncini kırarak masaj yapma bahanesiyle, mağdurenin kafasını kendi cinsel organı üzerinde bastırıp ağzını üzerinde oynatmak, elleri ve ayakları ile mağdurenin cinsel organına dokunmak, parmaklarını mağdurenin ağzına sokarak dilini okşamak şeklinde gerçekleşen eylemlerinin kül halinde basit cinsel saldırı suçunu oluşturduğu, sanık Leyla' nın eyleminin ise bu suça yardım niteliğinde bulunduğu gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması, yasaya aykırıdır. ” diyerek konuyu açıklığa kavuşturmaya çalışmıştır.²⁴⁵

Hilenin cinsel saldırı fiilinden önce gerçekleşip mağduru kandırması ve eylemin daha sonra olması gerekir. Cinsel ilişkinin rıza ile gerçekleşmesi ve akabinde pişmanlık duyan mağdura, failin, bir takım maddi vaatlerde bulunması ve bunu yerine getirmemesi suçtan önce mağdurun iradesini baskılayan nitelikte bir hile sayılamaz.

²⁴² TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 331, ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, Özel Hükümler, s. 210 – 211, Aksi yönde görüş “ Böyle bir ağırlık karşılaştırmasının yapılması çok ciddi bir güçlük arz edecektir. ” TANER, s. 127

²⁴³ ARTUÇ, s. 579, “ Hile mağdurun aslında yapamayacağı bir davranışı aldatılarak yapmaya yöneltmesidir. ” CENTEL, s. 274

²⁴⁴ ARTUÇ, s. 579, PARLAR ve HATİPOĞLU, 5237 Sayılı Tck’ da Özel Ve Genel Hükümler Açısından Ağır Ceza Davaları, s. 175

²⁴⁵ Yar. , 5. CD, 27/05/2009, 618/6448, TUĞRUL, s. 87

Failin mağdura evlenme vaad ederek cinsel ilişkiye girmesi ve daha sonra evlenmemesi sonucunda meydana gelen eylemin hile ile yapıldığı ve bu nedenle cinsel saldırı suçunun oluşup oluşmayacağı hususu doktrinde tartışmalıdır. Bazı yazarlar, tek başına evlenme vaadinin, cinsel saldırı suçunda hile kabul edilemeyeceği ve mağdurun bu konuda hassas tutumunu devam ettirmesi gerektiği, bu nedenle suçun oluşmayacağı görüşünde iken.²⁴⁶ Tezcan vd. ise evlenme vaadinin cinsel saldırı suçunda hile unsurunu oluşturacağı kanaatindedir.²⁴⁷ Kanaatimizce de tek başına evlenme vaadi cinsel saldırı suçunu oluşturabilecek hile kabul edilmemelidir. Kişi evleneceği kişiyi seçmekte serbesttir. Eğer kişi bu konuda hassas ve muhafazakar bir tutum içerisindeyse; tek başına bu vaad, kişiyi bu konuda serbestçe hareket etme rahatlığına sebep olmamalıdır. Çünkü kişi bu konuda hassas davranıp gerçektede hassas olduğunu göstermek için cinsel ilişkiye girmemeli ve bu yöndeki tutumunu da devam ettirmelidir. Ayrıca evlenme vaadinin hile kabul edilmesi durumunda cinsel ilişki sonrası failin mağdurla ne kadarlık bir süre zarfında evlenmesi durumunda suçun oluşmayacağını belirleyecek bir ölçüt de yoktur. Yargıtay da tek başına evlenme vaadinin hile olarak kabul edilemeyeceği görüşündedir.²⁴⁸

Cinsel saldırı eylemi mağdurun hatasından faydalanmak suretiyle de gerçekleşebilir.²⁴⁹ Örneğin; ülkemizde şuan da hastaneye gidemeyecek hastalara hizmet vermek için evde bakım hizmetleri verilmektedir. Evde bakım hizmeti için

²⁴⁶ ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACIKSIZ/TEPE, Özel Hükümler, s. 317, ARTUÇ, s. 579, TUĞRUL, s. 87, YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 324, AKÇİN, s. 107

²⁴⁷ “ Özellikle failin gerçekte yerine getirmeyeceğini bildiği halde, evlenme vaad ederek cinsel davranışı gerçekleştirmesinin hileli sayılıp sayılmayacağı sorulabilir. 765 sayılı Türk Ceza kanununda evlenme vaad ederek “ kızlığın bozulması ” ayrı bir suç olarak düzenlendiği halde (madde 423) ; TCK’ ya bu yönde bir hüküm konulmamıştır. Bize göre cinsel davranışa mağdurun rıza göstermesini sağlamak için başvuru her türlü aldatıcı davranış ve bu arada evlenme vaadine inanarak gösterilen rıza geçerli olmayacağı için cinsel saldırı suçunun oluşacağı sonucuna varmak gerekir. ” TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 332

²⁴⁸ “ Oluş ve kabule göre; suça sürüklenen çocuğun suç tarihlerinde onbeş-onsekiz yaş grubunda yer alıp dosya içeriğine göre akıl hastalığı da bulunmayan mağdure ile birden fazla rızaen cinsel ilişkiye girmesi eyleminde, suça sürüklenen çocuğun evlenme vaadinde bulunması mağdurenin iradesini bertaraf edip fiile karşı koyma gücünü ortadan kaldıracak boyutta bir hile olarak kabul edilemeyeceğinden, mevcut haliyle eylemlerin reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu oluşturup, TCK’nın 104/1, 43. maddelerine uyduğu gözetilmeksizin dosya kapsamına uygun düşmeyecek şekilde suça sürüklenen çocuğun eylemlerini evlenme vaadi şeklinde hile ile gerçekleştirdiği belirtilerek çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçundan hüküm kurulması, ” Yar. , 14. CD, 30/04/2015,1552/5994 (Karar Uyarı’ tan alınmıştır.)

²⁴⁹ İNAN, s. 33, ŞİŞMAN, s. 78

gelen belirli bir günde eve gelen faili sağlık görevlisi zanneden hastanın faile siz doktorsunuz değil mi diyerek hataya düştüğü ve failin de bu hatadan faydalanarak evet diyip mağduru muayene etmesi, cinsel bölgelerine dokunması olayında fail açıkça görüleceği üzere mağdurun hatasından faydalanmaktadır.

Son olarak fail eylemini, mağdurun kendisine yönelen saldırılara karşı koyamayacak bir halde olması halinde de gerçekleştirebilir. Örneğin, mağdurun uyku halinden faydalanmak, mağdurun etkisiz hale getirilmesi için kendisine uyuşturucu veya uyutucu ilaç vermek veya mağduru hipnoz edip daha sonra eylemin gerçekleştirilmesi şeklindeki fiillerde de mağdurun rızasının olmadığı kabul edilmeli ve faile cinsel saldırı eylemi nedeniyle ceza verilmelidir.²⁵⁰

2.2.5.Netice

²⁵⁰ ARTUÇ, s. 579, TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 331 – 332, “ Mağdure, sanığın komşusu olup kocası cezaevindedir. Ailece muhtaç durumda bulunduğu için zaman zaman zaman zaman sanığın ailesinden yardım görmektedir. Olay gününe kadar bu ilişkinin cinsel boyutu bulunduğu dosyaya yansımamış, bu konuda herhangi bir beyanda bulunulmamıştır. Mağdurenin, olay günü aldığı alkolün etkisiyle kendinden geçtiği ve bu itibarla fiile mukavemet edemeyecek durumda olduğu, sanığın kızı ve karısı tarafından da ifade edilmiştir. Sanığın karısının kendisini tokatlamasına tepki vermediği ve üzerinden çıkarılan elbiseleri de sanığın kızı tarafından giydirildiği gözönünde tutulduğunda, mağdurenin, ırzına geçildiği esnada olan bitenden haberi olmadığı ve rızasının bulunmadığı anlaşılmaktadır. Öte yandan muhtaç durumda iki çocuklu ve kocası cezaevinde bulunan mağdurenin, sanığın karısının ev taşıma işine yardım ettikten sonra, birlikte yenilen öğle yemeğinde alkol almasının, cinsel ilişkiye hazır olduğu kanaatini doğuracak bir bilgi ve beyan da dosyada bulunmamaktadır. Aksine, başka bir odaya taşındıktan sonra, sanığın eylemi sırasında kendinde olmayıp baygın durumda bulunduğu, sanığın kızı ve karısı olan tanıklar tarafından görgüye dayalı olarak belirtilmiştir. Sırf alkolü bilerek aldı diye, bu durumdaki bir kişinin ırzına geçilmesi, yasal yönden haklı görülemez. İtiraznamede ileri sürülenin aksine mağdure, müdahale tarihinden önce C.Savcılığına verdiği 22/09/1998 günlü ifadesinde sanıktan şikayetçi olduğunu bildirmiştir. Kaldı ki, şikayetin geç yapılmış olmasından mağdurenin aleyhine sonuç çıkarmak haklı bir kabul şekli olmayacağı gibi mağdurenin kendi arzusu ile alkol alması, başına, rızası, haricinde gelen kötülüklerin normal karşılanması sonucunu doğurmamalıdır. Aksine kabulün, ahlaki ve mantıki savunması yapılamayacağı gibi her türlü kötü eyleme yönelmenin mazeretine de ortam hazırlayacağı aşikardır. İncelenen olayda mefruz cebir bulunmadığı hususunda Başsavcılıkça 5. Ceza Dairesinin 22/05/1985 gün ve 1345/2248 sayılı kararının emsal gösterildiği anlaşılmakta ise de, özel daire kararında anlatılan olay, işleniş şekli, suç yeri, tarafların bir araya geliş sebep şekil ve süreleri, mağdure konumundakilerin toplumdaki yeri ve sosyal durumları bakımından olayımız ile örtüşmemektedir. Kaldıki; her sarhoşluk halinin mefruz cebiri oluşturacağı söylenemez. Burada göz önünde tutulacak ölçü, mağdurdaki mukavemet iktidarının ortadan kalkıp kalkmadığıdır. Somut olayda da mağdurenin, aldığı alkolün etkisiyle failin fiiline mukavemet edemeyecek durumda olduğu, bu halde iken sanığın kendisine karşı işlediği ırza geçme fiiline rızası bulunmadığı anlaşıldığından, itirazın reddine karar verilmelidir. ” Yar. , CGK, 13/04/1999, 5/59-64, TUĞRUL,s. 86-87

Netice; dış dünyada meydana gelen değişikliktir. Ceza hukuku açısından neticenin önemli olması için kanunda unsur olarak yer alması gerekir yani kanunda suç tanımı yapılırken, suçun oluşması o neticenin varlığına bağlanmalıdır.²⁵¹

Netice açısından suçlar, netice suçları ve sırf hareket suçları olarak ikiye ayrılır.²⁵² Netice suçları, suç tipi kanunda tanımlanırken hareketlerden bağımsız ayrı bir neticenin şart kılındığı suçlardır. Bu durumda hareket haricinde, ceza hukukua cısından bir neticenin gerçekleşmesi ayrıca hareketle netice arasında illiyet bağı aranır.²⁵³ Sırf hareket suçlarında ise, suç tipi tanımlanırken kanunda ayrıca hareketten bağımsız bir neticenin gerçekleşmesi aranmaz.²⁵⁴

Cinsel saldırı suçunun kanuni tanımlamasında hareketten ayrı bir neticenin gerçekleşmesi beklenmez yani cinsel saldırı suçu neticesiz bir suçtur. Bu durumda cinsel saldırı suçu sırf hareket suçudur.²⁵⁵

Burada şu hususa da değinmek isteriz, cinsel saldırı suçunun tanımlandığı 5237 sayılı yasanın 102.maddesinin 4.ve 5. fıkralarında, yasa cinsel saldırı sonucunda gerçekleşen bazı neticelere önem verdiğini açıklamış, 4. fıkroda kasten yaralama

²⁵¹“ Hakaret insan bedeninden, yapmak veya yapmamak şeklinde ortaya çıkan maddi bir iştir. İnsan vücudu böyle bir işi dış dünyada meydana getirmedeği sürece ceza hukuku devreye girmez. İşte, böyle bir hareketin dış dünyada meydana getirdiği değişikliğe netice denir. ” ÖZTÜRK ve ERDEM, Uygulamalı Ceza Hukuku Ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, s. 174, “ Netice, hareketin dış dünyada meydana getirdiği değişikliktir. Ancak gerçekleştirilen fiilin dış dünyada meydana getirdiği her değişiklik değil, sadece suçun kanuni tarifinde unsur olarak yer alan değişiklik neticeyi ifade etmektedir. Buna uygun olarak eğer bir suçun kanuni tarifinde unsur olarak neticeye yer verilmişse, suçun tamamlanabilmesi için bu neticenin gerçekleşmesi gerekecektir. Buna karşılık, suçun kanuni tarifinde neticeye ayrıca yer verilmemiş ise, fiilin gerçekleşmesiyle suç da tamamlanmış olacaktır. ” KOCA ve ÜZÜLMEZ, Genel Hükümler, s. 116, “ İnsan davranışının tüm sonuçları değil sadece bazıları hukuku ilgilendirir. Bu itibarla teknik anlamda sonuç, insan davranışının dış dünyada meydana getirdiği ve hukuk düzeninin cezai sonuçlar bağlamak suretiyle nazara aldığı doğal değişikliktir. ” TOROSLU, s. 86, Netice unsuru açısından değerlendirme yapan hukuki anlayış (Normatif Anlayış) teorisine göre; netice, korunan hukuki menfaatin davranışla ihlal edilmesidir. Bu anlayış kabul edildiğinde doğal olarak her suçun bir neticesi olacaktır. Böylelikle neticeli – neticesiz suç ve sırf hareket suçu ile neticeli suç ayrımları gibi bir ayrıma gerek yoktur. TOROSLU, s. 87 – 88, HAFIZOĞULLARI ve ÖZEN, Genel Hükümler, s. 175

²⁵²KOCA ve ÜZÜLMEZ, Genel Hükümler, s. 117, Doktrinde yazarlar, neticeli suç – sırf hareket suçu ayrımı dışında başka ayrımlarında varlığını kabul etmişlerdir. Bunlar; suç sonucunda bir zararın doğup doğmadığına göre veya suç sonucu zarar yerine sadece tehlikenin meydana gelmesine göre zarar – tehlike suçu ayrımı, kanunda suçun teşebbüs aşamasında kalmış olmasına rağmen tamamlanmış gibi cezalandırılması şeklindeki kalkışma suçları, neticenin tamamlanması ile oluşan ile neticenin gerçekleşip belli bir süre devam edip etmemesine göre ani – kesintisiz suç ayrımlarıdır. HAKERİ, s. 162 – 167, ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACIKSIZ/TEPE, Genel Hükümler, s. 220

²⁵³ÖZTÜRK ve ERDEM, Uygulamalı Ceza Hukuku Ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, s. 174

²⁵⁴ÖZTÜRK ve ERDEM, Uygulamalı Ceza Hukuku Ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, s. 174, KOCA ve ÜZÜLMEZ, Genel Hükümler, s. 117

²⁵⁵AKSOY, s. 67, HAFIZOĞULLARI ve ÖZEN, Özel Hükümler, s. 160, SOYASLAN, Özel Hükümler, s. 240, TANER, s. 217, TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 342

suçundan ayrıca cezalandırılma yani gerçek içtima hükümlerinin uygulanmasını kabul etmiş, 5. fıkra yönünden ise mağdurun bitkisel hayata girmesi veya ölümü halinde ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası uygulanacağını belirtmiştir.²⁵⁶

Cinsel saldırı suçunun ani – mütemadi suç ayrımı açısından yeri ise; cinsel saldırı hareketinin yapılmasıyla suçun oluşacağı kabul edildiğinden, cinsel saldırı suçunun ani suç olduğudur. Çünkü cinsel saldırı suçunda aranan hareketin belli bir süre devam etmesi, suçun oluşumu için aranan bir koşul değildir.²⁵⁷ Ayrıca, hareketin de birden fazla olmasına gerek yoktur. Hareketin sayısının fazlalığı; eğer eylemler arasında zaman farklılığı varsa, 5237 sayılı yasanın 43. maddesinde düzenlenen zincirleme suç hükümlerinin uygulanması açısından önemlidir. Aynı anda kesilmeden, zaman aralığı olmadan birden fazla hareket sonucu gerçekleşen cinsel saldırı eyleminde suç yine tektir ancak hakim bu hususu cezanın alt ve üst sınırları arasında, ceza takdiri yaparken değerlendirilecektir.

2.2.6.İlliyet Bağı

Hareket ile sonuç arasında bağ kuran ve sonucun faile yüklenebilir olması için zorunlu olarak bulunması gereken bağlantıya, illiyet bağı denir.²⁵⁸ Tanımdan da

²⁵⁶TCK md. 102/4-5 “ (4) Cinsel saldırı için başvuru alan cebir ve şiddetin kasten yaralama suçunun ağır neticelerine neden olması hâlinde, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır. (5) Suç sonucu mağdurun bitkisel hayata girmesi veya ölümü hâlinde, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükmolunur. ”

²⁵⁷“ Mütemadi suç bir suçun kanuni tanımında gösterilen hareketin icrasının devam ettiği suçlardır. ” KOCA ve ÜZÜLMEZ, Genel Hükümler, s. 113, “ Kesintisiz suçlarda suçun tamamlanmış sayılabilmesi için neticenin meydana getirilmesi yetmemekte ayrıca neticenin bir süre devam ettirilmesi de aranmaktadır. ” ÖZTÜRK ve ERDEM, Uygulamalı Ceza Hukuku Ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, s. 175, HAFIZOĞULLARI ve ÖZEN, Özel Hükümler, s. 160, AKSOY, s. 68

²⁵⁸“ Dış dünyada meydana gelen değişikliğin bir kimseye yüklenebilmesi ve dolayısıyla onun sorumlu olabilmesi, söz konusu neticenin o kimsenin hareketinden meydana gelmesine bağlıdır. Diğer bir deyişle, hareket ile netice arasında bir nedensellik bağı, bir sebep - sonuç ilişkisi bulunmalıdır. Şayet hareket ile netice arasında böyle bir ilişki yoksa netice hareketten meydana gelmemişse, kısaca nedensellik bağlantısı bulunmuyorsa neticenin faile yüklenebilmesi mümkün değildir. ” ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, Genel Hükümler, s. 275, “İlliyet bağlantısı, gerçekleşen neticenin faile objektif isnadiyetini ifade etmektedir; yani, bu neticenin failin fiilinin eseri olduğuna işaret etmektedir. İcra edilen fiil ile gerçekleşen netice arasında illiyet bağının mevcudiyeti sorumluluk için şarttır.” ÖZGENÇ ve ŞAHİN, Uygulamalı Ceza Hukuku, s. 115, İlliyet bağına ilişkin doktrinde farklı teoriler mevcuttur. Bunlar şart teorisi, objektif isnadiyet teorisi, etkin neden teorisi, uygun neden teorisi ve hukuki önem teorisi. Şart teorisi Von Buri tarafından ortaya atılmıştır. Teoriye göre; netice, birçok koşulun bir araya gelmesiyle oluşur. Bu koşullardan her biri neticenin oluşumunda eşdeğerdir ve netice için olmazsa olmaz nitelikte öneme sahiptir. Teori, sorumluluğu aşırı genişlettiği için eleştirilmektedir. Teoriye göre; suçta kullanılan bir silah için, silahı icat eden, çoğaltan ve satan

anlaşılacağı üzere illiyet bağı hususu neticeli suçlar için söz konusudur yani sırf hareket suçlarında hareketin yapılması, suçun tamamlanması için yeterli olacağından bu suçlarda nedensellik bağı hususu aranmaz.²⁵⁹

Yukarıda da açıklandığı üzere cinsel saldırı suçu sırf hareket suçu olduğundan bu suç bakımından kural olarak illiyet bağının aranması söz konusu değildir.²⁶⁰ Ancak maddenin 4. ve 5. fıkraları için yaralanmanın ağır neticeleri, bitkisel hayata girme ve ölüm sonucu aranacağından illiyet bağının varlığına da bakılacaktır.

2.3.MANEVİ UNSUR

Suçun manevi unsuru kişinin, hareketi ile arasındaki ruhsal bağı ifade etmektedir.²⁶¹ Suçun manevi unsuru iki şekilde bulunmaktadır. Bunlardan ilki kast, diğeri taksirdir.²⁶²

Taksir; failin, öngörülebilir bir neticeyi öngörmeyerek tedbirsiz ve dikkatsiz davranışı nedeniyle hukuk düzeni tarafından kabul görmeyen sonucun oluşmasına

bile sorumlu olacaktır (İÇEL, s. 264, HEINRICH, s. 130, DEMİRBAŞ, s. 233 – 234). Etkin neden teorisi, nedensellik için neden – vesile ayırımına dayanmaktadır. Vesile sonucun gerçekleşmesinde ikinci derece öneme sahipken neden ise sonucun gerçekleşmesinde doğrudan doğruya etkilidir. Sorumluluk için asıl önemli olan nedendir. Teori, yaptığı ayırımın sağlam temellere dayanmaması nedeniyle eleştirilmiştir (İÇEL, s. 266, DEMİRBAŞ, s. 238 – 239). Uygun neden teorisi Kries tarafından savunulmuştur. Teoriye göre, belirli bir hareketin neticeyi bir fiil meydana getirmiş olması değil, hareketin neticeyi meydana getirebilecek olup olmadığı önemlidir. Şartlara göre hareket, neticeyi meydana getirebilir şeklinde öngörülüyor ise sebep netice açısından uygundur. Teori, tahmine dayalı olduğu için ve sorumluluğu aşırı daralttığı için eleştirilmiştir (DEMİRBAŞ, s. 239 – 241, HEINRICH, s. 132 – 133, İÇEL, s. 267 – 268). Hukuki önem teorisine göre; her şart sonuç açısından neden olarak kabul edilse bile önemli olan şartı gerçekleştiren hareketin hangisinin hukuken önemli kabul edildiğidir. Teori, sorumluluk konularını birbirine karıştırdığı ve belirsizlikler barındırdığı için eleştirilmiştir (İÇEL, s. 268 – 270, DEMİRBAŞ, s. 241 – 242). Objektif isnadiyet teorisi, şart teorisinin genişlettiği sorumluluk alanını sınırlamakta ve neticeyi oluşturan hareketin nedensel olmasını aramakta ayrıca bununla yetinmeyerek neticenin faile isnad edilebilir olmasını da aramaktadır. Hareket suç konusu üzerinde önemli bir tehlike yaratmış ve tehlike tipik neticenin oluşmasıyla sonuçlanmış ise sonuç isnat edilebilir olarak kabul edilecektir. Bu teori şart teorisinin eksik yanlarını da tamamladığı için bizim de kabul ettiğimiz teoridir (DEMİRBAŞ, s. 242, ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACIKSIZ/TEPE, Genel Hükümler, s. 227 – 229).

²⁵⁹KOCA ve ÜZÜLMEZ, Genel Hükümler, s. 118

²⁶⁰AKSOY, s. 68

²⁶¹“ Manevi unsur, işlenen fiil ile kişi arasındaki manevi bağı ifade etmektedir. Bu bağ tesis edilmeden gerçekleştirilen davranış fiil niteliğini taşımaz ve dolayısıyla bir suçun varlığından söz edilemez. ” ÖZGENÇ, s. 227, HAKERİ, s. 203, SOYASLAN, Genel Hükümler, s. 400

²⁶²ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACIKSIZ/TEPE, Genel Hükümler, s. 237, SOYASLAN, Genel Hükümler, s. 400, HAKERİ, s. 201, İÇEL, s. 391, HEINRICH, s. 365 - 367

neden olması halidir.²⁶³ Taksirli bir eylem nedeniyle sorumluluk için; yine her zaman olduğu gibi failin iradi bir davranışı, bu davranışın dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı olması, davranıştan kaynaklanan öngörülebilir ancak fail tarafından öngörülemeyen zararlı sonucun meydana gelmesi, sonuç ile davranış arasında illiyet olması son olarak zararlı sonucun faile objectif olarak isnad edilebilir olması gerekir.²⁶⁴ Ayrıca objektif anlamda hiçbir şekilde öngörülemeyen bir sonuç faile yüklenemez.

Taksir 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu' nun 22.maddesinde tanımlanmıştır. Bu tanımlamada taksirin hem bilinçsiz hali hemde bilinçli hali açıklanmıştır.²⁶⁵ Maddenin 1. fıkrasına göre kişinin taksirle işlediği eylemler açısından sorumlu tutulabilmesi için suçun taksirli halinin kanunda açıkça düzenlenmiş olması gerektiği belirtilmiştir.

Cinsel saldırı suçunun kanundaki düzenleniş şekline bakıldığında eylemin taksirli hali kanunda düzenlenmemiştir. Bu nedenle cinsel saldırı suçunda failin eyleminin taksirli olması halinde ceza sorumluluğu söz konusu değildir.²⁶⁶ Örneğin,

²⁶³“Arapça bir kelime olan taksir, sözlükte kısaltma, bir işi eksik yapma, bir şeyi yapabilirken çekinip yapmama, kusur etme, kabahat, günah gibi anlamlara gelmektedir. Ceza Hukuku terminolojisinde ise taksir, bir kimsenin dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranmak suretiyle istemediği ve fakat öngörülebilir bir neticeyi gerçekleştirmesi olarak tarif edilmektedir. ” KOCA ve ÜZÜLMEZ, Genel Hükümler, s. 165, TOROSLU, s. 144, ÖZEN, Mustafa, Ceza Hukukunda Taksir, 1. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2011, s. 140, GÜNDOĞAN, Kadir, KOÇ, Cihan ve ÜNLÜ, Hasan Nuri, Türk Hukuk Sisteminde Kast Ve Taksir, 1. Baskı, Ankara, Bilge Yayınevi, 2010, s. 95, “ Taksir, genel olarak, istenen bir davranışın istenmeyen sonucundan sorumluluktur. ” ÇİFTÇİOĞLU, Cengiz Topel, Türk Ceza Kanunu' nda Taksir, Ankara Barosu Dergisi, Sayı 3, 2013, s. 321, KEÇELİOĞLU, Elvan, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu' nun Kast Ve Taksire İlişkin Maddelerine Eleştirel Bir Yaklaşım, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 83, 2009, s. 132, ÖZENBAŞ, Nazmiye, Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlarda Ceza Sorumluluğunun Esası, Doktora Tezi, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Eskişehir, 2012, s. 110

²⁶⁴ÇİFTÇİOĞLU, s. 324 - 328, GÜNDOĞAN/KOÇ/ÜNLÜ, s. 101, KOCA ve ÜZÜLMEZ, Genel Hükümler, s. 180 – 193, DOĞAN, Koray, Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suç, Doktora Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 2010, s. 238 – 244, ÖZENBAŞ, s. 113

²⁶⁵TCK md. 22 “ (1) Taksirle işlenen fiiller, kanunun açıkça belirttiği hâllerde cezalandırılır. (2) Taksir, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun kanunî tanımında belirtilen neticesi öngörülmemekle gerçekleştirilmesidir. (3) Kişinin öngördüğü neticeyi istememesine karşın, neticenin meydana gelmesi hâlinde bilinçli taksir vardır; bu hâlde taksirli suça ilişkin ceza üçte birden yarısına kadar artırılır. (4) Taksirle işlenen suçtan dolayı verilecek olan ceza failin kusuruna göre belirlenir. (5) Birden fazla kişinin taksirle işlediği suçlarda, herkes kendi kusurundan dolayı sorumlu olur. Her failin cezası kusuruna göre ayrı ayrı belirlenir. (6) Taksirli hareket sonucu neden olunan netice, münhasıran failin kişisel ve ailevî durumu bakımından, artık bir cezanın hükmedilmesini gereksiz kılacak derecede mağdur olmasına yol açmışsa ceza verilmez; bilinçli taksir hâlinde verilecek ceza yarısından altıda bire kadar indirilebilir. ”

²⁶⁶SOYASLAN, Özel Hükümler, s. 239, YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 3256, TUĞRUL, s. 115, KOCA ve ÜZÜLMEZ, Özel Hükümler, s. 294

çok kalabalık bir asansörde üst kata çıkmak isteyen fail, düğmelere basarken yanlışlıkla mağdurun göğsüne dokunmuştur veya yolda yürüyen fail bir anlık dikkatsizliği sonucu kaldırım taşına takılıp düşmüş, düşerken de tutunmak amacıyla yanlışlıkla mağdurun poposuna değmiştir. Davranışlar, temas edilen bölge esas alındığında objektif anlamda cinsel nitelikli kabul edilebilir. Ancak anlatılan olaylara bakıldığında, failin kasıtlı hareket etmediği, eylemin taksirli olduğu bu nedenle failin cezai sorumluluğunun bulunmadığı açıktır.

Taksirin diğer hali bilinçli taksirdir. Bilinçli taksirde fail neticeyi öngörmüş ancak istememiştir ve ayrıca fail iradi davranışını yaparken bu öngördüğü netice bakımından “ nasıl olsa bir şey olmaz ” düşüncesiyle hareket etmektedir. Yani fail neticenin gerçekleşmeyeceğine güvenmektedir.²⁶⁷

²⁶⁷“ Gerçekten taksirle, bilinçli taksir birbirlerinden kesin bir şekilde ayrılır. Taksirde fail öngörülebilir bir neticeyi objektif özen yükümlülüğüne aykırı olarak öngörmez iken, bilinçli taksirde öngörülebilir olan netice fail tarafından öngörülmüştür. Asıl sorunlu olan bilinçli taksir – olası kast ayrımıdır. Bu nedenle kanımızca bilinçli taksir esas itibarıyla olası kast ile birlikte ele alınmalıdır. Zira neticenin öngörülmesi her iki kusur şeklinin ortak unsurudur. Yine her iki kusur şeklinde de fail neticeyi aslında istememektedir. Ancak bilinçli taksirde, olası kasttan farklı olarak fail öngörmüş olduğu neticeyi istemez ve bu nedenle göze almaz, aldırma bir tavır takınmaz. Neticenin meydana gelmeyeceğine inanır. Daha teorik bir anlatımla fail, neticenin meydana gelmeyeceğine yükümlülüklerine aykırı bir şekilde güven beslemektedir. Bu çerçevede neticenin meydana geleceğine inansaydı hareketi yapmayacaktı diyebiliyorsak artık failin bilinçli taksirle hareket ettiği kabul edilir. ” ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACIKSIZ/TEPE, Genel Hükümler, s. 461, “ Bilinçli taksir konusunda 1962 Alman ceza kanunu tasarısında yer alan tanım genel bir kabul görmektedir. Buna göre, “ kanuni tarife uygun fiilin gerçekleşmesini muhtemel addetmekle beraber, bu fiili gerçekleştirmeyeceğine yükümlülüklerine aykırı ve muaheze edilebilir bir şekilde güven besleyen ve bu güvenle hareket eden kişi de (bilinçli) taksirle hareket etmiş olur. ” (18, f.2) Alman doktrininde de bilinçli taksir konusunda bu tanım esas alınmaktadır. Bu durumda, ceza kanununda tarif edilen bellir bir fiilin gerçekleşmesi muhtemel addedilmekle beraber, neticenin meydana gelmeyeceğine yükümlülüklerine aykırı bir şekilde güven besleyen kişi bilinçli taksirle hareket etmiş olmaktadır. Bilinçli taksirde fail, gerçekleştirebileceğini öngördüğü neticenin gerçekleşmeyeceğine yükümlülüklerine aykırı olarak güvenmektedir. ” KOCA ve ÜZÜLMEZ, Genel Hükümler, s. 213, “ Yargıtay ceza genel kurulu, 14.06.2011 tarihli ve E. 2011/9-110, K. 2011/123 sayılı kararına konu teşkil eden olayda, doğru olmayan bir değerlendirmeye bilinçli taksirle öldürme suçunun işlendiği yönünde içtihatla bulunmuştur. Karara konu teşkil eden olayda, sanık, 24/04/2007 günü, saat 19:40 sıralarında, sevk ve idaresindeki plakalı renault kango tipi aracı ile , on dört metre genişliğinde, asfalt kaplama, yol şerit çizgileri çizilmiş, orta refüjle bölünmüş, zemini kuru, eğimsiz, düz, havanın açık, olay gün ve saati itibarıyla gündüz sayılan bir zaman dilimi içerisinde, trafik ışıklarının faal ve işaret levhalarının tamam olduğu D-100 devlet karayolu üzerinde, Hendek istikametinden Sakarya istikametine doğru seyir halinde iken, kaza mahalli olan ışıklı kavşağa geldiğinde, aşırı sürati dikkatsiz ve tedbirsiz davranışı nedeniyle, kavşakta kendi yönündeki araçlara yanmakta olan kırmızı ışığı geç fark eder ve hemen aracın frenine basar; ancak aşırı hızla seyretmesi nedeniyle otuzbeş metrelik fren izine rağmen duramayarak aracın direksiyon hakimiyetini kaybeder. Orta refüje kadar fren tertibatıyla giden araç, orta refüje çarpıp orta refüjü aşarak karşı yönde, Sakarya istikametinden Hendek istikametine seyir halinde bulunan ve o sırada, kavşakta kendilerine yanan kırmızı ışıktaki beklemekte olan araçlardan, ilk olarak SC' nin kullanmakta olduğu araca çarpar. Çarpmanın etkisi ile sürüklene bu araç, kendisine göre sağ tarafta ve yine kırmızı ışıktaki beklemekte olan kamyonun sol yan kısmına çarpar. Aşırı sürati nedeniyle duramayan sanığın aracı, yine kırmızı ışıktaki beklemekte olan iki araca daha çarpar ve durur.

Cinsel saldırı suçunun taksirli hali kanunda düzenlenmediği için, bilinçli taksirle gerçekleşen eylemlerde de failin cezai sorumluluğu yoktur. Örneğin; kadına karşı şiddetin önlenmesi için yapılmış bir gösteri yürüyüşünde, yolun karşısına geçmek için bayanların kalabalık olarak bulunduğu bir noktayı seçen, daha müsait bir yer olduğu halde seçmeyen fail, tedbirsiz ve dikkatsiz davranmış ancak öngördüğü sonucun gerçekleşmeyeceğine güvenerek “ nasıl olsa bir şey olmaz düşüncesiyle ” kalabalığın içerisinde karşıya geçmiş, geçerkende birçok bayana bedensel teması gerçekleşmiştir. Bu durumda da failin eylemi kasıtlı olmadığı için cezai sorumluluğu yoktur.

Kast, failin kanuni tanımdaki suçun unsurlarını bilerek ve neticeyi isteyerek eylemi gerçekleştirmesidir.²⁶⁸

Kast 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 21. maddesinde tanımlanmıştır.²⁶⁹ Tanıma bakıldığında suçun manevi unsuru olan kast hem bilme hem de isteme unsurunu içermektedir. Cinsel saldırı suçu da kanundaki düzenleniş şekline bakıldığında kastla işlenebilen bir suçtur.²⁷⁰

Ceza hukukunda saik, suçun kanuni tanımında yer alan unsurları bilerek ve isteyerek gerçekleştirirken kanunda yazılı olan amacın failde bulunması halinde

Kazada, sanığın ilk olarak çarptığı aracın içerisinde bulunan araç sürücüsü ŞÇ ile aynı araçta bulunan babası AÇ ölür, AİÇ ile ŞÇ yaralanır. Yargıtay bu olayda sanığın, “ neticeyi öngörmesinin gerekmesi nedeniyle, ” “ bilinçli taksir ” le hareket ettiğini kabul etmiştir. Bilinçli taksirin varlığı için, failin neticeyi öngörmüş olması ve ancak öngördüğü neticenin gerçekleşmemesi hususunda tecrübelerine güvenmesi ve elinden gelen gayreti sarf etmesi gerekmektedir. Oysa karara, gerekçe olarak “ neticeyi öngörmesi gerekmesi nedeniyle ” denilerek, gerçekleşen neticenin öngörülmemiş olduğu kabul edilmektedir. Öngörülebilir olmakla birlikte öngörülmeyen netice ile ilgili olarak bilinçli taksirin varlığı kabul edilemez. ” ÖZGENÇ, s. 269, ÖZEN, Ceza Hukukunda Taksir, s. 159, GÜNDOĞAN/KOÇ/ÜNLÜ, s. 108, GÖKPINAR, Mahmut, Ceza Sorumluluğunun Temeli Kast, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 79, 2008, s. 227, ÖZENBAŞ, s. 122

²⁶⁸HAKERİ, s. 207, KOCA ve ÜZÜLMEZ, Genel Hükümler, s. 140, ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACIKSIZ/TEPE, Genel Hükümler, s. 238 “ Kanımızca, istemek, kastın bir unsurunu oluşturmamaktadır. Yani, kişi işlediği fiilin sonuçlarını öngörmüş ise, bunların gerçekleşmesini istemese bile, kasten hareket etmiştir. Örneğin, kişi mecbur edildiği bir fiili işlemesi durumunda, bunun sebebiyet vereceği sonuçların bilincindedir. Her ne kadar, bu fiili işlemeyi ve sebebiyet verdiği neticenin gerçekleşmesini istememiş ise de, bu durumda failin kasten hareket ettiği hususunda tereddüdümüz yoktur. Bu itibarla, kast açısından isteme unsurundan söz edilmesinin doğru olmadığını düşünmekteyiz. Bu ayırım, kastın bir kusurluk şekli olarak kabulünün bir sonucudur. ” ÖZGENÇ, s. 237-238, GÖKPINAR, s. 201, ÖZENBAŞ, s. 87

²⁶⁹TCK md. 21/1 “ Suçun oluşması kastın varlığına bağlıdır. Kast, suçun kanunî tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir. ”

²⁷⁰PARLAR ve HATİPOĞLU, Türk Ceza Kanunu Yorumu, s. 827, YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, 3256, KORKUSUZ, s. 832, CENTEL, s. 276, TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 340, ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, Özel Hükümler, s. 221, ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACIKSIZ/TEPE, Özel Hükümler, s. 333, KOCA ve ÜZÜLMEZ, Özel Hükümler, s. 294, TUĞRUL, s. 115

eylemin gerçekleşmiş kabul edileceği durumlar için söz konusudur. Bu tarz suçlarda failin eyleminde aranan saik suçun kanuni tanımında yer alır ve fail bu saikle eylemi gerçekleştirir yani saik suçun unsuru haline gelir. Eğer bu saik yoksa kanunda belirtilen suç oluşmaz. İşte belli bir saik aranan suçlardaki failin kastına özel kast denir. Örneğin; adam öldürme suçunda failin töre saikiyle hareket etmesi söz konusu olmadan, faile nitelikli hal olan töre saikiyle adam öldürme suçundan ceza verilemez.²⁷¹

Cinsel saldırı suçunun basit ve nitelikli hali (5237 sayılı yasanın 102/1 ve 102/2 maddeleri) için kanunda özel bir kast aranmamıştır. Yani bu durumda failin saikine bakılmayacaktır. Bu eylemler genel kastla işlenebilen eylemlerdir ancak maddenin gerekçesinde birinci fıkra için “ failin cinsel arzularını tatmin amacıyla hareket etmesi ” aranacağı belirtilerek madde metni gerekçe ile genişletilmiştir. Yine gerekçede birinci fıkra için aranan bu saik, ikinci fıkranın gerekçesinde aranmamıştır. Kanaatimizce madde metni kanunilik ilkesinin de gereği olarak gerekçeyle genişletilip daraltılamaz. Kaldığı gerekçe madde metnine de dahil değildir.²⁷²

Olası kast failin sonucu öngörmesine rağmen bu sonucu istemese de kabullenmesi ve eylemine devam etmesidir. Olası kastta da fail sonucu öngörür fakat istemez ancak gerçekleşmesi muhtemel olan sonucu bilerek ve kabullenerek eyleme devam eder. Fail burada “ olursa olsun ” düşüncesi ile hareket eder.²⁷³ Burada şu

²⁷¹ ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, Genel Hükümler, s. 340

²⁷² ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACIKSIZ/TEPE, Özel Hükümler, s. 333, TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 340, CENTEL, s. 277, PARLAR ve HATİPOĞLU, Türk Ceza Kanunu Yorumu, s. 827, AKÇİN, s. 112, ÜNVER, s. 298 – 299 Aksi yönde görüş “ Suçun temel şekli açısından fail, cinsel arzuları tammin gayesiyle hakeret etmelidir. TCK' nun 102/1 inci maddesine ilişkin gerekçede bu husus vurgulanmıştır. Eğer kişi cinsel saikle hareket etmemişse, somut olayın durumuna göre kasten yaralama (acı vermek amacıyla yanağın sıkılması, saçın çekilmesi) veya hakaret (aşağılamak amacıyla kişinin yüzüne hafif bir fiske vurulması) oluşur. Suçun 102/2' de düzenlenen nitelikli hali yönünden de kast aranır. Failin vücuda organ veya sair cisim soktuğunu bilmesi ve istemesi kastı oluşturur. Vücuda organ veya cisim sokulması yönünden, cinsel arzuların tatmini maksadı aranmaz. Failin herhangi bir nedenle, mağduru aşağılamak, intikam almak, korkutmak gibi amaçlarla hareket etmesi durumunda da cinsel saldırının nitelikli hali gerçekleşir. Burada önemli olan failin niteliği itibarıyla “ cinsel bir içerik ” taşımasıdır. Bu nedenle örneğin, kavgı sırasında bir kimsenin diğerinin vücut boşluğuna bir cisim saplaması, cinsel saldırı kapsamında mütalaa edilemez. Bu ihtimalde diğer şartları bulunmak koşuluyla yaralama (madde 86) suçuna ilişkin hükümler tatbik edilmelidir. ” ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, Özel Hükümler, s. 221, Aynı yönde görüş KOCA ve ÜZÜLMEZ, Özel Hükümler, s. 294 – 295, SEVÜK, s. 252, KILIÇ, Abbas, Cinsel Hakimiyet Ve Yeni Türk Ceza Kanunu' nda Cinsel Saldırı Suçu, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 78, 2008, s. 187

²⁷³ ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACIKSIZ/TEPE, Genel Hükümler, s. 249, KOCA ve ÜZÜLMEZ, GENEL HÜKÜMLER, s. 162, “ Karşılaştırmalı hukukta, olası kastın tanımına yer veren kanunlar

hususla da değinmek isteriz, fail her ne kadar eylemi istemese de sonucun gerçekleşmesi muhakkak ise artık burada olası kast yoktur, doğrudan kast vardır. Örneğin; dolmuş şoförlüğü yapan sanığın, araçta son iki kalan ve birbiriyle arkadaş olan bayandan birine cinsel saldırıda bulunmaya karar vermesi ve mağdurların aracın durmasını istemesine rağmen durdurmuyarak, aracı ormanlık bir alana götürmesi burda mağdurlardan sadece birine organ sokmak suretiyle cinsel saldırı da bulunup diğerine hiç dokunmaması olayında, fail her iki mağdur açısından da hürriyeti tahdit suçunu doğrudan kastla işlemiş olacaktır. Fail mağdurlardan biri için onun hürriyetini tahdit sonucunu istememiş olabilir ancak aracı durdurmuyarak onun da hürriyetinin kısıtlanacağını muhakkak olduğunun bilincindedir.²⁷⁴

Olası kast 5237 sayılı yasanın 21/2 maddesinde düzenlenmiştir ve yasa koyucu bu halde ceza indirimi öngörmüştür.²⁷⁵

Kural olarak kasten işlenebilen bütün suçlar olası kastla da işlenebilir ancak suçun kanuni tanımında “ bilerek ”, “ bilmesine rağmen ” gibi ifadelerin yer aldığı suçlar ancak doğrudan kastla işlenebilir.²⁷⁶

irade (isteme) unsuruna da yer vermektedir: örneğin, Avusturya ceza kanunu “ öngörülen unsurların kabullenilmesi ” (madde 5/1); Polonya ceza kanunu “ gerçekleşmesi imkanının öngörülmesi ve kabullenilmesi ” (madde 9/1); Rus ceza kanunu da “ öngörülen sonuçların bilinçli bir şekilde kabul edilmesi veya onlara kayıtsız kalınması ” (madde 25/3) gibi ifadelerle kastın bu şeklindeki kabullenme unsuruna yer vermiştir. Alman Federal Yüksek Mahkemesi' nin olası kast ile ilgili olarak istikrarlı kararlarında benimsediği tanım şudur; Fail, öngördüğü neticeyi onaylar veya kabullenirse, o neticeyi istememiş olsa bile olası kast (doluseventualis) vardır. ” HAKERİ, s. 220-221, GÖKPINAR, s. 219 – 220, GÜNDOĞAN/KOÇ/ÜNLÜ, s. 67

²⁷⁴“ Oluşa ve dosya içeriğine göre, maktul Mustafa' nın olay öncesinde şizofren akıl hastalığı bulunan ve kendisine yönelik eyleme mukavemet edemeyecek durumda olan Hatice' ye cinsel saldırıda bulunduğu, bu olayın ölüm nedeniyle takipsizlikle sonuçlandığı, Hatice' nin kardeşi olan sanığın, olay günü av tüfeğini alarak fındık bahçesine gitmek için evden ayrılıp kardeşinin işlettiği bakkala uğradığı, kardeşi Ayhan; tanıklar Sezai, Birol ve Sinan' la konuştukları sırada maktül Mustafa' yı kucagında omzunun üstünden baş kısmı görünecek şekilde tuttuğu torunu maktül Emirhan olduğu halde yolda giderken arkasından gördüğü, duvarın kenarına dayadığı tüfeği alarak peşinden koşmaya başladığı, tanıkların “ Aydın sakın yapma çocuk var ” diye bağırmalarına rağmen, “ Mustafa ” diye bağırıp, kendisine tam olarak dönmesini beklemeden av tüfeği ile iki kez ateş ederek Mustafa' yı ve kucagındaki Emirhan' ı vurarak öldürdüğü, her iki maktülde de iki atışla mümkün av tüfeği saçma taneleri giriş yaralarının mevcut olduğu anlaşılmakla; a) Sanığın, maktul Emirhan' ın hayati bölgesinden isabet almasının muhakkak olduğunu öngördüğü halde ateş etmesi, küçük maktul Emirhan' dan kaynaklanan ve haksız tahrik oluşturan söz ve davranış bulunmaması da dikkate alınarak, 5237 sayılı TCK' nın 82/1-e, 62 ve 53. maddeleri uyarınca hüküm kurulması gerekirken, suçun niteliğinde hataya düşülerek, aynı Yasa' nın 30/2, 81, 29, 62 ve 53. maddeleri uyarınca ceza tayin edilmesi, ” Yar. , 1. CD, 23/03/2011, 1798, HAKERİ, s. 218

²⁷⁵TCK md. 21/2 “ Kişinin, suçun kanunî tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen, fiili işlemesi hâlinde olası kast vardır. Bu hâlde, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektiren suçlarda müebbet hapis cezasına, müebbet hapis cezasını gerektiren suçlarda yirmi yıldan yirmibeş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur; diğer suçlarda ise temel ceza üçte birden yarısına kadar indirilir. ”

Cinsel saldırı suçu da olası kastla işlenebilir.²⁷⁷ Örneğin; mağdurun hal ve tavırlarından akli dengesinin bozuk olduğundan ve bu nedenle rıza ehliyetinin olmadığından kuşkulanan fail, olursa olsun düşüncesi içinde sonuçları kabullenerek, rıza ehliyeti olmayan mağdurla cinsel ilişkiye girmişse; fail olası kastla nitelikli cinsel saldırı suçundan sorumlu olacaktır.

2.4.HUKUKA AYKIRILIK UNSURU

Hukuka aykırılık da suçun bir unsuru olup, genel olarak yapılan eylemin hukuk düzenine uygun olmadığı anlamına gelir. Burada anlatılmak istenen hukuk düzeni, özel hukuk ve kamu hukuku dahil olmak üzere tüm hukuk düzenidir. Yani ceza hukukunda yasak olan bir fiilin özel hukukta yasak olmadığını kabul etmek mantığa uygun değildir.²⁷⁸

Cinsel saldırı suçunda, failin hukuka aykırı davranışta bulunması halinde failin cezalandırılması söz konusu olacaktır. Yani olayda bir hukuka uygunluk sebebinin bulunması durumunda failin cezai sorumluluğu olmayacaktır.

Cinsel saldırı suçunda, kanun emrini yerine getirme ve zorunluluk hali şeklindeki ceza sorumluluğunu kaldıran nedenlere rastlanmaz. Bu nedenle cinsel

²⁷⁶KOCA ve ÜZÜLMEZ, Genel Hükümler, s. 155, “ Bazı suçlar olası kast ile işlenemez. Örneğin, iftira suçu (TCK 267) ancak doğrudan kastla işlenebilir, zira iftira suçunun gerçekleşebilmesi için, kendisine hukuka aykırı bir fiil yüklenen kimsenin, bu fiili işlemediğinin bilinmesi gerekir (aynı şekilde, bkz. TCK 154/2, 197/2, 201/2, 315.) , “ Hakeret suçunun, neticesi harekete bitişik şekli suçlardan olması, suç kastının varlığı için eylemin iradi olarak gerçekleştirilmesinin yeterli olması ve kanunda öngörülen neticenin hareketin gerçekleşmesi ile zorunlu olarak doğması nedeniyle, olası kast ile işlenemeyecek suçlardan olduğu gözetilmeden, TCK' nın 21. maddesinin 2. fıkrası uyarınca cezada indirim yapılması kanuna aykırıdır. ” Yar. , 2. CD, 08/02/2012, 2455, HAKERİ, s. 223

²⁷⁷TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 340, “ Kasten işlenebilen suçlar, ilke olarak hem doğrudan hem de olası kastla işlenebileceğinden bu suçun olası kastla işlenip işlenemeyeceğini tartışmak gerekir. Olası kast durumunda suçun kanuni tanımında yer alan unsurlardan birinin somut olayda gerçekleşebileceği öngörülmesine rağmen, kişi fiili işlemektedir. Diğer bi deyişle, fail unsurların meydana gelmesini kabullenmektedir.Cinsel saldırı suçunun temel şeklinde, fail kişinin vücudu üzerinde cinsel arzuları tatmin amacına yönelik fakat cinsel ilişkiye varmayan davranışlarda bulunurken bir kimsenin vücut dokunulmazlığını ihlal ettiğini öngörecektir ama buna rağmen eylemi gerçekleştirecektir. Örneğin, kişi kalabalık bir yerde cinsel duygularını tatmin amacıyla birine sürtmeye çalışırken bir başkasının da vücuduna dokunabileceğini öngörerek fiili gerçekleştirirse olası kasttan söz edilebilir. ” SEVÜK, s. 253, KILIÇ, s. 187

²⁷⁸ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, Genel Hükümler, s. 398, ÖZGENÇ ve ŞAHİN, Uygulamalı Ceza Hukuku, s. 201, ÖZTÜRK ve ERDEM, Uygulamalı Ceza Hukuku Ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, s. 187, KOCA ve ÜZÜLMEZ, Genel Hükümler, s. 236

saldırı suçuyla amirin emrini ifa ve zorunluluk hallerinin bir arada bulunması mümkün değildir.

Cinsel saldırı suçunda failin mağdura karşı meşru savunma halinde bulunması da olanaksızdır. Meşru savunma hali genel olarak fail tarafından değil, cinsel saldırı suçunda mağdur tarafından cinsel saldırıyı defetmek için gerçekleştirilen eylemlerde söz konusu olacaktır. Yani meşru savunma cinsel saldırı suçunda mağdurun eylemleri açısından değerlendirilecektir.

5237 sayılı TCK' nın 26/1 maddesinde düzenlenen hakkın kullanımı durumunda kişiye ceza verilemeyeceği açıkça hüküm altına alınmıştır.²⁷⁹ Kişilerin diğer kişiler üzerinde cinsel saldırı suçuyla ilgili yani, cinsel nitelikte bir davranışta bulunma hakkı yoktur. Hiçbir kuralda kişilere böyle bir hak tanıyamaz. Aksinin kabulü halinde kanaatimizce cinsel dokunulmazlığı sağlamak için getirilen 5237 sayılı yasanın 102. maddesinin bir anlamı kalmayacaktır. Burada özel olarak eşin diğer eş üzerinde basit cinsel nitelikli eylemleri konusunda bir hakkı bulunup bulunmadığı hususuna da değinmek isteriz. Yasanın düzenleniş şekline bakıldığında eşe organ sokmak suretiyle gerçekleştirilen cinsel saldırı, suç olarak düzenlenmiştir.²⁸⁰ Suçun basit halinin eşe karşı işlenmesi durumu ise tartışmalıdır. Bu husus suçun nitelikli hallerinde açıklanacak olup kanaatimizce suçun basit hali eşe karşı işlenemez. Eylemin kanunda suç olarak düzenlenmemesi ise eşin diğer eş üzerinde basit cinsel eylemlerde bulunmaya hakkı olduğunu göstermez. Eşlerin aile hukukundan kaynaklanan birbirlerinin cinsel isteklerini giderme yükümlülükleri vardır ancak bu bir zorunluluk değildir. Uygulamada olduğu gibi bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi halinde, diğer eşin boşanma hakkı oluşacaktır. Kanunun eşlere karşı basit cinsel saldırı fiilini suç olarak düzenlememe nedeni; kanaatimizce, basit nitelikteki cinsel eylemlerde kanun koyucunun aile kurumuna müdahale etmek

²⁷⁹TCK md. 26/1 “ Hakkını kullanan kimseye ceza verilemez. ”

²⁸⁰ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, Özel Hükümler, s. 216 Aksi yönde görüş “ Kanaatimizce , madde gerekçesini de dikkate alarak, eş üzerinde cinsel arzuları tatmin amacıyla gerçekleştirilen cinsel saldırının nitelikli halini oluşturan davranışların tıbbi ve hukuki sınırları ihlal etmediği sürece suçun maddi unsurunun oluşmayacağı sonucuna varmak gerekir. Başka bir anlatımla, eşler arasında normal yoldan gerçekleşen cinsel davranışlar, zorla gerçekleştirilmiş olsa dahi, cinsel davranışın kendisi hukuki sınırlar içinde kaldığından cinsel saldırının nitelikli halini oluşturmayacaktır. Buna karşılık, bu ilişkinin kurulması sırasında cebir kullanılmış ise, bu hukuka uygun bir davranış olmadığından, başka bir anlatımla cinsel ilişki için söz konusu olan hukuki sınırlar içinde kalmadığından, bu vasıtaları kullanan eşi kasten yaralama (md. 86) veya kötü muamele (md. 232) suçundan sorumlu tutmak gerekecektir. ” KOCA ve ÜZÜLMEZ, Özel Hükümler, s. 289

istememesidir. Ayrıca eşler arasında gerçekleşen cinsel davranışlarda; eşin rıza göstermediğini sözlü veya farklı bir davranışı ile ortaya koyduğu ana kadar ki eylemler açısından, sonradan rızası olmadığını gösteren eşin varsayılan rızasının olduğunu da kabul etmek gerekir. Bu aşamadan sonra gerçekleşen basit cinsel saldırı fiilleri şartları varsa TCK 232. maddede düzenlenen kötü muamele suçunu oluşturur.²⁸¹ Yukarıda da açıkladığımız üzere kişinin bu hususlara katlanma zorunluluğunu kabul etmek özellikle ülkemiz gibi gelişmekte olan toplumlarda bayanların cinsel konularda köle gibi algılanmasına neden olacaktır.

5237 sayılı yasanın 26/2 maddesinde belirtilen rıza durumunda eylemin hukuka uygun olacağı kabul edilmiştir.²⁸² Cinsel saldırı suçunda rızanın tipikliğin bir unsuru mu olduğu yoksa hukuka uygunluk nedeni mi olduğu hususu tartışmalıdır. Bir kısım yazarlar rızanın tipikliğin bir unsuru olduğu görüşündedir.²⁸³ Bizim de katıldığımız diğer yazarlara göre ise, cinsel saldırı suçunda rıza, eylemi hukuka uygun hale getirecektir.²⁸⁴ Çünkü, cinsel saldırı suçunda rıza hususu kanun metninde yer alan diğer bazı suç tiplerinde (“ hukuken geçerli rızaya dayalı olmaksızın ” md 91, “ zilyedinin rızası ” md. 141) olduğu gibi açıkça ifade edilmemiştir. Bundan dolayı kanun metninde yer almayan bir kavramın tipikliğin bir unsuru olması da düşünülemez. Kaldı ki uygulamada, bu tartışma ortaya çıkacak sonucu değiştirmeyecektir.²⁸⁵

Mağdurun rıza göstermesi yeterlidir. Yoksa mağdurun erkek, bayan, evli veya bekar olmasının hiçbir önemi yoktur. Yeter ki mağdur hür iradesi ile rızasını ortaya koyabilsin, tabiki rıza alınmadan önce de mağdurun iradesini fesada düşürecek haller olmamalıdır. Cebir, tehdit, hile veya mağdurun bilincinin yerinde olmamasından faydalanılarak alınacak rıza geçerli kabul edilemez. Kanaatimizce mağdurun rızasının sözle açıklamasına gerek yoktur vücut hareketleri ile de mağdur eylemi onaylayabilir.²⁸⁶

²⁸¹TCK md. 232/1 “ Aynı konutta birlikte yaşadığı kişilerden birine karşı kötü muamelede bulunan kimse, iki aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. ”

²⁸²TCK md.26/2 “ Kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez. ”

²⁸³TANER, s. 162, HAKERİ, s. 337

²⁸⁴TUĞRUL, s. 79, YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 3238, SEVÜK, s. 249, KOCA ve ÜZÜLMEZ, Özel Hükümler, s. 296, HAFIZOĞULLARI ve ÖZEN, ÖZEL HÜKÜMLER, s. 160

²⁸⁵TANER, s. 163

²⁸⁶YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 3238 -3239, TANERİ, s. 71, TANER, s. 163, ÇALIŞKAN, s. 9

Rıza eylemden önce veya her halükarda eylem esnasında olmalıdır.²⁸⁷

Rıza hususu eylemin her aşamasında değerlendirilmelidir. Örneğin; öpüşmeye rıza gösteren mağdura, herhangi bir sebepten ötürü sinirlenen failin ileri giderek mağduru soyup onun cinsel organına dokunması eylemi artık suç haline dönüşecektir.²⁸⁸ Olayda rızanın olup olmadığı her olaya göre ayrı değerlendirilmeli, somut delillere göre suçun oluşup oluşmadığı takdir edilmelidir ki; rızanın varlığı konusunda şüpheye düşülmesi halinde şüpheden sanık yararlanır ilkesini de gözardı etmeden karar vermek, ceza hukuku açısından daha adil olacaktır.²⁸⁹ Gerçi Yargıtay'ın şüpheden sanık yararlanır ilkesine aykırı kararlar verdiği de olmuştur.²⁹⁰

Mağdurdan “ hayır ” dışında faile direnç göstermesini beklemek, mağdurun cinsel dokunulmazlığını korumak için getirilmiş bu yasanın konuluş amacı ile ters düşecektir. Kaldı ki bu durum çağdaş bir hukuk devletinde açıklanması mümkün olmayan bir husus olacaktır.²⁹¹

²⁸⁷ HAFIZOĞULLARI, Zeki, , Hukuka Uygunluk Nedenleri, <http://www.abchukuk.com/cezahukuku/hukuka-uygunluk.html>, s. 12, Erişim Tarihi: 19/02/2015

²⁸⁸ AYDIN, Devrim, Türk Ceza Kanunu'nda Kadın Bedeni Ve Cinsellik, www.huksam.hacettepe.edu.tr/Turkce/.../turk_ceza_kanununda_kadin_bedeni.pdf, s. 5, Erişim Tarihi: 10/10/2015, TUĞRUL, s. 79, ARTUÇ, s. 577

²⁸⁹ TUĞRUL, s. 80, YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 3239

²⁹⁰ “ Mağdurenin aşamalarda ki istikrarlı samimi anlatımları, müştekinin beyanı ve mağdurenin ortaokuldan öğretmeni olan sanığa kendi iffetini ortaya atarak iftira etmesi için hiçbir nedenin de bulunmaması karşısında; sanığın olay tarihinde mağdureyi evine davet ederek götürdükten sonra “çok güzelsin seni öpmek istiyorum” dediği, mağdurenin karşı çıkması üzerine ısrarla teklifini yenilediği, bu suretle isnat edilen suçları işlediği anlaşılmakla sanığın beraatine dair karar bozmayı gerektirmiştir. ” Yar. , 5. CD, 07/12/2005, 2304/22711, YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 3239

²⁹¹ “ Kadın ve erkek biyolojisi ve güç farklılıkları ortada iken ırzına geçilen kadından ciddi bir “ hayır ” dışında bir de “ dayak yemesini ” beklemek çağdaş gelişmelere aykırıdır. Ötesi bir norm ihdası sorunu değil, ispat sorunudur. Şüphesiz yasa koyucu, böylesi temel bir değeri saldırı altında olan ve saldırıya her hangi bir direniş göstermeden, kaçmaya çalışmadan yalnızca hayır diyen bir mağdurun bu değerine gereken önemi vermediği ve belki de rıza gösterdiği çıkarsaması yapabilir ancak bu çıkarsama sağlam kriminolojik verilere dayandırılarak yapılmalıdır. Kriminal psikolojik veriler, özellikle ciddi korkunun mağdur üzerinde yarattığı dondurucu şok etkisi ile mağdurların “ isteneni ve denileni yapma ” eğilimine girdiğini çoktan göstermiştir. Bu alanda da kriminal psikolojinin verilerinden yararlanmak gerekmektedir. Şüphesiz, direnç kavramının da erkeğin sosyalleşmesine ait bir kavram olduğunu hatırlatmakta yarar vardır. Temel hürriyet değerlerine saldırıda bulunulan sıradan bir erkek sosyalleşmesi sürecinde öğrendiği davranış kalıpları içinde bedensel direnç gösterebilir. Ancak şiddeti tanımayan ya da daha az tanıyan ve daha az içselleştirmiş, hatta şiddete nasıl başvuracağını bilmeyen, bunu öğrenmemiş sıradan bir kadın için direnç kavramı da farklı algılanmalıdır. ” AYDIN, Öykü Didem, Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, http://www.turkhukuk sitesi.com/makale_175.htm, 2005, s. 10, Erişim Tarihi: 17/02/2015, Aksi yönde görüş “ Fakat rızanın olup olmadığı belirlenirken, kişinin hayır demesinin tek başına suçun oluşması için yeterli olmadığı düşüncesindeyiz. Örneğin, partnerinin cinsel ilişki teklifini isteksizlik sebebiyle geri çeviren bir kişinin bu cevaba rağmen, fail soyunup mağduru da soysa ve cinsel ilişkiye girse, cebir, tehdit ya da hile gibi iradeyi etkileyen durumlar olmamasına rağmen bu davranışlara göz yuman kişinin, bu suçun mağduru olduğu söylenemez. Yine, örneğin, uyku

Mağdurun olayın başında faile rıza göstermediği ancak failin eyleminden etkilenen yani cinsel anlamda haz duyan mağdurun sonradan eyleme rıza gösterdiği durumlarda kanaatimizce eylemin ilk hali suç vasfını koruyacaktır yani sonradan gösterilen rıza eylemin ilk halindeki suçu ortadan kaldırmayacaktır. Örneğin; failin mağduru zorla öpmesi, mağdurun cinsel organına dokunması ve mağdurun faili itmesi ile biten olayda; mağdur failin hareketlerinden sonradan cinsel haz duyarak fail ile cinsel ilişkiye girse bu olayda failin ilk hareketleri yani rızaya kadar olan kısmı suç vasfını koruyacaktır. Çünkü, eylemden sonra rıza açıklaması geçerli kabul edilemez. Olsa olsa mağdurun şikâyet hakkını kullanmadığı değerlendirilebilir. Örnekte belirtilen daha önceden faalin eylemine rızası olmayan mağdurun sonradan eyleme rıza göstermesi halinde fiilin ilk halinin suç olacağı düşüncemiz ile rızanın " her halükarda suç işlenirken bulunması " halinin farklı olduğuna da değinmek isteriz. Burada önemli olan husus failin fiilini başlatıp aynı fiil üzerinden devam etmesi ve mağdurun hemen rıza göstermesidir. Bu durumda rızanın suç işlenirken bulunduğu kabul edilir ve eylem suç olmaktan çıkar. Bu durumu bir örnekle açıklamak gerekirse; fail A mağduru aniden kendisine çekmiş ve dudağından öpmeye başlamıştır. Mağdur rızası olmadığını elleriyle itirmeye çalışarak ortaya koymuş ancak fail mağduru sımsıkı tuttuğundan öpüşme kesintiye uğramamış devamında mağdur bu durumdan haz duyarak eyleme rızası olduğunu faile cinsel olarak karşılık vermek suretiyle ortaya koymuştur. Örnekte açıklandığı üzere eylem başlamış ve eylemde herhangi bir kesinti veya farklılaşma olmadan mağdurun rızası gerçekleşmiştir. Bu olayda mağdurun rızasının suç işlenirken oluştuğunu kabul edip eylemin suç olmaktan çıktığını kabul etmek gerekir.²⁹² Fakat fail A mağdur B' yi kalçalarına dokunarak kendisine doğru çekip sarıldığı esnada mağdur faili eliyle itirmek suretiyle kendinden uzaklaştırmış, fail bu duruma sinirlenerek mağduru tekrar yakalamış ve bu sefer hem öperek hem de bir eliyle mağdurun cinsel organına

halindeyken eşini öpüp okşayan failin davranışının bu suçu oluşturacağı sonucuna varmak gerekir ki, bu görüşün kabulü mümkün değildir. Çünkü burada, varsayılan rızadan bahsetmek gerekir. " TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 328, " Fiili işbirliği olmadan, bir kimsenin üzerinden kot pantolonunu çıkarmanın neredeyse olanaksız olduğu, ortak tecrübeyle sabit bir veridir; zira bu işlem, kotu giyen kişi bakımından bile oldukça zordur. " İtalyan Yargıtay'ının 06/11/1998 tarihli kararı, TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 330-331

²⁹²“ Bazen de başta olmayan rıza sonradan oluşabilir. Örneğin, bir kimsenin kendisini öpmesine razı olmayan bir kadın, daha sonra eyleme kendi rızasıyla devam eder, hatta cinsel birleşmeyi ister ve bu husus gerçekleşirse artık rızanın olmadığından söz edilemez. " TUĞRUL, s. 81

dokunarak eylemini sürdürmüş ve mağdur da eyleme rıza gösterdiğini cinsel karşılık vermek suretiyle ortaya koymuş ise kanaatimizce failin ilk hareketi cinsel saldırı eylemini oluşturacak devamında gerçekleşen hatta cinsel ilişki boyutuna ulaşan eylemin rıza nedeniyle oluşmadığı kabul edilecektir. Burada sadece mağdurun, ilk olay açısından eylem şikâyet tabi olduğu için şikâyetten vazgeçme veya hiç şikâyetçi olmama hakkı bulunmaktadır. Tabi ki bu tarz konularda her somut olayın özelliği, mağdurun hal ve tavırları, şüphelinin hal ve hareketleri, kişilerin daha önceden tanışıp tanışmadığı, rızanın ne şekilde belirtildiği hususları değerlendirilmeli ve buna göre karar verilmelidir.²⁹³

Rıza hususunda tıp çalışanlarını da değinmek isteriz. Bilindiği üzere kişiler tedavi almak için gittiği hastane, tıp merkezi, laboratuvar, röntgen gibi alanlarda kendi rızalarıyla vücutlarına temas veya elbiselerini çıkarma şeklinde gerçekleşen ve tıbben gerekli olan bazı faaliyetlerde bulunmaktadır. İşte bu faaliyetler esnasında tıp çalışanları, mağdurun rızasına aykırı olarak tıp biliminin gerektirdiği destek veya tedavinin ötesine geçip mağdurun tedavisiyle alakası olmayan organlarına dokunur, okşar veya mağdurun normalde çıkarmaması gerektiği elbiseleri çıkarttırır ise bu durumda bu kişiler açısından cinsel saldırı suçu oluşacaktır. Olayı bir örnekle açıklamak gerekirse; kendisine muayene için gelen hamile bir bayanın göğüslerini elleyen tıp çalışanı, tıbbi gereklilik olmadığı halde bunu gerçekleştirerek cinsel saldırı suçunu işlemiş olacaktır.²⁹⁴

²⁹³ARTUÇ, s. 578

²⁹⁴ARTUÇ, s. 577, “ Sanığın, kasık bölgesindeki ağrı şikayeti nedeniyle gelen mağdurenin kalça ve bacaklarını okşayıp sıkma, elini apış arasından sokarak cinsel organını okşama şeklindeki eylemlerinin bedensel temas içermesi ve muayene gereklerini aşması nedeniyle, 5237 sayılı TCK’nın 103/1. maddesi kapsamında yer alan çocuğun basit cinsel istismarı suçunu oluşturacağı ” Yar. , 14. CD, 05/04/2012, 6460/4058, “ Tüm dosya kapsamı birlikte değerlendirildiğinde; 37 yaşında ve prostat rahatsızlığı bulunan mağdur M’ in olay tarihinden önce 3 ayrı kez sanığın muayenehanesine gittiği, basit muayeneler sonunda ilaç tedavisinin uygulandığı, olay günü sanık doktor tarafından kendisine tatbik edilen tuşe rektal ve prostat masajının yapıış tarzı konusunda önceden yeterli bilgisinin bulunmaması halinde ve bunun biraz da hoyratça gerçekleştirilmesi durumunda bu tedavi yöntemini farklı yorumlamış, onurunu kıran bir hal olarak algılamış ve tepki göstermiş olabileceği, Mağdurun kollukta sanığın iki elinin omuzunda olduğundan bahsetmemesi, yargılama aşamasında ise sanığın cinsel organını görmediğini söylemesi, muayenehanede olay anında başka hasta kişilerin de bulunduğu, muayene odasının kapısının kilitli olmadığı ve kapı açıldığında dışarıdan muayenenin yapıldığı yerin görülebildiği, böyle bir ortamda soyunan doktor sanığın, reşit ve erkek mağdura livatada bulunduğunu kabul edebilme, olanağının bulunmadığı, sanığın, tepki gösterip şikâyet edeceğini söyleyerek muayenehaneyi terk eden mağdurun peşinden giderek onu bundan vazgeçirmeye çalışması, hatta para bile teklif etmesinin böyle bir olayın dedikodu olarak duyulması halinde dahi statüsünü etkileyebilecek bir durum olması nedeniyle bundan bir şekilde kurtulma gayreti olarak yorumlanması gerektiği, mağdurun yaşı, gelişimi ve tedavisi sırasında anüs bölgesine kaydırıcı krem

Tıbbi müdahalelerde, mağdur kendinde olmadan yapılan müdahale ile kendinde iken herhangi bir sözlü rıza açıklamadan kendini muayene ettirmesi sonucunda; tıp çalışanı tarafından tıbbın gerektirdiği davranışın dışına çıkılmamak şartıyla cinsel saldırı suçunun varlığından söz edilemez çünkü, burada kişinin muayeneye zımnen rıza gösterdiği kabul edilir. İşte, tam bu noktada muayene için doktora giden ve doktor tarafından kendine tıbbi müdahalenin ötesinde davranışta bulunularak cinsel saldırı fiiline maruz kalan kişinin, bu eylem için doktrinde mefruz rızasızlığı (varsayılan rızasızlık) bulunduğu kabul edilmektedir.²⁹⁵

Kişilerin cebir, şiddet veya korkutma ve tehdit altında işledikleri suçlardan cezalandırılmayacağına ilişkin 5237 sayılı yasanın 28. maddesinde düzenleme bulunmaktadır.²⁹⁶

Burada cebir ve şiddet olarak kastedilen, kişiye fiziki güç uygulanarak suç işletilmesidir. Yani kişinin suçta aracı olarak kullanılmasıdır. Yasaya göre kişinin cebir ve şiddet altında bir suçu işlemek zorunda kalması için bu cebir ve şiddetin karşı konulamayacak veya kurtululamayacak nitelikte olması gerekmektedir. Gerçekten de kişiye uygulanan basit bir fiziki müdahale sonucu o kişinin ağır bir suç işlemesini isteyen asıl failin isteklerine uyan aracı, yaptığı eylemden sorumlu olacaktır. Burada şu husus da unutulmamalıdır. Kişi maruz kaldığı fiziki müdahale sonrası daha ağır fiziki müdahalelere maruz kalacağının bilinci ve korkusu içerisindeyse, hal ve şartlara göre kişinin bu psikolojik durumu, maruz görülebilecek

sürüldüğü de nazara alındığında, olay akabinde bu bölgede hiçbir bulgunun meydana gelmemesinin gerektiği, bu itibarla da eşinin, kocasının kilotunda kan gördüğüne ilişkin beyanının inandırıcı bulunmadığı, nitekim olay sonrasında düzenlenen 07.10.2003 tarihli raporda da olayı ve iddiayı doğrulayan bir olgunun saptanmadığı, sanığın bu raporu düzenleyen doktorla görüştüğüne ve raporun da bunun sonucunda gerçek dışı olarak düzenlendiğine ilişkin iddianın da doğrulanmadığı, Bu rapordan ve olaydan üç gün sonra mağduru muayene eden Adli Tıp Kurumunun anüs bölgesinde saptadığı bulguların, ileri sürülen livata eylemi ile irtibatının kurulamadığı, Adli Tıp Kurumundan alınan raporda saptanan bulguların yapılan tuşe rektal ve prostat masajı sonucunda meydana gelmiş olabileceği, 37 yaşında ve evli mağdurun, anüsüne erkek cinsel organının sokulması ve üzerine abanılıp ileri geri hareket yapılması durumunda bunun ne anlama geldiğini derhal farketmesi gerektiği halde farkedemediğine ilişkin anlatımlarının diğer kanıtlar karşısında inandırıcı bulunmadığı ve mahkemenin beraat kararının yerinde olduğu anlaşılmaktadır.” Yar. , CGK, 19/10/2010, 5-147/200, “İtalyan Yargıtayı, bir hastasına kendi muayenehanesinde enjeksiyon (iğne) yapması gereken doktorun bu durumdan istifadeyle onu soyunmaya sevk ettikten sonra aniden göğüslerini elleyerek cinsel organını ona yaklaştırmasını, cinsel saldırı çerçevesinde değerlendirmiştir. ” İtalyan Yar. , 3. CD, 19/02/2004, 6945, TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 334-335

²⁹⁵TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 335

²⁹⁶TCK md.28 “Karşı koyamayacağı veya kurtulamayacağı cebir ve şiddet veya muhakkak ve ağır bir korkutma veya tehdit sonucu suç işleyen kimseye ceza verilmez. Bu gibi hâllerde cebir ve şiddet, korkutma ve tehdidi kullanan kişi suçun faili sayılır. ”

nitelikte ise, şahsın suçu cebir ve şiddet altında işlediğini değerlendirmek gerekir. Örneğin; pkk terör örgütü üyeleri tarafından kaçırılıp, basit nitelikte yaralanmalara sebep olacak şekilde darp edilen kişi, örgüt üyelerinin talimatıyla köydeki bir kızı (cinsel saldırıya uğrayacağını bilerek) hile ile kandırıp dağa çıkarmış ve burada bekleyen örgüt üyelerinin kıza cinsel saldırıda bulunmalarına neden olmuş ise; şahsın buradaki gördüğü cebir ve şiddetin yeterli olduğunu kabul etmek gerekir. Çünkü, kişi istenileni yapmadığı takdirde öldürülebileceğini bile tahlil etmektedir ve yasaya göre burada asıl fail, cebir ve şiddeti uygulayanlardır.

Korkutma ve tehdit ibaresinden ise; kişiye manevi nitelikte uygulanan, onun iradesini baskı altında tutan ve hür bir şekilde hareket etmesini engelleyen zorlama anlaşılır. Yasaya göre bu şekildeki bir zorlamadan dolayı faile ceza verilmemesi için bu zorlamanın muhakkak ve ağır nitelikte olması gerekmektedir. Bu durumda da gerçek fail suç işletilen kişi değil manevi zorlamayı gerçekleştirendir. Bu hususlara konumuz açısından örnek vermek gerekirse, birlikte suç işleme iradesiyle hareket eden 4 kişinin piknik alanında kız arkadaşıyla piknik yapan çiftlere yönelip bu kişileri yakalaması, akabinde mağdureye tecavüz edip sırf sapık nitelikteki cinsel duygularını tatmin amacıyla mağdurenin erkek arkadaşına ciddi şekilde darp uygulayıp veya onun elini zorla tutarak mağdurenin cinsel bölgesine dokunması veya sokmasına neden olmaları durumunda veya erkek şahsa silah çekip mağdureye organ sokarak cinsel saldırıda bulunması için tehdit yöneltilmesi ve akabinde erkeğin kız arkadaşına bahse konu eylemi gerçekleştirmek zorunda bırakılması olaylarında gerçek fail bu cebir ve şiddeti veya tehditi uygulayan kişiler olacak, mağdurenin erkek arkadaşı olay nedeniyle sorumlu tutulamayacaktır.²⁹⁷

Bir kişiye yöneltilen haksız bir fiil sonucu, bu kişinin, haksız fiilin kendisinde oluşturduğu hiddet ve elem nedeniyle, haksız fiilde bulunan kişiye karşı suç işlemesi halinde verilen mahkumiyet kararından yapılacak indirim, hukuk düzenimizde haksız tahrik indirimi denilmektedir. Haksız tahrik, 5237 sayılı yasanın 29.

²⁹⁷ ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACIKSIZ/TEPE, Genel Hükümler, s. 394-397, ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, Genel Hükümler, s. 516-517

maddesinde düzenlenmiştir.²⁹⁸ Haksız tahrik nedeniyle indirim yapılabilmesi için yasadaki şu koşulların olayda bulunması gerekir;

- Hukuk düzeni tarafından konunmayan ancak suç olması zorunlu olmayan haksız bir fiilin varlığı,

-Bu haksız fiilin suç işleyen kişiye veya bu kişinin bir yakınına yönelik olması,

-Bu haksız fiil neticesinde failin iç dünyasında psikolojik olarak hiddet veya şiddetli elem oluşması,

-Failin bu hiddet ve elemin etkisiyle suçu işlemesi,

-Suçun haksız fiilde bulunan kişiye karşı işlenmesidir. Bu şartların varlığı halinde mahkumiyet hükmünde indirim uygulamasına gidilecektir.²⁹⁹

Cinsel saldırı suçunun failinin, kişilerin giyim tarzı hal ve tavırları nedeniyle tahrik olduğunu bu nedenle cinsel eylemi gerçekleştirdiğine yönelik savunması nedeniyle cezasından haksız tahrik indirimi yapılması çağdaş hukuk sistemlerinde kabul edilmesi mümkün olmayan bir husustur çünkü bahse konu tahrik iddiasında, mağdurun faile yönelik haksız bir eylemi yoktur.³⁰⁰

Yargıtay cinsel saldırı suçunda haksız tahrik hükümlerinden indirim yapılamayacağını kabul etmektedir.³⁰¹

Öğretide de Yargıtay' ın bu uygulaması benimsenmiştir.³⁰²

Kanaatimizce bu uygulamaya katılmak mümkün değildir. Çünkü haksız tahrik hükmünün şartlarının oluşup oluşmadığını olaya göre değerlendirmek yerinde

²⁹⁸TCK md. 29 “ Haksız bir fiilin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında suç işleyen kimseye, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine onsekiz yıldan yirmidört yıla ve müebbet hapis cezası yerine oniki yıldan onsekiz yıla kadar hapis cezası verilir. Diğer hâllerde verilecek cezanın dörtte birinden dörtte üçüne kadarı indirilir. ”

²⁹⁹ÖZBEK, s. 341-345, EROL, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu, s. 441-442, ÖZGENÇ, s. 422-431

³⁰⁰İ. DÜLGER, 2005, s. 156, MALKOÇ, Yeni Türk Ceza Kanununda Cinsel Saldırı Suçları, s. 42

³⁰¹“ Zorla ırza geçme ve yağma suçlarında haksız tahrik hükümlerinin uygulanmasının mümkün bulunmadığı halde haksız tahrik nedeniyle cezadan indirim yapılmak suretiyle noksan ceza tayini ...” Yar. , 5. CD, 29/03/2006, 3527/2731, AKSOY, s. 137

³⁰²“ Zorla ırza geçme ve yağma suçlarında haksız tahrik hükümlerinin uygulanması mümkün değildir. ” EROL, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu, s. 442, “ Bazı durumlarda haksız fiilin varlığına karşın failin yöneldiği suçun özellikleri gözetilerek haksız tahrik hükmünün uygulanmaması gerekebilir. Örneğin, Yargıtay; Irza geçme suçları, şehvi bir kasıtlı ve bu duygunun tatmini için işlenen suçlardan olduğundan, kendi bahçesinden kayısı toplarken gördüğü mağduru yakalayıp boş bir evin içinde zorla ırzına geçen sanığın işlediği suçla haksız tahrik sayılan eylem karşılaştırıldığında, bu ikisi arasında ve netelikleri bakımından ne bir bağlantı, ne de ağırlık yönünden bir orantı uyarlığı bulunmadığı gözetildiğinde “ anılan olayda tahrikin uygulama yeri bulunmadığına, mağdurun hareketinin belki bir takdiri indirim nedeni olarak kabul edilebileceğine karar vermiştir. ” PARLAR ve HATİPOĞLU, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu, s. 315, TANER, s. 217

olacaktır. Örneğin, yaşanmış bir olay olan ve A ilinde gerçekleşen küçük yaştaki bir erkek çocuğunu kandırarak ıssız bir araziye götüren, burada bu erkek çocuğuna cinsel organ sokmak suretiyle cinsel saldırıda bulunup daha sonra işlediği suçun delillerini ortadan kaldırmak amacıyla bu çocuğu öldüren failin, çocuğun babası veya yakın bir akrabası tarafından kolluk kuvvetleri ulaşmadan yakalanması ve olayın yarattığı şiddetli elem veya hiddet ile mağdur yakınlarının faile acı çektirmek amacıyla failin anüs bölgesine cisim sokarak faile cinsel saldırıda bulunması şeklinde gerçekleşebilecek bir olayda, mağdur yakınına cinsel saldırı suçundan verilecek mahkumiyet kararında haksız tahrik hükümlerinin sırf yukarıda belirtilen genel gerekçeden dolayı uygulanmaması adalete ve hakkaniyete uygun olmayacaktır.³⁰³

Hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilemeyecek olsa da bu kısımda ceza sorumluluğunu kaldıran ve azaltan diğer nedenlere de değinmenin yerinde olacağı düşüncesindeyiz. Bu nedenler; hata, yaş küçüklüğü, akıl hastalığı, sağır ve dilsizlik, geçici nedenler, alkol veya uyuşturucu madde etkisinde olmadır. Kusurluluğu etkileyen hata hali 5237 sayılı yasanın 30. maddesinde düzenlenmiştir.³⁰⁴

Maddenin 1.fikrasında suçun kanuni tanımındaki maddi unsurlarında hataya düşme, maddenin 2. fıkrasında suçun daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli hallerinin gerçekleştiği konusunda hayata düşme, maddenin 3. fıkrasında kişinin ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlerle ilgili koşulların gerçekleştiği konusunda hataya düşme, maddenin 4. fıkrasında eylemin haksızlık oluşturmadığı yönünde hataya düşme halinden bahsedilmekte ve ne şekilde uygulama yapılacağı hüküm altına alınmıştır.³⁰⁵

Suçun maddi unsurlarında hata, suçun kanuni tanımında yer alan unsurlarda hataya düşülmesidir. Örneğin, çocukların cinsel istismarı suçunda 15 yaşından küçük

³⁰³ÜNVER, s. 310

³⁰⁴TCK md.30 “ (1) Fiilin icrası sırasında suçun kanunî tanımındaki maddî unsurları bilmeyen bir kimse, kasten hareket etmiş olmaz. Bu hata dolayısıyla taksirli sorumluluk hâli saklıdır. (2) Bir suçun daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli hâllerinin gerçekleştiği hususunda hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır. (3) Ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır. (4) (Ek fıkra:29/06/2005-5377 sk./4.madde) İşlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, cezalandırılmaz. ”

³⁰⁵ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACIKSIZ/TEPE, Genel Hükümler, s. 402 – 419, GÜNGÖR, s. 56-75

bir çocuk ile onun rızası dahilinde cinsel ilişkiye girilmesi, 5237 sayılı yasanın 103/2. maddesindeki çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçuna vücut verdiği halde, fail çocuğun yaşının 18' den büyük olduğunu zannettiğini savunsa, mağdur bu durumu doğrulasa ve çocuğun kemik yaşının gerçek yaşına göre büyük çıkması halinde failin bu hatası gereği, faile çocuğun nitelikli cinsel istismar suçundan ceza verilmeyecek ve fail hatasından faydalanacaktır. Yasanın ilgili maddesi gereği fail kasten hareket etmemiş olacak, failin eylemden dolayı taksirli sorumluluk hali de saklı olacaktır ancak, cinsel dokunulmazlığa karşı gerçekleştirilen suçların yasada taksirli hali düzenlenmediğinden fail hakkında mahkumiyet kararı verilemeyecektir.

Suçun nitelikli unsurlarında hata, ya nitelikli unsurun olayda olmadığı halde var zannedilmesi ya da nitelikli unsurun olayda olduğu halde yok zannedilmesi hali durumunda söz konusu olacak ve yasa gereği bu konuda hataya düşen kişi hatasından faydalanacaktır. Örneğin; fail kendi kızına organ sokmak suretiyle nitelikli cinsel saldırı suçunu gerçekleştirmiş ve olayda, fail cinsel saldırı gerçekleştirdiği kişinin kızı olduğunu bilmektedir ancak yargılama esnasında ortaya atılan bir iddia sonucu yapılan DNA incelemesinde, mağdurun, failin kendi çocuğu olmadığı, eşinin fail ile evliken başka erkekle yaşadığı yasak aşk sonucu doğduğunun ortaya çıkması durumunda, fail nitelikli halin kendisine uygulanacağını zannetmesine rağmen yasanın 103/3-c maddesi gereği yapılacak arttırım kendisine uygulanmayacaktır. Olayda nitelikli unsur olduğu halde yok zannedilmesi şeklindeki hataya cinsel saldırı suçu açısından bir örnek vermek gerekirse, yukarıda açıkladığımız örneğin tam tersi olarak, fail mağdura organ sokmak suretiyle cinsel saldırı suçunu gerçekleştirmiş, yargılama aşamasında ortaya atılan bir iddia üzerine yapılan DNA incelemesinde mağdurun, failin kendi öz kızı olduğu ortaya çıkmış ise de, fail bu durumu eylemi gerçekleştirirken bilmediğinden yani nitelikli unsurun olayda olmadığını zannettiğinden bu hatasından yararlanacak ve nitelikli unsur fail açısından uygulanmayacaktır.

Ceza sorumluluğunu ortadan kaldıran veya azaltan nedenlere ait koşullarda kaçınılmaz hataya düşülmesi meşru müdafaa, zorunluluk hali, amirin emrini ifa, kanun hükmünü yerine getirme, haksız tahrik, cebir-şiddet- korkutma ve tehdit, yaş küçüklüğü gibi hallerde söz konusu olacaktır. Meşru müdafaa, zorunluluk hali, kanun hükmünü yerine getirme, amirin emrini ifa hallerinin cinsel saldırı suçuyla bir arada

bulunamayacağını yukarıda açıklamıştık, bu nedenle bu konulardaki kaçınılmaz hataya düşülmesi iddiası değerlendirilemeyecektir. Rıza, cebir ve şiddet, korkutma ve tehdit, haksız tahrik, yaş küçüklüğü hususlarında kaçınılmaz hataya düşen kişi bu hatasından yararlanacaktır. Örneğin; fail kız arkadaşı olan mağdur ile yüzeysel sevişmeye başlamış, daha sonra kız arkadaşının rızası olduğunu düşünerek onunla organ sokmak suretiyle cinsel ilişkiye girmiştir. Mağdur ise, olayları doğrulamış ancak cinsel ilişki konusunda rızası olmadığını iddia etmiştir. Failin bu olayda hatasının kaçınılmaz olduğu kabul edilirse, fail bu hatasından faydalanacak ve cezalandırılmayacaktır. Akıl hastalığı, sağır ve dilsizlik, geçici nedenler, alkol veya uyuşturucu madde etkisinde olma hallerinde kaçınılmaz hataya düşmek mümkün değildir. Örneğin; fail, şizofren olduğu gerekçesiyle ceza ehliyeti olmadığına dair daha önceki bir olayda rapor almış ve bu rapora göre kişinin bu akıl hastalığının tedavi edilemeyeceği belirtilmiş olsun; bu durumda aslında akıl hastalığı olmayan failin akıl hastası olduğunu zannederek cinsel saldırı suçu işlemesi durumunda kaçınılmaz hataya düştüğü kabul edilmeyecektir. Çünkü, şahıs aslında akıl hastalığı olmadığını bildiği halde sırf bu raporu kullanarak eylemi gerçekleştirmektedir. Zaten kişilerin akıl hastalığı, sağır dilsizlik hali, irade dışı alkol ve uyuşturucu madde alma ve geçici nedenlerden dolayı iradesinin olmadığı halleri, kişinin hayatı açısından ya vardır ve gerçektir ya da yoktur. Bu nedenle failin bu konuda kendisinde bu hususların olduğunu zannetmesi mümkün değildir. Bundan dolayı, failin hatası kaçınılmaz olmayacaktır.

Son hata hali olarak kanunda düzenlenen failin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz hataya düşme durumu cinsel saldırı suçu açısından mümkün değildir. Cinsel saldırı suçunda fail tarafından mağdurun cinsel dokunulmazlığını ihlal eden eylemin, hiç bir hukuk düzeni içerisinde haksızlık oluşturmama ihtimali yoktur. Yani fail mağdura bir cinsel saldırı eyleminde bulunup daha sonra bu eylemin hukuk düzeni içerisinde haksızlık oluşturmadığını zannetmesi yönünde savunmada bulunması halinde, bu savunmasının kabulü mümkün değildir.

Yaş küçüklüğü, 5237 sayılı yasanın 31.maddesinde düzenlenmiştir.³⁰⁶

³⁰⁶TCK md.31“ (1) Fiili işlediği sırada oniki yaşını doldurmamış olan çocukların ceza sorumluluğu yoktur. Bu kişiler hakkında, ceza kovuşturması yapılamaz; ancak, çocuklara özgü güvenlik tedbirleri uygulanabilir. (2)Fiili işlediği sırada oniki yaşını doldurmuş olup da onbeş yaşını doldurmamış

Yasaya göre 12 yaşını doldurmayan kişilerin ceza sorumluluğu yoktur. Bu durumda 12 yaşından küçük bir çocuğun cinsel saldırı niteliğinde bir eylemde bulunması halinde hakkında cezaya hükmedilmeyecektir. 12-15 yaş aralığındaki kişilerin cezai sorumluluğu yasada iki şekilde düzenlenmiştir. Eğer kişinin yaptığı fiilin, hukuki anlam ve sonuçlarını algılama veya davranışlarını yönlendirme yeteneği gelişmemiş ise ve bu durum doktor raporuyla tespit edilmiş ise, yine kişinin cezai sorumluluğu olmayacaktır. Kişinin yaptığı davranışın, anlam ve sonuçlarını algılaması veya davranışlarını yönlendirme yeteneği bulunması halinde ise cezai sorumluluğu söz konusu olacaktır. Fakat yasa, kişinin çocuk olmasından dolayı bu yaş grubu açısından cezai sorumluluğun kısmi olduğunu kabul etmiş ve cezada 1/2 oranında indirim yapılacağını esas almıştır. 15-18 yaş aralığında bulunan kişilerin cezai sorumluluğu var olup, yine yasa tarafından bu kişilerin işledikleri suçların cezasından 1/3 oranında ceza indirimi kabul edilmiştir. Burada dikkat edilmesi gereken en önemli hususlardan birisi de failin eylemi işlediği sıradaki yaşının önemli olmasıdır ve fail buna göre ceza indiriminden faydalanacaktır.

Akıl hastalığı 5237 sayılı yasanın 32.maddesinde düzenlenmiştir.³⁰⁷

Akıl hastalığı konusunda da yasada 2 şekilde düzenlemeye gidilmiş, failin tam akıl hastalığı bulunması durumunda ceza verilmeyeceği, kısmi akıl hastalığının bulunması durumunda cezada indirim yapılacağı esası hüküm altına alınmıştır. Cinsel saldırı suçunda, eğer fail suçu işlediği anda tam akıl hastası ise hakkında

olanların işlediği fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılayamaması veya davranışlarını yönlendirme yeteneğinin yeterince gelişmemiş olması hâlinde ceza sorumluluğu yoktur. Ancak bu kişiler hakkında çocuklara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur. İşlediği fiili algılama ve bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğinin varlığı hâlinde, bu kişiler hakkında suç, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektirdiği takdirde dokuz yıldan oniki yıla; müebbet hapis cezasını gerektirdiği takdirde yedi yıldan dokuz yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. Diğer cezaların üçte ikisi indirilir ve bu hâlde her fiil için verilecek hapis cezası altı yıldan fazla olamaz. (3) Fiili işlediği sırada onbeş yaşını doldurmuş olup da onsekiz yaşını doldurmamış olan kişiler hakkında suç, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektirdiği takdirde ondört yıldan yirmi yıla; müebbet hapis cezasını gerektirdiği takdirde dokuz yıldan oniki yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. Diğer cezaların yarısı indirilir ve bu hâlde her fiil için verilecek hapis cezası sekiz yıldan fazla olamaz. ”

³⁰⁷ TCK md. 32 “ (1) Akıl hastalığı nedeniyle, işlediği fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılayamayan veya bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği önemli derecede azalmış olan kişiye ceza verilmez. Ancak, bu kişiler hakkında güvenlik tedbirine hükmolunur. (2) Birinci fıkrada yazılı derecede olmamakla birlikte işlediği fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği azalmış olan kişiye, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine yirmibeş yıl, müebbet hapis cezası yerine yirmi yıl hapis cezası verilir. Diğer hâllerde verilecek ceza, altıda birden fazla olmamak üzere indirilebilir. Mahkûm olunan ceza, süresi aynı olmak koşuluyla, kısmen veya tamamen, akıl hastalarına özgü güvenlik tedbiri olarak da uygulanabilir. ”

mahkumiyet kararı verilmeyecek, kısmi akıl hastası ise cinsel saldırı suçundan verilecek cezada indirimle gidilecektir.

Sağır ve dilsizlik nedeniyle ceza verilmemesi veya cezada indirimle gidilmesi hali 5237 sayılı yasanın 33.maddesinde düzenlenmiştir.³⁰⁸ Burada dikkat edilmesi gereken husus, sağır ve dilsizliğin kişide aynı anda bulunması ve failin fiili işlediği sırada failde var olmasıdır. Sağır ve dilsizler hakkındaki bu düzenlemede, TCK madde 31’ deki çocuklara ilişkin düzenlemeye atıf yapılmıştır. Yukarıda madde 31 hakkında yaptığımız açıklamalar burada da geçerlidir, yalnız sağır ve dilsizler için yaş aralıkları 15 yaş altı, 15-18 yaş aralığı ve 18-21 yaş aralığı şeklinde düzenlenmiştir.

Geçici nedenler etkisinde olma veya alkol veya uyuşturucu madde etkisi altında olma nedeniyle işlenen suçlarda, cezai sorumluluğa ilişkin düzenleme 5237 sayılı yasanın 34. maddesinde düzenlenmiştir.³⁰⁹

Geçici nedenler, kişinin hipnoz altında olması, uyku hali yani uyur gezer olması veya akıl hastalığı şeklinde olmayan hastalık halleridir.³¹⁰ Kişinin bu hallerde cezai sorumluluğunun olmaması için, bu hallerin fiilin işlendiği sırada failde bulunması ayrıca bu haller nedeniyle failin yaptığı fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamaması veya bu hallerden dolayı davranışlarını yönlendirme yeteneğinin önemli derecede azalmış olması gerekmektedir. Açıklanan bu hususlar alkol ve uyuşturucu madde içinde geçerlidir ancak alkol ve uyuşturucunun iradi olarak alınması durumunda kişinin ceza ehliyeti tamdır. Örneğin; uyur gezer olan failin uyku esnasında evinden çıkıp yolda yürüyen mağdura sarılıp onun cinsel bölgelerine dokunması veya failin yemek yediği bir arkadaş ortamında, arkadaşlarından birinin, failin çorbasına fazla miktarda eroin maddesi koyarak failin bu uyuşturucu maddeyi almasının sağlandığı ve akabinde fail tarafından aynı ortamda bulunan ve kendi kız

³⁰⁸TCK md.33 “Bu Kanunun, fiili işlediği sırada oniki yaşını doldurmamış olan çocuklara ilişkin hükümleri, onbeş yaşını doldurmamış olan sağır ve dilsizler hakkında; oniki yaşını doldurmuş olup da onbeş yaşını doldurmamış olanlara ilişkin hükümleri, onbeş yaşını doldurmuş olup da onsekiz yaşını doldurmamış olan sağır ve dilsizler hakkında; onbeş yaşını doldurmuş olup da onsekiz yaşını doldurmamış olanlara ilişkin hükümleri, onsekiz yaşını doldurmuş olup da yirmibir yaşını doldurmamış olan sağır ve dilsizler hakkında da uygulanır.”

³⁰⁹TCK md. 33 “ (1) Geçici bir nedenle ya da irade dışı alınan alkol veya uyuşturucu madde etkisiyle, işlediği fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılayamayan veya bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği önemli derecede azalmış olan kişiye ceza verilmez. (2)İradî olarak alınan alkol veya uyuşturucu madde etkisinde suç işleyen kişi hakkında birinci fıkra hükmü uygulanmaz. ”

³¹⁰ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACIKSIZ/TEPE, Genel Hükümler, s. 360, HAKERİ, s. 374

arkadaşı olan mağdura, failin organ sokmak suretiyle cinsel saldırıda bulunması olaylarında, faillerin davranışlarını yönlendirme yetenekleri olmadığından cezai sorumlulukları da söz konusu olmayacaktır.

2.5.SUÇUN NİTELİKLİ HALLERİ

2.5.1.Daha Az Cezayı Gerektiren Nitelikli Hal (Sarkıntılık)

Sarkıntılık eylemi 765 sayılı yasanın 421. maddesinde düzenlenmişti ancak bu yasayı ilga eden 5237 sayılı yasada sarkıntılık fiili yer almamıştı.³¹¹ 18/06/2014 tarihli 6545 sayılı yasa ile sarkıntılık 5237 sayılı yasanın 102/1 fıkrasına yeniden eklenmiştir. Yasa metninde hangi tür davranışların sarkıntılık olacağı açıklanmamıştır. Bu durumda eski yasa dönemindeki kabul edilen tanımlamalar ve Yargıtay kararları ışığında sarkıntılık fiilleri belirlenecek ve buna göre cezai müeyyide uygulanacaktır. Yargıtay Ceza Genel Kurulu' nun 24/12/1990 tarihli verdiği bir kararında yüksek mahkeme eylemi şu şekilde tanımlamıştır; “ Sarkıntılık belirli bir kimseye karşı işlenen o şahsın edep ve iffetine dokunan ani ve hareketler yönünden kesiklik gösteren şehvet kastıyla işlenen edepsizse davranışlardır.”³¹² Yargıtay'ın eski tarihli kararlarında vücuda temas olmadan gerçekleştirilen hareketlerin de sarkıntılık suçunu oluşturabileceği belirtilmiştir.³¹³

³¹¹765 sayılı yasanın 421.maddesi “ Kadınlara ve genç erkeklere söz atanlar 3 aydan, 1 seneye ve sarkıntılık edenler 6 aydan, 2 seneye kadar hapsolunur. ”

³¹²MALKOÇ, s. 915

³¹³“ Ağabeyinin bacanağı olan sanığa, kendi iffetini de ortaya atarak iftira etmesi için hiçbir neden bulunmayan mağdurenin tanıklar DH - KD ve AK' nın anlatımları ile de doğrulanan samimi açıklamaları ve dosya içeriğinden sanığın mağdureye birçok kez telefon ederek (beraber olalım, birlikte oturup içki içelim) şeklinde sözler sarf edip otomobiliyle birkaç gece onun evinin önüne gelerek korna çalıp çevresinde tur attığının sabit olduğu ve sırasık bir hal alan bu eylemlerinin bir bütün halinde sarkıntılık suçunu oluşturduğu gözetilmeden yerinde olmayan gerekçeyle beraatine karar verilmesi ” Yar. , 5.CD, 10/12/1998, 4178/4742, “ Sanığın geceleyin müdahilin evinin penceresini ısrarla birkaç kez tıklatarak (kapıyı aç geleyim) demesi şeklinde oluşu kabul edilen eyleminin sarkıntılık suçunu oluşturduğu gözetilmeden yazılı şekilde (TCY.547) uygulama yapılması ” Yar. , 5.CD, 19/11/1998,3699/4397, MALKOÇ, s. 918, “ Sanık S' nin tarlada çalışan müşteki sanık K' ya karşı uzun zamandır yoldan gelip geçerken söz attığı bu eylemlerinin sarnasıkça bir hal aldığı gözetilmeksizin sanığın sarkıntılık suçundan cezalandırılması yerine yazılı şekilde hüküm kurulması” Yar. , 5.CD, 01/07/2002, 7636/5113, “ Sanık A' nın cinsel organı görülecek şekilde külotlu iken müştekiye bakıp cinsel organını okşamak şeklinde tezahür eden eyleminin, belli kişi hedef alınarak yapılmış bulunması nedeniyle TCK' nın 421/2 maddede tanımlanan sarkıntılık suçunu oluşturduğu gözetilmeden, yazılı şekilde hüküm kurulması ” Yar. , 5.CD, 01/10/2001, 61/5364, “ Oluşa ve kabule göre; müşteki ile tanık S' nin aşamalarda değişmeyen tutarlı anlatımlarında sanığın sürekli olarak

5237 sayılı yasanın 102. maddesinde düzenlenen cinsel saldırı suçunun her hali için bedensel temas şarttır. Bu durumda yasaya yeni eklenen sarkıntılık fiilini şu şekilde tanımlamak doğru olacaktır; “ kişinin cinsel dokunulmazlığını ihlal eden, fiilin ani veya hareketleri yönünden kesiklik gösterdiği, eylemin devamlılık arz etmediği, bedensel temasın şart olduğu, cinsel davranışlardır. ” Bu duruma örnek vermek gerekirse; failin aniden mağduru öpüp kaçması, failin mağdurun cinsel bölgelerine dokunup uzaklaşması şeklindeki eylemler sarkıntılık suçunu oluşturacaktır.³¹⁴

Doktrinde kişilerin cinsel organlarının anlıkda olsa tutulması veya cinsel organlara dokunulmasının objektif olarak cinsel mahiyet taşıdığı ve bu tarz eylemlerin haksızlık içeriği açısından suçun temel şeklini oluşturacağı yani sarkıntılık fiilini oluşturmayacağı şeklinde kabul de bulunmaktadır. ARTUK/ GÖKÇEN/ YENİDÜNYA bu görüşünü şu Yargıtay kararlarıyla desteklemektedir. “ Sanık, belediye otobüsünün sıkışık olmasından yararlanarak çıkarttığı kadibini (uzvunu) mağdurenin üzerine sürüp inzal olmuştur. Bu şekilde oluşan eylemi hiçbir duraksamaya yer vermeyecek şekilde ırza tasaddi niteliğindedir. Bu itibarla sanığın eyleminde suç unsurları bulunmadığına ilişkin temyiz itirazlarının reddiyle direnme hükmünün (TCY' nin 421. maddesi uygulanmıştır.) bozulmasına karar verilmelidir.

müştekinin evini telefonla arayarak birlikte olmak istediğini beyan ettiği en son olayda ise, arabası ile müştekinin evinin önüne gelerek arabanın teybini açarak el kol hareketlerinde bulunduğu sanığın bu eylemlerinin sırnaşıkça bir hal aldığı, olayında mahkemece bu şekilde kabul edildiği cihetle sanığın eyleminin sarkıntılık suçunu oluşturduğu gözetilmeyerek yazılı olduğu şekilde TCK' nun 547. maddesi uyarınca hüküm kurulması ” Yar. , 5.CD,01/07/2002, 7926/5125, EROL, 2003, Türk Ceza Kanunu, s. 1031-1032

³¹⁴“ Sanığın mağdurenin boynuna doğru atılıp mağdurenin de tokatla karşılık vermek istemesi ve ne yapıyorsun diye bağırmasını müteakip, sanığın tekrar öpmek için eğildiği ve bu esnada mağdurece itildiği anlaşılacakla sırnaşıkça hal alan eylemlerle sarkıntılık suçunun tamamlandığı gözetilmeden yazılı şekilde tam teşebbüs aşamasında kaldığı kabul edilerek eksik ceza tayini karşı temyiz olmadığından bozma nedeni sayılmamıştır. ” Yar. , 5. CD, 23/05/2001, 7013/ 3549, EROL, 2003, Türk Ceza Kanunu, s. 1033, “ 6545 sayılı kanun ile yapılan değişiklikten sonra, TCK md. 102/1’ in ilk cümlesi kapsamında kalacak cinsel saldırı fiilleri, 765 sayılı TCK’ daki ırza tasaddi (ırz ve namusa sataşma) suçuna tekabül eden davranışlardan oluşacaktır. Buna göre; mağdur üzerinde işlenen (yani, bedensel temas içeren) ve vücuda organ ve cisim sokma düzeyine varmayan, süreklilik gösteren şehvi hareketler, TCK md. 102/1, cümle 1 ile cezalandırılacaktır. Mağdurenin cinsel organını okşama, kendi uzvunu okşatma, organ sokmak kastı olmaksızın cinsel organını sürtmeye, mağdurenin vücudunu devamlı şekilde şehvet duygularını tatmin amacıyla okşama ve öpme gibi fiillerin birinci cümle kapsamında kalacağı söylenebilir. Buna karşılık ani ve kesiklik gösteren davranışlar TCK md. 102/1, cümle 2 kapsamına girmektedir. ” TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 338, “ Cinsel saldırının yahut cinsel istismarın temel şekli ile sarkıntılık arasındaki fark ise, sarkıntılığa vücuda yapılan temasın ani olarak gerçekleşmesi, devamlılık arz etmemesidir. Bedeni temesta devamlılık suçun temel şeklini oluşturur. ” ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, Özel Hükümler, s. 213

" Yargıtay, CGK, 07/04/1980, 91/150, " Mağdurun pantolon ve külotunu çıkarıp eliyle anüs civarını okşadığı anlaşılan sanığın eylemi ırz ve namusa tasaddi suçunu oluşturduğu halde sarkıntılık olarak kabulü ... " Yargıtay, 5. CD, 11/11/1993, 3632/4049, " 15 yaşını bitirmeyen mağdure Selda' yı şehvi arzularını cinsel birleşme olmadan tatmin maksadıyla birkaç defa dudak, yanak ve memelerinden öpen, kucağına oturtup bacak ve göğüslerini sıkıp okşayan sanığın eylemi, rızaya dayalı ırz ve namusa tasaddi suçunu oluşturduğu gözetilmeden sarkıntılık kabulü ile yazılı şekilde hüküm kurulması ... " Yargıtay, 5. CD, 23/09/1993, 2600/3338, " Sanığın tenasül aletini mağdure Emine' nin külotunu çıkartıp vajinasına sürterek boşaldığı dosya içeriğinden anlaşılmasına göre ırz ve namusa tasaddi niteliğindeki bu eyleminden ötürü sarkıntılıktan cezalandırılması ... yasaya aykırıdır. " Yargıtay, 5. CD, 25/01/1993, 4178/167, " Sanığın belediye otobüsünde pantolonun fermuarını açıp çıkarttığı cinsel organını mağdureye sürttüğü ve bu eylemini sürdürdüğü iddia edilmiş olmasına göre, şehvi duygularını cinsel birleşme haricinde tatmine yönelik ve devamlılık gösteren bu eylemlerin sübutu halinde ırz ve namusa tasaddi suçunu oluşturacağı .. düşünülmeden, (TCY' nin 421/2. ve 59. maddesiyle) hüküm kurulması " Yargıtay, 5. CD, 30/4/1992, 1111/1416, " Mağdurların vücutlarının muhtelif yerlerini okşayıp open, onlara tenasül uzvunu gösteren sanığın, devamlılık arz eden ve şehvi hislerini cinsel birleşme dışında tatmine yönelik olan hareketlerinin sarkıntılık hududunu aşıp, ırz ve namusa tasaddi suçunu oluşturduğu gözetilmeden sarkıntılık olarak kabulü ... " Yargıtay, 5. CD, 31/10/1991, 3857/4647, " Erkeklik organını mağdura elletmek suretiyle tatmin olan sanığın eyleminin ırz ve numusa tasaddi suçunu oluşturduğu gözetilmeyerek yazılı şekilde (TCK' nin 421/2 maddesiyle) hüküm tesisi bozmayı gerektirmiştir." Yargıtay, 5.CD, 27/09/1991, 3656/3927.³¹⁵ Yargıtay kararlarına bakıldığında eylemlerin tamamında ani hareketle oluşan bir fiil bulunmadığı, eylemin devamlılık arzettiği açıktır. Bu nedenle eylemler sarkıntılık suçunu değil cinsel saldırı suçunun temel şeklini oluşturmaktadır ancak bu eylemlerin cinsel saldırı suçunun temel halini oluşturma sebebi kanaatimizce cinsel organların anlık tutulması değil fiillerin devamlılık göstermesidir. Kararların hiç birinde ani gerçekleşen, sadece cinsel organın tutulması ve bırakılması şeklinde

³¹⁵ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, Özel Hükümler, s. 213-214

oluşan bir eylem yoktur. Kanatimizce cinsel organların ani tutulması veya cinsel organlara ani dokunulması sonrasında fiile devam etmeyerek bırakılması şeklindeki davranışlar sarkıntılık suçuna vücut verecektir. Çünkü eylemlerde devamlılık unsuru söz konusu değildir. Eylemlerin objektif anlamda cinsel mahiyet taşıması bu gerçeği değiştirmeyecektir. Eylemlerin objektif anlamda cinsel mahiyet taşıması, bu eylemlerin, kişilerin “cinsel dokunulmazlığını ihlal ” ettiğine dair bir karine oluşturması dışında; başka bir anlam ifade etmesi mümkün değildir. Aksinin kabulü, yolda yürüyen mağdurenin elbisesi üzerinden vajinal bölgesine aniden dokunulup kaçılması olayındaki davranışı suçun temel şekline sokacaktır ki, bu şekildeki bir kabul sarkıntılık suçunun tanımına uymayacaktır.

2.5.2.Suçun Vücuda Organ veya Sair Bir Cisim Sokmak Suretiyle İşlenmesi

Bu nitelikli hal; fiilden kaynaklanan, daha ağır ceza verilmesini gerektiren haldir. Yasanın 102/2. maddesinde düzenlenmiş olup, nitelikli halin uygulanması için vücuda organ veya sair bir cisim sokulması gerekmektedir. Bu nitelikli hal için, kanunun tanımladığı eylem, objektif anlamda cinsel nitelikli kabul edildiğinden dolayı, bu eylem için daha öncede ifade ettiğimiz üzere failde cinsel arzuları tatmin amacı aranmayacaktır. Yani eylemin cinsel tatmin amacı güdüp gütmeyeceğine bakılmadan, eylemin cinsel saldırı suçunu oluşturduğu kabul edilecektir.³¹⁶

Madde metninde geçen vücut deyiminden tabiki canlı insan vücudu anlaşılacaktır. Hayvanlara ve ölümlere karşı yapılacak organ sokmak suretiyle gerçekleşen eylemler cinsel saldırı suçunu oluşturmayacaktır.

Bu nitelikli halin mağduru veya faili kadın, erkek, genç, yaşlı herkes olabilir. Eylem bir erkek tarafından mağdur bir erkeğe veya bayana, bir bayan tarafından mağdur bir erkeğe veya bayana karşı gerçekleştirilebilir.

³¹⁶Aksi yönde görüş “ Gerçekten, gerekçeye göre, ne amaçla olursa olsun, bir kimsenin vücuduna organ veya başka bir cisim sokma fiili cinsel saldırı suçu sayılmıştır. Burada, cinsel amaç dışında bir kimsenin bir yerine bir şey sokmak fiilinin vücut dokunulmazlığına karşı bir suç değilde cinsel saldırı suçu sayılması anlaşılabilir bir şey değildir. Çünkü cinsel amaç dışında bir kimsenin bir yerine bir şey sokarak onu aşağılamak fiili gerekçede öyle dense bile, esasında cinsel saldırı suçuna vücut vermez. Hakaret suçuna, kasıtlı yaralama suçuna vücut verir. ” HAFIZOĞULLARI ve ÖZEN, Özel Hükümler, s. 161

Yasada nitelikli hal için organ sokmak deyiminden penis, parmak gibi insan vücudunun uzuvları anlaşılır.³¹⁷

Yer kaplayan, aynı zamanda kütlesi ve ağırlığı olan doğada element bileşik yada bunların karışımları halinde olan şeyler, cisim olarak tanımlanabilir.³¹⁸ Vücuda sokmaya elverişli bütün cisimler, bu nitelikli hal için kullanılabilir. Cob, şişe, ağaç dalı, vibratör gibi cisimler hatta sıvı maddeler dahil bu nitelikli halde cisim olarak kullanılabilir.³¹⁹

Bu nitelikli halin yasadaki düzenleniş şekline bakıldığında, organ veya sair cismin vücudun hangi bölgesine sokulması halinde eylemin gerçekleşeceğini kanun koyucu madde metnine almamıştır. Bu husus madde metninin gerekçesinde vücuda vajinal, anal veya oral yoldan organ veya sair bir cisim sokulması şeklinde açıklanmıştır. Ancak, bilindiği üzere gerekçe madde metnine dahil değildir. Kanun maddesi gerekçeyle genişletilip daraltılamaz aksinin kabulü kanunilik ilkesine aykırılık oluşturulacaktır.³²⁰

Hangi vücut boşluklarına organ veya sair cisim sokulması durumunda bu nitelikli halin oluşacağının tarif edilmemesi, organ sokmaya elverişli bütün vücut boşluklarının bu nitelikli halin oluşumu için geçerli olduğu anlamına gelecektir.

³¹⁷CENTEL, s. 275, KORKUSUZ, s. 826, SEVÜK, s. 258,

³¹⁸<http://cisim.nedir.com/> Erişim Tarihi: 11/05/2015

³¹⁹KORKUSUZ, s. 826, ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACIKSIZ/TEPE, Özel Hükümler, s. 323, ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, Özel Hükümler, s. 215, TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 351, DOĞAN, Gökçen, Cinsel Saldırı Suçu, Suç Ve Ceza, Ceza Hukuku Dergisi, Sayı 2, 2013, s. 101

³²⁰KORKUSUZ, s. 827, “ Örneğin failin cinsel saldırıda bulunmak maksadıyla mağdurun kulak yada burnuna parmağını sokması halinde bu suç gerçekleşmiş olacak mıdır ? Aynı şekilde sapkın davranışlar sergileyen bir failin cinsel davranış olarak algıladığı bedene bıçak sokmak eylemini cinsel davranış kastıyla gerçekleşmesi halinde bu suç gerçekleşecek midir ? ” , “ Gerçi nitelikli cinsel saldırı suçu açısından failin cinsel duygularını tatmin etmek amacıyla hareket etmesinin aranmaması yerinde olmuştur; ancak düzenleme bu haliyle ceza hukukunun önemli kurallarından olan belirginlik ilkesine aykırılık oluşturmaktadır. ” M. V. DÜLGER, s. 7 , “ Gerekçede bu deyim vajinal, anal veya oral yoldan vücuda organ veya başkaca bir cisim sokulmasıyla sınırlandırılmıştır. Bize göre gerekçedeki bu açıklamaya rağmen vücuda organ veya cisim sokmaya elverişli tüm boşlukları bu kapsamda değerlendirilmelidir. ” TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 350, TANER, s. 153 Aksi Yönde Görüş “ Vücudun organ veya cisim sokmaya elverişli bölgeleri, vücuttaki doğal vücut boşluklarından ibarettir. Madde gerekçesinde suçun, vücuda vajinal, anal veya oral yoldan organ veya sair bir cismin sokulması suretiyle işlenebileceği belirtilerek bu vücut bölgelerine işaret edilmiştir. Vücuttaki kulak ve burun boşlukları organ veya cisim sokmaya elverişli ise de sokma fiiline cinsel davranış niteliğini kazandırmaya elverişli değildir. Zira organ veya cisim sokma eylemi, eylemin konusunu oluşturan vücut boşluğundan bağımsız bir şekilde cinsel davranış (saldırı) olarak değerlendirmez. Dolayısıyla eylemin üzerinde gerçekleştirildiği vücut boşluğu sokma eylemine objektif olarak cinsel nitelik kazandırılmalıdır. Buna göre sadece oral, anal ve vajinal bölgelere yönelik sokma eylemleri cinsel motifli davranış olarak nitelendirilebilecektir. ” KOCA ve ÜZÜLMEZ, Özel Hükümler, s. 297-298, İ. DÜLGER, 2005, s. 158

Anal, oral veya vajinal vücut boşlukları zaten objektif anlamda eylemi cinsel nitelikli olarak belirlemek açısından bir karinedir. Diğer vücut boşlukları için ise eylemin cinsel nitelik taşıyıp taşımadığına bakmak gerekecektir. Başka bir deyişle; bu nitelikli hal için de failin eyleminin şekli, kullanılan araçlar, vücudun bölgesi, failin amacı, olay esnasındaki fail tarafından kullanılan söz ve yapılan davranışlar hep birlikte değerlendirilmeli eylem nitelikli cinsel saldırı kabul edilirse, fail cinsel saldırı suçunun nitelikli halinden cezalandırılmalıdır.³²¹

Yargıtay ise vermiş olduğu bir kararda mağdurun ağzına parmak sokmak ve dilini okşama şeklinde gerçekleşen eylemi basit cinsel saldırı olarak kabul etmiştir.³²²

5237 sayılı yasanın 102/2. maddesinde düzenlenen halin ayrı bir suç mu yoksa nitelikli hal mi olduğuna yönelik öğretide farklı görüşler mevcuttur.

TEZCAN/ERDEM/ÖNOK' a göre, burada iki ayrı suç söz konusudur. Yasa koyucuyu böyle bir düzenlemeye iten neden, ırz ve namus; bunlara saldırıyı ifade etmek üzere de ırza geçme ve tasaddi kavramlarının yerine başka bir terim bulma ve her iki kavramı da cinsel saldırı başlığı altında toplama zorunluluğudur.³²³

Sevük' e göre, her ne kadar maddenin tümünden gerekse gerekçesinden nitelikli hal olarak düzenlendiği sonucuna varılsa da, cevaplandırılması gereken

³²¹“ Kanaatimizce sokulmaya çalışılan cisim veya organ ile içine bir organ ya da cisim girdirilmeye çalışılan vücut bölgesi arasında cinsel bir anlam, bağ veya ilişki bulunması gerekli ve yeterlidir. Bu anlam, bağ veya ilişki, bizzat organ ya da cisim yahut mağdurun vücut bölgesinin cinsel hassasiyet arz etmesinden kaynaklanabileceği gibi hareketlerin cinsel bütünlüğünden veya anlamından da kaynaklanabilir. Kanatimizce bu hareketlerin failde bir cinsel haz doğurması gerekmez. O halde hareketlerin bizzat şehvi hisleri tatmin amacı taşıması zorunlu değildir. Burada önemli olan failin hareketlerinin cinsel anlam taşıyacak yoğunlukta olmasıdır. Örneğin, failin penisini kadının ağzına, göğüslerinin arasına parmakları arasına ya da kulağına sokmaya çalışması gibi burada da failin cinsel uzvundan ve müdahalesinin özelliğinden hareketle cinsel bir anlam çıkarmakta ve TCK 102/2' nin oluştuğunu kabul etmekteyiz. Normalde kişinin ağzı yada kulağının cinsel bir uzuv olmamasına rağmen failin yönelen hareketinin cinsel bir bağ kurduğunu ve olaya cinsel bir anlam kattığını söyleyebiliriz. ” ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACIKSIZ/TEPE, Özel Hükümler, s. 323, Yazarın görüşlerine katılmakla birlikte göğüs arası ve parmak arasının organ sokmaya elverişli vücut bölgeleri yani boşlukları olmadığını düşünmekteyiz. Bu nedenle bahse konu eylemler yasanın birinci fıkrası kapsamında kalan eylemlerdir.

³²²“ Kendisini metafizik uzmanı olarak tanıtan sanık İbrahim' in hileli yöntemlerle içerisinde uyuşturucu madde bulunan neskafenin mağdure tarafından içilmesini sağlayıp bu şekilde direncini kırarak masaj yapma bahanesiyle, mağdurenin kafasını kendi cinsel organı üzerine bastırıp ağzını üzerinde oynatmak, elleri ve ayakları ile mağdurenin cinsel organına dokunmak, parmaklarını mağdurenin ağzına sokarak dilini okşamak şeklinde gerçekleşen eylemlerinin kül halinde basit cinsel saldırı suçunu oluşturduğu, sanık Leyla' nın eyleminin ise bu suça yardım niteliğinde bulunduğu gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması, ” Yar. , 5. CD, 27/05/2009, 618/ 6448, TUĞRUL, s. 88

³²³TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 349 Aynı yönde görüşler için CENTEL, s. 275, HAFIZOĞULLARI ve ÖZEN, Özel Hükümler, s. 161

sorular karşısında bu haliyle madde 102/2’de ayrı bir suç düzenlenip düzenlenmediği açık değildir.³²⁴

ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA’ ya göre, 102. maddenin ikinci fıkrasında, birinci fıkrada düzenlenen suça nazaran ayrı ve bağımsız bir suç tanımı bulunmayıp, suçun temel şekline nazaran daha fazla cezayı gerektiren nitelikli bir unsura yer verilmiştir.³²⁵

Kanaatimizce de yasa metninin kaleme alınış şekli (cinsel davranışlarla bir kişinin vücut dokunulmazlığını ihlal etme, bu cinsel davranışların vücuda organ veya sair bir cisim sokma şekline dönüşmesi), madde gerekçesinde birinci fıkra için suçun temel şekli, ikinci fıkra için suçun nitelikli şekli olduğuna yönelik açık ifadeler kullanılması, 765 sayılı yasada ayrı maddelerde düzenlenen ırz ve namusa tasaddi ve ırza geçme ayrımlarına 5237 sayılı yasada yer verilmemesi hususları esas alındığında; organ veya sair cisim sokma şeklindeki eylem kanunda nitelikli hal olarak düzenlenmiştir.

Vücuda organ veya sair bir cisim sokmak suretiyle gerçekleştirilen bu nitelikli halin, fail tarafından bizzat yapılmasıyla cebir, şiddet veya tehdit uygulamak suretiyle mağdura yaptırılması arasında herhangi bir fark yoktur. Örneğin fail, mağduru elindeki silahla öldürüleceğinden bahisle tehdit ederek penisi üzerine oturmaya zorlamış ve neticede mağdurun anüsüne penis girmiş ise ayrıca fail tehdit eylemi dışında herhangi bir fiziksel davranışta bulunmamışsa yani pasif kalmışsa da bahse konu olayda suçun nitelikli hali oluşacaktır.

Failin kendi vücuduna organ veya sair bir cisim sokulması için mağduru zorlaması ve mağdurun eylemi gerçekleştirmesi durumunda failin sorumluluğunun nitelikli halden mi suçun temel halinden mi olduğu hususu tartışmalıdır.

Artuç’a göre, fail kadının, mağdur erkeği organ sokturmaya zorlaması (örneğin kadının erkeğin organını kendi vajinasına sokma konusunda zorlaması) durumunda dolaylı faillik yoluyla yeni TCK' nın 102/2 maddesindeki suç oluşabilir.³²⁶

³²⁴SEVÜK, s. 256

³²⁵ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, Özel Hükümler, s. 223 Aynı yönde görüşler için KOCA ve ÜZÜLMEZ, Özel Hükümler, s. 297, ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACIKSIZ/TEPE, Özel Hükümler, s. 322, , TANER, s. 225 – 226

³²⁶ARTUÇ, s. 581 Aynı yönde görüş için TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 350

ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACIKSIZ/TEPE' ye göre, burada zorlanan kişinin yapmaya maruz bırakıldığı harekete göre bir değerlendirme yapmak gerekir. Buna göre zorlanan kişi kendi cinsel organını veya başka organını, zorlayan kişiye sokmaya yönlendiriliyorsa bu durumda cinsel saldırı suçunun oluştuğunu söylemek gerekir. Ancak zorlanan kişinin, zorlayan kişiye, zorlanan kişinin kendi organları dışında bir cisim sokmaya yönlendirilmiş ise; bu durumda mağdurun cinsel amaçlı olarak hürriyetinin kısıtlanmış olduğu (TCK 109/5) sonucuna varmak daha uygun olacaktır.³²⁷

Koca ve Üzülmmez' e göre, suçun oluşumu, mağdur durumundaki kadın veya erkeğin vücuduna organ veya sair cisim sokulmasını gerektirdiğinden, bir kadın veya erkeğin kendi vücuduna organ veya sair cisim sokması için diğer bir kimseyi zorladığı hallerde, 102. maddenin 2. fıkrasındaki suç oluşmaz. Zorla vücuda organ veya sair cisim sokturmanın cinsel arzuları tatmin amacıyla gerçekleştirildiğinin tespit edildiği hallerde, faili cinsel saldırının temel şeklinden sorumlu tutmak gerekir. Zira bu hareket zorlanan kişi bakımından cinsel davranışlarla vücut dokunulmazlığının ihlali anlamına gelmektedir.³²⁸

Kanatımızca de eylemin bu şekilde mağdurun vücuduna giren herhangi bir organ veya sair bir cisim yoktur. Bu nedenle fail ancak suçun temel şeklinden sorumlu olacaktır.

Bu konuda Yargıtay da bizimle aynı görüşü paylaşmaktadır.³²⁹

5237 sayılı yasa 765 sayılı yasadaki farklı olarak eşe karşı gerçekleştirilen nitelikli cinsel saldırıyı suç olarak tanımlamıştır.³³⁰ Evlilik birliği eşlere birbirlerinin cinsel arzularını tatmin etme yükümlülüğü getirmektedir. Ancak sırf bu yükümlülük nedeniyle bir eşin diğer eşe onun rızasına aykırı olarak cinsel dokunulmazlığına

³²⁷ ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACIKSIZ/TEPE, Özel Hükümler, s. 325-326

³²⁸ KOCA ve ÜZÜLMEZ, Özel Hükümler, s.298 -299

³²⁹“ Suçun mağduruna organ sokulmadığı ve mağdurun reşit sanığa razısıyla organ sokmasının suç oluşturmadığı nazara alındığında dolaylı fail veya suça azmettiren olarak sorumlu tutulamayacak olan sanığın mağdura yönelik tamamlanan eylemlerinin basit cinsel istismar suçunu oluşturduğu halde, nitelikli cinsel istismar suçundan hüküm kurulması, yasaya aykırı görülmüştür. ” Yar. , 5. CD, 03/05/2010, 703/3231, TUĞRUL, s. 92-93

³³⁰“ Gayri tabii yoldan cinsi temasa mecbur eden kocanın fiilinde müessir fiil ve cismen eza kastı bulunmadığı cihetle failin “fena muamele” cürmünden mahkumiyeti gerekir.” Yar. , 4. CD, 09/07/1953, 6019/7956, BIÇAK, Vahit, Kadının Cinsel İradesinin Eşine Karşı Korunması Irza Geçme Suçu, www.libertedownload.com/.../07-vahit-bicak-kadinin-cinsel-iradesinin-es..., 1998, s. 67, Erişim Tarihi: 07/10/2015

müdahale hakkı tanıdığı kabul edilemez. Ülkemiz tarzı geleneksel yapıya bağlı ataerkil toplumlarda, evlilik birliğinin bu hakkı tanıdığı kabul edildiği takdirde özellikle bayanların evlilik içerisinde bir eş olma yanında cinsel yönden bir varlık dışında obje olarak görülmesine yani bir nevi cinsel yönden bayanların köle gibi muamele görmesine neden olacaktır. Tüm bu nedenlerle eşlerin bu yükümlülüğe aykırı davranması halinde tarafların boşanma hakkı dışında herhangi bir hakkının olduğunu kabul etmek mümkün değildir.³³¹

Ülkemiz dışında başka ülkelerin ceza hukuk sistemlerinde de eşe karşı cinsel saldırı fiili suç olarak düzenlenmiştir. Kanada 1982 de, Belçika 1989 da, Hollanda 1191 da, Finlandiya ve Fransada 1994 de yapılan değişikliklerle bu eylemler suç olarak düzenlenmiştir. Alman Ceza Kanunu' nda 1988 yılında değişikliklerle eşe karşı yapılan rıza dışı cinsel ilişki eylemi ırza geçme suçu kapsamına alınmıştır.³³² Anglo Sakson hukukunda bu mesele mahkeme kararlarıyla çözülmüş, ilk olarak İskoçya' da 1989 yılında Stallard v. Her Majesty's Advocate davasında haklarında ayrılık kararı olmayan eşlerden kocanın karısına karşı nitelikli cinsel saldırıda bulunması eylemi suç olarak kabul edilmiştir. İngiltere' de mahkemeler söz konusu eylemin Common Law' a (Anglo – Sakson Hukuk Sistemi) göre suç olmadığı yönünde kararlar alırken meydana gelen kamuoyu baskısı sonucunda temyiz yoluyla gelen R.v. R. davasında Lordlar kamarası, evlilik birliği içerisinde gerçekleşen nitelikli cinsel saldırıyı suç olarak kabul etmiştir. Kararı yazan Lord Keith fo Kinkel karar gerekçesinde şu hususlara değinmiştir; “ Bu tarihten itibaren 150 yıl (1736 tarihinden) yargı yerlerinin bu konuyu tartışmadıkları görülüyor. Diğer bir deyişle bu görüşün Common Law' u yansıttığı kabul edilmiş. Ama İngiliz Common Law' u değişen sosyal, ekonomik, kültürel gelişmeler ışığında değişme ve

³³¹TANER, s. 87 – 88, CENTEL, s. 275 – 276, Yasanın 6545 sayılı yasayla değişmesinden önceki ceza miktarlarını esas alarak yapılan ve bizim görüşümüzle aksi yöndeki görüş “ TCK, hukuka uygunluk veya mezeret nedenlerinde sınırı aşmayı daha hafif bir cezayla cezalandırırken, evlenmenin eşlere bazı haklar verdiğini kabul etmesine rağmen kocanın karısının vücuduna rızası olmadan organ sokması fiilini, yani kocanın hakkını kötüye kullanmasını hiç bir hakkı olmayan öteki faillere eşit tutmuş, kocayı 7 yıldan 12 yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırmıştır. Karının cinsel ilişkide bulunurken kocanın vücuduna cinsel organ sokmasının mümkün olmaması karşısında, kocanın cinsel ilişkide bulunmaya hakkı olmayan kimselerle eş tutularak onlar gibi cezalandırılması kanun koyucunun kocalardan intikam almasından başka bir biçimde açıklanamaz. Bu düzenleme bizce Anayasanın ve kanunu kendi koyduğu kanun önünde eşitlik, ayrımcılık yasağı ve yargı önünde eşitlik ilkeleriyle çelişmektedir. ” HAFIZOĞULLARI ve ÖZEN, Özel Hükümler, s. 162

³³²SEVÜK, s. 259

oluşma kapasitesine sahiptir. Hale'nin görüşü (bu görüşe göre karşılıklı evlilik rızası ve sözleşmesi ile karı, kendisini kocasına bu anlamda vermiştir ve bu rızayı geri alamaz. Bu nedenle koca ırza geçme konusunda bir muafiyetten yararlanır.) kendi devrinin değerlerini yansıtıyor. O zamandan bu yana kadının özellikle evli kadının statüsü bir çok yönlerden tanınamayacak kadar değiştirmiştir. Bu değişiklikler arasında en önemlilerinden biri de modern çağda evliliğin artık kadının kocasına itaat etmesi gereken bir mal olduğu görüşüne dayanan bir sözleşme olarak değil, eşitler arası bir ortaklık olarak görülmesidir. Hale' in görüşüne göre kadın kocasına, sağlığı ya da hisler ne olursa olsun, cinsi münasebette bulunma hususunda geri alamayacağı bir söz vermiş sayılmaktadır. Bugün hiç bir makul insan bu görüşü kabul edemez. İskoç yüksek mahkemesi bu konuyu derinliğine incelemiş ve Hume' un görüşlerinin, zamanında ne anlama gelirse gelsin, bugün kabul edilemeyeceğine karar vermiştir. Bence bu karar İskoçya için olduğu kadar İngiltere içinde geçerlidir. İlke açısından bugün ırza geçme suçunda evlilikten doğan bir muafiyetten söz edilemez ". Amerika Birleşik Devletleri' nde ise eşe karşı nitelikli cinsel saldırı eylemi bazı eyaletlerde suç olarak düzenlenmiş, bazı eyaletlerde ise suç olarak ön görülmemiştir.³³³

Yasadaki eş deyiminden; resmi nikah memuru önünde evli olma yönünde olumlu irade beyanında bulunarak evlilik birliği kurumuna adım atmış kişiler anlaşılmalıdır. Resmi nikah olmayan, imam nikahlı veya resmi nikah dışındaki her türlü nikah ile gerçekleştiği kabul edilen karı-kocalık durumu bizim kanunumuz için geçerli değildir.³³⁴

Eşler arasında nitelikli cinsel saldırı suçu açıkça kanunda düzenlenmiş ancak suçun temel şekline ilişkin kanunda herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu husus Türk Ceza hukukunda tartışmalıdır. Suçun temel şeklinde yasa koyucunun " kimse " ibaresini kullanarak herhangi bir ayrıma gitmediği düşünülse de, 765 sayılı yasada evlilik birliği içerisindeki cinsel saldırının suç olarak hiç düzenlenmemesi, yasanın sadece nitelikli cinsel saldırıyı düzenlediği ikinci fıkradaki gibi birinci fıkrada da özel bir hükme yer vermemesi, yasanın gerekçesinde suçun sadece

³³³M. V. DÜLGER, s. 9-10

³³⁴TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 352, GÜNDÜZ, s. 34, GÜNDEL Ahmet, Yeni Türk Ceza Kanunu Açıklaması, Cilt 2, Sözkesen Matbaacılık, 2009, s. 2366, PARLAR ve HATİPOĞLU, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu, s. 826, AKSOY, s. 107, SALMAN, s. 15 Aksi yönde görüş KOCA ve ÜZÜLMEZ, Özel Hükümler, s. 289

nitelikli halinin eşlere karşı işlenebileceğinin belirtilmesi, yasa koyucunun aile kurumuna fazlaca müdahale etmek istememesi gibi hususlar birlikte değerlendirildiğinde kanaatimizce suçun temel şekli eşler açısından düzenlenmemiş yani evlilik birliği içerisinde gerçekleşen basit cinsel saldırı fiilleri suç olarak tanımlanmamıştır.³³⁵

Yargıtay 14. ceza dairesi 13/02/2014 tarihli ve 2012/4276 esas 2014/1689 karar sayılı kararında “ eşe karşı işlenen cinsel suçlarda cinsel saldırının sadece nitelikli halinin TCK 102/2 maddesinin ikinci cümlesinde şikâyeteye tabi suç olarak düzenlenmesi, cinsel saldırı suçunun basit halinin eşe karşı işlenmesinin ise suç olarak düzenlenmemesi karşısında olay tarihinde mağdure ile resmi evli olan sanığın eşinin rızası hilafına onu kendisine doğru çekerek sarılıp öpmesi şeklindeki eyleminin TCK 102/1 maddesinde düzenlenen suçu oluşturmadığı gözetilmeden sanığın mahkumiyetine karar verilmesi hukuka aykırıdır ” demiş ve bu karar esas alınarak yazılan makalede; yüksek mahkemenin kanun koyucu gibi davranarak, kanunda tanımlı yapılan suç açısından belirlilik ilkesi uyarınca açık ve anlaşılır şekilde düzenlenen suça konu eylem, mağdur ve fail hakkında nitelendirme yapamayacağı, TCK 102/1’ de tanımlanan basit cinsel saldırı suçunda failin eş olup olmamasına göre herhangi bir ayırım yapılmadığı, madde metnini açıklayan gerekçenin bağlayıcı olmadığı gibi kanun hükmü yerine geçmeyeceği, yasanın ikinci fıkrasında suçun nitelikli halinin şikâyeteye tabi olduğu, basit halinin ise eşler arasında işlenemeyeceğine dair açık hüküm bulunmaması, suç ve ceza içeren hükümlerin

³³⁵ ARTUÇ, s. 573, İ. DÜLGER, 2005, s. 155, TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 326, KOCA ve ÜZÜLMEZ, Özel Hükümler, s. 290 “ Kanımca, sadece cinsel saldırı suçunun nitelikli hali değil, temel şeklinin eşe karşı işlenmesi halinde de korunan hukuksal değer aynı olduğu, bazen cinsel saldırının temel şeklinin nitelikli halinden mağdur için daha ağır sonuçlar doğurabileceği ve suçun kovuşturulmasının şikayete bağlı olduğu düşünülünce eylemi gerçekleştiren eşin ceza sorumluluğu düzenlenmeliydi. ” SEVÜK, s. 260, Aksi Yönde Görüş “ Yeni TCK’ da eşler arasında gerçekleşen nitelikli cinsel saldırıların şikayete tabi olduğu düzenlenmiştir. Diğer kişiler arasında gerçekleşen nitelikli cinsel saldırılar, şikayete tabi değildir. Böylelikle kanun tarafından nitelikli cinsel saldırı suçu için bir istisna ortaya konmuştur. Birinci fıkra da yer alan basit cinsel saldırı suçu için böyle bir istisnaya yer verilmemesi bu suçun eşler arasında da oluşabileceği sonucunu doğurur ayrıca TCK eşler arasında basit nitelikli cinsel saldırıları düzenleme dışı bırakmış olsa idi açık bir biçimde belirtmesi gerekirdi ki bu da insan haklarının esas alan hiçbir hukuk devletinde kabul edilebilecek bir düzenleme olmazdı. Evli kişileri kanunun kastettiği kişi tanımının dışında tutmamız için herhangi bir hukuki insani ahlaki ve çağdaş gerekçe bulunmamaktadır. Evlilik kurumu içerisinde de eşlerin birbirlerine karşı rızaları dışında temas edemeyeceklerinin kabulü çağdaş hukukun uygulandığı her yerde geçerli olmalı ve evliliğin özellikle kadın bedeninin diğer eşe mülkiyet hakkının devri şeklindeki algılanması roma hukukunda kalmalıdır. ” CANİKOĞLU, s. 9, ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACIKSIZ/TEPE, Özel Hükümler, s. 314, GÜNDEL, s. 2366, ÜNVER, s. 298

genişletilemeyeceği, suç ve cezada kanunilik ilkesi gereği açıkça suç olarak tanımlanmış fiilin cezalandırılmaması yoluna gidilemeyeceği, kararın Anayasanın 38/1 maddesine aykırı olduğu, rızanın suçun varlığını ortadan kaldıracağı ancak evlilik birliğinin bir hukuka uygunluk nedeni olarak hukuk düzeni içerisinde düzenlenmediği, evlilik birliğinin cinsel dokunulmazlığına yönelik her davranışa baştan rıza gösterildiği anlamında kabul edilmesi halinde cinsel saldırı suçunda korunan hukuki yararın zedeleneceği ve yasal düzenlemenin amacına aykırı hale geleceği, suçun basit şeklindeki “ kimse ” ibaresini evli eş olamaz şeklinde yapılan kabulün Türk Ceza Kanunu’ nda “ kimse ” olarak düzenlenen suç mağdurları aısından; evli eşin diğer eşe karşı geręekleřtirdięi eylemin meşru olduğu yönünde bir sonuca denk geleceği, “ kimse ” ibaresinden herkesin anlaşılması gerektiği, cinsel dokunulmazlığın temel hak ve hürriyet olduğu ve Anayasamızın 13. maddesi gereği sınırlandırmanın kanunla olacağı, mahkemenin Anayasa’ nın 138. maddesi gereği; kararını verirken anayasa, kanun ve hukuka uygun hareket etme zorunluluğu bulunduğu gerekçeleriyle karar eleştirilmiştir.³³⁶

Eşe karşı geręekleřtirilen nitelikli cinsel saldırı eylemi kanun tarafından şikâyete tabi tutulmuştur. Burada yasa koyucunun amacının evlilik kurumu içerisinde geręekleřen bu tarz eylemlerin mağdur tarafından affedilmesi halinde evlilik birliğinin devamını sağlama olduğu kanaatindeyiz.

Son olarak; organ veya sair bir cismin belli bir kısmının vücuda girmesi yeterlidir. Ne kadar girdiğinin bir önemi yoktur, şayet organ veya sair cismin vücuda girdiği yönünde sübut oluşmuyor ise ceza hukukundaki temel prensip olan şüpheden sanık yararlanır ilkesi gereği kişinin sorumluluğu suçun nitelikli haline teşebbüs veya suçun basit halinden söz konusu olacaktır.³³⁷

³³⁶ şEN, Ersan ve YENİCE, Nilüfer, Evlilik Birliğinde Basit Cinsel Saldırı Suçu, <http://www.hukukihaber.net/evlilik-birliginde-basit-cinsel-saldiri-sucu-makale,3735.html>, 2015, Erişim Tarihi: 19/02/2015

³³⁷“ Mağdurun anlatımları, sanığın aşamalarındaki savunması, tanık Kazım Külve’ nin beyanları tıbbi ve adli raporlar ile tüm dosya kapsamına göre sanığın mağdureleri değişik zamanlarda muhtarlık hizmetlerinin görüldüğü konteynıra çağırarak cinsel organlarını ellediği, göğüslerinden ve dudaklarından öptüğü, ayrıca sanığın mağdureleri organ sokmak suretiyle istismar ettiğine dair beyanların doğrulanamaması karşısında lehe kabulle sanığın tamamlanan eyleminin çocuğun basit cinsel istismarı suçunu oluşturduğu gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması ” Yar. , 5. CD, 20/10/2009, 9705/11725, “ Sanığın mağdurenin cinsel organına parmak sokmak suretiyle nitelikli cinsel saldırı suçunu işlediğinin iddia ve kabul olunması karşında mağdurenin anlatımlarında sanığın parmağını cinsel organına sokup sommadığını tam olarak bilemediğini ancak bir miktar kan geldiğini

2.5.3.102/3 Maddesindeki Nitelikli Haller

5237 sayılı yasanın 102/3 maddesinde suçun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli halleri düzenlemiştir. Bunlar; eylemin beden ve ruh bakımından kendini savunamayacak kişiye karşı işlenmesi, eylemin kamu görevinin, vesayet veya hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanmak suretiyle işlenmesi, eylemin 3. derece dahil kan ve kayım hısımlığı ilişkisi içinde bulunan bir kişiye karşı ya da üvey baba, üvey ana, üvey kardeş, evlat edinilen veya evlatlık tarafından işlenmesi, eylemin silahla veya birden fazla kişiyle birlikte işlenmesi, eylemin insanların toplu olarak bir arada yaşama zorunluluğunda bulunduğu ortamların sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle işlenmesi halleridir. Bu nitelikli hallerin varlığı halinde yasa koyucu temel cezanın yarı oranında arttırılacağını hüküm altına almıştır. Bu nitelikli hallerin aynı anda bir veya birden fazlasının bulunması halinde birden fazla arttırım yapılmayacaktır. Ancak bu husus TCK 61 gereği temel cezanın belirlenmesinde özellikle alt haddten ayrılarak ceza tayinine gidilmesinde gözetilecektir.³³⁸

102/3 maddesinde düzenlenen nitelikli hallerin şikâyet tabi olmadığını düşünmekteyiz. Çünkü TCK’ da şikâyet tabi haller açıkça belirtilmiştir. 102/3’ te belirtilen hallerde de şikâyet ibaresi yer almamaktadır.³³⁹

Yargıtayın da görüşü aynı yöndedir.³⁴⁰

beyan ettiği, adli tıp kurumu Denizli şube müdürlüğünce düzenlenen 11/11/2008 günlü raporda da yapılan genital muayenede hymenin anüler yapıda, açıklığın ise 0,8 cm olduğu ve halen bakire olduğunun bildirildiği gözetilerek mağdurenin adli tıp kurumu ilgili ihtisas kuruluna dosya ile birlikte sevki sağlanarak hymenin yırtılmaksızın parmak sokmasına müsait olup olmadığı hususunda görüş alınmasından sonra iddia, savunma ve tüm dosya kapsamı birlikte değerlendirilerek sanığın hukuki durumunun tayin ve takdiri yerine eksik araştırma ile yazılı şekilde hüküm kurulması ” Yar. , 5. CD, 25/11/2009, 1133/13203, TUĞRUL, s. 94

³³⁸ PARLAR ve HATİPOĞLU, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu, s. 827, TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 352, TANER, s. 181, MALKOÇ, Yeni Türk Ceza Kanununda Cinsel Saldırı Suçları, s. 61

³³⁹ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 352, TANER, s. 244, MALKOÇ, Yeni Türk Ceza Kanununda Cinsel Saldırı Suçları, s. 59, SOYASLAN, Özel Hükümler, s. 240, TOROSLU, Özel Kısım, s. 66, BAYTEMİR, s. 314, TANERİ, s. 72, GÜNDÜZ, s. 61

³⁴⁰ Görüldüğü gibi, zorla ırza tasaddi suçunun soruşturulması ve kovuşturulması, 765 sayılı TCY. döneminde şikâyet tabi tutulmamış, bu suç kamu adına kovuşturulması gereken suçlardan sayılmıştır. 5237 sayılı TCY.nın 102/1. maddesinde ise, suçun basit hali şikâyet tabi olarak düzenlenmiştir. Ancak, maddenin diğer fıkralarında suçun nitelikli hallerine yer verilmiş, bunlar arasında yer alan suçun evlilik birliği içinde işlenmesi hali şikâyet koşuluna bağlanmış, diğer nitelikli hallerde ise suçun soruşturulması ve kovuşturulmasının şikâyet tabi olup olmadığı konusunda herhangi bir hüküm serdedilmemiştir. Bir suçun basit halinin soruşturulması ve kovuşturulmasının şikâyet tabi olması, nitelikli hallerinin de şikâyet tabi olduğu şeklinde yorumlanmamalıdır. Soruşturulması ve kovuşturulması şikâyet tabi olan suç türleri, yasa maddelerinde açık olarak belirtildiğinde bu

2.5.3.1. Suçun Beden ve Ruh Bakımından Kendisini Savunamayacak Durumdaki Kişiye Karşı İşlenmiş Olması

Bu nitelikli hal, mağdurun belli özelliklere sahip olması durumunda cezayı ağırlaştıran hal olarak düzenlenmiştir. Beden bakımından kişinin kendisini savunamayacak olması mağdurun, cinsel saldırı fiiline fiziki özellikleri nedeniyle mukavemet gösterememesi halidir. Mağdurun gözlerinin görmemesi, yaşlılığı, ellerinin veya ayaklarının olmaması, sağır veya dilsiz, felçli olması, ağır kalp hastası olması, hipnoz altında olması, baygın veya ağır uyku halinde olması, alkol, uyuşturucu madde, ilaç veya anestezi altında olması, hastalığı dolayısıyla bünyesinin zayıf olması bu hallere örnek olarak gösterilebilir.³⁴¹

kapsamın dışında kalan suç türlerinin soruşturulması ve kovuşturulmasının kamu adına yapılacağı kabulü zorunludur. Yasa koyucunun iradesinin bu doğrultuda değerlendirilmesi yasa oluşturma biçimine uygun düşer. Öte yandan cinsel saldırı suçlarının, 102. maddenin 3. fıkrasında düzenlenen nitelikli halleri incelendiğinde, kamu görevinin kötüye kullanılması ya da silahla işlenmesi gibi halleri içerdikleri görülmektedir. Anılan haller geçmişten bu yana, kamu adına takip edilecek suçlar kapsamında işlem görmüştür. Bu durum nazara alındığında dahi maddenin 3. fıkrasında yer alan nitelikli hallerin de kamu adına takip edileceği ve soruşturma ve kovuşturmasının şikayete tabi tutulamayacağı ortaya çıkmaktadır. Konu öğretide de ele alınmış ve cinsel saldırı suçlarının nitelikli hallerinin soruşturulması ve kovuşturulmasının şikayete tabi olmadığı belirtilmiştir. (Artuk-Gökçen-Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 7. Bası, s. 162; Tezcan-Erdem-Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 4. Bası, s. 243) Bu açıklamalar ışığında somut olay ele alınıp değerlendirildiğinde; Özel Dairenin, sanığın sabit olan, kardeşinin ırzına tasaddi suçunun 5237 sayılı TCY.na göre soruşturulması ve kovuşturulmasının şikayete tabi olduğuna ve mağdure şikayetçi olmadığından sanık hakkındaki kamu davasının düşürülmesi gerektiğine yönelik kabulü ve bu gerekçeye dayanarak Yerel Mahkeme hükmünü bozması, yukarıdaki açıklamalar doğrultusunda yasaya aykırıdır. Sanık hakkında, Yerel Mahkemece, 765 ve 5237 sayılı TCY.larının hükümleri karşılaştırılarak, 765 sayılı TCY. hükümlerinin daha lehine olduğunun kabulüyle yapılan uygulama isabetlidir. Bu itibarla Yargıtay C.Başsavcılığı itirazının kabulüne ve Özel Daire bozma kararının kaldırılmasına karar verilmelidir.

Çoğunluk görüşüne katılmayan üç Kurul Üyesi ise, “ 5237 sayılı TCY.nın 102/1. maddesinde düzenlenen cinsel saldırı suçunun basit halinin şikayete tabi olduğu nazara alındığında, aynı maddenin 3. fıkrasında düzenlenen suçun nitelikli hallerinde ceza artırımı öngörülmesi karşısında, birinci ve üçüncü fıkra kapsamında kalan bir eylemin soruşturulması ve kovuşturulmasının da şikayete tabi olacağı, Özel Daire bozma kararının isabetli bulunduğu; bu nedenle; Yargıtay C.Başsavcılığı itirazının reddine karar verilmesi gerektiği ” görüşüyle karşı oy kullanmışlardır. ” Yar. , CGK, 5-193/203, Uyap Mevzuat Programı, Erişim Tarihi: 13/05/2015, “ 5560 sayılı Yasa ile cinsel saldırı suçlarının uzlaşma kapsamından çıkarılmasına ilişkin aleyhe düzenlemenin, 29.12.2006 tarihinden önce işlenen suçlar yönünden uygulanması olanağı bulunmamakta ise de, sanığa isnat edilen silahlı cinsel saldırı suçu 5237 sayılı TCY' nin 102/3-d bendi kapsamında yer almakta ve nitelikli haller kapsamında bulunmaktadır. 5237 sayılı TCY' nin 102/1. maddesinde düzenlenen cinsel saldırı suçunun basit hali şikayete bağlı ise de, aynı maddenin 102/3-d maddesinde düzenlenen nitelikli hali şikayete bağlı olmadığından, anılan suç yönünden uzlaşma hükümlerinin uygulanması mümkün değildir. ” Uyap Mevzuat Programı, Erişim Tarihi: 13/05/2015

³⁴¹ YURTCAN, Cinsel Suçlar, s. 14, ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, Özel Hükümler, s. 217, PARLAR ve HATİPOĞLU, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu, s. 827

Mağdurun ruh bakımından kendini savunamayacak olması mağdurun kendisine yönelen cinsel saldırı fiilinin anlam ve önemini kavrayabilecek düzeyde olmamasıdır. Yani yapılan fiilin ahlaki kötülüğünü idrak edemeyecek seviyede olmasıdır.³⁴² Bu hallere; cinsel saldırı fiiline mukavemet edemeyecek nitelikte akıl hastalığı, akıl zayıflığı, fiil esnasında mağduru sara nöbetinin tutması gibi haller bu duruma örnek olarak gösterilebilir.³⁴³

Mağdurun akıl rahatsızlığı nedeniyle kendini savunup savunamayacağı hususu teknik anlamda uzmanlık gerektirdiğinden, Yargıtay bu konuda adli tıptan görüş alınmasını, ayrıca rahatsızlığın hekim olmayanlarca anlaşılıp anlaşılmayacağının sorulmasını istemektedir.³⁴⁴

Mağdurun saflığı, herşeye inanması nedeniyle cinsel saldırı suçuna maruz kalması durumunda bu nitelikli halin uygulanıp uygulanmayacağı hususu tartışmalıdır.³⁴⁵

³⁴² TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 353, ŞİŞMAN, s. 107, “ Mağdurun cinsel davranışının sosyal anlamını veya sosyal değerini ya da değersizliğini kavrayamayacak durumda olması ruhen savunmasızlık olarak değerlendirilmelidir.” TANERİ, s. 54, TANER, s. 184

³⁴³ ŞİŞMAN, s. 107, GÜNDEL, s. 2366, GÜNDÜZ, s. 40, TANER, s. 184, ÇALIŞKAN, s. 39

³⁴⁴ “ Mağdurun beden ve ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda olup olmadığı ve durumunun hekim olmayanlarca anlaşılıp anlaşılmayacağı hususlarında adli tıp kurumu ilgili ihtisas kurulundan rapor alınmadan, adli tıp kurumu Denizli Şube Müdürlüğü’ nce düzenlenen raporla yetinilmek suretiyle ve noksan araştırmayla yazılı şekilde hüküm kurulması ” Yar. , 5. CD,18/02/2009,14919/1833, “ Kastamonu devlet hastanesi sağlık kurulunun 02/02/2006 günü ve Samsun ruh ve sinir hastalıkları hastanesi sağlık kurulunun 31/05/2007 günlü raporları ile kronik şizofren tanısı konulan ve ruh bakımından kendini savunabilecek durumda olmadığı tesbit edilen eylem tarihinde 26 yaşında bulunan mağduredeki bu durumun sanık tarafından bilinmediğinin ileri sürülmüş olmasına göre mağdurenin adli tıp kurumu ilgili ihtisas kuruluna gönderilerek söz konusu rahatsızlığın nitelikli cinsel saldırı fiiline mukavemet etmesini engelleyecek akıl hastalığı niteliğinde olup olmadığı beden veya ruh bakımından kendini savunup savunamayacağı, akıl hastalığı niteliğindeyse bu durumun hekim olmayanlarca anlaşılıp anlaşılamayacağı ifadelerine itibar edilip edilemeyeceği hususlarında rapor alınıp sonucuna göre hukuki durumun tayin vetakdiri gerekirken eksik tahkikatla yazılı şekilde hükme varılması ” Yar. , 5. CD,17/06/2009, 6933/7679, “ Isparta Devlet Hastanesi, Isparta Süleyman Demirel Üniversitesi Psikiyatri Anabilim Dalı’ nca düzenlenen raporlar ve adli tıp 6. ihtisas kurulunun 28/09/2007 günlü raporu ile kronik şizofren tanısı konulan eylem tarihinde 27 yaşında bulunan mağduredeki bu durumun sanıklar tarafından bilinmediğinin ileri sürülmüş olmasına göre adli tıp kurumu ilgili ihtisas kurulundan mağduredeki akıl hastalığının hekim olmayanlarca anlaşılıp anlaşılmayacağı hususunda görüş alınıp sonucuna göre sanıkların hukuki durumlarının tayin ve takdiri gerekirken yazılı şekilde eksik tahkikatla hükme varılması ” Yar. , 5. CD,24/06/2009, 4744/8290,TUĞRUL, s. 96-97

³⁴⁵ “ Her halükarda, mağdurun saflığı ve deneyimsizliği tek başına iradeyi ortadan kaldırmaya yacağından bu nitelikli hal kapsamında değildir. ” TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 353, ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, Özel Hükümler, s. 217, AKSOY, s. 110, İNAN, s. 49, ŞİŞMAN, s. 107, TANER, s. 186, BAYTEMİR, s. 239 Aksi Yönde Görüş “ Mağdurun anlama ve kavrama niteliğindeki eksiklik, herkesin sözüne inanma gibi hallerin varlığı da mağdurun ruh bakımından kendini savunamayacak durum olarak değerlendirilmelidir. Tüm bu hallerin tespiti uzman tarafından yapılmalıdır. ” SEVÜK, s. 266

Kanaatimizce mağdurun saflığı veya herşeye inanması şeklindeki ruh halinin, tıp bilimi veya psikoloji bilimi uzmanı tarafından incelenmesi ve bu kişinin hazırladığı rapora göre failin kendini savunabilecek durumda olup olmadığının tespit edilmesi gerekir. Bu rapora göre de mahkeme tarafından yargılama yapıp hüküm kurulmalıdır.

Mağdurun ruhsal veya bedensel olarak kendini savunamayacak durumda olması halinin cinsel saldırı fiilinden önce veya en azından fiil başladığı anda mağdurda mevcut olması gerekir. Fail tarafından bu nitelikli halin fiilden önce biliniyor olması gerekir. Fail, bahse konu nitelikli halin, mağdurda mevcut olduğunu bilmiyor ancak olabileceğine yönelik kuşku duyuyor ise olası kast söz konusu olacaktır.³⁴⁶

Fail, fiilden önce mağdurun ruh ve beden bakımından kendisini savunamayacak durumda olduğunu bilmiyor ise, TCK 30/2. maddesinde (suçun daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli hallerinin gerçekleştiği hususunda hataya düşme hali) düzenlenen hata hali söz konusu olacak ve kasten hakeret etmediği kabul edilecektir. Yani fail hatasından yararlanacak ve bu nitelikli hal kendisine uygulanmayacaktır. Ancak, failin sadece bilmiyordum savunması yargılama aşamasında tek başına yeterli kabul edilmemeli bu konuda ciddi araştırma

³⁴⁶ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, Özel Hükümler, s. 218, YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 3244, TUĞRUL, s. 298, İNAN, s. 50, “ Bu bakımdan başka bir sorunla da karşılaşmaktayız: Nitelikli haller bakımından da olası kastla hareket edilmesi mümkündür. Ancak buradaki problem, olası kast halinde kanunun öngördüğü ceza indiriminin uygulanmasında ortaya çıkmaktadır. Örneğin fail yaralama fiili bakımından doğrudan kastla hareket etsin (fail, mağdura yumruk atar) bu fiile ilişkin nitelikli hal bakımından ise olası kastla hareket etsin (mağdurun beden ve ruh bakımından kendisini savunamayacak biri olduğunu bilebilecek durumdadır ancak bunu bilmek istemediği için gerekli araştırmayı yapmaz). Bu takdirde TCK 61 ve TCK 22/2 son cümlede yer alan düzenlemeler dikkate alındığında temel ceza doğrudan kastla hareket ettiği için verilecek ve bu cezada artırım yapılacaktır, ancak bu cezada olası kast indirimi yapılamayacaktır. Zira hem TCK 22/2 son cümle hem de TCK 61’ deki düzenleme olası kast indiriminin temel ceza üzerinden yapılmasına imkan vermekte olup verilen örnekte fail doğrudan kastla hareket ettiği için indirim yapılamamaktadır. Dolayısıyla fail hakkında olası kast indirim suçun kanuni tanımındaki unsurlardan sadece netice bakımından olası kastla hareket etmesi halinde 22/2 uyarınca indirim mümkün olmamaktadır.” HAKERİ, s. 222, Her ne kadar Hakeri’ye göre açıklandığı üzere nitelikli haller bakımından TCK 61. maddenin cezalarının belirlenmesi için verdiği sıralama esas alındığında nitelikli haller bakımından olası kastın uygulanmasının mümkün olmayacağı belirtilmiş ise de, nitelikli hal için suçun temel şeklienden olası kast indirimi yapıp daha sonra nitelikli halden arttırım yapılması sonucu bulunan ceza ile temel cezada nitelikli hal arttırımını yapıp bulunan cezadan olası kast indiriminin yapılması suretiyle bulunan ceza arasında bir fark yoktur yani matematiksel olarak sonuç cezalar aynıdır. Bizce kanun koyucu bu durumun farkındadır çünkü sonuç ceza değişmemektedir. Aksi takdirde temel ceza üzerinden kesirli arttırım öngören nitelikli hallerin hiçbirinde olası kast söz konusu olmayacaktır.

yapılarak, sonuca göre karar verilmelidir. Aksi takdirde verilen kararlarla adaletsiz durumlar ortaya çıkabilecektir.³⁴⁷

Cinsel saldırı fiili sonucu kişinin kendisini savunamayacak hale gelmesi, örneğin; bayılması, bitkisel hayata girmesi, ölmesi gibi haller bu nitelikli halin dışındadır. Çünkü, kanun metninden de açıkça anlaşılabacağı üzere cinsel saldırı fiili gerçekleşmeden önce kişinin ruh ve beden bakımından kendini savunamayacak durumda olması gerekir. Cinsel saldırı fiili nedeniyle yukarıda belirtilen haller ortaya çıkması durumunda maddenin 4. ve 5. fıkrasındaki durumlara göre ceza tayinine gidilecektir.

İradi olarak alkol ve uyuşturucu madde alınması veya mağdura bilgisi ve rızası dışında alkol ve uyuşturucu madde verilerek kendisini savunamayacak hale gelmesinin sağlanması durumunda, bu durumun TCK 102/1’ de düzenlenen suçun unsuru niteliğindeki cebir olup olmadığı hususuna baktığımızda; kanımızca bu iki tarz savunmasızlık halinde herhangi bir fark yoktur. Burada kanaatimizce dikkat edilmesi gereken husus bu konuda her somut olayın özelliğine göre değerlendirme yapılması gerektiğidir. Çünkü, mağdur ve şüpheli arasında bu maddeler alınmadan önce zaten bir cinsel yaklaşma gerçekleşmiş bu maddelerde alınarak daha sonrasında cinsel ilişki meydana gelmiş ise cinsel saldırı suçundan söz edilemeyecek mağdurun rızasının varlığı kabul edilecektir. Ancak, cinsel olarak hiç yaklaşması olmayan mağdur ile normal bir şekilde aynı evde alkol alan şüpheli, alkol veya uyuşturucu maddenin etkisiyle kendini kaybeden mağdura, cinsel saldırı fiilinde bulunması durumunda bu nitelikli halden cezası arttırılacaktır. Sırf mağdura cinsel saldırı gerçekleştirmek için şüpheli tarafından alkol ve uyuşturucu madde verilip mağdur savunmasız hale getirildiğinde bu durum suçun unsuru olan cebir olarak kabul edilmemelidir. Çünkü, cinsel saldırı fiili kişi savunmasız hale geldikten sonra

³⁴⁷ Dosya içeriğine göre nüfus kaydındaki doğum tarihi 15/09/1967 olarak düzeltilen ve suç tarihinde 15 yaşını bitirmiş bulunan aşağı debilite düzeyindeki zeka geriliği nedeniyle işlenen ırza geçme suçunun kötülüğünü bilemeyeceği ve karşı koyma gücü bulunmadığı saptanan mağdurenin bu halinin, kendisini ilk defa 15/10/1982 tarihinde muayene eden hastahane nöbetçi tabibince fark edilmediği gibi Adli Tıp kurumu ikinci ihtisas kurulunun mağdureyi muayene etmek suretiyle düzenlediği 28/09/1983 günlü raporla açıkça “ hekim olmayanlarca bu akıl hastalığının bilinemeyeceği ” belirlenmiş olması karşısında ve soruşturma aşamalarında düzgün ifadeler veren mağduredeki zeka geriliğini sanığın bildiği ya da kuşkulananmayı gerektirecek davranışlarda bulunduğu dair kanıtlar da gösterilmeksizin TCK’ nun 416/son 80 inci maddeleri yerine bazıvarsayımlara dayanılarak yazılı şekilde TCK’ nun 416/1, 80 uygulama yapılması bozmayı gerektirmiştir. ” Yar. , 5. CD, 18/01/1984, 4680/42, İNAN, s. 50

gerçekleşmektedir. Bu nedenle her iki halde de nitelikli halin uygulanması söz konusu olacaktır.³⁴⁸

Mağdurun cinsel ilişkiye girmesini sağlamak amacıyla, mağdura, mağdurun hormonal dengesini bozan, bu nedenle mağdurun aşırı derecede cinsel ilişki isteğinin ortaya çıkmasına neden olan ilaç, damla veya herhangi bir maddenin habersiz olarak mağdura içirilmesi durumunda, bu maddenin alkol ve uyuşturucu madde gibi değerlendirilip değerlendirilemeyeceğinin tartışılmasının gerekli olduğunu düşünmekteyiz. Kanaatimizce bu durumda mağdur tamamen savunmasız halde olmadığından yani fiile karşı koyamayacak durumda olmadığından bu nitelikli hal uygulanmayacaktır. Ancak bu maddeler nedeniyle mağdurun aşırı cinsel ilişki isteğinde bulunup görünürde bir rıza ile fail ile ilişkiye girmesi durumunda mağdurun rızasının varlığını kabul etmek hukuken mümkün değildir. Çünkü mağdur bu maddeleri almadan önce herhangi bir cinsel ilişki isteğinde değildir. Bu maddeler nedeniyle mağdurun özgürce ortaya koyduğu iradesi sakatlanmıştır. Bu nedenle de mağdurun rızasından söz etmek adil değildir. Bu durumda fail cinsel saldırı suçunun bu nitelikli hali olmaksızın, organ sokmak suretiyle gerçekleştirilen nitelikli halden sorumlu tutulmalıdır.

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

³⁴⁸TANER, s. 188, MALKOÇ, Yeni Türk Ceza Kanununda Cinsel Saldırı Suçları, s. 64, “ Nitelikli halin uygulanması bakımından önemli olan mağdurun savunmasız durumda olmasıdır, kanaatimizce bu durumun bizzat fail tarafından yaratılmış olması önemli değildir. Bu durumda da nitelikli hal uygulanır. Aksinin kabulü durumunda kendiliğinden sarhoş olan mağdurla cinsel ilişki sağlayan failin nitelikli halden cinsel ilişkiyi elde etmek için mağduru kasten sarhoş eden failin ise suçun temel halinden sorumlu tutulması gerekirdi ki, bunun kabulü adaletsiz olacaktır. ” TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 354, İNAN, s. 49 “ Ancak geçici nedenlerle mağdurun beden veya ruh bakımından kendini savunamayacak durumda olup olmadığı her somut olayın özelliğine göre belirlenmelidir. Örneğin, bir erkeğin kız arkadaşına uykuyu ilacı verip ona saldırıda bulunması hali ile iki sevgilin birlikte uyuşturucu alıp daha sonra cinsel ilişkiye girmeleri hususunu birbirinden ayırmak ve ispat hususunu da buna göre değerlendirmek gerekir. ” TUĞRUL, s. 97, SEVÜK, s. 266 Aksi yönde görüş “ Cinsel saldırı suçu işleme iradesini, eylem ve söylemleriyle ortaya koymayan failin; uykuyu, bayılma veya rızası ile aldığı alkol sonucu bilincini yitirmiş mağdura ani gelişen kastla cinsel saldırı gerçekleştirilmesi hali bizatihi suçun unsuru olduğundan suçun nitelikli halinin düşünülemeyeceği, ” AKÇİN, s. 114, “ Kişinin alkol, uyuşturucu madde ve benzeri yöntemlerle fiile mukavemet edemez hale getirilmesinde bu fıkranın uygulama kabiliyeti olmayacağı kanaatindeyiz. Çünkü bu fiiller suçtaki rıza dışılığı sağlayan maddi unsurlar içerisinde. Suçun unsurunu oluşturan bir etkenin ayrıca ağırlaştırıcı neden kabul edilmesi olanaklı değildir. Mükerrer cezalandırmak gibi bir sonuç ortaya çıkar.” GÜNDEL, s. 2367

Bu üç hal nedeniyle suçun daha kolay işlenebilmesi söz konusu olduğundan, bu haller suçun nitelikli hali olarak kabul edilmiştir ve bu hallerin varlığı halinde ceza arttırımına gidilecektir. Gerçekten bu hallerin varlığı halinde mağdur suça bir nevi boyun eğmekte diğer hallere göre daha az direnebilmektedir. İşte mağdurun karşı koymasını engelleyen veya azaltan bu halleri kanun koyucu suçun işlenmesindeki kolaylık düşüncesiyle nitelikli hal olarak ele almış ve kanuna koymuştur.

Bu üç nitelikli halin ortak unsuru, bu hallerden kaynaklanan nüfuzun kötüye kullanımıdır. Nüfuz; etki, tesir, sözü geçme anlamına gelir.³⁴⁹

Nüfuzun kelime manası da esas alındığında, bu nitelikli hal bakımından fail mağdur üzerinde daha rahat egemenlik veya yetki kullanmaktadır.

Failin kamu görevlisi olması, mağdur ile aralarında vesayet veya hizmet ilişkisinin bulunması bu nitelikli halin uygulanması için tek başına yeterli değildir. Nitelikli halin oluşabilmesi için; bu ilişkilerin varlığı yanında failin bu ilişkilerden kaynaklanan nüfuzunu da mağdur üzerinde kullanması gerekir.

Kamu görevi, 5237 sayılı yasanın 6/1-c maddesinde; kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir suretle sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi olarak açıklanmıştır. O halde milletvekili, vali, hakim, savcı, öğretmen, asker, belediye başkanı, polis, doktor yasanın bu tanımı gereği

³⁴⁹ E.YILMAZ, s. 925, “ Nüfuz,söz geçirme,güçlü olma ve erk anlamındadır.” YURTCAN, Cinsel Suçlar, s. 15,ŞİŞMAN,s. 109, Eski bir Yargıtay kararında nüfuz şu şekilde tanımlanmıştır. “ Cezayı arttıran nedenlerden bir diğeri failin mağdur üzerinde hüküm ve nüfuz sahibi olmasıdır. Hüküm, suçtan zarar gören küçüğü egemenlik altına alabilmek, nüfuz ise, mağdur üzerinde etkili olabilmektir. Yasa koyucu bu halleri açıklamamış, sınırlı olarak saymamıştır. Olayın özellikleri sanıkla mağdur arasındaki yakınlık nazara alınarak hüküm ve nüfuz öğeleri takdir olunacaktır. (Sedat Bakıcı, Türk Ceza Yasası’ nın 417. Maddesi Üzerine Bir İnceleme, Ankara Barosu Dergisi 1985/4 s. 607) Mağdur üzerinde manevi (sanığın: baba, üvey baba kayınpeder olması gibi) veya fiili (mağdurun sanığa teslim edilmesi, birlikte kalmaları gibi) nüfuz olmaması gerekir. (A. Pulat Gözübüyük, Türk Ceza Kanunu Açıklaması, c.4. s. 416) Fail mağdur arasındaki hısımlık, gelenek ve görenekler, birlikte bulunma, aynı iş yerinde çalışma nüfuz ve hakimiyet sahibi olabilmeyi temin edecek hallerdir. Bazı hallerde fail, mağdur üzerinde istediği yönde etkide bulunabileceği gibi, bunların üzerinde nüfuz sahibi de olabilmekte veya failin mağdur ile aynı mahal veya evde birlikte kalmaları sebebiyle mağdurun faile karşı güven duymasına veya failin mağdura karşı kolaylıkla hileye müracaat ederek mukavemetini kırabilmesi mümkündür. Sanığın sıfatının suçu işlemekte sağladığı kolaylık nazara alınmalıdır. Dosya içeriğine göre sanıkla mağdur ayrı evde oturmaktadır. Bakım ve gözetim konusunda geçici veya daimi olarak sanığa görev ve yetki verilmemiştir. Akrabalıkla ilgili görenek ve geleneklerimizin normal saydığı ölçüde sanık ve mağdurenin ailesi birbirleri ile görüşmektedirler. Bu tür geliş gidişler nedeniyle aynı evde oturmayan ve yakın akrabalık ilişkisi bulunmayan sanık hakkında (olayda mağdurenin üvey dayısıdır.) ağırlatıcı hüküm olan TCY.nın 417. maddesi uygulanmaz. Direnme hükmünün bozulmasına karar verilmelidir. ”Yar. , CGK, 26/11/1990, 274/305, BAKICI, Genel Adap Ve Aile Düzenine Karşı Cürümler, s. 180-181

kamu görevlisidir.³⁵⁰ Kamuda çalışan işçiler de bu tanıma dahildir. Ancak ihale ile özel şirket işçilerine yaptırılan kamusal işler örneğin; belediyeden kilit taşı döşeme

³⁵⁰“ Görevini yaparken öğrencisine tasaddide bulunan sanık öğretmenin cezası TCK. 417 gereğince arttırılır. ” Yar. , CGK, 15/01/1968, 5/3/3, DÖNMEZER, s. 130, “ Sanığın İ...A...’nde Cumhuriyet Başsavcivekili, mağdurenin ise, aynı yerde zabıt katibesi olarak görev yaptığı olayda, sanığın, sekiz ay boyunca kendisiyle birlikte çalışmak üzere görevlendirilmiş olan ve bu nedenle zaman zaman odasına gelmek zorunda kalan zabıt katibesi M...T...’a, kamu görevinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanarak, önce sözle, devamında da sarılmak, saçını ve vücudunu okşamak, dudak ve boynundan öpmek suretiyle cinsel saldırıda bulunduğu iddiasına ilişkindir. İncelenen dosya içeriğinden; Sanık hakkındaki soruşturmanın, İ...C... B... E...Ö... tarafından, Adalet Bakanlığı Müsteşarlık Makamına hitaben yazılan 30.05.2006 gün ve 79.. sayılı yazı ile başlatıldığı; yazıda, İ...C... B... zabıt katibesi M...T... ve adliyede görevli başka bir bayanın İ... C... B... Z...S...’nin kendilerine cinsel tacizde bulunduğunu iddia ederek, olayın duyulmasını istemediklerini belirttiklerinin bildirildiği, anılan yazı üzerine yapılan soruşturma sonunda, sanık hakkında 5237 sayılı TCY’nın 102/3-b, 43/1 ve 53. maddeleri uyarınca kamu davası açıldığı,kadro cetveline göre; sanık Z...S...’nin, 10.07.2004 tarihinden itibaren İ... C... B..., 1974 doğumlu olan mağdure M...T...’ın ise 14.11.2003 tarihinden itibaren zabıt katibi olarak görev yaptığı, mağdurenin, personel işlerine bakan Cumhuriyet Başsavcivekili E...A... tarafından ilk kez görevlendirildiği 18.07.2005 tarihinden, görev yerinin değiştirildiği 11.04.2006 tarihine kadar Cumhuriyet Başsavcivekilleri Z...S... ve Y...Ö...B... ile birlikte çalıştığı, anlaşılmaktadır.Görgü tanığı bulunmayan olayda, iddianın esasını, mağdure ile olayı daha sonra mağdureden duyduklarını ifade eden adliye personelinin ifadeleri oluştururken, suçu inkar eden sanık, tüm bu iddiaların kendisine hazırlanan bir komplonun parçası olduğunu ileri sürmüş ve mağdure ile birlikte çalıştıkları sırada iddia edilen eylemlerinin gerçekleştirilmesinin olanaklı olmadığına dair tanıklar dinletmiştir.Ceza Genel Kurulunca yapılan inceleme sırasında; olay yerinde yapılacak bir keşifle; olay yerinin fiziki özelliklerinin bizzat gözlemlenmesi, savunma tanıkları başta olmak üzere tüm tanıkların ve mağdurenin ifadelerinin denetlenmesi ve bu suretle sanığın odasında iddia edildiği şekilde bir olayın yaşanması halinde bitişik odalarda oturanların veya koridorda bulunan görevlilerin bundan kaynaklanacak gürültüyü duyup duyamayacaklarının belirlenmesi gerekirken eksik soruşturma ile karar verildiğinin öne sürülmesi üzerine bu husus önsorum olarak değerlendirilmiş, yapılan oylamada, oyçokluğu ile eksik araştırmanın bulunmadığı kabul edilip, olayın esasına ilişkin görüşmelere geçilmiştir.Olayla ilgili olarak ifadesine başvuru olanlardan; Mağdure M...T...’ın; çalışmaya başladıktan sonraki 20. günden itibaren sanığın kendisine karşı konuşma ve hitap tarzını giderek değiştirdiğini, bu bağlamda kendisinden hoşlandığını, kendisine aşık olduğunu söylemeye başladığını, tüm uyarılarına rağmen bu hareketlerin dozunu sürekli olarak arttırdığını, odada kimsenin olmadığı zamanlarda arkadan sarılmaların, elle okşamaların, boyundan ve dudağından öpmeye kalkışmaların başladığını, bu hareketlerin zora dayalı olarak yapıldığını, 7 ay devam eden bu süreçte utandığı ve izah etmekte zorluk yaşayacağını düşündüğü için olan biteni kimseye anlatamadığını, daha sonra dayanacak gücü kalmadığında olaylardan Yazı İşleri Müdürü S...Ş...’e bahsederek sanıkla çalışmak istemediğini söylediğini, bunun üzerine Yazı İşleri Müdürü tarafından görev yerinin değiştirildiğini, ancak sanığın Başsavcivekili E...A... ile konuşarak bu değişikliği engellediğini, sanığa değil ama onun makamına duyduğu saygı çerçevesinde aşırı tepki vermekten kaçındığını, bunun üzerine sanığın daha da ileriye giderek, seni görünce organım dikleşiyor, tahrik oluyorum gibi sözler söylemeye başladığını, zorla öpme ve okşama hareketlerinden dolayı her defasında odadan çıkınca lavaboya gidip kustuğunu, bu olaylar nedeniyle migren krizlerine girdiğini, sinir sıkışması yaşadığını, ailesinden utandığını, sanıktan kurtulmak için gerçekte olmadığı halde nişanlı olduğunu söylemesine rağmen sanığı engellemeyemediğini, çok istemesine rağmen nasıl bir tavırla karşılaşacağından emin olmadığı için personelden sorumlu Başsavcivekili E...A...’e durumu anlatmaya cesaret edemediğini, son çare olarak durumu E...A...’e anlattığında, onun da Başsavcıya aktardığını, bu aşamadan sonra önceleri isminin bu olay nedeniyle yıpranacağı, ailesinin üzüleceği ve sanığın mesleki konumu nedeniyle daha kötü şeyler olabileceği korkusuyla sanık hakkında soruşturma açılması hususunda ısrarlı olmadığını ifade ederek, şikayetçi olduğunu ancak davaya katılmak istemediğini, Yazı İşleri Müdürü S...Ş...’in; görgüye dayanan bir bilgiye sahip olmamakla birlikte, mağdurenin sanıkla çalışmaktan rahatsız olduğunu beyan ederek çalışma yerinin değiştirilmesini istediğini, kendisinin bu olaydan kimseye bahsetmediğini, bir fırsatını bulduğunda

mağdureyi sanığın yanından alarak başka bir yerde görevlendirmek için taslak hazırladığını, ancak durumu öğrenen sanığın müdahale etmesi nedeniyle bu değişikliğin gerçekleştirilemediğini, personelden sorumlu Başsavcivekili E....A....'ın, olaydan en son aşamada mağdurenin kendisine gelmesiyle haberdar olduğunu, durumu Başsavcı'ya ilettiğini, daha önceki görev yeri değiştirme teşebbüsünü de sonradan duyduğunu, Başsavcivekili İ...B....'nın; olayın E...A.... tarafından kendisine anlatıldığını, bu arada odaya mağdure ile Yazı İşleri Müdürü'nün geldiklerini, mağdureye ayrıntıya girmeden; “ bak kızım senin söylediklerin çok önemli bir itham, yanılıyor olabilir misin ” diye sorduğunda, mağdurenin ağlayarak 32 yaşında olduğunu, doğru davranışla yanlış ayırt edebileceğini belirtip tepki gösterdiğini, daha sonra kendisini yeniden çağırarak baş başa görüştüğünde, maruz kaldığı hareket ve yaşadığı olaylar sebebiyle çok üzgün ve dolu olduğunu belirtip, maruz kaldığı bu olayın gizli kalmasını istediğini, çok yıprandığını, daha fazlasını kaldıramayacağını bildirdiğini, olayın açığa çıkmasının ardından M....' in görev yerinin değiştirilmesinden daha önce seminer dolayısıyla Ç....' ye gitmiş bulunan sanığın haberinin olmadığını, göreve başladığında ise arayarak katibin görev yerinin neden değiştirildiğini sorduğunu, kendisinin Başsavcının emir verdiğini söylemesi üzerine, Başsavcıya durumu kim iletti dediğini, kendisinin de galiba kızın kendisi konuşmuş şeklinde beyanda bulunduğunu, Başsavcı E....Ö....'in; olayın kendisine Başsavcivekili E...A.... tarafından iletilmesi üzerine mağdure ile konuştuğunu, mağdurenin anlatımı üzerine de durumu Adalet Bakanlığına bildirdiğini, Mağdurenin emrinde çalıştığı diğer Başsavcivekili olan Y....Ö...B....'nın; olayın ortaya çıkması üzerine yapılan görev değişikliğinden yaklaşık bir ay önce mağdurenin kendi yanına geldiğinde çok üzgün görüldüğünü, sebebini sorduğunda Z...S....'nin kendisine kötü davrandığını, azarladığını, bu nedenle onunla çalışmak istemediğini söylediğini, mağdurenin yapı itibarıyla hassas, alıngan ve güvenilir bir kız olduğunu, kendisinin mağdureyi amirin davranışlarına üzülmemesi gerektiğini, amirin zaman zaman azarlayıp, zaman zaman da gönül alıcı davranışlar sergileyebileceğini söyleyerek teselli etmeye çalıştığını, ancak bundan kısa bir süre sonra yine bir gün ağlayarak yanına gelen mağdurenin artık dayanamayacağını ifade ettiğini, bunun üzerine, git bu konuyu ilgili arkadaşımıza bildir dediğini, daha sonra mağdurenin E....A....'e, onun ardından da Başsavcı'ya gitmesi ve olayları anlatması nedeniyle görev yerinin değiştirildiğini öğrendiğini, Z....S....' nin bazı kereler M....' in katipliğinden yakındığını, görev yeri değiştirildiğinde sanığın Ç....' deseminerde bulunduğunu, döndüğünde ise, “M....' i bizden almışlar” diye sorduğunu, kendisinin de, “iyi ya sen de istiyordun, isabet olmuş” şeklinde cevap verdiğini, Buna karşılık; İ.... Adliyesinde hizmetli olarak çalışan A...Y....'ün, sanığın da odasının bulunduğu yaklaşık 50 metre uzunluğundaki koridorun güvenliğini sağlamak için görev yapan polis memuru M....Ö....'ün, sanıkla bitişik odalarda oturan Cumhuriyet Savcısı E... B....'ın ve sanığın odasının bulunduğu koridorda odası olan Cumhuriyet Başsavcivekili İ...F... K....'nin; sanığın odasına zaman zaman girip çıktıklarını, sanığın mağdureye kötü davrandığına veya mağdurenin bağırdığına dair bir olaya tanık olmadıklarını, beyan ettikleri görülmüştür. Sanık ise; uzun yıllar Cumhuriyet savcısı ve Cumhuriyet Başsavcısı olarak görev yaptığını, parlak bir mesleki geçmişe ve mutlu bir aileye sahip olduğunu, bir komplo ile karşı karşıya bulunduğunu, kendisiyle çalışmak üzere görevlendirilmiş olan katibe M... T....'in yeterli tecrübeye sahip bulunmadığından ondan yeterince randıman alamadığını, bu yüzden onunla çalışmaktan memnun olmadığını, değiştirilmesini istediğini, ancak kendisini kırmamak için bunda aceleci davranmadığını, katipteki performans düşüklüğü nedeniyle zaman zaman gerildiğini ve sinirli davrandığını, mağdurenin de bunu hissederek bana neden sert davranıyorsunuz diye yakınmada bulunduğunu, kendisinin başka bir katiple çalışmak istediğini ima etmesi nedeniyle de mağdurenin bu görevden ayrılmayı talep ettiğini, kendisi Ç....'de seminerde iken bu değişikliğin yapıldığını, sevk kağıtlarını da imzaladığı için odasının çok girilip çıkılan bir oda olduğunu, bu ortamda mağdurenin iddia ettiği eylemlerin gerçekleştirilmesinin mümkün olamayacağını, dolayısıyla suçsuz olduğunu söylemiştir. Bütün bu kanıtlar bir arada değerlendirildiğinde; görgü tanığı bulunmayan olayda, kendisini suçtan kurtarmaya yönelik olarak inkarda bulunabileceği düşünülen sanık savunması yerine, saptanabilen başka bir amacı bulunmadığı gibi, henüz genç ve bekar bir genç kız olması nedeniyle kendi iffetine zarar verecek şekilde yalan da söyleyemeyeceği değerlendirilen mağdurenin, baştan itibaren kendi içinde tutarlı, Yazı İşleri Müdürü S... Ş..., Başsavcivekilleri E....A..., Y....Ö...B..., İ...B... ve Başsavcı E....Ö....'in ifadeleriyle de uyum gösteren iddialarına itibar etmek gerekmiştir. Bu itibarla, Başsavcivekili olarak görev yapmakta olan sanığın, kendisiyle birlikte çalışmak üzere görevlendirilen ve bu nedenle çeşitli vesilelerle odasına girmek zorunda kalan zabıt katibesi mağdureyi sözle taciz etmek, okşamak ve öpmek suretiyle zincirleme olarak kamu görevinin veya hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanarak cinsel saldırıda bulunmak suçunu işlediği anlaşıldığından, sanığın

işi ihalesini alan özel şirket işçileri kamu görevlisi değildir. İşlerini yaptıkları sırada avukat, noter, tanık ve bilirkişide yaptıkları iş kapsamında kamu görevlisidir ve bu konuda herhangi bir tereddüt yoktur.³⁵¹ Örneğin; kocasını öldürdüğü iddiasıyla gözaltına alınan mağdureyle arasında zorunlu müdafilik ilişkisi olan ve mağdureyi savunan müdafinin, karakolun müdafî görüşme odasında mağdureye nüfuz kullanarak onun cinsel dokunulmazlığını ihlal etmesi olayında bu nitelikli hal söz konusu olacaktır. Fail ile mağdur arasında üst - ast ilişkisinin olması zorunlu değildir. Önemli olan failin mağdur üzerinde nüfuz kullanma yetkisinin olup olmadığıdır. Örneğin; ilçe tarım müdürü olan fail aynı ilçede görev yapan seçim katibine cinsel saldırı eyleminde bulunsa, failin kamu görevlisi olması nedeniyle bu nitelikli hal uygulanmayacaktır. Çünkü ilçe tarım müdürünün seçim katibi üzerinde nüfuz kullanması mümkün değildir. Aynı şekilde ast üste karşı nüfuz kullanamayacağından bu nitelikli hal uygulanmaz.

Vesayet ilişkisinden kaynaklanan nitelikli hal yasaya 6545 sayılı kanun değişikliği ile dahil olmuştur. Vesayet ilişkisi Türk Medeni Kanunu' nun 396 ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir. TMK 403 göre vasi, vesayet altındaki küçüğün veya kısıtlının kişiliği ve malvarlığı ile ilgili bütün menfaatlerini korumak ve hukuki işlemlerde onu temsil etmekle yükümlü kişidir. Kayyum ise; belirli işleri görmek veya malvarlığını yönetmek için atanan kişidir. Kanunda belirtilen küçüğe karşı işlenen cinsel dokunulmazlığa yönelik suçlar, çocuğun cinsel istismarı suçunu oluşturduğundan konumuz dışındadır. Kısıtlanan ergin kişiler cinsel saldırı suçunun mağduru olabilir ve suç, vasi bu vesayet ilişkisini kullanarak gerçekleştirirse nitelikli halden sorumluluk söz konusu olacaktır. Kısıtlılık halleri TMK' nın 405,

temyiz itirazlarının reddi ile hükmün onanmasına karar verilmelidir. Çoğunluk görüşüne katılmayan; İki Genel Kurul üyesi ön sorun ile ilgili olarak yapılan oylamada, “olay yerinde keşif yapılarak ifadelerin denetlenmesi gerektiği halde, eksik soruşturma ile karar verilmiş olması nedeniyle,” Üç Genel Kurul üyesi ise, “beraat yerine mahkûmiyet hükmü verilmesi” isabetsizliğinden, bozma kararı verilmesi yönünde karşıoy kullanmışlardır. SONUÇ: Açıklanan nedenlerle, 1- Yargıtay 5. Ceza Dairesinin 02.05.2008 gün ve 1 MD-2 sayılı hükmünün ONANMASINA, 2- Dosyanın Yargıtay 5. Ceza Dairesine gönderilmek üzere Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına TEVDİİNE, 26.05.2009 günü yapılan müzakerede, tebliğnamedeki düşünceye uygun olarak oyçokluğu ile karar verildi. ” Uypap Mevzuat Programı, Erişim Tarihi: 13.06.2015, YILDIRIM, Ramazan, İdare Hukuku Dersleri I, 3. Baskı, Konya, Mimoza Yayınları, 2009, s. 164

³⁵¹ ŞİŞMAN, s. 111-112

406, 407 ve 408. maddelerinde belirtilmiştir.³⁵² Suçun işlenmesi anında bu vesayet ilişkisinin bulunması gerekir aksi takdirde arttırım söz konusu olmayacaktır.

Bu nitelikli hal kapsamında bulunan hizmet ilişkisinden anlaşılması gereken her çeşit hizmet ilişkisidir. Bu ilişkinin sürekli veya geçici olmasının, ücretli veya ücretsiz olmasının, kamusal veya özel nitelikte bulunmasının bir önemi yoktur.³⁵³ Usta-kalfa-çırak, müdür-şef, ev sahibi-hizmetçi-bakıcı, şoför-muavin, patron-sekreter şeklindeki hizmet ilişkileri bu hale örnek olarak gösterilebilir.³⁵⁴ Suçun işlenmesi anında fail ile mağdur arasında hizmet ilişkisinin devam ediyor olması gerekir.³⁵⁵ İtalyan öğretisine göre ise; hizmet ilişkisi artık mevcut olmamakla birlikte bu ilişkiden doğmuş olan saygıdan ileri gelen korku, çekinme duygusu devam etmekte ise nitelikli hal uygulanmalıdır.³⁵⁶

Fail bu nitelikli haller aslında yokken, var göstererek ve nüfuz sağlayarak mağdurun direncini kırıp eylemi gerçekleştirirse nitelikli halden arttırım yapılması gerektiği düşüncesindeyiz. Çünkü, fail bu ilişkiyi olmadığı halde var göstererek mağduru kandırmakta ayrıca bu ilişkinin sağladığı nüfuz ile eylemi diğer hallare göre daha kolay işlemektedir. Aksinin kabulü halinde arttırım yapılmayacak ve adil olmayan bir durum ortaya çıkacaktır. Ancak bu durum yargılama makamı tarafından

³⁵²“Akıl hastalığı veya akıl zayıflığı sebebiyle işlerini göremeyen veya korunması ve bakımı için kendisine sürekli yardım gereken ya da başkalarının güvenliğini tehlikeye sokan, savurganlığı, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılığı, kötü yaşama tarzı veya malvarlığını kötü yönetmesi sebebiyle kendisini veya ailesini darlık veya yoksulluğa düşürme tehlikesine yol açan ve bu yüzden devamlı korunmaya ve bakıma muhtaç olan ya da başkalarının güvenliğini tehdit eden, bir yıl veya daha uzun süreli özgürlüğü bağlayıcı bir cezaya mahkum olan, yaşlılığı, sakatlığı, deneyimsizliği veya ağır hastalığı sebebiyle işlerini gerektiği gibi yönetemediğini ispat eden ” kişiler kısıtlanabilecektir.”

³⁵³TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 355

³⁵⁴“ Unlu mamüller imalat bölümünde pasta ustası olan sanık Mevlüt'ün yanında çırak olarak çalışan mağdur Ahmet üzerinde hüküm ve nüfuzunun bulunduğunun ve dolayısıyla ırza geçme eylemi nedeniyle sanık hakkında TCK' nun 417. maddesinin de uygulanması gerekeceğinin gözetilmemesi ” Yar. , 5. CD, 14/03/1995, 551/660, İNAN, s. 54, “ Yanında sekreter olarak çalışan mağdureyle rızasıyla cinsi münasebette bulunup kızlığını bozan sanık hakkında TCK' nun 417. maddesinin uygulanmasının gerektiğinin gözetilmemesi ” Yar. , 5. CD, 01/07/1992, 560/2299, “ Mağdurenin, sanığın konfeksiyon atölyesinde işçi olarak çalıştığı hazırlık ifadesinden anlaşıldığına nazaran TCK' nun 417. maddenin uygulanmaması ” Yar. , 5. CD, 08/02/1990, 314/1079, “ Sanık ile mağdur arasında kalfa çırak ilişkisi bulunması nedeniyle TCK' nun 417. maddesinin uygulanması gerekeceğinin göz önünde bulundurulmaması ” Yar. , 5. CD, 13/02/1989, 2/411, “Sanık ile mağdurenin aynı işyerinde çalıştıkları ve sanığın mağdurenin ustabaşı olduğu dosya içeriğinden anlaşıldığından TCK' nun 417. maddesinin uygulanmaması suretiyle sanığa eksik ceza verilmesi ” Yar. , 5. CD, 27/10/1987, 7539/5793, BAKICI, Genel Adap Ve Aile Düzenine Karşı Cürümler, s. 189,192,193 ve 194

³⁵⁵“Sanığın, dükkanında 4 gün çırak olarak çalıştıktan sonra işten ayrılan mağdura takriben 1 ay sonra nitelikli cinsel istismarda bulunması eyleminde suç tarihi itibarıyla hizmet ilişkisinin sağladığı kötüye kullanma unsuru bulunmadığından.. ” Yar. , 5. CD, 20/09/2007, 7481/6548, TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 355

³⁵⁶TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 355

iyi araştırılmalı, failin gerçekten böyle davranıp davranmadığı ve mağdurun gerçekten inanıp inanmadığı tespit edilerek karar verilmelidir.³⁵⁷

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

Kan ve kayın hısımlığı 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu' nda düzenlenmiştir. Kan hısımlığı yasanın 17. maddesine göre bir kişinin diğerinden gelmesi veya ortak bir kökten gelmesidir. Kan hısımlığının derecesi yasaya göre hısımları birbirine bağlayan doğum sayısı ile belirlenir. Yasanın 18. maddesine göre kayın hısımlığı evlilik bağı ile oluşur ve bir eş diğerinin kan hısımları ile aynı derecede kayın hısımlı olur. Eşlerin akrabaları birbirleri ile hısımlık değildir yani bu kişiler arasında kayın hısımlığı oluşmaz.

TMK' nın 18/2. maddesine göre evlilik birliği ortadan kalkınca kayın hısımlığı sona ermez. Bu nedenle kanaatimizce evlilik birliği sona erse bile meydana gelen fiilin tarafları arasında, bu akrabalık bağları varsa nitelikli halin uygulanması gerekir.³⁵⁸ Bu durumda nitelikli halin uygulanmaması için ceza kanununda bulunan kayın hısımlığı ibaresi önüne “ evlilik birliği devam etmek şartıyla ” şeklinde bir ibare eklenmesinin yerinde olacağı kanaatindeyiz.

765 sayılı yasadan farklı olarak bu nitelikli hal bakımından “ nüfuz ” şartı aranmamıştır. Bu kişiler yakın akrabalık bağı nedeniyle zaten suçun mağduru üzerinde nüfuz sahibidir. Ayrıca yasa koyucu bu akrabalık bağının suç işlemeyi

³⁵⁷İNAN, s. 55, AKSOY, s. 115

³⁵⁸AKSOY, s. 116, Aksi yönde görüş; “ Kanunlarımızda kanun koyucu, evlilik ortadan kalksa bile böyle bir hususun, hısımlıktan doğan durumun devam etmesini istiyorsa kanun maddesinde bu durumu vurgulamaktadır. Örneğin CMK' nın 45. maddesindeki tanıklardan çekinebilecekler sayılırken “evlilik bağı kalmasa bile” şüpheli veya sanığın eşi , TMK' nın 129. maddesinde evlenme engelleri sayılırken “kayın hısımlığı meydana getirmiş evlilik sona erse bile ” denmektedir. Şayet kanunkoyucu burada, evliliğin sona ermesi halinde bu arttırım nedeninin uygulanacağını belirtmek istese bu hususu örnek verilen hükümlerdeki gibi ayrıca vurgulaması gerekirdi. Aynı zamanda hısımlık nedeniyle failin mağdur üzerinde uygulayacağı kolaylık da evliliğin sona ermesiyle ortadan kalkacağından böyle bir arttırım nedeninin uygulanması gerekçesi de kalmayacaktır. ” TUĞRUL, s. 101, ARTUÇ, s. 584, CENTEL, s. 279

kolaylaştıracığını kabul ettiği için bu halleri arttırım nedeni olarak yasada öngörmüştür.³⁵⁹

Üvey baba, üvey ana, üvey kardeş, evlat edinen veya evlatlık ibareleri yasaya 6545 sayılı yasanın getirdiği değişiklik ile eklenmiştir. Yasada rızaya aykırı encest ilişki ağırlaştırıcı neden olarak düzenlenmişken rızaya dayalı encest ilişkiler ayrı bir suç olarak öngörülmemiştir.³⁶⁰

Bu nitelikli halde belirtilen akrabalar anne, baba, büyükanne-büyükbaba ve bunların babaları ile anneleri, çocuklar, torunlar, torunların çocukları, kardeş, kardeşin çocukları (yeğenler), anne ve babanın kardeşleri (amca, dayı, hala ve teyze) ile bu derecedeki kayın hısımlarıdır.³⁶¹

³⁵⁹“ Sanık Celal, mağdurenin altı yaş büyük ağabeyisi durumundadır. Akrabalıkla ilgili görenek ve geleneklerimizin normal saydığı ölçüde ve aile bağlarının sınırları içinde mağdurenin sanığa ait eve gelmesi veya getirilmesi ve orada bir süre, kendi evinde duyduğu güvenlik havası içinde kalması, olağan ve doğal bir haldir. Bu durumdaki eniştenin küçük yaştaki baldız üzerinde hüküm ve nüfuz sahibi sayılması da zorunlu bir sonuçtur. Şu hale göre Celal hakkında TCK' nun 417. maddesinin bu bakımdan uygulanmasında yasaya aykırı bir yön görülmemiştir. Bu açıdan adı geçenin temyiz itirazının reddiyle hakkındaki hükmün onanması gerekir. ” Yar. , CGK, 22/05/1978, 95/185, “ Mağdurenin dayısı olan sanığın, mağdure üzerinde hüküm ve nüfuzu bulunduğu, eyleminin teselsül ettiği gözetilmeyerek tayin olunan cezanın TCK' nun 80. ve 417. maddeleriyle arttırılmaması, ” Yar. , 5. CD, 28/01/1992, 104/272, “ Sanığın, mağdurenin öz ağabeyi olup bu sebeble nüfuz ve hakimiyet altında bulunduğu halde TCY. nın 417. maddesi ile cezanın arttırılmaması karşı temyiz olmadığından bozma sebebi sayılmamıştır.” Yar. , 5. CD, 27/02/1990, 364/1079, BAKICI, Genel Adap Ve Aile Düzenine Karşı Cürümler, s. 183-184, 187, 192

³⁶⁰“ Diğer kanunlardan farklı olarak Kanun, “ incesto/encest ilişkileri ” ayrı bir suç saymamıştır. Bu ciddi bir eksikliktir. Toplumda bu tür fiillerin azımsanamayacak sayıda işlendiğinin sosyolojik bir gerçek olması karşısında, sosyal-kültürel ve dinsel yapılar nedeniyle ortaya çıkmaması dolayısıyla cezalandırılmaması düşündürücüdür. ” HAFIZOĞLLARI ve ÖZEN, Özel Hükümler, s. 164, “Alman Ceza Kanununda altsoyla gerçekleştirilen cinsel ilişki bir saldırı niteliğinde olmasa dahi cezalandırılabilir nitelik taşımaktadır. böylelikle nesebin sıhhati korunmaya çalışılmaktadır.” ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACIKSIZ/TEPE, Özel Hükümler, s. 329, ATAÇ, Asiye Selcen, Ceza Hukuku Ve Encest Fiiller Arasındaki İlişkiye Genel Bir Bakış, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 19, Sayı 2, 2013, s. 877

³⁶¹“ Dosya içeriğine, oluşa göre sanığın ırza geçme eyleminin zorla olduğuna dair mahkemenin kabulünde isabetsizlik bulunmadığı gibi mağdurenin, içinde bulunduğu aile çevresi ve sosyal ortam karşısında soruşturmanın başlangıcında, evli olan abisi sanığın adını gizlemesinin ilişkinin rızaya dayalı olmasına delil kabul edilemeyeceği de değerlendirildiğinde tebliğnamedeki bozma isteyen düşünceye iştirak edilmemiştir. Delillerle iddia ve savunma duruşma gözönünde tutularak tahlil ve takdir edilmiş, sübutu kabul olunan fiilin unsurlarına uygun şekilde tavsif ve tatbikatı yapılmış olduğundan yerinde görülmeyen sanık müdafinin temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun olan hükmün ONANMASINA, ” “KARŞI OY: Mahkeme; ırza geçmenin zorla olduğunu mağdurenin beyanına dayandığı, mağdure ise; abisi olan sanığın kendisine yönelik eylemini uzun süre gizlediği, olaydan en yakınlarına dahi bahsetmediği, hamile kalıp doğum yapması, bu durumun hastane tarafından polise iletilmesi ve soruşturmaya başlanması üzerine beraet eden diğer sanıklar Mehmet İlke ve Emin Kök tarafından rızaen ırzına geçildiğini ileri sürdüğü, babalık testi yapılacağını ve durumun anlaşılabilceğini öğrenmesi nedeniyle bu kez abisi sanık Önder tarafından zorla ırzına geçildiğini iddia etmeye başladığı, bunun, durumunu çevreye haklı gösterme düşüncesinin bir sonucu olarak kabul edilmesi gerektiği, mevcut bu durum karşısında zor iddiasının kuşkulu kaldığı, sanığın reşit olmayan mağdure ile cinsel ilişkide bulunma suçundan cezalandırılması ve bu nedenle hükmün

Yasada sayılan üvey akrabalık halleri sınırlı sayıdadır. Bunların haricindeki üvey akrabalık durumlarında bu nitelikli hal uygulanmaz.³⁶²

Nitelikli halin uygulanması için; failin mağdurla arasındaki akrabalık ilişkisini bilmesi gerekir, aksi takdirde TCK' nın 30. maddesinde düzenlenen hata hali gündeme gelecek ve failin cezasında arttırmaya gidilemeyecektir.

2.5.3.4.Suçun Silahla veya Birden Fazla Kişi Tarafından Birlikte İşlenmesi

bozulması gerektiği kanaatiyle sayın çoğunluğun onama yönündeki düşüncesine katılamıyorum.Üye ” Yar. , 5. CD, 01/10/2009, 7788/10761, “ Dava konusu olayda, şüpheli Mustafa Ersin’ in baldızı olan müşteki Hamide' nin evine giderek, müştekiyi dudak ve boynundan öpmek suretiyle cinsel saldırı eyleminde bulunduğu iddia edilmesi ve müştekiye 1974 doğumlu olup 5.5.2006 olan suç tarihi itibarıyla 18 yaşından büyük olmakla, eylemin düzenlendiği 5237 sayılı TCK. nun 102/1 maddesinde cinsel saldırı suçunun temel şekli şikayete bağlı kılınmışken, 102/3. maddesinde ise suçun nitelikli hallerinin düzenlendiği ve takibinde şikayete bağlı olmayıp resen koşturmaya tabi bulunduğu anlaşılmaması karşısında, TCK. nun 102/3-c maddesine uyan eylemle ilgili açılan davada, iddianamenin, müştekinin şikayetinden vazgeçtiğinden bahisle iadesi kararına vaki itiraz üzerine, itirazın kabulü yerine, reddine dair kararda isabet bulunmadığı ve bu nedenle Kanun Yararına Bozma istemine dayanan ihbarname münderecatı yerinde olduğu anlaşıldığından, Bafra Ağır Ceza Mahkemesinin 15.5.2006 tarihli ve 2006/134-134 sayılı kararının cinsel saldırı suçundan kurulan bölümüyle sınırlı olarak CMK. nun 309. maddesi uyarınca (BOZULMASINA) ve müteakip işlemlerin mahallinde Mercince yapılmasına” Yar. , 5. CD, 05/10/2006, 8647 / 7632, TUĞRUL, s. 163-164, 254, “ Reşit olmayan evlatlığı ile onun mayubiyetini müstelzim şekilde rızaen cinsi münasebette bulunmaktan sanık A’ nın TCK 416/3 ve 418/2 maddelerine göre tayin edilen cezasının toplamı üzerinden 417. maddenin uygulanması gerekir. ” Yar. , 5. CD, 25/05/1982, 2572/1943, DÖNMEZER, s. 129

³⁶²“ Olay tarihinde onüç yaşında bulunan mağdure evde yalnız kalırken üvey dayısı olan sanık oturmaya gelmiş ve mağdurenin cinsel organını elleyip kendi uzvunu sürerek tasaddide bulunmuştur. Sanığın kız kardeşinin üvey kızına karşı işlediği tasaddi suçunda,TCY’ nın 417. maddesinin uygulanıp uygulanmayacağı, özel daire ile yerel mahkeme arasındaki uyumsuzluğun konusunu oluşturmaktadır. TCY’ nın 417. maddesi ile “ yukarıdaki maddelerle (414,415,416) yazılan fiil ve hareketlerbirden ziyade kimseler tarafından işlenirveya usulden biri veya velive vasi veya mürebbi ve muallimleri ve hizmetkarları veya terbiye ve nezaret veya muhafazaları altına bırakılan veya buna düşar olanların üzerlerine hüküm ve nüfuzu olan kimseler tarafından vuku bulursa kanunen muayyen olan ceza yarısı kadar arttırılır ” hükmü geçmiştir.Olayımızda sanık, mağdurenin usulü olmadığı gibi aralarında veli, vasi, öğretmen, eğitici, hizmet ilişkisi de yoktur. Mağdurenin terbiye, gözetim veya koruyuculuğu da sanığa bırakılmamıştır. Cezayı arttıran nedenlerden bir diğeri failin mağdur-mağdure üzerinden hüküm ve nüfuz sahibi olmasıdır. “ Hüküm ” suçtan zarar gören küçüğü egemenlik altına alabilmek “ nüfuz ” ise mağdur üzerinde etkili olabilmektir. Yasa koyucu bu halleri açıklamamış,sınırlı olarak saymamıştır. Olayın özellikleri sanıkla mağdur arasındaki yakınlık nazara alınarak hüküm ve nüfuz öğeleri taktir olunacaktır. Fail mağdur arasındaki hısımlık gelenek ve görenekler birlikte bulunma aynı işyerinde çalışma nüfuz ve hakimiyet sahibi olabilmeyi temin edecek hallerdir. Bazı hallerde fail,mağdur üzerinde istediği yönde etkide bulunabileceği gibi bunların üzerinde nüfuz sahibi de olabilmekte veya failin mağdur ile mahal veya evde birlikte kalmaları sebebiyle mağdurun faille karşı güven duyması veya failin mağdura karşı kolaylıkla hileye müracaat ederek mukavemetini kırabilmesi de mümkündür. Sanığın sıfatının suçu işlemekte sağladığı kolaylık nazara alınmalıdır. Dosya içeriğine göre sanıkla mağdure aynı evde oturmaktadırlar. Bakım ve gözetim konusunda geçici veya daimi olarak sanığa görev ve yetki verilmemiştir. Akrabalıkla ilgili görenek ve geleneklerimizin normal saydığı ölçüde sanık ve mağdurenin ailesi birbirleri ile görüşmektedirler. Bu tür geliş gidişler nedeniyle aynı evde oturmayan ve yakın akrabalık ilişkisi bulunmayan sanık hakkında ağırlaştırıcı hüküm olan TCY’ nın 417. maddesi uygulanamaz. Direnme hükmünün bozulmasına karar verilmelidir. ” Yar. , CGK, 06/11/1989, 5-266/326, İNAN, s. 56-57

Suçun silahla veya birden fazla kişi ile birlikte işlenmesi halinde; suçun icrası daha basit hale gelecek, mağdurun direnci daha kolay kırılacak, yani mağdurun suça karşı koyması diğer hallere göre daha zorlaşacaktır.³⁶³ Kanun koyucu bu durumu esas alarak, bu hallerde cezada arttırım öngörmüştür.

Silahtan ne anlaşılması gerektiği TCK'nın 6/1-f maddesinde açıklanmıştır. Maddeye göre, “ silah” deyiminden;

1. Ateşli silahlar,
2. Patlayıcı maddeler,
3. Saldırı ve savunmada kullanılmak üzere yapılmış her türlü kesici, delici veya bereleyici alet,
4. Saldırı ve savunma amacıyla yapılmış olmasa bile fiilen saldırı ve savunmada kullanılmaya elverişli diğer şeyler,
5. Yakıcı, aşındırıcı, yaralayıcı, boğucu, zehirleyici, sürekli hastalığa yol açıcı nükleer, radyoaktif, kimyasal, biyolojik maddeler anlaşılır. TCK' nın silah tanımlamasına bakıldığında kavramın 6136 sayılı Ateşli Silahlar Ve Bıçaklar İle Diğer Aletler Hakkında Kanun'da belirtilen silah kavramından oldukça geniş tutulduğu açıktır.³⁶⁴ Düzenlemenin bu denli geniş olmasının sebebi ise silah kullanan failin mağdura göre daha üstün konumda olmasıdır. Gerçekten de bir suçta silah kullanılması; mağdurun daha kolay teslim olmasına, direnç gösterememesine, mağdurda ciddi yaralar açmaya ve mağdurun üzerindeki korkutucu etkisiyle suçun daha hızlı işlenmesine neden olmaktadır.³⁶⁵ TCK anlamında silah, saldırı veya savunma amaçlı yapılmış veya yapılmamış olsun, saldırı veya savunma amaçlı kullanılan materyaller olarak tanımlanabilir.³⁶⁶ Yaptığımız basit tanım esas alındığında, bir aletin herhangi bir suçta silah olarak kabulü “ kullanım amacına ” göre belirlenecektir.³⁶⁷ Somut olayda kullanılan materyal ne olursa olsun kullanım şekline, mağdurda yarattığı korku ve yaralanmaya, failin kullandığı bu materyalle suçun işlenmesini kolaylaştırıp kolaylaştırmadığına göre bir belirleme yapılacaktır ve

³⁶³CANİKOĞLU, s. 15

³⁶⁴TANER, s. 196, TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 219

³⁶⁵PARLAR ve HATİPOĞLU, Türk Ceza Kanunu Yorumu, s. 728, TANER, s. 197

³⁶⁶TANER, s. 197, TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 219

³⁶⁷TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 222

hakim tarafından bu belirlemeye göre karar verilecektir.³⁶⁸ Hayvanın suçta kullanımının silah olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği hususunda ise; TCK’ da “ yapılmış olma ” ibaresi kullanıldığı için, bu ibare de insan tarafından yapılan şeyleri anlattığı için hayvanın silah olmayacağı kabul edilmektedir.³⁶⁹

Silahın kuru sıkı, gerçeğine benzemek şartıyla oyuncak olmasının, kılıf içinde olmasının, olay esnasında belde bulunmasının veya eylem esnasında havaya, yere ateş açılarak veya ateş açılmadan tutulmasının bir önemi yoktur.³⁷⁰ Önemli olan silahın eylem öncesi mağdura farkettilerilerek ve silahın korkutucu etkisinin mağdura hissettirilerek, mağdurun direncinin kırılması ve eylemin gerçekleştirilmesidir. Olayda mağdur üzerinde “ silah kullanılabilir ” korkusu yaratılmış ise bu nitelikli halden arttırım da yapılmalıdır.³⁷¹

Birden fazla ibaresinden en az iki kişiyi anlamak gerekir.³⁷²

Yasanın “ birlikte ” ifadesinden suçun faillerce beraber işlenmesi yani müşterek fail olarak eylemin gerçekleştirilmesi anlaşılır.³⁷³ Eylemi birlikte

³⁶⁸ ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACIKSIZ/TEPE, Özel Hükümler, s. 202 – 203, TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 221

³⁶⁹ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 220, TANER, s. 197

³⁷⁰ “ Sanığın daha önce arkadaşlık yapıp babasının izin vermemesi nedeniyle evlenemediği, katılan Kadriye Altınözen’ e ulaştırması kesin olan ablası Serap Altınözen’ in önüne çıkarak elindeki kurusıkı tabancayı gösterip “ kız kardeşin Kadriye’ yi denk getirdiğimde bu silahla kafasına sıkacağım ” demesi ve aynı gün bir süre sonra katılanın evinin önüne araba ile gelip katılanın da göreceği şekilde hedef gözetmeksizin havaya doğru ateş etme biçimindeki eyleminin; silahın gerçek tabancadan görünüm olarak ayırt edilmeyen ve objektif ölçülere göre korkutuculuğu ve öldürücü özelliği nedeniyle herhangi bir söz söylenmese bile, ağır ve haksız zarara uğratmayı bildirme niteliğinde olması yokluktaki silahlı tehdidin, yüze karşılığı şart koşulmadığından ağırlatıcı neden sayılması karşısında zincirleme olarak işlenen silahlı tehdit suçunu oluşturduğu gözetilmeden yasal ve yerinde olmayan gerekçelerle 765 sayılı TCY.nın 191/1 madde ve fıkrasıyla hüküm kurulması ” Yar. , 4. CD, 10/12/2007, 6916/10801, TUĞRUL, s. 103, CENTEL, s. 279-280

³⁷¹ “ Mahkemece sanığın eylemini av tüfeği ile tehdit ederek gerçekleştirdiği kabul edildiği halde, 5237 sayılı TCK’ nın 102/3-d maddesinin tartışılmaması ” Yar. , 5. CD, 23/01/2007, 13952/154, TUĞRUL, s. 104, KOCA ve ÜZÜLMEZ, Özel Hükümler, s. 301, TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 356, ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACIKSIZ/TEPE, Özel Hükümler, s. 329-330, ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, Özel Hükümler, s. 219

³⁷² KORKUSUZ, s. 831, YURTCAN, Cinsel Suçlar, s. 17, TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 357, PARLAR ve HATİPOĞLU, Ağır Ceza Davaları, s. 179

³⁷³ “ Sanık Hasan’ ın olayda cebir kullanarak mağduru etkisiz hale getirdiği, suç ortaklarının suçun işlenişine yaptıkları katkının suçun icrası açısından birbirini tamamlayıcı nitelikte olduğu, dolayısıyla ortak bir hakimiyeti birlikte gerçekleştirdikleri, bu nedenle sanık Hasan’ ın eylemin de TCK.nun 37/1. maddesi kapsamında kaldığı, bu şekilde eylemin birden fazla kişi tarafından birlikte gerçekleştirilmiş olması nazara alınarak TCK. 103/3. maddesi uyarınca arttırım yapılması gerektiği halde yazılı şekilde hüküm tesisi ” Yar. , 5. CD, 26/01/2010, 12430/408, TUĞRUL, s. 106, “ Sanığın, ...M.A. ile aynı zaman ve mekanda birbirlerini takiben nitelikli cinsel istismar eylemlerini gerçekleştirirken mağduru tutmak suretiyle direncini kırıp birbirlerine yardımcı oldukları, bizzat gerçekleştirdiği

gerçekleştiren faillerin birinin tehdit uygulayıp diğerinin cinsel saldırıyı gerçekleştirmesinin, eylemin oral, anal, vajinal yoldan yapılmasının, birinin el veya ayakları tutup diğerinin cinsel saldırıda bulunmasının nitelikli hal bakımından bir önemi olmayıp bu hallerde de arttırım yapılacaktır.³⁷⁴

Kanunun açık ifadesi nedeniyle azmettiren veya yardım eden, bu nitelikli haldeki kişi sayısına dahil değildir. Yani fail bir başkasının azmettirmesi ile eylemi işlese veya faile TCK 39' da düzenlenen yardım eden sıfatıyla bir başka kişinin iştirak etmesi halinde bu nitelikli hal uygulanmayacaktır.³⁷⁵ Yargıtay kararları da bu yöndedir.³⁷⁶ Azmettiren eylemi birden fazla kişiye yaptırmış ise bu durumda azmettiren de nitelikli halden sorumlu olacaktır.

eylemle birlikte diğerinin eylemine TCK. nun 37. maddesi kapsamında fail olarak katılmış olmasından dolayı hakkında bu suçun nitelikli unsuru olan TCK. nun 103/3. maddesi ile birlikte aynı Yasanın 43/1. maddesinin de uygulanması gerektiği, ” Yar. , 5. CD, 04/03/2009, 16058/2686, “ Sanıkların katılanları kaçırdıktan sonra, sanık Mustafa’ nın katılan Kadriye’ ye yönelik ırza geçme eylemini gerçekleştirdiği sırada kendilerine on metre mesafede araç içerisinde bulunan diğer sanık İbrahim’ in, katılan Kadriye’ nin eşi olan katılan Ercan’ ın araçtan inmesine engel olduğu oluşa uygun olarak kabul edilmesi karşısında, sanık İbrahim’ in olayın başlangıcından itibaren katılanların direncini kırmaya yönelik söz ve eylemlerde bulunmak suretiyle sanık Mustafa’ nın nitelikli cinsel saldırı suçuna TCK. nun 37/1. maddesi kapsamında müsterek fail olarak katıldığı ” Yar. , 5. CD, 15/04/2008, 650/3485, TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 357, “ Dosya içeriği ve oluşa göre, sanıkların birlikte ve zor kullanarak mağdurenin direncini kırdıktan sonra aynı zaman ve mekanda önce sanık Mehmet, sonrada sanık Selçuk tarafından organ sokmak suretiyle nitelikli cinsel saldırı eylemini gerçekleştirdikleri anlaşılmakla, sanıkların bizzat işledikleri eylemden ayrı olarak diğerinin eylemine katılmış olmalarından dolayı haklarında TCK. nun 102/2 ve 102/3-d maddelerine göre belirlenen cezanın teselsül nedeniyle aynı Yasanın 43. maddesi uyarınca artırılması suretiyle hüküm kurulması gerektiği gözetilmeden iki ayrı suç kabulü ile yazılı şekilde uygulama yapılmak suretiyle karar verilmesi ” Yar. , 5. CD, 26/11/2009, 11360/13245, EROL, Türk Ceza Kanunu, s. 1968-1969

³⁷⁴TUĞRUL, s. 107

³⁷⁵HAFIZOĞULLARI ve ÖZEN, Özel Hükümler, s. 164, ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, Özel Hükümler, 219-220

³⁷⁶“ Cinsel saldırı eyleminde kendi evini tahsis ettiği, sanık Hakan ile mağdureyi yalnız bıraktığı, evden çıkarken kapıyı kilitlediği, bu şekilde cinsel saldırı suçunun işlenmesinden önce ve işlenmesi sırasında yardımda bulunarak, fiilin icrasını kolaylaştırdığı kabul edilen sanık Yasemin’ in TCK. nun 39. maddesi gereğince “ yardım eden ” konumunda bulunduğu, icra hareketine katılmadığı ve eyleminin 37. maddeye uymadığı ve kabulünde bu yönde bulunmasına göre, 102/3-d bendinde belirtilen “ suçun birlikte işlenmesi ” halinin ise ancak sanıkların eylemlerinin 37/1. maddesine göre “ müsterek fail ” olarak sorumlu tutulmaları durumunda sözkonusu olacağı nazara alınmadan sanıklar hakkında cinsel saldırı suçundan tayin olunan cezaların 102/3-d maddesi ile artırılması,” Yar. , 5. CD, 21/01/2011, 9486/261, ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, Özel Hükümler, s. 219-220, “ Sanık Atakan’ ın nitelikli cinsel istismar suçunu işlediği sırada diğer odada bulunan sanık Ali Yavuz’ un 5237 sayılı TCK. nun 39. maddesi gereğince “ yardım eden ” konumunda bulunduğu icra hareketine katılmadığı ve eyleminin 37. maddeye uymadığı, 102/3-d bendinde belirtilen “ suçun birlikte işlenmesi ” halinin ise ancak sanıkların eylemlerinin 37/1. maddesine göre “ müsterek fail ” olarak sorumlu tutulmaları durumunda sözkonusu olacağı nazara alınmadan tayin olunan cezanın 102/3-d maddesi ile artırılması, bozmayı gerektirmiştir. ” Yar. , 5. CD, 07/07/2008, 6187/7373, TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 357

Failin eylemine gözcülük yaparak katılan bir başka failin bulunması halinde, gözcü fail, mağdur üzerinde hiç egemenlik kurmuyor ve asıl failin cinsel saldırı eylemine mağdurun direncini kırarak katkı sunmuyorsa, bu nitelikli hal uygulanmamalıdır. Ancak, gözcü fail mağdurun üzerinde hakimiyet kurup eylemin gerçekleşmesine katılıyorsa nitelikli hal uygulanmalıdır.³⁷⁷ Örneğin; okuldan iki arkadaşıyla piknik yapan mağdura faillerden biri organ sokmak suretiyle nitelikli cinsel saldırıda bulunurken diğer fail gözcülük yapıyor ve daha sonra mağdurun direnci azalsın diye gelip asıl mağdura yardım etmek için ellerini tutuyorsa bu nitelikli hal uygulanacaktır.

Faillerin erkek veya bayan olmasının, bir failin yaşının küçük veya cezai ehliyetinin olmamasının bu nitelikli hal bakımından ehemmiyeti yoktur ve bu nitelikli halden yine arttırım söz konusudur.³⁷⁸

Birlikte eylemi gerçekleştiren faillerin, suçu üzerinde gerçekleştirdikleri mağdurun tek kişi olması gerekir yani mağdur sayısı birden fazla ise bu nitelikli hal uygulanmaz. Örneğin; faillerin beraber kaldığı eve gelen ve faillerin kız arkadaşları olan mağdure A' ya fail K, mağdure C' ye fail B cinsel saldırı gerçekleştirse ve failler bu eylemleri birbirinden bağımsız yani birbirine yardım etmeden işlese bu nitelikli hal uygulanmayacaktır. Aynı örnekte fail sayısı dört olsa, mağdure C' ye üç fail, mağdure A' ya tek fail cinsel saldırı gerçekleştirse ve mağdure A' nın maruz kaldığı fiile diğer failler hiçbir şekilde katkı sunmasa, bu durumda bu tek failin TCK 103/3-d maddesinde düzenlenen nitelikli halden sorumluluğu söz konusu

³⁷⁷“ Sanık Erdal' ın nitelikli cinsel saldırı suçunu işlediği sırada evin dışında gözcülük yapan sanık Cemil' in TCK. nun 39. maddesi gereğince “ yardım eden ” konumunda bulunduğu icra hareketine katılmadığı ve eyleminin 37. maddeye uymadığı, 102/3-d bendinde belirtilen “ suçun birlikte işlenmesi ” halinin ise ancak sanıkların eylemlerinin 37/1. maddesine göre “ müşterek fail ” olarak sorumlu tutulmaları durumunda sözkonusu olacağı nazara alınmadan tayin olunan cezanın 102/3-d maddesi ile artırılmayacağını gözetilmemesi ” Yar. , 5. CD, 18/02/2010, 14000/1259, TUĞRUL, s. 106, DÜLGER, İbrahim, Yeni Türk Ceza Kanunu, Hukuk Merceği Konferans Ve Paneller, Ankara, Ankara Barosu Yayınları, 2006, s. 565, AKÇİN, s. 121

³⁷⁸CENTEL, s. 280, TUĞRUL, s. 104-105, “ Sanık Murat’ ın, suçu yaş küçüklüğü nedeniyle hakkında takipsizlik kararı verilen Hasan ile birlikte gerçekleştirmiş olduğu anlaşılmış olması karşısında TCK’ nın 417 nci maddesi uygulanarak cezasında arttırma yapılması gerekirken eksik cezaya hükmolunması ” Yar. , 5. CD, 10/02/1993, 93/489, ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, Özel Hükümler, s. 220, “ Sanık Ömer' in yaş küçüklüğü nedeniyle hakkında evrak tefrik edilen sanıklar İbrahim ve Muhammet ile birlikte mağdurenin ırzına geçtikleri ileri sürüldüğüne göre sanıklarla ilgili soruşturma sonucunun araştırılması gerekirken eksik tahkikatla yazılı şekilde hüküm kurulması yasaya aykırıdır. ” Yar. , 5. CD, 17/05/2001, 7114/3455, İNAN, s. 59

olmayacaktır. Fakat diğer üç failin mağdure C' ye yönelik beraber gerçekleştirdikleri eylemde nitelikli halden sorumlulukları tam olacaktır.³⁷⁹

Suçun silahla veya birden fazla kişiyle birlikte işlenmesi suçun icrası sırasında olmalıdır aksi takdirde bu nitelikli hal uygulanamaz.

2.5.3.5.Suçun İnsanların Toplu Olarak Bir Arada Yaşama Zorunluluğunda Bulunduğu Ortamların Sağladığı Kolaylıktan Faydalanmak Suretiyle İşlenmesi

Bu nitelikli hal, TCK' ya 6545 sayılı yasayla 102. maddenin 3. fıkrasına e bendi olarak eklenmiştir. Nitelikli halin açık ifadesinden de anlaşılacağı üzere kanun koyucu toplu yaşanan bu yerlerde suçun daha kolay işleneceğinden hareketle arttırım öngörmüştür.³⁸⁰

Bu nitelikli halin uygulanması için suçun işlendiği yerin öncelikle insanların zorunluluk nedeniyle toplu yaşadığı yerler olması gerekir. Bu yerlere örnek olarak mülteci kampları, askeri birlikler, yurtlar, ceza infaz kurumu gibi yerler gösterilebilir. Suçun işlendiği yerde zorunlu olarak toplu yaşama söz konusu değilse bu nitelikli hal uygulanmaz. Örneğin; basketbol maçı izlenen bir kapalı spor salonunda maç izleyen seyirciler arasında meydana gelen cinsel saldırı eylemi açısından suçun işlendiği alan, zorunlu toplu yaşanan yer olmadığından bu nitelikli hal uygulanmayacaktır.³⁸¹ Fakat, deprem sonrası evsiz kalan insanları soğuktan korumak ve barınma

³⁷⁹ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 357, ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, Özel Hükümler, s. 220, Aksi yönde görüş “ Kanaatimizce, faillerin ve mağdurların birden fazla olması fiilin diğer mağdurların iradelerini etki altına almaları bakımından engel değildir. Buna göre failler birden fazla sayıda olmak suretiyle gerek aynı gerekse farklı mağdurlara sayıca üstünlüklerinden kaynaklanan kolaylıktan faydalanarak (iradelerini daha rahat etki altına alarak) fiili daha kolaylıkla işleyebilmektedirler. Bu sebeble söz konusu nitelikli halin cinsel saldırı fiillerinin mağdurlarının birden fazla olması durumunda da uygulanabilmesi gereklidir. ” ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACIKSIZ/TEPE, Özel Hükümler, s. 330, “ Kanımca, birden fazla fail, aynı yerde ve zamanda mağdura karşı birbiri ardına cinsel saldırı suçu işlerse, aralarında yardımlaşma olmasa bile mağdurun direncinin kırılmasındaki kolaylık göz önünde tutularak ağırlaştırıcı neden uygulanmalıdır. ” SEVÜK, s. 267

³⁸⁰ SOYASLAN, Özel Hükümler, s. 247, TOROSLU, Özel Kısım, s. 65, ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, Özel Hükümler, s. 220, TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 358

³⁸¹ “ Kanaatimizce spor müsabakalarının yapıldığı salon-stadyum gibi yerler, şenlik alanı, festival alanı, konser alanı, miting alanı, toplu taşıma araçları gibi yerler bu bent kapsamında değerlendirilmemelidir.” ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACIKSIZ/TEPE, Özel Hükümler, s. 330

ihtiyaçlarını gidermek için sağlam kalan bir kapalı spor salonuna yerleştirilen insanlar artık burada zorunlu olarak toplu yaşam sürdürdüklerinden cinsel saldırı eyleminin gerçekleşmesi halinde nitelikli halden arttırım söz konusu olacaktır.

Bu nitelikli halin uygulanması için ikinci koşul; insanların toplu olarak birarada yaşadığı alanının sağladığı kolaylıktan dolayı eylemin daha rahat işlenmesidir aksi takdirde arttırım yapılamaz.³⁸²

2.6.SUÇUN NETİCESİ SEBEBİYLE AĞIRLAŞAN HALLERİ

Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç; failin öngördüğü eylemi gerçekleştirmek için yaptığı davranışın sonucunda, öngördüğü sonucun, öngördüğünden daha ağır ortaya çıkması veya öngördüğü sonuçtan farklı bir sonucun ortaya çıkmasıyla oluşan suçtur.³⁸³

³⁸² TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 358, SOYASLAN, Özel Hükümler, s. 247

³⁸³ “ 765 sayılı TCK’ nın 452. maddesinde yer alan hükmün benzeri bir düzenlemeye, objektif sorumluluk esasının terk edilmesi nedeniyle 5237 sayılı TCK’ da yer verilmemiştir. Suçu, “ yasada tanımlanmış bir haksızlık ” olarak öngören yeni suç teorisinde, bir hareketi yapan kişi, bu hareketin tüm sonuçlarından her koşulda sorumlu tutulmamakta, bir başka anlatımla “ kusursuz sorumluluk ” terkedilmiş olmaktadır. 765 sayılı TCK’ daki objektif sorumluluk esasının yerine 5237 sayılı TCY’ nda haksızlığın bir gerçekleştirilme şekli olarak kast-taksir kombinasyonuna, yani netice sebebiyle ağırlaşmış suçlara yer verilmiştir. Bu nedenle uyumsuzluğun çözümü için, 5237 sayılı TCK’ nın hazırlanmasında esas alınan suç teorisinde, suçun manevi unsurları arasında gösterilen kast-taksir kombinasyonu, yani netice sebebiyle ağırlaşmış suç üzerinde durulmalıdır. 5237 sayılı TCK’ nın “ Netice sebebiyle ağırlaşmış suç ” başlıklı 23. maddesi “ (1) Bir fiilin, kastedilenden daha ağır veya başka bir neticenin oluşumuna sebebiyet vermesi halinde, kişinin bundan dolayı sorumlu tutulabilmesi için bu netice bakımından en azından taksirle hareket etmesi gerekir ” şeklindedir. Buna göre; failin gerçekleştirdiği bir eylemde, kastettiğinden daha ağır veya başka bir sonucun meydana gelmesi halinde, sorumlu tutulabilmesi için, netice bakımından en azından taksirle hareket etmiş olması gerekmektedir. Fail, bu sonucun meydana gelmesinden taksirle bile sorumlu tutulamıyorsa, objektif sorumluluğun kaldırılmasının doğal bir sonucu olarak, sadece nedensellik bağının bulunuyor olması, neticeden sorumlu tutulması için yeterli olmayacaktır. Öğretide, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç, gerçek neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç ve görünüşte ya da gerçek olmayan neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç olarak iki farklı şeklinin bulunduğu kabul edilmektedir. Gerçek neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda, failin hareketi sonucunda kastettiğinden daha ağır bir netice ortaya çıkmakta olup, gerçekleşen aşırı netice dolayısıyla bağımsız bir suç tipi ortaya çıkmaktadır. Örneğin, yaralama suçunda mağdurun ölmesi, gerçek neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç halidir. Görünüşte neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda ise, failin hareketi sonucunda suçun oluşması için aranan neticeden başka, niteliği de farklı olan daha ağır bir netice ortaya çıkmakta olup, gerçekleşen aşırı netice dolayısıyla temel suç niteliği aynı kalmakla beraber yalnızca ceza ağırlaştırılmaktadır. Örneğin, cinsel istismar suçunda mağdurun ruh veya beden sağlığının bozulması, görünüşte neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç halidir. 5237 sayılı TCK’ nın 23. maddesinde düzenlenmiş bulunan neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçla ilişkin genel kuralın, özel hükümler arasında kendisine yer bulduğu maddelerin

Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar TCK' nın 23. maddesinde düzenlenmiştir.³⁸⁴ 5237 sayılı yasa, 765 sayılı yasadaki farklı olarak kusursuz sorumluluğu terk etmiş bunun yerine kusura dayalı sorumluluğu benimsemiştir. Ceza hukukunun temel ilkelerinden olan kusursuz suç ve ceza olmaz prensibi de kusur sorumluluğuna dayanmaktadır, 765 sayılı yasadaki objektif sorumluk yerine, yeni benimsenen değişiklik ile bu ilkeye uygun bir düzenleme yapılmıştır.³⁸⁵

Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçun şartları şunlardır;

-Yapılan eylem nedeniyle iki suç ortaya çıkacak; birincisi kastedilen suç, diğeri kastedilenden daha ağır ortaya çıkan suç veya kastedilenden farklı olarak ortaya çıkan suçtur,

-İlk suç kasten işlenir,

-İkinci suç açısından sorumluluk için, failin bu suç bakımından en azından taksir derecesinde kusuru bulunmalıdır,

-Her iki suç aynı mağdur üzerinde gerçekleşmelidir,

-Faili sorumlu tutabilmek için neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç açısından kanunda açık düzenleme bulunmalıdır,

-Failin ilk eylemi ile ortaya çıkan ikinci suç arasında illiyet bağı bulunmalıdır.³⁸⁶

başında gelen TCK' nın 87. maddenin 4. fıkrası; “ (4) Kasten yaralama sonucunda ölüm meydana gelmişse, yukarıdaki maddenin birinci fıkrasına giren hallerde sekiz yıldan oniki yıla kadar, üçüncü fıkrasına giren hallerde ise oniki yıldan onaltı yıla kadar hapis cezasına hükmolunur ” şeklindedir. Maddede, gerçekleştirilen kasten yaralama eylemi TCK' nın 86. maddesinin 1. veya 3. fıkraları kapsamında bulunur ve bunun sonucunda da ölüm meydana gelirse, en azından taksirle hareket etmiş olmak koşuluyla faile belirtilen cezaların verileceği öngörülmektedir. ” Yar. , CGK, 16/02/2010, 1-209/29, ÖZGENÇ, s. 275-276

³⁸⁴TCK md.23 “ Bir fiilin, kastedilenden daha ağır veya başka bir neticenin oluşumuna sebebiyet vermesi hâlinde, kişinin bundan dolayı sorumlu tutulabilmesi için bu netice bakımından en azından taksirle hareket etmesi gerekir. ”

³⁸⁵“ Kusursuz sorumluluk şekli olarak, meydana gelen ağır neticeden sorumluluk hali kilise hukukuna dayanır. Kilise hukukundaki “ versari in re illicit ” kuralına göre, hukuka aykırı bir durumda olan ,bunun bütün neticelerine katlanmış olur. ” ÖZGENÇ, s. 277, ÖZBEK s. 277, KOCA ve ÜZÜLMEZ, Genel Hükümler, s. 217, ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACIKSIZ/TEPE, Genel Hükümler, s. 472

³⁸⁶ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACIKSIZ/TEPE, Genel Hükümler, s. 476-477, HAKERİ, s. 258-263, “ 5237 sayılı TCK' nın 23. maddesinde düzenlenmiş olan neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçla ilişkin genel kuralın, özel hükümler arasında kendisine yer bulduğu maddelerin başında gelen TCK' nın 87. maddenin 4. fıkrasına göre, gerçekleştirilen kasten yaralama eylemi aynı Yasanın 86. maddesinin bir veya üçüncü fıkraları kapsamında bulunur ve bunun sonucunda da ölüm meydana gelirse, en azından taksirle hareket etmiş olmak koşuluyla faile belirtilen cezaların verileceği öngörülmektedir. Bu durum karşısında kasten yaralama neticesinde mağdurun ölmesine ilişkin olarak TCY' nın 87/4. maddesinin uygulanabilmesi için; a- Failin yaralama kastı ile hareket etmesi, b- Mağdurun TCK' nın 86. maddesinin birinci veya üçüncü fıkrasında düzenlenen şekilde yaralanmış

Bu genel açıklamalar ışığında cinsel saldırı suçu açısından, kanunun 102/4. ve 5. fıkralarında neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suça yer verdiğini görmekteyiz.³⁸⁷

2.6.1.Cinsel Saldırı Eyleminde Kullanılan Cebir ve Şiddetin Kasten Yaralama Suçunun Ağır Hallerine Vücut Vermesi

Cinsel saldırı suçunda kullanılan cebir ve şiddetin kasten yaralama suçunun daha ağır neticelerine sebep olması şeklinde düzenlenen neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış hal TCK' ya 6545 sayılı değişiklik ile girmiştir. Cinsel saldırı suçunda kullanılan cebir ve şiddet aslında suçun unsurudur ve bu nedenle cinsel saldırı suçu bu açıdan bileşik suçtur.³⁸⁸ Bileşik suçta, unsur haline gelen suçtan dolayı ceza verilmez yani

olması, c- Failin eylemi ile arasında illiyet bağı bulunacak şekilde mağdurun ölmesi, d- Failin meydana gelen ölüm sonucuna ilişkin en az taksir derecesinde bir kusurunun bulunması, koşullarının birlikte gerçekleşmesi gerekir. Buna göre, fail mağduru yaralamak amacıyla hareket etmeli, mağdurun yaralanacağını bilmeli ve bu sonucu istemelidir. Bununla birlikte fail mağdurun yaralanmasını değil ölmesini istemiş ve ölüm meydana gelmiş ise kasten öldürmeden; mağdurun ölebileceğini öngörmesine karşın olursa olsun diyerek bu sonucu göze almış ve kabullenmiş ise, bu durumda da neticesi sebebiyle ağırlaştırılan suçtan değil, olası kastla öldürmeden sorumlu tutulacaktır.” Yar. , CGK, 18/09/2012, 1-941/1780, “Hükümlünün, öleni itmesi ile meydana gelen ölüm arasında nedensellik bağının bulunduğu ve hükümlünün öleni eliyle iteklemesi eyleminin 5237 sayılı TCY’ nın 86/2. maddesi kapsamında kalan kasten yaralama olduğunda kuşku bulunmadığından hükümlünün eyleminin TCY’ nın 87/4. maddesi kapsamında değerlendirme olanağı yoktur. Olayda hükümlü, dikkat ve özen yükümlülüğüne uymayarak iradi bir hareketiyle öleni göğsünden itmiş ancak gerçekleşen sonucu yani ölümü öngörememiştir. Diğer bir anlatımla, hükümlünün kastı, kasten yaralamaya ilişkin olup meydana gelen ağır sonuç olan “ölüme ” yönelik değildir. Beton zeminde bulunan bir kişinin sert bir şekilde itilmesi sonucu yere sırt üstü düşerek ölebileceği objektif olarak öngörülebilir bir sonuç olmasına karşın hükümlü bunu öngörememiştir. O halde hükümlünün olayda meydana gelen ağır netice olan ölümden taksirle sorumlu tutulmasında bir isabetsizlik bulunmamaktadır.” Yar. , CGK, 14/04/2009, 1-197/93, ÖZGENÇ, s. 276 ve 279, DÜZGÜN, Nuri ve ELMACI, Şerafettin, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununa Göre Olası Kast Bilinçli Taksir Ve Taksirle İşlenen Suçlar, Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2009, s. 106 – 107, ÖZEN, Ceza Hukukunda Taksir, s. 229 – 230, DEMİRBAŞ, s. 382 – 383, İÇEL, s. 419 – 421, ÖZENBAŞ, s. 33 ve 36 – 37, DÜZGÜN ve ELMACI, s. 106 - 107

³⁸⁷TCK md. 102/4 - 5 “ Cinsel saldırı için başvurulacak cebir ve şiddetin kasten yaralama suçunun ağır neticelerine neden olması hâlinde, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır. Suç sonucu mağdurun bitkisel hayata girmesi veya ölümü hâlinde, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükmolunur.”

³⁸⁸TCK md.42 “ Biri diğerinin unsurunu veya ağırlaştırıcı nedenini oluşturması dolayısıyla tek fiil sayılan suça bileşik suç denir. Bu tür suçlarda içtima hükümleri uygulanmaz.”,“ Söz konusu hüküm, faile, hem cinsel saldırı suçundan, hem de kasten yaralama suçundan ceza vermektedir. Ortada iki ayrı suç vardır. O halde iki ayrı suçun, iki ayrı manevi unsurunun bulunması, zorunlu olmaktadır. Cinsel saldırı suçunun manevi unsurunu bulmak kolaydır. Ancak, kasıtlı yaralama suçunun manevi unsurunu nereden çıkaracağız; bu belli değildir. Burada kastın varlığı, aksi ispatlanamayan bir karine olarak var sayılmıştır, çünkü mağdurun direncinin kırılmasını sağlayacak ölçünün ötesinde cebir kullanıldığının tespit edilmesi halinde, fail, kastına bakılmaksızın, doğrudan kasten yaralama suçundan sorumlu tutulacaktır. Bu durum, “fiyakalı bir biçimde ” objektif sorumluluğu kaldırdığını iddia eden kanun koyucuyu, hiç kuşkuyla yer vermeyen bir biçimde yalanlamaktadır. Öte yandan “ mağdurun direncinin

tek suçtan ceza uygulanır ancak kanun koyucu bu konuda farklı bir yol izleyerek ayrıca kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış hallerinden dolayı da cezalandırma yoluna gitmiştir. Bu düzenleme yasanın değişiklik öncesi haline göre farklıdır. Değişiklik öncesinde failin kullandığı cebir veya şiddet, mağdurun direncinin kırılmasının ötesindeyse, fail ayrıca kasten yaralama suçundan da sorumluydu fakat failin kullandığı “ cebirin mağdurun direncinin kırılmasının ötesinde olması ” ifadesinden ne anlaşılması gerektiği kanunda açıkça tanımlanmadığı için, kanaatimizce muğlak ve tartışmaya açık bir ifadeydi, bu nedenle yeni düzenleme daha yerinde olmuştur.³⁸⁹

Burada kanun koyucu kasten yaralama suçundan ayrı ceza yerine, TCK 61 maddesi gereği somut olaya göre alt sınırdan ayrılarak veya ayrılmayarak ceza verilmesi konusunda bu hususu hakimın takdirine bırakabilirdi. Ancak, ülkemizdeki uygulamaların yeknesak olmaması nedeniyle bu tarz bir yol adil olmayan bir duruma sebep olabilirdi. Ayrıca cinsel saldırı suçunda cebir veya şiddet kullanan fail, kullandığı cebir veya şiddetin mağdur üzerinde yaralanmaya neden olacağını bilmekte, sonucu öngörmekte ve cinsel saldırı suçunu işlemek için en azından bu yaralamayı kabullenerek eylemi gerçekleştirmektedir. Bu durumda failin en azından olası kastla hareket ettiği kesindir. Bu nedenle failin yaralama eylemi esnasındaki kastını belirlemek de zor değildir.

Örneğin; mağduru ıssız bir yere zorla götüren fail, mağdurun direncini kırmak, karşı koymasını engellemek için mağdurun yüzüne derin bir şekilde jilet atıp daha sonra nitelikli cinsel saldırıda bulunsa, failin yüzde sabit ize neden olacak nitelikteki yaralamasının kasten yapıldığı tartışmaya gerek olmaksızın ortadadır. Çünkü fail, yaptığı şiddet eylemi sonucunda mağdurda yaralanma olacağını, hatta mağdurun yüzünde iz kalacağını bilmekte, sonucu öngörmekte ve eyleminin zorunlu sonucu

kırılmasını ” saptamada başvurulacak ölçüt de yeterince belirli değildir. Bu ilerde sıkıntılara neden olacak; hukuka güveni sarsacaktır.” HAFIZOĞULLARI ve ÖZEN, Özel Hükümler, s. 165

³⁸⁹“ Yasa koyucunun bu suçu düzenlerken, suçun cebir ve şiddet temeline dayalı bir suç olduğunu madde metninde ifade etmesinin sonucu olarak, cinsel saldırı ile yaralamanın birlikte ele alınması ve iki ayrı ceza verilmesi sonucu ortaya çıkmaktadır. Bu yaklaşım, cinsel saldırı suçunun temel niteliğine aykırıdır. Cebir ve şiddet, bu suçun vazgeçilmez bir unsurudur. Bu nedenle bu suçta cebir ve şiddet kullanıldığında, ayrıca yaralamadan ceza verileceğinin öngörülmesi, doğru bir tercih değildir.” YURTCAN, Cinsel Suçlar, s. 18, İPEKÇİOĞLU, Pervin Aksoy, Türk Ceza Kanunu' nda Bileşik Suç, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 61, Sayı 1, 2012, s. 58

olan jilet kesisini istemektedir. Bu durumda fail ayrıca kasten yaralamanın neticesi sebebiyle ağırlaşmış halinden de sorumludur.

Kasten yaralama eyleminin ağır neticeleri TCK' nın 87. maddesinde düzenlenmiştir. Failin kullandığı cebir veya şiddet 87. madde kapsamında ise bu maddeden de ceza tayinine gidilecektir.³⁹⁰

2.6.2.Cinsel Saldırı Sonucu Mağdurun Bitkisel Hayata Girmesi veya Ölmesi

Bitkisel hayat; beyin fonksiyonlarının yitirildiği, solunum ve dolaşım sisteminin dış destekle görev yaptığı, tam bilinçsizliğin bulunduğu klinik yaşam türü olarak tanımlanabilir.³⁹¹ Bir kişinin bitkisel hayata girip girmediği meselesi tıbbi bir konu olup bu konuda bilirkişi raporu alınması gerekmektedir.³⁹²

³⁹⁰TCK md. 87 “ (1) Kasten yaralama fiili, mağdurun; a) Duyularından veya organlarından birinin işlevinin sürekli zayıflamasına, b) Konuşmasında sürekli zorluğa, c) Yüzünde sabit ize, d) Yaşamını tehlikeye sokan bir duruma, e) Gebe bir kadına karşı işlenip de çocuğunun vaktinden önce doğmasına, neden olmuşsa, yukarıdaki maddeye göre belirlenen ceza, bir kat artırılır. Ancak, verilecek ceza, birinci fıkraya giren hâllerde üç yıldan, üçüncü fıkraya giren hâllerde beş yıldan az olamaz. (2) Kasten yaralama fiili, mağdurun; a) İyileşmesi olanağı bulunmayan bir hastalığa veya bitkisel hayata girmesine, b) Duyularından veya organlarından birinin işlevinin yitirilmesine, c) Konuşma ya da çocuk yapma yeteneklerinin kaybolmasına, d) Yüzünün sürekli değişikliğine, e) Gebe bir kadına karşı işlenip de çocuğunun düşmesine, neden olmuşsa, yukarıdaki maddeye göre belirlenen ceza, iki kat artırılır. Ancak, verilecek ceza, birinci fıkraya giren hâllerde beş yıldan, üçüncü fıkraya giren hâllerde sekiz yıldan az olamaz. (3) (Değişik fıkra: 06/12/2006 - 5560 S.K.4.md) Kasten yaralamanın vücutta kemik kırılmasına veya çıkığına neden olması halinde, yukarıdaki maddeye göre belirlenen ceza, kırık veya çıkığın hayat fonksiyonlarındaki etkisine göre, yarısına kadar artırılır. (4) Kasten yaralama sonucunda ölüm meydana gelmişse, yukarıdaki maddenin birinci fıkrasına giren hâllerde sekiz yıldan oniki yıla kadar, üçüncü fıkrasına giren hâllerde ise oniki yıldan onaltı yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. ”, “ I- “ Yağma ” ve “ Cinsel Saldırı ” suçlarından kurulan hükümlere yönelik temyiz itirazlarının incelenmesinde; “ Yaralama eyleminin, yakınının yaşamını tehlikeye sokan bir duruma neden olmadığı, basit tıbbi müdahale ile giderilemeyeceği ” yönündeki Adli Tıp Kurumu’ nun 11/09/2007 tarihli raporuna göre, neticesi sebebiyle ağırlaşmış nitelikte bulunmayan yaralama eyleminin, TCK.’ nun 149/2. maddesi uyarınca yağma suçunun unsuru olduğu ve ayrıca kasten yaralama suçundan ceza verilemeyeceği gözetilmeden, TCK.’ nun 86/1, 3-e maddesiyle mahkumiyet hükmü kurulması ”Yar. , 6. CD, 06/05/2010, 26633/5765, “ Sanığın zorla cinsel saldırı eyleminde bulunduğu mağdureyi bu eylem sırasında bıçakla ve basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek ölçüde hafif şekilde yaraladığının anlaşılması ve 5237 sayılı Yasanın 102/4. maddesinin “ suçun işlenmesi sırasında mağdurun direncinin kırılmasını sağlayacak ölçünün ötesinde cebir kullanılması durumunda kişi ayrıca kasten yaralama suçundan dolayı cezalandırılır, hükmü karşısında, sanığın mağdureyi yaralama eyleminin cinsel saldırı suçunun zor unsuru yada 102/4. maddesi kapsamında kalıp kalmadığı hususu karar yerinde tartışılmadan kasten yaralama olarak kabulü ile 86/2-3. maddelerine göre hüküm kurulması,” Yar. , 5. CD, 21/09/2006, 6774/7134, Uyap Mevzuat Programı, Erişim Tarihi: 22/06/2015

³⁹¹ŞİŞMAN, s. 129

³⁹²YURTCAN, Cinsel Suçlar, s. 19

Cinsel saldırı sonucu mağdurun bitkisel hayata girmesi veya ölmesi hali için, ortaya çıkan ağır sonuç ile cinsel eylem arasında illiyet bağı bulunması gerekir. Buradaki illiyet bağı doğrudan olan bağıdır yoksa dolaylı illiyet bağıyla ortaya çıkan sonuçlardan fail sorumlu değildir. Örneğin; cinsel saldırı sonucu mağdur hamile kalmış ve bu hamileliği sonlandırmak amacıyla çocuğu düşürürken ölmüş veya doğum esnasında mağdur hayatını kaybetmiş ise; bu sonuçlar cinsel saldırı fiilinin doğrudan sonucu olmadığı için faili sorumlu tutmak mümkün değildir. Yine mağdur cinsel saldırı sonucu yaşadığı bunalım nedeniyle intihar etmiş ise; bu intihar olayı, mağdurun hür iradesine dayalı kararı olması ve intiharın cinsel saldırı eyleminin doğrudan sonucu olmaması nedeniyle, faile bu ölüm sonucu yüklenemez.³⁹³

Ölüm veya bitkisel hayata girme sonucu, cinsel nitelikli eylemden kaynaklanabileceği gibi, failin olay esnasında mağdurun direncini kırmak için kullandığı cebir veya şiddetten de kaynaklanabilir, bu durumda da failin bu nitelikli hale göre sorumluluğu söz konusu olacaktır.³⁹⁴

Bitkisel hayata girme veya ölüme neden olan cinsel saldırı eylemi, teşebbüs aşamasında da kalabilir, eylemin teşebbüs aşamasında kalması nitelikli halin uygulanmasına engel değildir.³⁹⁵

Daha ağır olarak ortaya çıkan sonuçtan sorumluluk için failin en azından taksir seviyesinde kusuru da bulunmalıdır. Kusurun, kasta dönüşmesi halinde sorumluluk iki şekilde olacaktır. İlki; ağır sonuç, eylem esnasında kullanılan cebirden kaynaklı olmayıp sadece cinsel nitelikli eylemden kaynaklanmış ise failin ağır sonuç bakımından kasıtlı veya taksirli olmasının bir önemi yoktur. Örneğin; ağır kalp hastası olduğunu bildiği mağdura nitelikli cinsel saldırı gerçekleştiren fail, mağdurun eylem nedeniyle kalp hastalığının tetiklenip ölebileceğini öngörmüş ancak sonucu

³⁹³ AKSOY, s. 146-147, TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 360

³⁹⁴“ TCK.’ nun 418/1. maddesinin uygulanabilmesi için; sanıkta öldürme kastının bulunmaması, 414, 415 ve 416. maddelerde açıklanan eylem ve davranışların suçtan zarar görenin ölümü sonucunu doğurması, ölümle ırza geçme, bu suça kalkışma ya da ırza sataşma (tasaddi) suçunu gerçekleştirmeye yönelik zor davranışları arasında nedensellik bağının bulunması yeterli olup, suçtan zarar görenin doğrudan doğruya ırza geçme sonucu (cinsiyet organında yırtılma, yara meydana gelmesi vs. nedeniyle) ölmüş olması gerekli değildir. Olayımıza gelince; sanığın hükme temel alınan aşamalarındaki açıklamaları karşısında, öldürme kastının bulunmadığı ve zorla ırza geçme sırasında mağdurenin sesini çıkarmasını önlemek için ağzını, burnunu kapatması nedeniyle ölüm sonucunun doğduğu anlaşıldığı halde, TCK.’ nun 418/1.maddesi yerine yazılı şekilde 450/7. maddeyle hüküm kurulması, ” Yar. , s. CD, 25/10/1984, 3206/3937, BAKICI, Genel Adap Ve Aile Düzenine Karşı Cürümler, s. 214

³⁹⁵ AKSOY, s. 147, ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, Özel Hükümler, s. 222-223

kabullenmiş ve eylemine devam etmiş ise ve mağdur kalp krizi nedeniyle hayatını kaybetmişse, fail sadece TCK 102/5' den sorumlu olacaktır. Çünkü, örnekteki olayda açıkça görüleceği üzere failin tek eylemi cinsel dokunulmazlığa müdahale eden cinsel davranıştır ve tek eyleme de tek ceza verilebilir aksinin kabulü mümkün değildir.³⁹⁶ İkincisi; ağır sonuç, cinsel saldırı eylemini gerçekleştirmek amacıyla başvuru ve cinsel saldırı suçunun unsuru olan cebir veya şiddet sonrası meydana gelmişse ve fail ağır sonuç bakımından kasıtlı ise kanaatimizce fail cinsel saldırı suçundan ve kasten veya olası kastla adam öldürmeden sorumlu olacaktır yani TCK 102/5' te düzenlenen nitelikli halden sorumlu olmayacaktır.³⁹⁷

Fail önce cinsel saldırıyı gerçekleştirip daha sonra öldürme eylemini gerçekleştirir ise; fail hem cinsel saldırıdan hem nitelikli kasten öldürmeden (TCK 82/1-h) veya cinsel saldırı suçunu gerçekleştirememesinin verdiği sinirle mağduru öldürür ise; fail yine hem nitelikli kasten öldürmeden (TCK 82/1-i) hem de cinsel saldırı suçuna teşebbüsten sorumlu olacaktır.³⁹⁸

³⁹⁶ŞİŞMAN, s. 130, ÖZEN, Ceza Hukukunda Taksir, s. 256

³⁹⁷ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACIKSIZ/TEPE, Özel Hükümler, s. 331, TEZCAN/ERDEM/ÖN OK, s. 360, Aksi yönde görüş “ Örneğin failin mağduru cinsel davranışa karşı koymasını engellemek, onu bayıltıp etkisiz hale getirebilmek için kafasına sert bir cisimle vurmuş, cinsel saldırıyı gerçekleştirmiş ve fakat darbenin sonucunda mağdur beyin kanaması geçirerek bitkisel hayata girmiş veya ölmüş ise, cinsel saldırının neticesi sebebiyle ağırlaşmış haligerçekleşmiş olacaktır. “ KOCA ve ÜZÜLMEZ, Özel Hükümler, s. 303, “ Ölümün mutlaka cinsel saldırının sonucu olması, örneğin vücuda organ sokulması dolayısıyla cinsel organların harabiyeti dolayısıyla meydana gelmesi şart değildir. Failin cinsel saldırıyı gerçekleştirmek için, mağdurun boğazını uzun süre sıkması sebebiyle ölüm meydana gelmiş olması halinde de nedensellik bağının varlığı kabul edilecektir. ” CENTEL, s. 282, Her iki örneğe bakıldığında; ağır sonuç cinsel saldırıyı gerçekleştirmeye yönelik ve cinsel saldırının unsuru haline gelen cebir eyleminden kaynaklanmaktadır. Burada dikkat edilecek husus ölüm sonucunun öngörülebilir nitelikte olmasıdır. Kafaya sert bir cisimle vurulması sonucu beyin kanaması geçirilebileceği veya kişinin boğazını uzun süre sıkma durumu sonrası mağdurun ölebileceğini faillerin öngörmemesi mümkün değildir. Bu iki örnekte de bizce failler ölüm sonucunu öngörmekte ve istememekte ancak cinsel saldırıyı gerçekleştirmek için bu sonucu kabullenmektedir. Bu durumda faillerin hem cinsel saldırı hem de olası kastla adam öldürme suçundan sorumluluğu söz konusudur hatta bir kişinin uzun süre boğazını sıkma olayında fail sırf cinsel saldırıyı daha kolay gerçekleştirmek için mağdura bahse konu cebir eylemini uygulamış ise ve ölüm, cinsel eylemden sonra gerçekleşmişse failin sorumluluğu TCK' nın 82/1-h maddesinde düzenlenen nitelikli adam öldürme suçundan söz konusu olacaktır.

³⁹⁸DOĞAN, s. 312, İPEKÇİOĞLU, s. 56 ve 57 “ Oluşa ve dosya içeriğine göre; maktule Melek' in Şırnak' ta yalnız olarak yaşadığı, olay tarihinde sanığın maktulenin evine girerek zorla cinsel saldırıda bulunduğu, eylemini gerçekleştirdikten sonra cinsel saldırı suçunu gizlemek, delillerini ortadan kaldırmak ve yakalanmamak amacıyla maktuleyi elektrik kablosuyla boğarak öldürdüğü, daha sonra evdeki bazı eşyalar ile maktulenin cep telefonunu alarak kendi evine götürdüğü olayda; sanık Osman' ın, canavarca hisle ve eziyet çektirerek öldürme suçu yönünden; maktule Melek' in bağla boğmaya bağlı mekanik asfiksi sonucu öldürülmesinin tek başına suçun canavarca hisle ya da eziyet çektirerek işlendiğini kabule yeterli bulunmadığı, canavarca hisle öldürme, sırf öldürmüş olmak için öldürme, ölenin acı çekmesinden zevk duymak için öldürme olup, eziyet çektirerek öldürme ise ölümü

Son olarak fail, önce mağduru öldürüp daha sonra cinsel eylemi gerçekleştirir ise, failin sorumluluğu kasten öldürme ve kişinin hatırasına hakaret (TCK 130/2) suçundan söz konusu olacaktır.³⁹⁹

2.7.SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ VE YAPTIRIM

2.7.1.Teşebbüs

Teşebbüs; TCK' nın 35. maddesinde, “ Kişi işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaz ise teşebbüsten dolayı sorumlu tutulur. ” şeklinde düzenlenmiştir.⁴⁰⁰ Yasa metninde geçen doğrudan doğruya icraya başlama ifadesi, suç işleme kararı alan kişinin hal ve tavırlarıyla karar aşamasından çıkıp suçun işlenmesi için gereken hazırlık aşamasını da tamamlayıp kanunda tanımlı suçu işlemeye başlaması olarak açıklanabilir.⁴⁰¹ Yine otel görevlisi failin mağdurun bulunduğu odaya yedek

meydana getirme bakımından zorunlu olmayan ve ölüme takaddüm eden vahşice hareketler olup sanığın öldürme kastının yanında işkence ya da eziyet çektirme kastının da bulunması gerektiği, sanığın canavarca hisle ya da eziyet çektirerek öldürme amacıyla hareket ettiğini kabule yeterli her türlü kuşkudan uzak yeterli kesin kanıt bulunmadığı, ancak sanığın cinsel saldırı suçunu gizlemek, delillerini ortadan kaldırmak ve yakalanmamak amacıyla maktuleyi öldürdüğü anlaşılmakla; sanık hakkında TCK.nun 82/1-h maddesi uyarınca karar verilmesi gerekirken, suç niteliğinde yanılgiya düşülerek TCK.nun 82/1-b maddesi gereğince hüküm kurulması, ” Yar. , 1. CD, 10/12/2012, 4307/9225, “ Oluşa ve dosya kapsamına göre; Maktül ile tanık Aygül' ün olay tarihinde maktülün yönetimindeki araçla, sanığın tarlasının kenarında bulunan boş araziye giderek araç içerisinde sohbet ettikleri, bu sırada sanığın araca yaklaşp elindeki tabanca ile aracın maktül tarafındaki camına vurduğu, maktülün sanığı farketmesi üzerine hemen aracı çalıştırıp olay yerinden kaçmaya çalıştığı, sanığın bunun üzerine arkadan silahla iki el ateş ettiği, kurşunlardan birinin aracın arka sol lastiğine isabet ettiği, diğerinin ise arka camın sol tarafından girip ensesine isabet ederek maktülün ölümüne neden olduğu olayda; sanığın tabanca ile aracın camına vurmak dışında maktülün yanında bulunan tanık Ayşegül' e yönelik olarak cinsel saldırı kastı taşıdığını her türlü kuşkudan uzak biçimde ortaya koyan bir davranışı tespit edilemediğinden kasten öldürme suçunu oluşturan eylemle ilgili olarak suç vasfının tayininde yanılgiya düşülerek yazılı şekilde bir suçu işleyememekten duyulan infialle öldürme suçundan hüküm kurulması, ” Yar. , 1.CD, 04/10/2012, 8545/7181, Uyap Mevzuat Programı, Erişim Tarihi: 23/06/2015,

³⁹⁹TEZCAN/ERDEM/ÖNÖK, s. 360, Yar. , 1. CD, 22/04/2010, 6525/3023 sayılı ilamın karşı görüş niteliğindeki oydan “ Öldürülenin vajinasına tuzluk sokulması ölümden önce mi, sonra mı gerçekleşmiştir açıkça belirlenememiştir. Sanık lehine yorumla ölümden sonra olduğu benimsenmeliydi. ” Uyap Mevzuat Programı, Erişim Tarihi: 27/09/2015

⁴⁰⁰“ Teşebbüs, özü itibarıyla suç teşkil eden fiilin kısmen işlenmesidir. ” AYDIN, Devrim, Suça Teşebbüs, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 55, Sayı, 2006, s. 88

⁴⁰¹ÖZEN, Mustafa, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu' nun İştirak Kurumuna Bakışı, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 70, 2007, s. 243, D. AYDIN, s. 95, “ Örneğin ırza tecavüz suçunu işlemek amacıyla mağdurun etkisiz hale getirilmesi, bu amaçla yapılan cebir ve tehdit gibi eylemler birer icrai

anahtarla girip, mağdura ilişkiye girmek istediğini söyledikten sonra, mağduru zorla yatağa fırlatmasıyla cinsel saldırı suçunun icra hareketleri başlamış olacaktır. Yasada geçen elverişlilik tabirinden, suçta kullanılan eşyanın veya suçu gerçekleştirmek için yapılan fiilin o sonucu ortaya çıkarabilme gücü olarak anlaşılır.⁴⁰²

TCK 102/1. maddesinde düzenlenen basit cinsel saldırı suçu neticenin harekete bitişik olduğu suçlardandır. Yani, cinsel davranış gerçekleştiği anda neticede gerçekleşmiş olacaktır. Kural olarak bu tarz suçlara teşebbüs mümkün değildir. Ancak, hareketin parçalara bölünebildiği hallerde teşebbüs mümkün olacaktır.⁴⁰³

TCK ' ya 6545 sayılı yasa ile getirilen suçun basit halinin daha az cezayı gerektiren hali olan sarkıntılığa da teşebbüs mümkündür. Eylemin suçun basit halini veya sarkıntılık halini oluşturup oluşturmadığını, eylemin ani, hareketler yönünden kesik ve devamlılık arzedip etmediğine göre belirleriz. Örneğin; yolda yürüyen mağdureye sinsice yanaşan, hiçbir şey söylemeden eliyle mağdurenin poposuna tam dokunmak üzereyken bunu farkedenden üçüncü bir şahsın failin eline vurması suretiyle suçun tamamlanmasını önlediği bir olayda, kanaatimizce eylem sarkıntılığa teşebbüs niteliğinde olacaktır. Yine aynı örnekte fail, mağdurun poposuna dokunmuş daha sonra önüne geçmiş ve mağdura, göğüslerini elleyeceğini ve sarılacağını söylemiş, söylemi akabinde fail eylemini tam devam ettirirken üçüncü bir şahsın

harekettir. ” GÜRGEN, Ahmet Cemal, Teşebbüs, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/169.doc, s. 2, Erişim Tarihi: 10/10/2015

⁴⁰² HAKERİ, s. 464, “ Elverişlilik, hareketin kanunun suç saydığı neticeyi meydana getirebilme iktidarı olarak tanımlanmaktadır. ” AKTARAN; KOCA ve ÜZÜLMEZ, Genel Hükümler, s. 370, AYDIN, Murat, İşlenemez Suç, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 21, Sayı 1, 2013, s. 81, HAKERİ, s. 464-465

⁴⁰³ YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 3257, KORKUSUZ, s. 839, CENTEL, s. 282, ARTUÇ, s. 595, PARLAR ve HATİPOĞLU, Ağır Ceza Davaları, s. 181, TUĞRUL, s. 117, ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, Özel Hükümler, s. 223, KOCA ve ÜZÜLMEZ, Özel Hükümler, s. 304, ATAMAN, s. 76, AKÇİN, s. 128, “ İtalyan Yargıtay' na göre fiziksel bir temas henüz gerçekleştirilmiş olmasa bile, o ana kadarki eylemlerin failin cinsel güdülerini giderme niyeti taşıdığı ve davranışların mağdurun cinsel özerkliğini ihlal etmeye elverişli olduğu anlaşılabiliriyorsa teşebbüs söz konusudur. Örneğin, arabayla mağduru eve bırakmakta olan failin izlemesi gereken olağan yoldan ayrılıp تنها bir bölgede durması, kızın bulunduğu arka koltuğa geçmesi cinsel yaklaşımda bulunma arzusunun içeren sözler sarf etmesi kızın kaçmaya başlaması üzerine takibe geçmesi olayında İtalyan Yargıtay' ı teşebbüs hükümlerini uygulamıştır. (İt. Yar. , 3. CD, 28/05/2001 tarih ve 21577 sayılı kararı) diğer bir olayda failin bir silahla, fahişe olan mağdureyi korunmalı cinsel ilişki bedeli karşılığında korunmaksızın cinsel ilişkide bulunma teklifini kabul etmeye zorlamak için tehdit etmesi de teşebbüs hükümleri çerçevesinde cezalandırılmıştır. (İt. Yar. , 3. CD, 17/12/2004 tarih ve 48521 sayılı kararı) ” AKTARAN; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 342, Aksi yönde görüş “ Suç ani suçtur. Kanun, hareketten bir neticenin doğmasını istememiş olduğundan, suç, neticesiz suçtur. Suça teşebbüs mümkün değildir. Hareketenin yapılmasıyla birlikte suç tüketilmiş olur. ” HAFIZOĞULLARI ve ÖZEN, Özel Hükümler, s. 160

engellemesiyle suçu tamamlamayacağı olayda; eylemin devamlılık göstermesi nedeniyle, fiil sarkıntılık boyutundan çıkacak ve suçun basit haline teşebbüs niteliğinde olacaktır.

Suçun organ sokmak suretiyle gerçekleştirilen nitelikli haline teşebbüs mümkündür. Bu konuda yasada nitelikli hale teşebbüsü önleyen herhangi bir hüküm de bulunmamaktadır.⁴⁰⁴

Yargıtay'ın uygulamaları da bu yöndedir.⁴⁰⁵ Ancak Yargıtay, başka bir kararında da oturmuş görüşünden farklı şekilde hüküm kurmuştur.⁴⁰⁶

⁴⁰⁴ÜNVER, s. 300, SOYASLAN, Özel Hükümler, s. 243, SEVÜK, s. 261, TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 342, PARLAR ve HATİPOĞLU, Türk Ceza Kanunu Yorumu, s. 831, ARTUÇ, s. 595, HAFIZOĞULLARI ve ÖZEN, Özel Hükümler, s. 162, SOYASLAN, Özel Hükümler, s. 240, SEVÜK, s. 261, Aksi yönde görüş “ Suçların içtimai bölümünde 43. maddenin 2. fıkrasında şu ifade yer almaktadır; “ bir suçun temel şekli ile daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli şekilleri, aynı suç sayılır. ” buna dayanarak, cinsel saldırının nitelikli halini düzenleyen fıkranın cinsel saldırı suçu ile aynı suç sayılması nedeniyle nitelikli cinsel saldırı suçuna teşebbüsün mümkün olmayacağını söyleyebiliriz. ” KORKUSUZ, s. 839, “ Cinsel saldırının nitelikli şekline teşebbüs edilmesi mümkün olmakla birlikte, bu durumda teşebbüse ilişkin hükümlerin uygulanması söz konusu olamaz. Örneğin, fail cinsel saldırıyı vücuda organ veya cisim sokmak suretiyle işlemek ister ve fakat eline olmayan sebeplerle bunu gerçekleştirmezse suçun temel şeklini tamamlamış ve nitelikli şekline teşebbüs etmiş olur. Ancak bu durumda failin cezasının teşebbüs hükümlerine göre belirlenmesi mümkün değildir zira cinsel saldırı suçunun vücuda organ veya cisim sokmak suretiyle işlenmesi, ayrı bir suç olarak değil cinsel saldırının nitelikli hali olarak kabul edilmiştir. Suçun temel şekli tamamlandıktan sonra suçun nitelikli halleri ancak gerçekleştiğinde fail hakkında uygulanabilirler. Nitelikli hal gerçekleşmediği sürece fail hakkında ancak suçun temel şeklinden dolayı ceza verilebilir. Bu itibarla fail mağdurun vücuduna organ veya cisim sokmaya yeltenmiş ancak elinde olmayan sebeplerle bunu başaramamışsa yalnızca suçun temel şeklinden dolayı cezalandırılmalıdır. Ancak fiilin bu işleniş şekli dikkate alınarak suçun temel şeklinden dolayı verilen cezada alt sınırdan uzaklaşmak gerekir.” KOCA ve ÜZÜLMEZ, Özel Hükümler, s. 304-305, ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, Özel Hükümler, s. 223, ATAMAN, s. 78, DOĞAN, Cinsel Saldırı Suçu, s. 103

⁴⁰⁵“ Mağdurenin anne ve babasının hastaneye gitmesi nedeniyle olay günü evde tek başına kaldığı sırada sanığın saat 13:30 civarında eve gelerek mağdureyi zorla yatak odasına götürdüğü, mağdurenin ve kendisinin alt kısmında bulunan elbiselerini çıkartıp üzerine abandığı esnada eve gelen mağdurenin kardeşi olan tanık O...’ ın bağırma sesini duyup yatak odasına girdiğinde sanığın elinde olmayan nedenlerle eylemini tamamlayamadan olay mahallinden uzaklaştığı şeklinde gerçekleşen ve oluşa uygun olarak kabul edilen eylemin nitelikli cinsel istismara teşebbüs niteliğinde olduğu ” Yar. , 5. CD, 15/04/2008, 335/357, “ Oluş ve delillere göre sanığın resmi nikahlı eşinin kardeşi olan mağdureyi telefon almak bahanesi ile tanık V' nin evine götürdüğü, tanığın bir bahaneyle evden ayrılmasını müteakip benim olacaksın, buradan ölün çıkar dirin çıkmaz, boşuna debelenme diyerek kucaklayıp yatak odasına taşıdığı, bu sırada mağdurenin komşuların duymasını sağlamak için oda kapısının camını kırıp yüksek sesle yardım istediği sanığın mağdureyi yatağa yatırıp üzerine çıktığı ve kendi fermuarını açtığı, müştekini ciddi olarak direnmesi ve kapıya gelen komşuların bağırması üzerine eylemini tamamlayamadan bırakmak zorunda kaldığı anlaşılan sanığın, söz ve davranışları ile açığa vurduğu kastna ve tıbbi raporlara göre; eyleminin vücuda organ sokmak suretiyle cinsel saldırı suçuna kalkışma niteliğinde bulunduğu gözetilmeden basit cinsel saldırı suçu olarak kabulü ile yazılı şekilde hüküm kurulması ” Yar. , 5. CD, 22/01/2008, 11586/161, TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 349, “ Oluş ve delillere göre; sanığın resmi nikahlı eşinin kardeşi olan mağdureyi telefon almak bahanesiyle tanık Vedat’ın evine götürdüğü tanığın bir bahaneyle evden ayrılmasını müteakip “...benim olacaksın buradan ölün çıkar dirin çıkmaz boşuna debelenme ” diyerek kucaklayıp yatak odasına taşıdığı bu sırada mağdurenin komşuların duymasını sağlamak için oda kapısının camını kırıp yüksek sesle

Cinsel saldırı suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış haline teşebbüs mümkün değildir.⁴⁰⁷ Çünkü, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda; meydana gelen ağır netice bakımından failin bir isteği yoktur. Yani fail açısından meydana gelen ağır netice istenmeyen sonuçtur. Bu durumda da kişinin istemediği bir şeye teşebbüs etmesi mümkün değildir. Teşebbüsün düzenlendiği 35. maddede; “işlemeyi kastettiği ” ibaresinde de bu hususa vurgu yapılmaktadır.⁴⁰⁸

Yargıtay da neticesi sebebiyle ağırlaşmış suça teşebbüsün mümkün olmadığını kabul etmektedir.⁴⁰⁹

yardım istediği sanığın mağdureyi yatağa yatırıp üzerine çıktığı ve kendi fermuarını açtığı müştekinin ciddi olarak direnmesi ve kapıya gelen komşuların bağırması üzerine eylemini tamamlayamadan bırakmak zorunda kaldığı anlaşılan sanığın, söz ve davranışları ile açığa vurduğu kastına ve tıbbi raporlara göre; eyleminin vücuda organ sokmak suretiyle cinsel saldırı suçuna kalkışma niteliğinde bulunduğu gözetilmeden basit cinsel saldırı suçu olarak kabulü ile yazılı şekilde hüküm kurulması.. ” Yar. , 5. CD, 22/01/2008, 11586/161, AKSOY, s. 152-153,

⁴⁰⁶ “ Dosya içeriğine göre, sanığın, olay günü mağdureyi yere yatırarak pantolonunu çıkarttığı, kendi pantolonunu da dizine kadar indirerek mağdurenin üzerine çıkıp öptüğü ve devamla cinsel organını mağdurenin vajinasına sokmaya çalıştığı sırada mağdurenin bağırma sesini duyan tanık Abdurrezzak' in olay yerine gelmesi nedeniyle eylemini tamamlayamadığı anlaşılmakla, nitelikli cinsel saldırı suçunun geçitli suçlardan olması ve teşebbüs aşamasında kalan bu olayın basit cinsel saldırı suçunu da kapsamaması nedeniyle meydana gelen zarar ve tehlikenin ağırlığı da gözetilerek TCK.nın 102/1, 102/3-a maddeleri uyarınca verilecek cezadan, aynı Kanunun 102/1, 102/3-a maddelerinde öngörülen cezanın altında olamayacağı düşünülmeden eksik cezaya hükmolunması, ” Yar. , 14. CD, 01/10/2012, 4359/9268, ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, Özel Hükümler, s. 224

⁴⁰⁷TUĞRUL s. 124-125, TANER, s. 220, İÇEL, s. 466, DEMİRBAŞ, s. 455 Aksi yönde görüş “ Tamamlanmış veya teşebbüs aşamasında kalmış cinsel saldırı, maddenin 5 ve 6. fıkralarına uygun ağır neticeleri ortaya çıkarma tehlikesi doğurmuşsa, yani netice sebebiyle ağırlaşma teşebbüs aşamasında kalmış ise (netice sebebiyle ağırlaşmış suça teşebbüs) failin ağır neticeler bakımından kasten hareket ettiğinin tespit edildiği hallerde sorumlu tutulması mümkündür. ” KOCA ve ÜZÜLMEZ, Özel Hükümler, s. 303, D. AYDIN, s. 108, AKDAĞ, Hale, Gönüllü Vazgeçme, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 3, Sayı 2, 2013, s. 113, “ Diğer bir ifadeyle gerçek neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar bakımından ağırlaşmış neticeye teşebbüs mümkün değildir. Çünkü bu tür neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda failin özel netice bakımından kastı söz konusu değildir. Dolayısıyla eğer failin kastı özel neticeye yönelik değilse o netice bakımından teşebbüsten söz edilemez. Örneğin neticesi sebebiyle ağırlaşmış işkence suçunda “ İşkence sonucunda ölüm meydana gelmişse, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükmolunur. ” Buna göre eğer failin öldürmeye yönelik bir kastı yoksa işkencenin ölüm neticesini meydana getirmemesi durumda failin de teşebbüsünden söz edilemez. Buna karşılık failin özel neticeye kast etmiş olduğu görünüşte neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlara teşebbüs mümkündür. Çünkü bu tip neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda failin özel netice bakımından da kasten hareket etmiş olması mümkündür. Örneğin F, M'nin gözünü çıkarmak için hareket eder ancak amacına ulaşamaz ya da temel suç tipine teşebbüs ağır neticeye neden olabilir. ” DOĞAN, s. 296 – 297, “ Taksirli suçlarda ve olası kastta teşebbüs mümkün değildir. Bu nedenle, meydana gelen daha ağır veya başka netice bakımından failin doğrudan kastı tespit edilmelidir. Eğer böyle bir tespit yapılabiliyorsa, netice meydana gelmemişse teşebbüsten bahsedilebilir. ” ÖZEN, Ceza Hukukunda Taksir, s. 242

⁴⁰⁸TUĞRUL s. 124-125

⁴⁰⁹“ Dairemizce de benimsenen Yargıtay Ceza Genel Kurulu' nun 18/12/1989 gün ve 1989/314 Esas, 1989/399 ve 20/11/2007 gün, 2007/5-142 Esas, 2007/240 sayılı kararlarında vurgulandığı gibi; sonucun gerçekleşmiş olması nedeniyle neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlara teşebbüsün olanaklı bulunmadığı gözetilip, 5237 sayılı TCK. nun 35. maddesinin aynı Yasanın 61/5. maddesindeki sıraya

Gönüllü vazgeçme TCK' nın 36. maddesinde; “ Fail suçun icra hareketlerinden gönüllü vazgeçer veya kendi çabalarıyla suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini önlerse teşebbüsten dolayı cezalandırılmaz; fakat, tamam olan kısım esasen bir suçu oluşturduğu takdirde sadece o suça ait ceza ile cezalandırılır. ” şeklinde düzenlenmiştir. Örneğin; köy yerinde yaşanan bir olayda, fail mağdura cinsel saldırı fiili gerçekleştirmek için onu samanlıkta sıkıştırıp, ona karşı sözle cinsel saldırıda bulunacağını belirtip mağdura yaklaştığı esnada mağdurun yalvarması üzerine failin eylemden vazgeçmesi halinde; failin sorumluluğu cinsel saldırı suçundan değil cinsel taciz suçundan olacaktır.

Suçun basit halinin düzenlendiği TCK 102/1 maddesinde belirtilen eylemin neticesi gerçekleşmeden fail icra hareketlerinden gönüllü olarak vazgeçerse fail teşebbüs aşamasında kalan cinsel saldırı suçundan sorumlu olmayacak ancak o ana kadarki eylem; failin olay esnasındaki hal, söz ve davranışlarına göre cinsel taciz suçuna vücut verebilecektir.

Suçun nitelikli halinden gönüllü olarak vazgeçilmesi durumunda, failin suçun basit halinden sorumlu olup olmayacağı tartışmalıdır. Bu konu ancak bahse konu yasa maddesinde düzenlenen suçun nitelikli halinin ayrı bir suç olarak kabul edilip edilmediğine göre çözümlenmektedir. Suçun nitelikli hali ayrı bir suç kabul edilirse fail gönüllü vazgeçme durumunda suçun basit halinden, ayrı bir suç olarak kabul edilmez ise fail cinsel saldırı suçundan değil davranışlarına göre cinsel taciz suçundan sorumlu olacaktır. Daha önce de açıkladığımız üzere biz suçun nitelikli halinin yasada ayrı bir suç olarak öngörülmediğini düşünmekteyiz. Bu nedenle suçun nitelikli halinden gönüllü olarak vazgeçen kişi basit cinsel saldırı suçundan sorumlu olmayacaktır.⁴¹⁰

uygun olarak ancak 102/2. madde ile tayin edilen ceza üzerinden uygulanıp daha sonra 102/5. madde ile sonuç cezanın belirlenmesi gerekirken, teşebbüsün derecesi ve eylemin ağırlığına da yanlış anlam verilerek azami oranda indirim yapıp yazılı biçimde hüküm kurularak noksan cezaya hükmolunması,” Yar. , 5. CD, 21/05/2009, 8920/6121, TUĞRUL, s. 124-125

⁴¹⁰ KOCA ve ÜZÜLMEZ, Özel Hükümler, s. 305, Aksi yönde görüş ÜNVER, s. 301, YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 3259, TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 343, ATAMAN, s. 78, “ Tamamlanmış bulunan suç, işlenmesi kastedilip gönüllü vazgeçilen suçun bir unsuru olabilir. Buna, Yargıtay kararlarına yansımış birkaç örnek verirse; tehdit ile para istenmesine karşın mağdurun parasının olmadığını beyan etmesi üzerine eylemine devam etmeyerek vazgeçen failin bu eylemi yağma suçuna eksik teşebbüs değil, tehdit niteliğinde kabul edilecektir. Hakeza, cinsel saldırı suçunu vücuda organ sokmak suretiyle (5237 S. TCK m. 102/2) işlemek isteyen fail, mağduru okşadıktan sonra (m. 102/1) vazgeçecek olursa, sadece cinsel davranışlarla bir kimsenin vücut dokunulmazlığını

Yargıtay suçun nitelikli hali açısından icra hareketlerine başlayan failin, icra hareketlerinden gönüllü vazgeçmesi durumunda, failin suçun basit halinden sorumlu olacağı yönünde görüş belirtmektedir.⁴¹¹

ihlal suçundan (m. 102/1) suçundan dolayı cezalandırılması yoluna gidilecektir ” KAYANÇİÇEK, Murat, Suça Teşebbüs, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/157.doc, s. 30, Erişim Tarihi: 10/10/2015, KILIÇ, s. 195, GÜNAY, Erhan, Öğreti Ve Uygulamada Yeni Türk Ceza Kanunundaki Etkin Pişmanlık Ve Gönüllü Vazgeçme, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2006, s. 174-175

⁴¹¹“ Sanığın ırza geçmek eylemini sonuçlandırmak olanağı varken sürdürmeyerek kendiliğinden vazgeçmesi nedeniyle TCK’ nın 61. maddesinin son fıkrası nazara alınarak tasadide bulunmak suçundan cezalandırılmasına karar verilmesi gerekir. Olay günü gittikleri gezide içki içen sanığın eşinin tanıdıklarında kalması üzerine beş yaşından beri bakıp büyüttükleri akrabalarının kızı olan 14 yaşındaki mağdure ile eve gelmişlerdir. Gece saat 03:00 sıralarında evde kimse yokken odasına girerek mağdurenin zorla ırzına geçtiği iddiasıyla sanık hakkında açılan davada suçun işlenip işlenmediği hususunda bir ihtilaf yoktur. Sanığın eyleminin zorla ırza geçme suçunu mu yoksa zorla tasaddi suçunumu oluşturduğu, özel idare ile Yargıtay Cumhuriyet başsavcılığı arasındaki uyumsuzluğun konusu oluşturmaktadır. A- ırzına geçme, iki kişi arasındaki cima fiilidir. Aktif failin cinsel organını diğerinin vücuduna normal veya anormal bir şekilde menisini boşaltacak şekilde kısmen yada tamamen ithal etmesi sokmasıdır. Olayımızda görgü tanığı yoktur. Sanık yüklenen suç u inkar etmiştir. Mağdure C. Savcılığında sanığın üzerine abanarak zorla ırzına geçtiğini kurtulamadığını duruşmada ise ırzına geçmeye çalıştığını karşı koyduğunu sanığın tenasül uzvunu organına sokamadığını, ucunun hafifçe girdiğini söylemiştir. Mağdurenin muayenesine ilişkin 10/07/1988 günlü raporda cinsel bölgede yer yer ekimozların görüldüğü adli tıp kurulu 2. ihtisas kurulunu 27/02/1989 günlü raporunda ise mağdurenin anatomikman bakire olduğu, ilk rapordaki ekimozların ırza geçme, ırza geçmeye teşebbüs veya tasaddi sırasında meydana gelebileceği belirtilmiştir. Mağdurenin beyanları ırza geçme suçunun tamamlanmadığını kabule yeterli bulunmamaktadır. Çelişkili beyanlarından sanığın lenine olan duruşmadaki ifadesine itibar edilmesi ve adli tıp kurumu 2. ihtisas kurulu mütalaası ile birlikte değerlendirilerek ırza geçme suçunun tamamlanmadığının kabulü gerekmektedir. B- sanığın eyleminin ırza geçmeye kalkışma suçunu teşkil edip etmediğini saptanması için teşebbüsün koşulları incelenmelidir. Eylemin tamamlanamadığı ve teşebbüs aşamasında kaldığının kabulü için belirli bir suç işleme kastının varlığı, suç işleme kararının icraya başlanması, suç işlenirken elverişli vasıta kullanılması ve elde olmayan engel nedenlerle sonuca ulaşılmaması gerekir. Engel nedenlerle yapıcı davranışlar bitirildiği halde engelleyici sebeplerle sonuç alınamamışsa “ tam kalkışma ” söz konusudur. A) Belirli bir suç işleme kastının varlığı: kasıt genel olarak bir cürmü sonuçlarını bilerek ve isteyerek işleme iradesidir failde belirli bir cürmü teşebbüs derecesinde bırakma kastı olmayıp söz konusu suç u tamamlamaya yönelmiş kasıttır. Bu itibarla teşebbüs kastında söz edilemez tamamlanmamış suç için ayrı teşebbüs derecesinde kalmış suç için aynı kasıt düşünülemez. B) Suç işleme kararının icraya başlanması : ceza yasası, sonuca götüren hareketler arasında bir ayırımıda bulunmakta ve ancak icraya başlamayı belirten hareketlerin yapılması halinde teşebbüsün cezalandırılmasını kabul etmektedir. Öğretide ve uygulamada icraya başlamayı belirten hareketlere icra hareketleri (yapıcı davranışlar) bu anlama gelmeyen hareketlere de ihzari hareketler hazırlık hareketleri denilmektedir. Hazırlık hareketleri cezalandırılmamaktadır. Çünkü bu tür hareketler suç u işleme konusunda hazırlık yapıldığını belirtmekte olup failin suç işleme hususundaki kesin iradesini yansıtmamaktadır. Suçu işlemekten vazgeçmesi her an mümkündür. Hazırlık hareketlerini nerede bittiği icra hareketinin nerede başladığı sübjektif kıstastan hareketle bunu objektif kıstasla bütünleştirerek bulunur. Bu itibarla failin belirli bir suç u işlemek kastını kuşkuyla yer bırakmayacak şekilde ortaya koyan hareketler icra hareketleri olup hareketlerin dışında kalan hususlarda örneğin failin ikrarı, geçmisi, kişisel durmu takındığı tavırdaki da nazara alınarak hangi suç a yöneldiğini saptamak gerekir. C) suç işlenirken elverişli vasıta kullanılması : faili tarafından kullanılan vasıtanın, sonucu almaya kesin olarak elverişli bulunması gerekir. Vasıtanın elverişli olup olmadığının tesbiti için işlenmek istenen suç, suçun işlendiği yer ve zaman mağdurenin durumu ve tüm koşullar nazara alınmalıdır. D) Elde olmayan engel nedenlerle sonuca ulaşılmaması: yapıcı davranışların faili iradesi dışında olan nedenlerle yarıda kalması veya sonucunun gerçekleşmemesi gerekir. Bu sebepler maddi manevi olabileceği gibi üçüncü kişinin fiilinden de kaynaklanabilir.

Suçun nitelikli haline teşebbüs açısından; failin cinsel yönden olay esnasında meydana gelen iktidarsızlığı veya olay olmadan önce de var olan ve fizyolojik bir rahatsızlık olan tamamen iktidarsızlığı bulunması hususlarının kanaatimizce

Eylemin yarıda kalması veya sonucun alınmaması, harici engel nedeniyle olmayıp, failin iradesine bağlı ise ihtiyari ile vazgeçme veya faal nedamet söz konusudur. Faile teşebbüsten dolayı ceza verilemez. Olayımızda sanık 29, mağdure ise 14 yaşındadır. Olay gece saat 03:00 sıralarında evde kimse yokken vuku bulmuştur. Sanığın ırza geçme kastıyla icra hareketlerine bağlı başlaması yalnız başına teşebbüs hükümlerinin uygulanabilmesi için yeterli değildir. Ancak açıklanabilir ve kabul edilebilir bir engelin bulunması halinde teşebbüs hükümleri tatbik olunabilir. Sanık harici bir müdahale ve ciddi bir engel olmadan ırza geçme eyleminden vazgeçmiştir. Olayın vuku bulduğu ortam ve koşullar nazara alındığından mağdurenin direnmesi kabul edilebilir bir engel değildir. Sanığın eylemi sonuçlandırmak olanağı varken sürdürmeyerek kendiliğinden vazgeçmesi nedeniyle teşebbüs hükümlerinin uygulanması için gereken dördüncü koşul gerçekleşmemiştir. TCY' nın 61. maddesinin son fıkrası nazara alınarak sanığın engel hal olmadan vazgeçtiği zamana kadar olay eyleminin suç teşkil etmesi halinde bu suçtan cezalandırılmasına karar verilmelidir. C) ırza geçme suçu geçitli suçlardandır. Bu suçta fail iza tasaddiyi ifade eden hareketleri yaparak bununla da yetinmeyip daha ileri aşaması olan ırza tecavüz suçunu işlemektedir. Faili burada hareketleriyle daha hafif sonuçtan daha ağırına geçmektedir. Hafif sonuç yani tasaddi suçu daha ağır sonuç yani tecavüz suçu içinde erimekte ve faile ağır olan sonuçtan ceza verilmektedir. Geçitli suçun bu özelliği nedeniyle daha ağır suçun ırza hareketlerinin başlamadığı hallerde hareketlerin oluşturacağı daha hafif suçtan failin cezalandırılması gerekir. Tasaddi (ırza ve namusa sataşma) mağdur üzerinde izlenen ve cinsel birleşme kastı taşımayan devamlılık gösteren şehevi davranışlardır. Mağdurenin cinsel organlarını okşama, öpme, kendi uzvunu okşatma, emme, emdirmeye, ırza geçme kastı olmaksızın cinsel organını sürme mağdureninin vücudunu okşayarak öpme gibi hareketlerdir. İncelenen olayda sanık çıplak olan mağdurenin odasına gelmiştir. Pijamasını çıkardığı mağdurenin cinsel organına kendi organı ile tazyikte bulunmuş ve kendiliğinden odadan çıkarak gitmiştir. Sanığın bu şekildeki eylemi ırza geçme kastı olmadan şehvet duygularını tatmine yönelik olup zorla ve hoyratça tasaddi suçunu oluşturmaktadır. Bu itibarla itirazın kabulüne karar verilmelidir. Çoğunluk görüşe katılmayan üyeler sanığın icrai hareketlerini mağdurenin devamlı ve ciddi direnmesi karşısında tamamlayamaması nedeniyle eyleminin zora ırza geçmeye eksik kalkışma suçunu oluşturduğu gerekçesiyle karşı oy kullanmışlardır. ” Yar. , CGK, 04/06/1990, 5-101/156, “Oluşa uygun kabule göre sanığın mağdureyi çıplak soyup kendisi de soyunduktan sonra onun anüsüne cinsel organı ile tazyikte bulunduğu sırada, mağdurenin duyduğu acı nedeniyle bağırması üzerine kendiliğinden eylemine son verdiği, hazırlık soruşturması sırasında mağdurenin anlatımı ve doktor raporu içeriğinden anlaşılmış olmakla sanığın eyleminin TCK nun 61/ son uyarınca zorla ırz ve namusa tasaddi niteliğinde olduğu gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması, ” Yar. , 6. CD, 18/11/1998, 3146/4361, İNAN, s. 72-74, “ Teşebbüs hükmünün uygulanabilmesi için eylemin yapıcı davranışlarına başlanmış olması tek başına yeterli olmayıp açıklanabilir ve kabul edilebilir engel bir neden bulunmasının zorunlu olduğu, şayet ciddi bir engel mevcut değilse sanık yararına olan maddenin uygulanması gerektiği, olayda ise sanığın, mağdureye yönelik cinsel davranışlara başladığı sırada mağdurenin bağırıp direnmesi ve annesinin birazdan eve geleceğini söylemesinin ciddi bir engel neden teşkil etmediği, sanığın vazgeçme anına kadar tamamlanan eyleminin ırz ve namusa tasaddi suçunu oluşturduğu gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması, ” Yar. , 5. CD, 08/04/2009, 3902/4389, “ Sanığın nitelikli cinsel istismar suçu kastı ile icrai hareketlere başlaması yalnız başına teşebbüs hükmünün uygulanmasına yeterli bulunmamasına, açıklanabilir ve kabul edilebilir bir engel sebebin varlığının gerekmesine, olayımızda olduğu gibi kimsenin olmadığı inşaat halinde bir binanın içinde, 5 yaşında olup kendisine yönelik işlenen eylemlerin ahlaki redetini idrak edemeyecek ve olaya ruhsal yönden mukavemete muktedir olgunluğa erişmemiş mağdureye karşı başladığı nitelikli cinsel istismarın icrai hareketlerinden ciddi bir engel olmadan kendiliğinden vazgeçen sanığın eyleminin, olay sonrası alınan mağdurenin raporları ve dosya içeriğine göre, 5237 sayılı TCK.nun 36. maddesi uyarınca aynı Yasanın 103/1. maddesinde yazılı çocuğun basit cinsel istismarı suçunu oluşturduğu gözetilmeden çocuğun nitelikli cinsel istismarına teşebbüs suçundan cezalandırılması, ” Yar. , 5. CD, 23/03/2009, 14544/3539, TUĞRUL, s. 119-120

hareketin elverişliliği açısından bir önemi yoktur. Fail olay esnasında veya tamamen cinsel yönden iktidarsız olsa bile suçun nitelikli haline ilişkin icra hareketlerine başlamış ise teşebbüs söz konusu olacaktır ve sorumluluk teşebbüse göre belirlenecektir. Çünkü, suçun nitelikli halinin gerçekleşmesi için yasaya göre failin sadece cinsel organını kullanması değil, herhangi bir organını veya sair bir cismi kullanması halinde de suç oluşacağı için fail eylemini sonuçlandırma aşamasında iktidarsızlık nedeniyle eylemi tamamlamasa bile failin suçun nitelikli haline teşebbüsten dolayı cezalandırılması gerekir. Son olarak, suçun basit hali için temas yeterli olacağı için iktidarsızlığın hiç bir önemi olmayıp, fail teması gerçekleştirdiği anda suçun basit halinden sorumluluk söz konusu olacaktır. Yani iktidarsızlık elverişsiz hareket olarak her iki hal içinde geçerli olmayacaktır.⁴¹²

2.7.2.İştirak

Bir suçun failine; azmettirme, müşterek faillik, dolaylı faillik veya yardım eden sıfatıyla bir başka failin katılması ve suçun birden fazla kişinin oluşumu ile işlenmesine ceza hukukunda iştirak denilmektedir.

Cinsel saldırı suçunda iştiraka ilişkin genel hükümler uygulanır.⁴¹³

Müşterek faillik suçun kanuni tanımındaki fiilin birlikte gerçekleştirilmesidir. Bu husus TCK 37. maddede faillik başlığı altında düzenlenmiştir.⁴¹⁴ Müşterek faillik için, suç ortağı diğer failin eyleminin de cinsel nitelikte davranış olması şart değildir.⁴¹⁵ Burada suça katılan failin eyleminin; cinsel saldırı suçu açısından

⁴¹²“ Her ne kadar suça teşebbüste kullanılan aracın suçun kanuni tanımında öngörülen fiili meydana getirmeye elverişli olması gereksede elverişlilik sadece kullanılan araç bakımından değil suçun konusuda dahil olmak üzere bütün fiili yönünden bulunmalıdır. Bu nedenle fail elverişli hareketlerde bulunarak icraya başlamış ancak iktidarsızlığı nedeniyle suçu tamamlayamamışsa teşebbüsten dolayı sorumlu tutulacaktır. ” SEVÜK, s. 261, ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACIKSIZ/TEPE, Özel Hükümler, s. 334, ARTUÇ, s. 595

⁴¹³“ KORKUSUZ, s. 840, ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, Özel Hükümler, s. 224, TUĞRUL, s. 125

⁴¹⁴TCK md. 37 “ (1) Suçun kanunî tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştiren kişilerden her biri, fail olarak sorumlu olur.(2) Suçun işlenmesinde bir başkasını araç olarak kullanan kişi de fail olarak sorumlu tutulur.Kusur yeteneği olmayanları suçun işlenmesinde araç olarak kullanan kişinin cezası, üçte birden yarısına kadar artırılır. ”

⁴¹⁵“ Sanıklar Fitnat ve Necati’ nin kalacak yer temin ettiklerini söylemek suretiyle hile ile müdahil Döndü’ yü Dursun’ un evine getirip, burada müdahilin bilgi ve oluru dışında Fitnat’ ın cinsi münasebette bulunmaları karşılığında Dursun ve Sercan’ dan ayrı ayrı 20 milyon lira alarak olay yerinden uzaklaşmasını müteakip evde kalan müdahilin sanık Necati tarafından boynu koltuğunun

önemine, suça olan katkısına ve eylemin değerine bakarak suç ortağı failin müşterek fail olup olmadığını tespit etmek gerekir. Diğer failin eylemi cinsel saldırı suçunun oluşumu için olmazsa olmaz nitelikteyse veya mağdur üzerinde suça yapılan katkı ile ortak hakimiyet kuruluyorsa, katkı sağlayan failin sorumluluğu müşterek fail niteliğindedir.⁴¹⁶ Bir failin mağduru kaçırıp, cinsel saldırı gerçekleştirecek diğer failin bulunduğu eve getirmesi veya cinsel saldırı gerçekleştiren faile hem gözcülük yapıp hem de mağdurun kaçmasını önlemek için tedbir alıp bekleyen failin sorumluluğu müşterek faillik niteliğindedir.⁴¹⁷

TCK 102/3-d maddesinde; suçun birden fazla kişiyle birlikte işlenmesi cezada arttırım nedeni kabul edilmiştir.⁴¹⁸ Kanun koyucu burada “ birlikte ” ifadesini kullanarak, faillerin suçun kanuni tanımındaki fiili birlikte gerçekleştirmeleri hususunu aradığını açıkça ifade etmektedir. Bu nitelikli halin uygulanması için faillerin müşterek fail olarak eyleme katılımı şarttır. Azmettirme, dolaylı faillik yardım eden sıfatıyla faillik şeklinde gerçekleşen cinsel saldırı suçunda bu nitelikli halden arttırım yapılmayacaktır.⁴¹⁹

altına şıktırılarak diğer sanıkların olduğu odaya getirtildiği, burada zorla alıkonulduğu, bilahare ağız kapatılıp vurularak sanıklar Dursun ve Sercan’ ın müdahilin iradesi dışında onun zorla ırzına geçme şeklinde oluşan eylemlerinde sanıklar Dursun, Sercan ve Necati bakımından zorla kaçırıp alıkoyma suçunun olduğu ve sanık Fitnat’ ın da hile ile getirdiği müdahilin iradesi dışında onunla cinsel ilişkiye girmeleri konusunda Dursun ve Sercan’ dan para alması şeklindeki eyleminin zorla kaçırma ve alıkoyma suçuna ve zorla ırza geçmeye iştirak etme niteliğinde olduğu gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması, ” KOCA ve ÜZÜLMEZ, Özel Hükümler, s. 306, ÖZEN, s. 244, DÜLGER, Murat, Yeni Türk Ceza Kanunu’ nda Suç Ortaklığı (Suça İştirak), www.dulger.av.tr/pdf/ytcksuortakligi.pdf, s. 13, Erişim Tarihi: 08/10/2015, D. AYDIN, Kadın Bedeni Ve Cinsellik, s. 2

⁴¹⁶KOCA ve ÜZÜLMEZ, Özel Hükümler, s. 306, EREM, Faruk, Suça İştirak, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 3, Sayı 1, 1946, s. 82, DOĞAN, Cinsel Saldırı Suçu, s. 105, DEMİRBAŞ, s. 474

⁴¹⁷“ Sanıkların katılanları kaçırdıktan sonra, sanık Mustafa’ nın katılan Kadriye’ ye yönelik ırza geçme eylemini gerçekleştirdiği sırada kendilerine on metre mesafede araç içerisinde bulunan diğer sanık İbrahim’ in, katılan Kadriye’ nin eşi olan katılan Ercan’ ın araçtan inmesine engel olduğu oluşa uygun olarak kabul edilmesi karşısında, sanık İbrahim’ in olayın başlangıcından itibaren katılanların direncini kırmaya yönelik söz ve eylemlerde bulunmak suretiyle sanık Mustafa’ nın nitelikli cinsel saldırı suçuna TCK.nun 37/1. maddesi kapsamında müşterek fail olarak katıldığı gözetilmeyerek yazılı şekilde hüküm kurulması aleyhe temyiz olmadığından bozma nedeni yapılmamıştır. ” Yar. , 5. CD, 15/04/2008, 650/3485, KOCA ve ÜZÜLMEZ, Özel Hükümler, s. 305, EREM, s. 82 ve 83, İÇEL, s. 495 – 496, DOĞAN, Cinsel Saldırı Suçu, s. 105

⁴¹⁸ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACIKSIZ/TEPE, Özel Hükümler, s. 338

⁴¹⁹“ Sanık Erdal’ ın nitelikli cinsel saldırı suçunu işlediği sırada evin dışında gözcülük yapan sanık Cemil’ in TCK.nun 39. maddesi gereğince “ yardım eden ” konumunda bulunduğu icra hareketine katılmadığı ve eyleminin 37. maddeye uymadığı, 102/3-d bendinde belirtilen “ suçun birlikte işlenmesi ” halinin ise ancak sanıkların eylemlerinin 37/1. maddesine göre “ müşterek fail ” olarak sorumlu tutulmaları durumunda söz konusu olacağı nazara alınmadan tayin olunan cezanın 102/3-d maddesi ile artırılmayacağını gözetilmemesi,” Yar. , 5. CD, 18/02/2010, 14000/1259, TUĞRUL, s. 126

Son olarak müşterek faillik için, suç ortaklarında birlikte suç işleme kararının bulunması gerekir.⁴²⁰

Birlikte suç işleme kararı ortaklar tarafından suç işlenmeden önce alınabileceği gibi suçun işlenmesi sırasında aniden de alınabilir.⁴²¹

Dolaylı faillik, suçun işlenmesinde bir kişinin araç olarak kullanılmasıdır. Örneğin; hipnoz altına alınan bir kişiye cinsel saldırı suçu işlettirilirse fiili işlettiren dolaylı fail olarak eylemden sorumludur. Kusur yeteneği olmayanları suçta araç olarak kullanan dolaylı faillerin cezası TCK 37/2 maddesi gereği arttırılacaktır. Örneğin; akıl hastası olan bir kişiye cinsel saldırı suçu işlettiren failin cezası bu madde hükmü gereği arttırılacaktır.⁴²²

TCK' nın 38. maddesinde düzenlenen azmettirme; bir kişide suç işleme düşüncesi yokken o kişide suç işleme kararının aldırılmasıdır.⁴²³ Örneğin; bir babanın oğullarına, kin duyduğu ailenin kızını kaçırma ve cinsel saldırı gerçekleştirme yönünde emir vermesi ve faillerin bu emir doğrultusunda eylemleri gerçekleştirmeleri olayında baba eylemlerden azmettiren sıfatıyla sorumlu olacaktır.

Yardım eden sıfatıyla suça iştirak, TCK'nın 39. maddesinde düzenlenmiştir ve şu hallerde sorumluluk söz konusudur;

-Suç işlenmeden önce veya işlenmesi sırasında yardımda bulunarak suçun icrasını kolaylaştırmak,

-Suçun nasıl işleneceği konusunda yol göstermek veya suçun işlenmesinde kullanılan araçları temin etmek,

⁴²⁰ ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, Genel Hükümler, s. 632, KOCA ve ÜZÜLMEZ, Genel Hükümler, s. 395, DEMİRBAŞ, s. 472, SOYASLAN, Genel Hükümler, s. 500, İÇEL, s. 487

⁴²¹ ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, Genel Hükümler, s. 633, DEMİRBAŞ, s. 472 – 473, SOYASLAN, Genel Hükümler, s. 500

⁴²² SEVÜK, s. 262

⁴²³ TCK md. 38 “ (1) Başkasını suç işlemeye azmettiren kişi, işlenen suçun cezası ile cezalandırılır.(2) Üstsoy ve altsoy ilişkisinden doğan nüfuz kullanılmak suretiyle suça azmettirme hâlinde, azmettirenin cezası üçte birden yarısına kadar artırılır. Çocukların suça azmettirilmesi hâlinde, bu fıkra hükmüne göre cezanın artırılabilmesi için üstsoy ve altsoy ilişkisinin varlığı aranmaz.(3) Azmettirenin belli olmaması hâlinde, kim olduğunun ortaya çıkmasını sağlayan fail veya diğer suç ortağı hakkında ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine yirmi yıldan yirmibeş yıla kadar, müebbet hapis cezası yerine onbeş yıldan yirmi yıla kadar hapis cezasına hükmolunabilir. Diğer hâllerde verilecek cezada, üçte bir oranında indirim yapılabilir. ”

-Suç işlemeye teşvik etmek veya suç işleme kararını kuvvetlendirmek veya suçun işlenmesi akabinde yardımcı olacağı konusunda vaatte bulunmak.⁴²⁴

Örneğin; cinsel saldırı eylemi gerçekleştireceğini bildiği arkadaşına boş bağ evinin anahtarı ile aracını veren kişinin sorumluluğu yardım eden niteliğindedir.⁴²⁵

Suçta iştiraktan sorumluluk için TCK' nın 40. maddesi gereği suçun en azından teşebbüs aşamasında kalması gerekir.⁴²⁶

Gönüllü vazgeçmeye ilişkin iştirak hükümleri hakkında TCK 41. maddede özel düzenleme bulunmaktadır.⁴²⁷

2.7.3.İçtima

Ceza hukuku sistemimizde kural; her eylemin ayrı cezalandırılmasıdır.⁴²⁸ Bu hususa hukuk sistemimizde gerçek içtima denilmektedir. Gerçek içtima gereği fail hem cinsel saldırı suçundan hem de bu suçun yanında işlediği diğer suçlardan ayrı ayrı cezalandırılacaktır.⁴²⁹ Örneğin; fail cinsel saldırı suçunu işlemek için mağdurun konutuna girmiş ve cinsel eylemi gerçekleştirmiş ise fail hem cinsel saldırı suçundan

⁴²⁴TCK md. 39 “ (1) Suçun işlenmesine yardım eden kişiye, işlenen suçun ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektirmesi hâlinde, onbeş yıldan yirmi yıla; müebbet hapis cezasını gerektirmesi hâlinde, on yıldan onbeş yıla kadar hapis cezası verilir. Diğer hâllerde cezanın yarısı indirilir. Ancak, bu durumda verilecek ceza sekiz yılı geçemez. (2) Aşağıdaki hâllerde kişi işlenen suçtan dolayı yardım eden sıfatıyla sorumlu olur: a) Suç işlemeye teşvik etmek veya suç işleme kararını kuvvetlendirmek veya fiilin işlenmesinden sonra yardımda bulunacağını vaat etmek. b) Suçun nasıl işleneceği hususunda yol göstermek veya fiilin işlenmesinde kullanılan araçları sağlamak. c) Suçun işlenmesinden önce veya işlenmesi sırasında yardımda bulunarak icrasını kolaylaştırmak. ”

⁴²⁵“ Sanık Salim’ in mağdureyi evine almak suretiyle yer temin etmesi eyleminin TCK.nun 39. maddesine göre yardım etmek niteliğinde olduğu gözetilmeyerek, suça iştirak ettiğinin kabulü ile asli fail olarak cezalandırılmasına karar verilmesi, ” Yar. , 5. CD, 17/07/2008, 7208/7643, İNAN, s. 78

⁴²⁶TCK md. 40 “ (1) Suça iştirak için kasten ve hukuka aykırı işlenmiş bir fiilin varlığı yeterlidir. Suçun işlenişine iştirak eden her kişi, diğerinin cezalandırılmasını önleyen kişisel nedenler göz önünde bulundurulmaksızın kendi kusurlu fiiline göre cezalandırılır. (2) Özgü suçlarda, ancak özel faillik niteliğini taşıyan kişi fail olabilir. Bu suçların işlenişine iştirak eden diğer kişiler ise azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulur. (3) Suça iştiraktan dolayı sorumlu tutulabilmek için ilgili suçun en azından teşebbüs aşamasına varmış olması gerekir.”

⁴²⁷TCK md. 41 “ (1) İştirak hâlinde işlenen suçlarda, sadece gönüllü vazgeçen suç ortağı, gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanır. (2) Suçun; a) Gönüllü vazgeçenin gösterdiği gayreti dışında başka bir sebeple işlenmemiş olması, b) Gönüllü vazgeçenin bütün gayretine rağmen işlenmiş olması, hâllerinde de gönüllü vazgeçme hükümleri uygulanır. ”

⁴²⁸YILMAZ, Halil, Müteselsil (Zincirleme) Suç, Ankara Barosu Dergisi, Sayı 5, 1992, s. 739, SANCAR, Türkan Yalçın, Yeni Türk Ceza Kanunu’ nda Zincirleme Suç, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, s. 246

⁴²⁹ŞİŞMAN, s. 93

hem de konut dokunulmazlığını ihlal suçundan sorumlu olacak ve ayrı ayrı cezalandırılacaktır.⁴³⁰

Cinsel saldırı suçunun hürriyeti tahdit eylemiyle birlikte işlenmesi durumunda da fail hem hürriyeti tahdit suçundan hemde cinsel saldırı suçundan ayrı ayrı cezalandırılacaktır. Ancak, cinsel saldırı eyleminin gerçekleşmesi esnasında, saldırı eylemi sona erene kadar mağdurun hürriyetinde kısıtlama söz konusu olacağından yani cinsel saldırı eyleminin başlaması ile bitimi arasındaki sürenin, cinsel saldırı suçunun zorunlu sonucu olduğu göz önüne alındığında hürriyeti tahdit eyleminin ne zaman ayrı cezalandırılacağı belirlenmesi önem arz etmektedir.⁴³¹ Cinsel saldırı eylemi esnasında mağdurun zorunlu olarak hürriyetinin kısıtlanması durumunda fail hürriyeti tahdit eyleminden ayrıca cezalandırılmayacak sadece cinsel saldırı suçundan cezalandırılacaktır. Çünkü, burada hürriyeti tahdit suçu, işlenen cinsel saldırı suçunun zorunlu sonucudur. Bundan dolayı cinsel saldırı suçunun haksızlık içeriği hürriyeti tahdit suçunun haksızlık içeriğini de kapsamaktadır. Kaldı ki failin hürriyeti tahdit yönünden de suç kastı yoktur.⁴³² Hürriyeti tahdit eyleminin ayrıca cezalandırılması için, failin cinsel saldırı eylemi başlamadan veya bittikten sonra mağdurun hürriyetini kısıtlaması halinde, fail ayrıca cinsel saldırı suçundan cezalandırılacaktır.⁴³³

Yargıtayın kararları da aynı doğrultudadır.⁴³⁴

⁴³⁰KORKUSUZ, s. 841, PARLAR ve HATİPOĞLU, Ağır Ceza Davaları, s. 181, ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACIKSIZ/TEPE, Özel Hükümler, s. 337

⁴³¹PARLAR ve HATİPOĞLU, Ağır Ceza Davaları, s. 181, ARTUÇ, s. 597

⁴³²ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACIKSIZ/TEPE, Özel Hükümler, s. 335, “ Kasten öldürme suçunu işleyen kişi, nasıl ki ayrıca kasten yaralama suçundan dolayı cezalandırılmıyorsa, cinsel saldırı suçunu işleyen failin de kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçundan cezalandırılması mümkün değildir. Aksi takdirde kişilere karşı işlenen her suçta ayrıca kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun oluştuğunu da kabul etmek gerekecektir. ” KOCA ve ÜZÜLMEZ, Özel Hükümler, s. 308

⁴³³İNAN, s. 80, KOCA ve ÜZÜLMEZ, Özel Hükümler, s. 308, ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACIKSIZ/TEPE, Özel Hükümler, s. 336, “ Kanaatimizce, mağdurun özgürlüğünden yoksun bırakılması, yalnızca cinsel içerikli suçun işlenmesi süresince söz konusu olmuşsa, fikri içtimadan bahsedilebilir. Buna karşılık, mağdurun hürriyetinden yoksun kılınması, cinsel dokunulmazlığa karşı suçun işlenmesi için gerekli olan süreyle sınırlı kalmayıp, bundan önceki ya da sonraki bir zamanda da devam etmişse (örneğin, otomobilin kapılarını kilitleyip inmesine izin verilmeyen mağdureye tecavüz edilmesi) bu durumda gerçek içtimadan bahsedilmelidir. ” TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 345

⁴³⁴“ Mağdurenin anlatımlarına, sanığın ikrarına ve tüm dosya içeriğine göre; olay tarihinde sanığın, mağdurenin bulunduğu eve girdikten sonra zorla yere yatırıp vuracakmış gibi yaparak korkuttuktan sonra rızası hilafına cinsel ilişkiye girdiği ve sonrasında evden çıkarak olay yerinden ayrıldığı anlaşılmakla, sanığın cinsel saldırı eylemlerini gerçekleştirdiği zaman zarfı dışında mağdureyi hürriyetinden yoksun kılma şeklinde bir eyleminin bulunmadığı ..., ” Yar. , 14. CD, 16/01/2014, 10526/366, TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 345, “ Uyuşmazlık; sanığın üzerine atılı kişiyi

Cinsel saldırı eylemi ile birlikte hürriyeti tahdit eyleminin ayrı cezalandırıldığı hallerde TCK 109/5 gereği, failin hürriyeti tahdit eyleminde arttırım yoluna gidilecektir.⁴³⁵

Gerçek içtima kuralının istisnaları bileşik suç, zincirleme suç ve fikri içtima hükümleridir. Bileşik suç, bir suçun diğer suçun unsuru veya ağırlaştırıcı nedeni olması halinde söz konusu olacaktır ve ceza kanunumuzun 42. maddesinde düzenlenmiştir.⁴³⁶ Bu hallerde tek suç olduğundan, yasada belirtilen cezalar aralığında bir cezaya hükmolunacaktır. Tehdit ve cebir eylemi, cinsel saldırı fiilinin gerçekleştirilmesi için yapıldığında yani cinsel saldırıda mağdurun direncini kırmak

hürriyetinden yoksun kılma suçunun yasal unsurları itibariyle oluşup oluşmadığının belirlenmesine ilişkindir. Saat 06.30-07.00 sıralarında koşmakta olan katılanın yanına gelen sanığın konuşmak istediğini belirtmesi, sanığı tanımayan katılanın konuşma teklifini geri çevirerek koşmaya devam etmesi, bunun üzerine sanığın elinde bıçak olduğu halde katılanın kolundan zorla tutarak gitmesini engellemesi, katılanın sanıktan kurtulmak istemesi üzerine aralarında bir süre boğuşma yaşanması, boğuşmanın etkisiyle katılan ve sanığın yolun alt tarafında bulunan çalılıklara yuvarlanmaları ve burada katılanın direncini kıran sanığın sonrasında katılana karşı cinsel saldırı suçunu işlediğinin anlaşılması karşısında; sanığın koşmakta olan katılanın kolundan zorla tutarak gitmesini engellemek suretiyle katılanın hareket özgürlüğünü sınırladığı, devamında da kurtulmak isteyen katılanı bırakmamak suretiyle özgürlüğü sınırlama eylemini devam ettirdiği sabit olup, sanığın üzerine atılı kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu yasal unsurları itibariyle oluşmuştur. Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun gerçekleştirildiği zaman aralığının bir bölümünde sanığın katılana karşı ayrıca cinsel saldırı suçunu da işlemiş olması, bu suçun oluşumuna engel olmayacaktır. Kaldı ki cinsel saldırı suçunun işlenmeye başlandığı âna kadar kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu açısından yeterli süre geçmiştir. Yasal unsurları oluşan kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan sanığın cezalandırılmasına ilişkin yerel mahkeme hükmü yasaya uygundur. ” Yar. , CGK, 05/02/2013, 14-1409/37, ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACIKSIZ/TEPE, Özel Hükümler, s. 336

⁴³⁵“ Kanaatimizce bu durumda suçun cinsel amaçla işlenmesinin cezanın ağırlaştırılmasını gerektiren bir nitelikli hal olarak düzenlenmesi yerinde değildir. Zira burada tartışmış olduğumuz suçlardan bir tanesi cinsel saik ile işlenmiş olmayı cezalandırılmaktadır. Hürriyeti sınırlandırma eylemine ayrıca cinsel saiki yeniden yüklemenin herhangi bir gereği bulunmaz. Bu nedenle TCK m. 109/5 hükmünün kanundan çıkarılması gerektiğini düşünüyoruz. Ancak bu durumda akla şöyle bir olasılık gelmektedir.: bir kişi cinsel saldırıda bulunmak amacıyla mağdurun özgürlüğünü sınırlandırmış olsa ve fakat özgürlüğünü sınırlandırdıktan sonra cinsel saldırı eylemini gerçekleştirmeden yakalansa, suçun cinsel amaçla işlenmiş olması hali kanunda düzenlenmiş olmadığından bir zafiyet ortaya çıkabilir mi ? Kanımızca bu durum bir zafiyet yaratmayacağı gibi bu gibi hallerde failin niyetinin okunması şeklinde bir uygulama yol açabileceğinden, mağdur ya da tanık beyanlarına dayalı olarak cezanın artırılmasına sebebiyet verecektir. Bu durum da masumiyet karinesine aykırıdır. Bu halde failin saiki, TCK m. 61/1-g hükmü gereği temel cezanın belirlenmesinde cezanın üst sınırına yaklaşımda etkili olabilecektir. Bu saikin m. 109/5’ te özel olarak düzenlenmesi mutlak bir gereklilik arz etmemektedir. Hemen belirtelim ki TCK m. 109/5 hükmü 765 sayfa TCK’ daki alıkoyma suçunun bir karşılığı olarak düşünülmüş olsa da zaten gereksiz olan böyle bir hükme yeni kanunda yer açmaya çalışmak doğru olmamıştır. ” ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACIKSIZ/TEPE, Özel Hükümler, s. 336 – 337

⁴³⁶TCK md. 42 “ Biri diğerinin unsuru veya ağırlaştırıcı nedenini oluşturması dolayısıyla tek fiil sayılan suça bileşik suç denir. Bu tür suçlarda içtima hükümleri uygulanmaz. ”, İPEKÇİOĞLU, s. 49, “ Bileşik suçun kanuni ifadesinin “ kanun salt kendileri suç oluşturan fiilleri bir suçun unsuru veya ağırlatıcı nedeni saydığına, cezaların içtimai hükümleri uygulanmaz ” biçiminde anlaşılmasının uygun olacağını düşünüyoruz. ” HAFIZOĞULLARI, Zeki ve KURŞUN, Günel, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’ nda Bileşik Suçun Tanımı Hakkında, Ankara Barosu Dergisi, Sayı 3, 2007, s. 62

için gerçekleştirildiğinde ayrı cezaya hükmolunmayacak, cebir ve tehdidin cinsel saldırı suçunun unsuru haline geldiği kabul edilecektir.⁴³⁷ Cebirin, kasten yaralama suçunun ağır sonuçlarına neden olması durumunda, cinsel saldırı suçu ve kasten yaralama suçlarından ayrı cezalandırılma söz konusu olacaktır. Bu konuda 102/4. maddede 6545 sayılı yasayla değişiklik yoluna gidilmiştir. Değişiklik öncesi kasten yaralamadan ayrı cezalandırma için “ mağdurun direncinin kırılmasının ötesinde gerçekleşen cebir halinin ” bulunması gerektiği hüküm altına alınmıştı. Bu durum, uygulamada mağdurun üzerinde gerçekleştirilen cebirin, TCK 86/1, 86/2 veya 87 hallerinden hangisine girmesi durumunda failin ayrıca, kasten yaralamadan cezalandırılacağı konusunda karışıklığa neden olmaktaydı. Yeni düzenleme (cinsel saldırı suçunda uygulanan cebir ve şiddetin kasten yaralama suçunun ağır neticelerine neden olması) ile bu karışıklık ortadan kaldırılmış ve TCK 87 kapsamında oluşan cebir halinde failin ayrı cezalandırılması kabul edilmiştir.⁴³⁸

Cebir ve tehdit eyleminin cinsel saldırı sonrası suçun ortaya çıkmasını önlemek veya başka bir nedenle yapılması halinde artık cebir ve tehdit cinsel saldırı suçunun unsuru olmayacak ve ayrı cezalandırma yoluna gidilecektir. Kanunun 102/5 maddesinde düzenlenen cinsel saldırı sonucu mağdurun bitkisel hayata girmesi veya ölümü halleride bileşik suç kapsamında değerlendirilir.⁴³⁹

İşkence suçunun cinsel taciz şeklinde işlenmesi hali TCK’nın 94. maddesinde nitelikli hal olarak düzenlenmiştir. Ancak, işkence suçunun cinsel saldırı biçiminde

⁴³⁷KORKUSUZ, s. 841, PARLAR ve HATİPOĞLU, Ağır Ceza Davaları, s. 181, ARTUÇ, s. 596, ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, Özel Hükümler, s. 224, “ Sanığın cinsel saldırı suçunu işlemeye yönelik mağdureye karşı sarf ettiği “ seni öldürürüm, sesini çıkarmayacaksın, bana teslim olacaksın. ” şeklindeki sözlerin manevi cebir kapsamında cinsel saldırı suçunun unsuru olup ayrıca tehdit suçunu oluşturmadığı... ” Yar. , 5. CD, 03/05/2007, 156/3197, TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 344, GÜNDÜZ, s. 57

⁴³⁸ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACIKSIZ/TEPE, Özel Hükümler, s. 335, “ Sanığın zorla cinsel saldırı eyleminde bulunduğu mağdureyi bu eylem sırasında bıçakla ve basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek ölçüde hafif şekilde yaraladığının anlaşılması ve 5237 sayılı yasanın 102/4. maddesinin “ suçun işlenmesi sırasında mağdurun direncinin kırılmasını sağlayacak ölçünün ötesinde cebir kullanılması durumunda kişi ayrıca kasten yaralama suçundan dolayı cezalandırılır, hükmü karşısında, sanığın mağdureyi yaralama eyleminin cinsel saldırı suçunun zor unsuru yada 102/4. maddesi kapsamında kalıp kalmadığı hususu karar yerinde tartışılmadan kasten yaralamak olarak kabulü ile 86/2-3. maddelerine göre hüküm kurulması kanuna aykırıdır. ” Yar. , 5. CD, 21/09/2006, 6744/7134, TUĞRUL, s. 126, “ Suçun işlenmesi sırasında ağırlaşmış yaralama suçunun da işlenmesi halinde yaralamanın niteliğine göre fail TCK 86/1 veya 87 maddelerine göre cezalandırılacaktır ” TANERİ, s. 52 Kasten yaralama suçunun ağır neticeleri 87. maddede düzenlenmiştir. Bu nedenle yazarın TCK 86/1 maddesiyle ilgili görüşüne katılmıyoruz.

⁴³⁹ŞİŞMAN, s. 95

işlenmesi hususu madde kapsamında nitelikli hal olarak düzenlenmediği için işkence suçu ile birlikte cinsel saldırı eylemlerinde gerçek içtima kuralları gereği ayrı ayrı cezalandırma yoluna gidilecektir.⁴⁴⁰

TCK' nın 77. maddesinde düzenlenen insanlığa karşı suçun, cinsel saldırıda bulunma şeklinde işlenmesi halinde cinsel saldırı suçu insanlığa karşı suçun unsuru haline geldiğinden sadece insanlığa karşı suçtan dolayı ceza tayinine gidilecek olup, cinsel saldırı suçundan ayrıca cezalandırma yapılmayacaktır.⁴⁴¹ Cinsel saldırı suçu

⁴⁴⁰TCK md. 94 “ (1) Bir kişiye karşı insan onuruyla bağdaşmayan ve bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesine, aşağılanmasına yol açacak davranışları gerçekleştiren kamu görevlisi hakkında üç yıldan oniki yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. (2) Suçun; a)Çocuğa, beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye ya da gebe kadına karşı, b) Avukata veya diğer kamu görevlisine karşı görevi dolayısıyla, işlenmesi hâlinde, sekiz yıldan onbeş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. (3) Fiilin cinsel yönden taciz şeklinde gerçekleşmesi hâlinde, on yıldan onbeş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. (4) Bu suçun işlenişine iştirak eden diğer kişiler de kamu görevlisi gibi cezalandırılır. (5) Bu suçun ihmali davranışla işlenmesi hâlinde, verilecek cezada bu nedenle indirim yapılmaz. (6) (Ek fıkra: 11/04/2013-6459 S.K./9. md)Bu suçtan dolayı zamanaşımı işlemez. ” , AKSOY, s. 169, TUĞRUL, s. 127, ŞİŞMAN, s. 98, TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 348, ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACIKSIZ/TEPE, Özel Hükümler, s. 337, OFLUOĞLU, s. 4 Aksi yönde görüş “ İşkence suçunun nitelikli hallerinde cinsel saldırı suçu düzenlenmediği için, işkence suçunun cinsel saldırı fiilleriyle işlenmesi halinde, işkence suçunun yanında ayrıca cinsel saldırı suçu da oluşacaktır. Acaba bu durumda gerçek içtima yoluna mı gidilecek, yoksa fikri içtima gereğince en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı mı sorumluluk belirlenecektir ? Doktrinde, gerekçeyle paralel olarak, işkence suçunun cinsel saldırı suçuna meydan verecek davranışlarla işlenmesi halinde, ayrıca cinsel saldırı suçundan da hüküm kurulması gerektiği ifade edilmektedir. Davranışın sistematik olmasını arayan madde gerekçesi kendi içersinde tutarlılık göstermektedir. Fakat gerekçenin bağlayıcılığının bulunmadığı noktasından hareketle, işkence suçunda davranışın sistematik ve sürekli olmasının zorunlu olmadığını kabul ettiğimiz takdirde, farklı sonuca varmak gerekecektir. Nitekim son durumda tek bir fiille hem cinsel saldırı hem de işkence suçunun oluşmasının mümkün hale geleceği göz önünde bulundurulmalıdır. Örneğin konuşması için mağdurun ırzına geçilmesi halinde, tek hareketle hem işkence hem de cinsel saldırı suçu gerçekleşmiş olacaktır. Bu çerçevede fikri içtima kuralları gereğince fail en ağır cezayı gerektiren suçtan sorumlu olmalıdır. ” BAŞBÜYÜK, İsa, Türk Ceza Kanunu’ nda İşkence Suçu, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 12, Özel Sayı, s. 1480, 2010 (Basım Yılı 2012) Kanuna göre, işkence suçunun oluşması için; insan onuru ile bağdaşmayan, bedensel veya ruhsal yönden acı çektiren, algılama veya irade yeteneğini etkileyen, aşağılayıcı davranışların olayda bulunması gerekir. Bu davranışların gerçekleşmesi mutlak suretle bir süreç gerektirir. Bu durum, madde metninin gerekçesinde de paralel olarak ifade edilmektedir. Öyleyse cinsel saldırı suçu ile işkence eyleminin ani olarak gerçekleştirilmesi mümkün değildir. Bahse konu süreç içerisinde fail de işkence suçunu işleyebilmek için, cinsel saldırı ile birlikte mağdurun onurunu kırıcı, onu aşağılayıcı diğer davranışları sergileyecektir. Kanun koyucu bilinçli bir tercihle cinsel tacizi işkence suçunun ağırlaştırıcı haline getirmişken (bileşik suç) aynı hususu cinsel saldırı suçu için öngörmemiştir. Kanun koyucunun amacı bu tarz eylemlerde gerçek içtima ile failin daha ağır cezalandırılmasıdır. Bu hususlar yine madde gerekçesinde açıkça ifade edilmiştir. Son olarak işkence suçu için; ani değil bir süreç arandığı ve bu süreçte failin cinsel saldırı dışında başka aşağılayıcı davranışlara maruz kaldığı, bu nedenle tek bir eyleme (cinsel saldırı eylemi) değil birden fazla eyleme maruz kaldığı açıktır. Fikri içtima kuralı için ise; tek eylemle birden fazla maddenin ihlali gerektiğinden, bu konuda fikri içtimanın uygulanamayacağını düşünmekteyiz. Tüm bu nedenlerle yazarın görüşüne katılmıyoruz.

⁴⁴¹TCK md. 77 “ (1) Aşağıdaki fiillerin, siyasal, felsefi, ırkî veya dinî saiklerle toplumun bir kesimine karşı bir plân doğrultusunda sistemli olarak işlenmesi, insanlığa karşı suç oluşturur: a) Kasten öldürme. b) Kasten yaralama. c) İşkence, eziyet veya köleleştirme. d) Kişi hürriyetinden yoksun

sonucunda mağdur ölmüş ve failin ölüm sonucu bakımından kusurunun taksir derecesinde kaldığı hallerde, failin TCK 102/5 gereği ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına çarptırılması gerekmektedir; cinsel saldırı eyleminin insanlığa karşı suçun unsuru olarak işlenmesi halinde yasada ceza miktarı olarak insanlığa karşı suçun üst sınırı belirtilmediğinden, TCK 49 gereği 20 yıl olduğu düşünüldüğünde ceza kanunu kendi içinde çelişmiştir.⁴⁴²

Zincirleme suç, bir suç işleme kararının icrası kapsamında aynı mağdura karşı farklı zamanlarda aynı suçun birden fazla kez işlenmesi halidir. Ceza kanunu 43. madde aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek fiille işlenmesi halini de zincirleme suç hükümleri kapsamına almıştır.⁴⁴³ Ancak cinsel saldırı suçu aynı anda birden fazla mağdura karşı işlenemez çünkü fiziken bu mümkün değildir.⁴⁴⁴

Ceza yasamızın ilk halinde cinsel saldırı suçu, zincirleme suç kapsamında değildi. Yani aynı mağdura yönelik birden fazla cinsel saldırı halinde gerçek içtima hükümleri geçerliydi. Fakat 5377 sayılı yasa ile cinsel saldırı TCK' nın 43/3 maddesindeki metninden çıkarılarak zincirleme suç kapsamına dahil edildi.⁴⁴⁵

Cinsel saldırı suçunda, zincirleme suç hükümlerinin uygulanması için; birden fazla cinsel saldırı suçu olacak, eylem aynı mağdura yönelik olacak ve eylemler

kılma. e) Bilimsel deneylere tâbi kılma. f) Cinsel saldırıda bulunma, çocukların cinsel istismarı. g) Zorla hamile bırakma. h) Zorla fuhşa sevk etme. (2) Birinci fıkranın (a) bendindeki fiilin işlenmesi halinde, fail hakkında ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına; diğer bentlerde tanımlanan fiillerin işlenmesi halinde ise, sekiz yıldan az olmamak üzere hapis cezasına hükmolunur. Ancak, birinci fıkranın (a) ve (b) bentleri kapsamında işlenen kasten öldürme ve kasten yaralama suçları açısından, belirlenen mağdur sayısına gerçek içtima hükümleri uygulanır. (3) Bu suçlardan dolayı tüzel kişiler hakkında da güvenlik tedbirine hükmolunur. (4) Bu suçlardan dolayı zamanaşımı işlemez. ” , AKSOY, s. 169

⁴⁴²TCK md. 49 “ (1) Süreli hapis cezası, kanunda aksi belirtilmeyen hâllerde bir aydan az, yirmi yıldan fazla olamaz. (2) Hükm edilen bir yıl veya daha az süreli hapis cezası, kısa süreli hapis cezasıdır. ”, “ Kanımızca cinsel saldırı suçu bakımından da mağdur sayısına suçun var olduğu kabul edilmeli ve gerçek içtima kuralları uygulanmalıdır. ” TANER, s. 241 Gerçekten de belirttiğimiz çelişkinin düzelmesi için en mantıklı yol budur. Bu nedenle yazarın görüşüne katılıyoruz.

⁴⁴³“ Bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda bir kişiye karşı aynı suçun birden fazla işlenmesi durumunda, bir cezaya hükm edilir. Ancak bu ceza, dörtte birinden dörtte üçüne kadar artırılır. Bir suçun temel şekli ile daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli şekilleri, aynı suç sayılır. (Ek cümle: 29/06/2005-5377 S.K./6.mad) Mağduru belli bir kişi olmayan suçlarda da bu fıkra hükmü uygulanır. Aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlenmesi durumunda da, birinci fıkra hükmü uygulanır. Kasten öldürme, kasten yaralama, işkenceve yağma suçlarında bu madde hükümleri uygulanmaz.”

⁴⁴⁴YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 3260, TANER, s. 228

⁴⁴⁵SANCAR, s. 257 ve 258, BAYTEMİR, s. 61

arasında kastın yenilendiğini gösterir bir zaman diliminin olmaması gerekecektir. Mağdur farklı ise eylem sayısı mağdur kadar olacaktır.⁴⁴⁶

Cinsel saldırı eyleminin gerçekleştiği esnada failin, mağdura dokunması, öpmesi, daha sonra anal bölgesine parmak sokması, daha sonra vajinal bölgesine kendi organını sokması şeklinde gerçekleşen eylemler aynı anda gerçekleştiği ve cinsel saldırı suçundaki hareketin birden fazla olabileceğine yönelik 102/1 maddesinde düzenlenen çoğul şeklindeki düzenleme (cinsel davranışlarla) nedeniyle eylemlerin tamamı tek suç kabul edilecektir.⁴⁴⁷ Eylemin tek suç kabul edildiği bu hallerde hakim TCK 61 gereği olayın işleniş şekline, yer ve zamanına bakarak cezayı belirleyecek ve alt haddten uzaklaşarak ceza tayini yapabilecektir.⁴⁴⁸

Yargıtay önceleri aynı mağdura, aynı zamanda ve mağdurun farklı vücut boşluklarına organ sokulması şeklinde gerçekleşen eylemlerde zincirleme suç hükümlerinden arttırım yapılacağına dair karar verirken, artık bu görüşünden vazgeçerek bu eylemlerin tek suç olduğunu kabul etmektedir.⁴⁴⁹

Suçun temel şekli ile nitelikli hali arasında zincirleme suç hükümleri uygulanabilir zaten bu konuda suçun temel şekli ile cezayı ağırlaştıran veya daha az ceza gerektiren nitelikli hallerinin aynı suç kabul edileceğine yönelik TCK 43’ te açık hüküm bulunmaktadır.⁴⁵⁰

⁴⁴⁶ ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, Özel Hükümler, s. 225, SANCAR, s. 249-256

⁴⁴⁷ ARTUÇ, s. 597, İNAN, s. 82, KOCA ve ÜZÜLMEZ, Özel Hükümler, s. 310, TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 345

⁴⁴⁸ “ Sanığın zorla evine girdiği mağdureye karşı aynı suç işleme kararı ve birden fazla hareketle anüs, vajen ve ağızına organ sokmak suretiyle müteselsilen nitelikli cinsel saldırıda bulunduğu kabul edilmiş ise de; 5237 sayılı TCK.nun 43. maddesine göre zincirleme suçun oluşumu için aynı suçun değişik zamanlarda işlenmesi gerektiği, eylemlerin aynı zamanda vaki olması halinde zincirleme suç hükümlerinin uygulanamayacağı, ancak 61/1. maddesi gereğince temel ceza belirlenirken bu hususun alt sınırdan uzaklaşma nedeni sayılabileceği nazara alınıp, kanunda öngörülen birden fazla suçun farklı zamanda işlenme koşulunun olayda nasıl gerçekleştiğine ve fiiller arasındaki kesintiye ilişkin gerekçeler kararda gösterilip tartışılmadan cezasının 43. maddeyle arttırılması..” Yar. , 5. CD, 16/03/2009, 1567/3154, ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, Özel Hükümler, s. 225

⁴⁴⁹ “ Oluşa göre sanığın nitelikli cinsel istismar eylemini zorla ve hem anal hem oral yoldan gerçekleştirildiği halde hakkında 5237 sayılı yasanın 103/4 ve 43. maddelerin uygulanmaması, karşı temyiz bulunmadığından bozma nedeni sayılmamıştır. ” Yar. , 5. CD, 23/02/2006, 19512/1058, “ Oluşa ve dosya içeriğine göre, sanığın aynı zaman dilimi içinde mağdurun vücuduna vajinal ve anal yoldan organ sokmak suretiyle gerçekleştirdiği kabul edilen eyleminde, TCK.nun 43. maddesinde düzenlenen zincirleme suçun değişik zamanlarda işlenmesi koşulu bulunmadığı gözetilmeksizin teselsül hükümleri uygulanmak suretiyle sanığa fazla ceza tayin edilmesi, ” Yar. , 5. CD, 18/02/2010, 13331/1240, TUĞRUL, s. 128

⁴⁵⁰ ŞEKER, İdris, Zincirleme Suç, Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya, 2009, s. 57 ve 58, ŞİŞMAN, s. 97, İNAN, s. 81, AKSOY, s. 172, ARTUÇ, s. 597, TUĞRUL, s. 131, Aksiyönde görüş “ Buna karşılık vücuda organ veya başkaca bir cisim sokmak suretiyle

TCK 102/5 maddesinde düzenlenen cinsel saldırı suçu sonucu mağdurun bitkisel hayata girmesi veya ölmesi durumu suçun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hali olup, neticesi sebebiyle ağırlaşan halin teselsül etmesinin mümkün olmadığı yani mağdurun birden fazla kez ölmesi veya bitkisel hayata girmesi durumunun tıbben tekrarlanması mümkün olmadığı için bu hallerde zincirleme suç hükümleri, 102/5’ ten önce belirlenecek cezaya uygulanacaktır.⁴⁵¹

Yargıtay fail tarafından birden fazla kez, aynı mağdura karşı işlenen cinsel saldırı suçlarında, failin aynı suç işleme kararıyla hareket etmediğinin kesin olarak tespit edilememesi durumunda zincirleme suç hükümlerinin uygulanması gerektiği görüşündedir.⁴⁵²

Yargıtay cinsel saldırı suçunun birden fazla kişi tarafından müşterek fail olarak işlenmesi halinde, müşterek faillerin her birinin gerçekleştirdiği eylemi diğerinin eyleminden bağımsız kabul edip faillerin cezasının TCK 43’ ten arttırılacağına yönelik görüş belirtmektedir. Bu görüşe katılmak hukuken mümkün değildir. Çünkü,

gerçekleştirilen cinsel saldırı (TCK m. 102/2) cinsel saldırının nitelikli biçimi olarak düzenlenmiş ise de, yukarıda da değindiğimiz üzere burada tamamen farklı nitelikte bir suç olduğu düşüncesinde olduğumuz için aynı suç işleme kararına dayanarak değişik aralıklarla aynı kişiye yönelik basit ve nitelikli cinsel saldırı gerçekleştirildiğinde, zincirleme suç kurallarının uygulanamayacağı kanısındayız. ” TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 346

⁴⁵¹ AKSOY, s. 171 – 172 “ Eşe karşı nitelikli cinsel saldırı suçundan sanık Hidayet ...ın yapılan yargılanması sonunda atılı suçtan mahkumiyetine dair Antalya 3. Ağır Ceza Mahkemesinden verilen 05.07.2007 gün ve 2006/299 esas, 2007/261 karar sayılı hükmün süresi içinde Yargıtay’ca incelenmesi sanık müdafii tarafından istenilmiş olduğundan dava evrakı C.Başsavcılığından tebliğname ile daireye gönderilmekle incelendi: yapılan yargılamaya, toplanıp karar yerinde gösterilen delillere, mahkemenin soruşturma sonuçlarına uygun olarak oluşan kanaat ve takdirine, incelenen dosya içeriğine göre sanık müdafinin yerinde görülmeyen sair temyiz itirazlarının reddine, Ancak;Yargıtay CGK.nun Dairemizce de benimsenen 20.11.2007 gün ve 2007/5-142 Esas, 2007/240 sayılı kararında belirtildiği üzere sanığın zincirleme biçimde kasten işlediği nitelikli cinsel saldırı suçlarının neticesi sonucu gerçekleşen ve sorumluluğu için en az taksir derecesinde bir kusurunun bulunması gereken TCK.nun 102. maddesinin 5. fıkrasındaki suçun ağırlaşmış halinin teselsül edemeyeceği, zincirleme biçimde gerçekleşen eylemlerin 102/5. maddeden öncekilerin olması nedeniyle TCK.nun 43. maddesi uyarınca yapılacak artırmanın 102/5. madde ile tayin edilen ceza üzerinden değil bu maddenin tatbikinden önce bulunan ceza miktarı üzerinden yapılması ve 102/5. maddeyle belirlenen cezaya eklenmesi gerektiği gözetilmeyerek fazla ceza tayini, kanuna aykırı ve sanık müdafinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülmüş olduğundan hükmün bu sebepten dolayı 5320 Sayılı Yasanın 8/1. maddesi de gözetilerek CMUK.nun 321. maddesi uyarınca bozulmasına, oybirliği ile karar verildi. ” Yar. , 5. CD, 31/03/2008, 329/2957, KOCA ve ÜZÜLMEZ, Özel Hükümler, s. 308

⁴⁵² TUĞRUL, s. 130, “ Eylemleri arasında geçen süreye göre kendini savunamayacak durumda olan komşusu mağdureye karşı iki defa nitelikli cinsel saldırıda bulunan sanığın fiilleri farklı suç işleme kararıyla gerçekleştirdiğinin kesin olarak belirlenemediği, bu durumda hakkında zincirleme suç hükümlerinin uygulanması gerektiği gözetilmeden ve karar yerinde suç işleme kararının yenilendiğine ilişkin gerekçeler de gösterilmeden iki ayrı mahkumiyet kararı verilmesi, ” Yar. , 5. CD, 29/06/2009, 5836/8489, TUĞRUL, s. 130

müşterek faillerin eylemi bir bütün olarak hukuken tek bir fiildir, kaldı ki eylemler esnasında TCK 43' ün uygulanma şartı olan kastın yenilendiğini gösterir farklı “ zaman dilimi” de gerçekleşmemektedir.⁴⁵³

Fikri içtima; fail tarafından gerçekleştirilen tek eylemin farklı iki suç oluşturması halidir.⁴⁵⁴ Fikri içtima TCK' nın 44. maddesinde düzenlenmiş ve bu düzenleme gereği failin en ağır cezayı gerektiren suçtan sorumluluğu esas alınmıştır. Örneğin; failin mağdura cinsel saldırıda bulunurken eziyet (TCK 96) kastı da var ise burada fikri içtima hükümlerine göre ceza belirlemesi yapılacaktır.⁴⁵⁵

2.7.4.Yaptırım

⁴⁵³“ Aynı zaman ve mekanda birbirlerini takiben nitelikli cinsel saldırı eylemlerini gerçekleştirirken mağdurenin kollarından tutmak suretiyle direncini kırıp, birbirlerine yardımcı olan sanıklardan her birinin, bizzat gerçekleştirdiği eylemle birlikte diğer sanığın eylemine TCK.nun 37. maddesi kapsamında fail olarak katılmış olmasından dolayı haklarında bu suçun nitelikli hali olan 102/3-d maddesi ile birlikte aynı Yasanın 43/1. maddesinin de uygulanması gerektiğinin gözetilmemesi,... ” Yar. , 5. CD, 08/04/2009, 2540/4415, AKTARAN; KOCA ve ÜZÜLMEZ, Özel Hükümler, s. 310, “ Olayda birden fazla kişi, birlikte suç işleme kararının icrası kapsamında mağdureye sırasıyla tecavüz etmektedirler. İçlerinden birisi teavüz eylemini gerçekleştirirken diğerleri mağdurenin direncini kırmak suretiyle ona yardımcı olmaktadır. Olayda her ne kadar müşterek faillerden birinin tecavüzü ve diğerlerinin ona yardım etmesi, diğerlerinin tecavüzü ve yardımlarına göre doğal anlamda ayrı bir hareketi oluşturuyor ise de, hukuki anlamda ayrı bir fiili oluşturmamaktadır. Dolayısıyla birlikte suç işleme kararının icrası kapsamında birlikte hareketin söz konusu olduğu bu gibi hallerde hukuki anlamda tek fiilin varlığını kabul etmek gerekmektedir. Olayda faillerin bir suç işleme kararının icrası kapsamında gerçekleştirdiği bu hareketler, bir kişinin aynı mağdur üzerinde önce anal yoldan nitelikli cinsel saldırıda bulunup tatmin olduktan sonra bir müddet dinlenip bu kez vajinal yoldan nitelikli cinsel saldırı fiilini gerçekleştirmesinden farksızdır. Yine karara konu olan olay iki kişiden birinin ortak hasımlarını tutması diğerinin onu dövmei dövenin yorulması üzerine bu kez onun mağduru tutup diğerinin dövmeye başlamasından farksızdır. ” KOCA ve ÜZÜLMEZ, Özel Hükümler, s. 310-311, ŞEKER, s. 47

⁴⁵⁴ KESKİNSOY, Ömer, Yeni Ceza Kanunundaki Düzenlemeler Doğrultusunda Fikri İçtima Müessesesinin Analizi, Ankara Barosu Dergisi, Sayı 3, 2005, s. 40, SOYASLAN, Genel Hükümler, s. 275

⁴⁵⁵ TCK md. 96 “ (1) Bir kimsenin eziyet çekmesine yol açacak davranışları gerçekleştiren kişi hakkında iki yıldan beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. (2) Yukarıdaki fıkra kapsamına giren fiillerin; a) Çocuğa, beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye ya da gebe kadına karşı, b) Üstsoy veya altsoya, babalık veya analığa ya da eşe karşı, işlenmesi hâlinde, kişi hakkında üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. ”, SEVÜK, s. 261-262, “ İddia ve kabule göre, sanığın... doğumlu üyev kızı Sinem’ e yönelik organ veya cisim sokmak suretiyle kızlık bozma biçimindeki eyleminin 5237 sayılı TCY.nın 102. maddesinde öngörülen cinsel saldırı suçunun nitelikli halini oluşturabileceği, eylemi nitelendirme ve kanıtları değerlendirme görevinin ağır ceza mahkemesine ait olduğu gözetilerek görevsizlik kararı verilmesi gerekirken yargılamaya devamla hüküm kurulması yasaya aykırıdır (Hüküm eziyet suçundan kurulmuştur.).” Yar. , 4. CD, 04/04/2007, 10952/3078, ARTUÇ, s. 597, ÖZEN, Mustafa, Ceza Hukukunda Fikri İçtima, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 73, 2007, s. 136 ve 137

Yaptırım; kişinin suça konu eylemi ile ortaya çıkan ahlaki kötülüğünün hukuk kurallarındaki ceza, güvenlik tedbiri ve tazminat şeklinde olan karşılığıdır.⁴⁵⁶

Yaptırımın amacı, suç işleyen faile davranışının karşılığını ödetme, faili ıslah ederek bir daha suç işlenmesini önleme ve ayrıca faile verilen ödetme yöntemiyle toplumdaki diğer bireylerin suç işlemekten uzak durmalarını sağlamaktır.

Cinsel saldırı suçunda yaptırım;

-Suçun sarkıntılık (TCK 102/1-2. cümle) düzeyinde kalması halinde 2-5 yıl arası hapis cezası,

-Suçun sarkıntılık düzeyini aşıp organ sokma boyutuna ulaşmayan basit halinde (TCK 102/1-1. cümle) 5-10 yıl arası hapis cezası,

-Suçun vücuda organ sokma şeklindeki nitelikli halinde (TCK 102/2) 12-20 yıl arası hapis cezası,

-Suçun basit veya organ sokma şeklindeki nitelikli halinin TCK 102/3' teki nitelikli hallerle birlikte işlenmesi halinde, basit veya organ sokma şeklindeki nitelikli halden verilecek cezada yarı oranında arttırım yapılması,

-Suçun mağdurun bitkisel hayata girmesine veya ölmesine neden olması halinde ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasıdır. Ayrıca cinsel saldırı esnasında uygulanan cebir ve şiddetin kasten yaralamanın ağır sonuçlarına neden olması halinde cinsel saldırı suçuna ilişkin hapis cezasının yanında TCK 87. maddede belirtilen cezalarda faile uygulanacaktır.

Hakim, suç nedeniyle takdir edilen hapis cezasının kanuni sonucu olarak faile TCK 53. maddede belirtilen hak yoksunluklarını da uygulayacaktır.⁴⁵⁷

⁴⁵⁶E. YILMAZ, s. 864

⁴⁵⁷TCK md. 53 “ (1) Kişi, kasten işlemiş olduğu suçtan dolayı hapis cezasına mahkûmiyetin kanuni sonucu olarak; a) Sürekli, süreli veya geçici bir kamu görevinin üstlenilmesinden; bu kapsamda, Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeliğinden veya Devlet, il, belediye, köy veya bunların denetim ve gözetimi altında bulunan kurum ve kuruluşlarca verilen, atamaya veya seçime tâbi bütün memuriyet ve hizmetlerde istihdam edilmekten, b) Seçme ve seçilme ehliyetinden ve diğer siyasi hakları kullanmaktan, c) Velayet hakkından; vesayet veya kayyımlığa ait bir hizmette bulunmaktan, d) Vakıf, dernek, sendika, şirket, kooperatif ve siyasi parti tüzel kişiliklerinin yöneticisi veya denetçisi olmaktan, e) Bir kamu kurumunun veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşunun iznine tâbi bir meslek veya sanatı, kendi sorumluluğu altında serbest meslek erbabı veya tacir olarak icra etmekten, yoksun bırakılır. (2) Kişi, işlemiş bulunduğu suç dolayısıyla mahkûm olduğu hapis cezasının infazı tamamlanıncaya kadar bu hakları kullanamaz. (3) Mahkûm olduğu hapis cezası ertelenen veya koşullu salıverilen hükümlünün kendi altsoyu üzerindeki velayet, vesayet ve kayyımlik yetkileri açısından yukarıdaki fıkralar hükümleri uygulanmaz. Mahkûm olduğu hapis cezası ertelenen hükümlü hakkında birinci fıkranın (e) bendinde söz konusu edilen hak yoksunluğunun uygulanmamasına karar verilebilir. (4) Kısa süreli hapis cezası ertelenmiş veya fiili işlediği sırada

Faile verilecek cezayı, hakim TCK 61. maddede belirtilen şartlara göre belirleyecektir.⁴⁵⁸

Failin cezalandırılması aşamasında eylemin sırasıyla hangi madde kapsamında olduğuna bakılıp, sırasıyla bu maddeler uygulanarak sonuç ceza belirlenecektir. Örneğin; suçun beden bakımından kendini koruyamayacak düzeyde olan mağdura karşı organ sokmak suretiyle işlenmesi ve mağdurun suç sonucunda ölmesi halinde faile doğrudan TCK 102/5 maddesinden ceza tayinine gidilmeyip sırasıyla TCK 102/2, 102/3-a, 102/5 maddeleri uygulanarak sonuç ceza saptanacaktır.⁴⁵⁹

onsekiz yaşını doldurmamış olan kişiler hakkında birinci fıkra hükmü uygulanmaz. (5) Birinci fıkrada sayılan hak ve yetkilerden birinin kötüye kullanılması suretiyle işlenen suçlar dolayısıyla hapis cezasına mahkûmiyet hâlinde, ayrıca, cezanın infazından sonra işlemek üzere, hükmolunan cezanın yarısından bir katına kadar bu hak ve yetkinin kullanılmasının yasaklanmasına karar verilir. Bu hak ve yetkilerden birinin kötüye kullanılması suretiyle işlenen suçlar dolayısıyla sadece adli para cezasına mahkûmiyet hâlinde, hükümde belirtilen gün sayısının yarısından bir katına kadar bu hak ve yetkinin kullanılmasının yasaklanmasına karar verilir. Hükümün kesinleşmesiyle icraya konan yasaklama ile ilgili süre, adli para cezasının tamamen infazından itibaren işlemeye başlar. (6) Belli bir meslek veya sanatın ya da trafik düzeninin gerektirdiği dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla işlenen taksirli suçtan mahkûmiyet hâlinde, üç aydan az ve üç yıldan fazla olmamak üzere, bu meslek veya sanatın icrasının yasaklanmasına ya da sürücü belgesinin geri alınmasına karar verilebilir. Yasaklama ve geri alma hükmün kesinleşmesiyle yürürlüğe girer ve süre, cezanın tümüyle infazından itibaren işlemeye başlar.”

⁴⁵⁸ TCK md. 61 “ (1) Hâkim, somut olayda; a) Suçun işleniş biçimini, b) Suçun işlenmesinde kullanılan araçları, c) Suçun işlendiği zaman ve yeri, d) Suçun konusunun önem ve değerini, e) Meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığını, f) Failin kast veya taksire dayalı kusurunun ağırlığını, g) Failin güttüğü amaç ve saiki, Göz önünde bulundurarak, işlenen suçun kanunî tanımında öngörülen cezanın alt ve üst sınırı arasında temel cezayı belirler. (2) Suçun olası kastla ya da bilinçli taksirle işlenmesi nedeniyle indirim veya artırım, birinci fıkra hükmüne göre belirlenen ceza üzerinden yapılır. (3) Birinci fıkrada belirtilen hususların suçun unsurunu oluşturduğu hâllerde, bunlar temel cezanın belirlenmesinde ayrıca göz önünde bulundurulmaz. (4) Bir suçun temel şekline nazaran daha ağır veya daha az cezayı gerektiren birden fazla nitelikli hâllerin gerçekleşmesi durumunda; temel cezada önce artırma sonra indirim yapılır.(5) Yukarıdaki fıkralara göre belirlenen ceza üzerinden sırasıyla teşebbüs, iştirak, zincirleme suç, haksız tahrik, yaş küçüklüğü, akıl hastalığı ve cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsî sebeplere ilişkin hükümler ile takdiri indirim nedenleri uygulanarak sonuç ceza belirlenir.(6) Hapis cezasının süresi gün, ay ve yıl hesabıyla belirlenir. Bir gün, yirmidört saat; bir ay, otuz gündür.Yıl, resmî takvime göre hesap edilir. Hapis cezası için bir günün, adli para cezası için bir Türk Lirasının artakalanı hesaba katılmaz ve bu cezalar infaz edilmez. (7) (Ek fıkra: 29/06/2005-5377 S.K./7.mad) Süreli hapis cezasını gerektiren bir suçtan dolayı bu madde hükümlerine göre belirlenen sonuç ceza, otuz yıldan fazla olamaz. (8) (Ek fıkra: 29/06/2005-5377 S.K./7.mad) Adli para cezası hesaplanırken, bu madde hükmüne göre cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesine yönelik artırma ve indirimler, gün üzerinden yapılır. Adli para cezası, belirlenen sonuç gün ile kişinin bir gün karşılığı ödeyebileceği miktarın çarpılması suretiyle bulunur. (9) (Ek fıkra: 06/12/2006 - 5560 S.K. 1.md) Adli para cezasının seçimlik ceza olarak öngörüldüğü suçlarda bu cezaya ilişkin gün biriminin alt sınırı, o suç tanımındaki hapis cezasının alt sınırından az; üst sınırı da, hapis cezasının üst sınırından fazla olamaz. (10) Kanunda açıkça yazılmış olmadıkça cezalar ne artırılabilir, ne eksiltilebilir, ne de değiştirilebilir. ”

⁴⁵⁹“ Mahkemece takdiren ve teşdiden sonuç ceza verilmiş bulunduğundan, sanık hakkında 5237 sayılı TCK. nun 61/4-5. maddesi hükmü gereğince, 102/2, 102/3-d, 102/5. maddeleri sırası gözetilmek ve ayrı ayrı uygulama yapılarak sonuç cezanın belirlenmesi yerine yazılı şekilde TCK.nun 102/2, 3-d, 5. maddesi gereğince denilmek suretiyle doğrudan ceza tayini sonuca etkili olmadığından bozma sebebi

Fransız ceza hukukunda, cinsel suç faillerine yönelik ceza dışında sosyo - adli izleme, tedavi emri ve genetik fiş düzenlemesi gibi yaptırımlar da uygulanmaktadır. Suçun tekerrürünü önlemek ve başka cinsel suçları aydınlatmak için başvuru bu yaptırımlardan sosyo-adli izleme; hükümlünün cezanın infazı ve sonrasında ceza infaz hakiminin denetimi altında gözetime ve yardım tedbirlerine tabi tutulmasıdır. Tedavi emri; hükümlünün cezanın infazı sırasında veya sonrasında tedaviye tabi tutulmasıdır. Genetik fiş düzenlenmesi ise, cinsel suçlardan mahkum olan kişilerin genetik izlerinin ve olay yerinden alınan sahibi belli olmayan genetik izlerin bir merkezde toplanmasıdır.⁴⁶⁰

Amerika Birleşik Devletleri’nde de cinsel suç faillerine yönelik bir takım ek yaptırımlar bulunmaktadır. Bunlardan ilki cinsel suç faillerine ilişkin tutulan “ cinsel suç faili sicili ”dir. Bu sicilin tutulma amacı, faillerin tekrar suç işleme riskine karşı toplumu korumak ve faillerle ilgili bazı bilgilerin kamuya açık hale getirilmesidir. Diğeri ise “ toplumun bilgilendirilmesi-uyarılması ”dır. Bu tedbirle sicile kaydedilen bilgiler ifşa edilecek ve failleri toplumun tanınması sağlanacaktır.⁴⁶¹ Yine Amerika Birleşik Devletleri’ nin bazı eyaletlerinde faillere yönelik zorunlu kimyasal hadım uygulaması yapılmaktadır. Kimyasal hadım; ameliyat yapılmaksızın ilaçla kişinin testislerinin hormon üretiminin durdurulmasıdır. Örneğin, Kaliforniya eyaletinde 1 Ocak 1997 tarihinde, 3339 sayılı yasa ile zorunlu hadım uygulaması yürürlüğe girmiştir.⁴⁶²

Hadım konusunda İslam Hukuku açısından kesin bir yasak söz konusudur.⁴⁶³ Bu yasak Nisa Suresi 119. ayete dayanmaktadır.⁴⁶⁴ İslam hukuku uygulanan Osmanlı

yapılmamıştır. ” Yar. , 5. CD, 19/11/2009, 9911/12872, “ Sanık hakkında nitelikli cinsel saldırı suçundan eylemine uyan TCK.nun 102/2 ve 102/5. maddeleriyle sırası ile ve ayrı ayrı uygulama yapılarak sonuç cezanın belirlenmesi gerekirken doğrudan 102/5. maddesi ile hüküm kurulması sonuca etkili görülmediğinden bozma nedeni yapılmamıştır.” Yar. , 5. CD, 17/09/2009, 7550/10436, TUĞRUL, s. 133

⁴⁶⁰KANGAL, Zeynep, Fransız Ceza Hukukunda Cinsel Suç Faillerine Yönelik Yeni Yaptırımlar, 2002, s. 32, 41, 43, 45 - 46, <http://www.journals.istanbul.edu.tr/iuhfm/article/view/1023004121/1023003719>, Erişim Tarihi: 22/08/2015

⁴⁶¹DURSUN, Selman, Megan Kanunu, s. 239 - 240, 245, http://www.selmandursun.com/?page_id=35, 2004, Erişim Tarihi: 22/08/2015

⁴⁶²AKBABA, Zeynep Burcu, Kimyasal Hadım Yönteminin Anayasaya Uygunluğu I, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 81, 2009, s. 19,

⁴⁶³AKBABA, s. 5, ÖZDEMİR, Hayrunnisa, Hadım Etme Ve Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 14, Sayı 1, 2010, s. 127

⁴⁶⁴Nisa Suresi 119. Ayet “ Onları mutlaka saptıracağım, mutlaka onları kuruntulara sokacağım ve onlara emredeceğim de (putlara adak için) hayvanların kulaklarını yaracaklar. Yine onlara

İmparatorluğu dönemindeki kanunnamelerde cinsel suç faillerinin erkeklik organının kesileceğine yönelik ibareler yer almışsa da organ kesimine yönelik herhangi bir uygulama yoktur.⁴⁶⁵ Cumhuriyet döneminde ise Türk Ceza Hukuku açısından hadım konusunda herhangi bir cezai yaptırım düzenlemesi söz konusu olmamıştır. İstanbul Milletvekili Alev Dedegil ve arkadaşları tarafından Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne 08/02/2011 tarihinde sunulan kimyasal hadım uygulaması içeren kanun teklifi de yasalaşmamıştır.⁴⁶⁶

Günümüzde hadım, cerrahi ve kimyasal olmak üzere iki yöntemle yapılmaktadır. Kimyasal hadım yukarıda tanımlanmıştı. Cerrahi hadım ise; ameliyatla geri dönüşümü olmaksızın kişinin testislerinin vücuttan alınmasıdır.⁴⁶⁷ Her iki hadımlaştırma yöntemi açısından da sakıncalar bulunmaktadır. Cerrahi hadımlaştırmada öncelikle yöntemin geri dönüşü olmadığı için kişinin bir daha çocuk sahibi olması ve cinsel bir faaliyet (örneğin, cinsel ilişkiye girme) bulunması imkansız hale gelmektedir. Ayrıca bu yöntemde kişide iktidarsızlık, sıcaklık basması, depresyon, intihar eğilimi, vücut kıllarında dökülme, deride sarkıklık, göğüslerde büyüme, kalp ve solunum sorunları, gece terlemesi, uyuşukluk ve kas kitlesinde zayıflama gibi yan etkiler görülebilmektedir.⁴⁶⁸ Kimyasal hadımlaştırmada ise; kişide, kullanılan ilaçlar nedeniyle kilo artışı, migren ağrısı, safra taşı oluşumu, kan pıhtılaşması, alerjik reaksiyonlar, hipoglisemi, uykusuzluk, hipertansiyon, diyabet, karaciğer işlevlerinde bozukluk, iktidarsızlık, cinsel ilişki yaşanması halinde kişinin anormal spermleri nedeniyle fetusda deformasyon, kanser, dışkı atımında zorluk, göğüslerde büyüme, solunum sorunları gibi yan etkiler görülebilmektedir.⁴⁶⁹ Tüm bu sakıncalar, akla her iki yönteminde taraf olduğumuz Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine ve 1982 Anayasasına uygun olup olmadığı sorusunu akla getirmektedir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 3. maddesi ve 1982 Anayasası 17.

emredeceğim de Allah'ın yarattığını değiştirecekler. Kim Allah'ı bırakıp da şeytanı dost edinirse, şüphesiz o apaçık bir hüsrana düşmüştür” ÖZDEMİR, s. 127

⁴⁶⁵KONAN, s. 159

⁴⁶⁶YENİDÜNYA, Caner ve YAŞAR, Yusuf, Kastrasyon Cinsel Suç Faillerine Uygulanabilecek Bir Yaptırım Mıdır?, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Sayı 4, 2013, s. 172

⁴⁶⁷YENİDÜNYA ve YAŞAR, s. 175, AKBABA, s. 7, KÜÇÜK, Tevfik Sönmez, Bir Ceza Hukuku Yaptırımı Olarak Zorunlu Kastrasyonun Anayasa Hukuku Açısından İncelenmesi, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 19, Sayı 4, 2015, s. 302, ÖZDEMİR, s. 133

⁴⁶⁸ÖZDEMİR, s. 133, KÜÇÜK, s. 304, YENİDÜNYA ve YAŞAR, s. 178

⁴⁶⁹AKBABA, s. 9, 11 ve 15, YENİDÜNYA ve YAŞAR, s. 180, KÜÇÜK, s. 305, ÖZDEMİR, s. 136

maddesinde kişilerin, insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamayacağı hüküm altına alınmıştır. Belirttiğimiz sakıncalar nedeniyle hem cerrahi hem de kimyasal hadımlaştırma yöntemlerinin bir yaptırım olarak düzenlenmesinin insan haysiyetiyle bağdaşmayacağı kanaatindeyiz.⁴⁷⁰

2.8.SUÇUN KOVUŞTURULMASI

2.8.1.Soruşturma Ve Kovuşturma

Soruşturma; suçun öğrenilmesi ile başlayan ve kamu davasının açılıp mahkeme tarafından kabul edilmesi ile sona eren evredir.⁴⁷¹ Suçun öğrenilmesi, şikâyet tabi suçlarda mağdurun yapacağı şikâyet ile gerçekleşir yani mağdurun şikâyeti üzerine soruşturma işlemlerine başlanır. Şikâyet hususu TCK 73. maddede düzenlenmiştir ve

⁴⁷⁰KÜÇÜK, s. 311 – 312 (Yazar her iki yönteminde insan haysiyetini zedeleyeceği konusunda görüş belirtmektedir. Ancak kimyasal hadım yönteminin ceza hukuku yaptırımı olarak cebren uygulanması yerine, kişinin aydınlatılmış rızasına dayalı olarak uygulanabileceği kanaatindeyiz. Yaptırımın arkasında, devletin zor kullanma yetkisi olduğu için yöntemin rızaya dayalı olması halinde uygulamaya yaptırım denilemeyeceği kanaatindeyiz. Ayrıca yazar zorunlu hadımlaştırma yönteminin sağlık üzerinde yarattığı ciddi riskler nedeniyle, yöntemin kişinin yaşam hakkını ihlal edeceğini, kimyasal hadımlaştırmada failin cinsel ilişki neticesinde çocuk sahibi olma ihtimali olduğunu ancak ilaçların fetusa verdiğini, zararlar nedeniyle ceninin cezalandırıldığını ve bu durumda Anayasa’ nın 38. maddesindeki cezaların şahsiliği ilkesini ihlal edeceği kanaatindeyiz. Son olarak yazar her iki yöntemin kişilerin özel ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkının özüne dokunacak şekilde zarar verdiği ve bundan dolayı her iki uygulamanın Anayasanın 13. maddesine aykırı olduğu düşüncesindedir. s. 313 – 314, 317), YENİDÜNYA ve YAŞAR, s. 185 – 187 (Yazarlar her iki hadımlaştırma yönteminin yaptırım olarak düzenlenmesini insanlık ilkesine aykırı görmektedir. Ancak kimyasal hadım yönteminin zorunlu hallerde, belirli yaş üstü kişilere (en azından ergenlik dönemini geçmiş), rızaya dayalı (muhtemelen şartlı salıverme koşulu şeklinde) bir denetimli serbestlik tedbiri şeklinde uygulanabileceğini kabul etmektedirler. Kimyasal hadım yönteminin şartlı salıverme koşulu olarak uygulanması halinde kişi rıza göstermediği bir yönetime sırf cezaevinden erken çıkmak için rıza gösterecek aslında bir nevi bu yönetime itilecektir. Kanaatimizce, bu durumda kişinin hadımlaştırma yöntemine ilişkin tam bir rızası olduğundan söz etmek mümkün değildir.), AKBABA, s. 18 (Yazar kimyasal hadım yönteminin 1982 Anayasasına aykırı olmadığı düşüncesindedir. Özellikle çocuklara yönelik cinsel suç işleyen kişilere ceza verilmesi yanında tedavi amaçlı bu yöntemin uygulanabileceği, böylece gelecek kuşakların da korunacağı görüşündedir.)

⁴⁷¹CMK md. 2/1-e “ Soruşturma: Kanuna göre yetkili mercilerce suç şüphesinin öğrenilmesinden iddianamenin kabulüne kadar geçen evreyi, ” EROL , Haydar, 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu, Ankara, Yayın Matbaacılık, s. 65, ”Suç haberinin alınmasıyla başlayıp esas olarak savcı ve onun yardımcısı sıfatı ile kolluk tarafından gerçekleştirilen ve varlık sebebi “ kamu davasının açılmasına gerek olup olmadığının ” araştırılması olan, kural olarak yazılı ve gizli gerçekleştirilen bir dizi idari ve adli-idari nitelikteki faaliyete soruşturma; bu faaliyetin yapıldığı safhaya da soruşturma evresi denir.” ÖZTÜRK, Bahri ve ERDEM, Mustafa RUHAN, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 9. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2006, s. 622

şikâyet süresi zaman aşımı dolmamış olmak koşuluyla, fiil ile failin öğrenilmesinden itibaren 6 aydır.⁴⁷²

Cinsel saldırı suçunun birinci fıkrada düzenlenen basit hali ve sarkıntılık hali ile organ sokmak suretiyle gerçekleştirilen nitelikli halinin eşe karşı işlenmesi şekli şikâyete tabidir.⁴⁷³ Ceza kanunumuzun sistematığına göre suça ilişkin madde düzenlenirken şikâyet hususu o madde açısından açıkça belirtilmemiş ise suçun takibi resen yapılacaktır. Bu nedenle cinsel saldırı suçunun diğer nitelikli hallerinin (102/3,4,5) şikâyete tabi olmadığını düşünmekteyiz. Cinsel saldırı suçu işlenirken kullanılan cebir ve şiddetin kasten yaralama suçunun ağır neticelerine neden olması halinde, kasten yaralama suçuna ilişkin hükümlerin uygulanacağı TCK 102/4. maddede düzenlenmiş olup, kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış halleri (TCK 87) zaten şikâyete tabi olmadığından resen takibat yapılacaktır. Cinsel saldırı suçu sonucu mağdurun bitkisel hayata girmesi veya ölmesi halinde mağdurun fiziki durumu nedeniyle şikâyet hakkını kullanması mümkün değildir bu nedenle bu nitelikli halde de suçun şikâyete tabi olmadığını kabul etmek daha mantıklıdır.⁴⁷⁴ Ancak, cinsel saldırı eyleminin 102/1 ve 102/3. maddelere uygun olması halinde yani suçun temel şeklinin 102/3. maddede belirtilen nitelikli hallerden biri ile birlikte işlenmesi halinde suçun resen mi şikâyete bağlı olarak mı yürütüleceğinin; kanunumuzda açıkça düzenlenmediğini düşünmekteyiz. Bu hallerde de suçun takibinin resen yapılacağı kanaatindeyiz ancak bu durum kasten yaralama suçundaki (

⁴⁷²TCK md. 73 “ (1) Soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı olan suç hakkında yetkili kimse altı ay içinde şikâyetle bulunmadığı takdirde soruşturma ve kovuşturma yapılamaz. (2) Zamanaşımı süresini geçmemek koşuluyla bu süre, şikâyet hakkı olan kişinin fiili ve failin kim olduğunu bildiği veya öğrendiği günden başlar. (3) Şikâyet hakkı olan birkaç kişiden birisi altı aylık süreyi geçirirse bundan dolayı diğerlerinin hakları düşmez. (4) Kovuşturma yapılabilmesi şikâyete bağlı suçlarda kanunda aksi yazılı olmadıkça suçtan zarar gören kişinin vazgeçmesi davayı düşürür ve hükmün kesinleşmesinden sonraki vazgeçme cezanın infazına engel olmaz. (5) İştirak hâlinde suç işlemiş sanıklardan biri hakkındaki şikâyetten vazgeçme, diğerlerini de kapsar. (6) Kanunda aksi yazılı olmadıkça, vazgeçme onu kabul etmeyen sanığı etkilemez. (7) Kamu davasının düşmesi, suçtan zarar gören kişinin şikâyetten vazgeçmiş olmasından ileri gelmiş ve vazgeçtiği sırada şahsî haklarından da vazgeçtiğini ayrıca açıklamış ise artık hukuk mahkemesinde de dava açamaz.”

⁴⁷³TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 361 “ Kanaatimizce TCK m. 102/1’ deki fiillerin (cinsel saldırı fiillerinin basit hali) de eşler arasında işlenmesinin takibi şikâyete bağlıdır. Çünkü m. 102/1 bu tür fiillerin işlenmesi ve takibi bakımından ikinci fıkra hükmünde olduğu gibi bir ayrıma gitmemiş genel olarak bu tür fiillerin hepsi bakımından şikâyete bağlı takibat yapılacağı hususunu düzenlemiştir. ” ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACIKSIZ/TEPE, Özel Hükümler, s. 338

⁴⁷⁴ ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACIKSIZ/TEPE, Özel Hükümler, s. 338, TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 361, ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, Özel Hükümler, s. 226, AKÇİN, s. 139, ÜNVER, s. 308

TCK 86/3) gibi “ şikâyet aranmaksızın ” ibaresiyle netliğe kavuşturulabilirdi. Yargıtay uygulaması da aynı yöndedir.⁴⁷⁵

⁴⁷⁵“ Sanığın, kız kardeşinin ırzına tasaddide bulunmak suçundan cezalandırılmasına karar verilen somut olayda, Özel Daire, Yerel Mahkeme ve Yargıtay C.Başsavcılığı arasında, suçun sübutu hususunda bir uyuşmazlık bulunmamaktadır. Özel Daire çoğunluğu ile Yargıtay C.Başsavcılığı arasındaki hukuki uyuşmazlık; 5237 sayılı TCY.nın 102/1. maddesinde, tasaddi eylemlerini de kapsar şekilde basit hali düzenlenen “ cinsel saldırı ” suçlarının, soruşturulması ve kovuşturulmasının şikâyet tabi olması karşısında, aynı maddenin 3. fıkrasında düzenlenen ve bu suçun nitelikli hallerini oluşturan eylemlerin de şikâyet tabi olup olmadığının, buna bağlı olarak da sanık hakkında hangi yasa hükümlerinin uygulanacağını belirlemesi noktasında toplanmaktadır. Uyuşmazlık konusunda sağlıklı bir hukuki çözüme ulaşılabilmesi için, sanık hakkında uygulanma olanağı bulunan yasa hükümlerinin incelenmesinde yarar bulunmaktadır. 765 sayılı TCY.nın 416. maddesinde; “ On beş yaşını bitiren bir kimsenin cebir ve şiddet veya tehdit kullanmak suretiyle ırzına geçen veya akıl veya beden hastalığından veya kendi fiilinden başka bir sebepten veya kullandığı hileli vasıtalarla dolaylı fiile mukavemet edemeyecek bir halde bulunan kimseye karşı bu fiili işleyen kimse yedi seneden aşağı olmamak üzere ağır hapis cezası ile cezalandırılır. Yine bu suretle ırz ve namusa tasaddiyi tazammun eden diğer bir fiil ve harekette bulunursa üç seneden beş seneye kadar hapsolunur. Reşit olmayan bir kimse ile rızasıyla cinsi münasebette bulunanlar fiil daha ağır cezayı müstelzim bulunmadığı takdirde altı aydan üç seneye kadar hapis cezası ile cezalandırılır. ” hükmüne; 417. maddesinde de; “ Yukarıdaki maddelerde yazılan fiil ve hareketler birden ziyade kimseler tarafından işlenir veya usulden biri veya veli ve vasi veya mürebbi ve muallimleri ve hizmetkârları veya terbiye ve nezaret veya muhafazaları altına bırakılan veya buna düşer olanların üzerinde hüküm ve nüfuzu olan kimseler tarafından vukubulursa kanunen muayyen olan ceza yarısı kadar artırılır. ” hükmüne yer verilmiştir. Konu ile ilgili olan 5237 sayılı TCK'nın 102. maddesi ise; “ (1) Cinsel davranışlarla bir kimsenin vücut dokunulmazlığını ihlâl eden kişi, mağdurun şikâyeti üzerine, iki yıldan yedi yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (2) Fiilin vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle işlenmesi durumunda, yedi yıldan oniki yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. Bu fiilin eşe karşı işlenmesi hâlinde, soruşturma ve kovuşturmanın yapılması mağdurun şikâyetine bağlıdır. (3) Suçun; a) Beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı, b) Kamu görevinin veya hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle, c) Üçüncü derece dahil kan veya kayın hısımlığı ilişkisi içinde bulunan bir kişiye karşı, d) Silâhla veya birden fazla kişi tarafından birlikte, işlenmesi hâlinde, yukarıdaki fıkralara göre verilen cezalar yarı oranında artırılır. (4) Suçun işlenmesi sırasında mağdurun direncinin kırılmasını sağlayacak ölçünün ötesinde cebir kullanılması durumunda kişi ayrıca kasten yaralama suçundan dolayı cezalandırılır. (5) Suçun sonucunda mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması hâlinde, on yıldan az olmamak üzere hapis cezasına hükmolunur. (6) Suç sonucu mağdurun bitkisel hayata girmesi veya ölümü hâlinde, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükmolunur. ” hükmünü taşımaktadır. Görüldüğü gibi, zorla ırza tasaddi suçunun soruşturulması ve kovuşturulması, 765 sayılı TCY. döneminde şikâyet tabi tutulmamış, bu suç kamu adına kovuşturulması gereken suçlardan sayılmıştır. 5237 sayılı TCY.nın 102/1. maddesinde ise, suçun basit hali şikâyet tabi olarak düzenlenmiştir. Ancak, maddenin diğer fıkralarında suçun nitelikli hallerine yer verilmiş, bunlar arasında yer alan suçun evlilik birliği içinde işlenmesi hali şikâyet koşuluna bağlanmış, diğer nitelikli hallerde ise suçun soruşturulması ve kovuşturulmasının şikâyet tabi olup olmadığı konusunda herhangi bir hüküm serdedilmemiştir. Bir suçun basit halinin soruşturulması ve kovuşturulmasının şikâyet tabi olması, nitelikli hallerinin de şikâyet tabi olduğu şeklinde yorumlanmamalıdır. Soruşturulması ve kovuşturulması şikâyet tabi olan suç türleri, yasa maddelerinde açık olarak belirtildiğinde bu kapsamın dışında kalan suç türlerinin soruşturulması ve kovuşturulmasının kamu adına yapılacağını kabulü zorunludur. Yasa koyucunun iradesinin bu doğrultuda değerlendirilmesi yasa oluşturma biçimine uygun düşer. Öte yandan cinsel saldırı suçlarının, 102. maddenin 3. fıkrasında düzenlenen nitelikli halleri incelendiğinde, kamu görevinin kötüye kullanılması ya da silahla işlenmesi gibi halleri içerdiği görülmektedir. Anılan haller geçmişten bu yana, kamu adına takip edilecek suçlar kapsamında işlem görmüştür. Bu durum nazara alındığında dahi maddenin 3. fıkrasında yer alan nitelikli hallerin de kamu adına takip edileceği ve soruşturma ve kovuşturmasının şikâyet tabi tutulamayacağı ortaya çıkmaktadır. Konu öğretide de ele alınmış ve cinsel saldırı suçlarının nitelikli hallerinin soruşturulması ve kovuşturulmasının şikâyet

Suçun takibinin şikâyetle bağlı olduğunun sonradan kovuşturma aşamasında anlaşılması halinde CMK 158/6 gereği mağdur açıkça şikâyetinden vazgeçmediği sürece yargılamaya devam edilir.⁴⁷⁶

Cinsel dokunulmazlığa yönelik suçlarda uzlaşma hükümlerinin uygulanması yasal olarak mümkün değildir.⁴⁷⁷

Cinsel saldırı suçunu ihbar, şikâyet veya herhangi bir şekilde öğrenen Cumhuriyet Savcısı bizzat veya emrinde çalışan adli kolluk görevlileri ile olayı araştırıp bütün delilleri toplayıp kamu davasının açılmasına gerek olup olmadığına karar verecektir.⁴⁷⁸ Cinsel saldırı suçu, özellikle organ sokmak suretiyle işlenen nitelikli hali son derece önemli bir suçtur, bu nedenle cinsel saldırı suçunun soruşturması bizzat Cumhuriyet Savcısı tarafından yapılmalıdır ve adli kolluğa havale edilmemelidir.⁴⁷⁹

tabi olmadığı belirtilmiştir. (Artuk-Gökçen-Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 7. Bası, s. 162; Tezcan-Erdem-Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 4. Bası, s. 243) Bu açıklamalar ışığında somut olay ele alınıp değerlendirildiğinde; Özel Dairenin, sanığın sabit olan, kardeşinin ırzına tasaddi suçunun 5237 sayılı TCK' na göre soruşturulması ve kovuşturulmasının şikâyetle tabi olduğuna ve mağdure şikâyetçi olmadığından sanık hakkındaki kamu davasının düşürülmesi gerektiğine yönelik kabulü ve bu gerekçeye dayanarak Yerel Mahkeme hükmünü bozması, yukarıdaki açıklamalar doğrultusunda yasaya aykırıdır. Sanık hakkında, Yerel Mahkemece, 765 ve 5237 sayılı TCK.larının hükümleri karşılaştırılarak, 765 sayılı TCK. hükümlerinin daha lehine olduğunun kabulüyle yapılan uygulama isabetlidir. Bu itibarla Yargıtay C.Başsavcılığı itirazının kabulüne ve Özel Daire bozma kararının kaldırılmasına karar verilmelidir.” Yar. , CGK, 03/10/2006, 5-193/203, İNAN, s. 86-88

⁴⁷⁶CMK md. 158/6 “ Yürütülen soruşturma sonucunda kovuşturma evresine geçildikten sonra suçun şikâyetle bağlı olduğunun anlaşılması halinde; mağdur açıkça şikâyetten vazgeçmediği takdirde, yargılamaya devam olunur.”

⁴⁷⁷CMK md. 253/3 “ Soruşturulması ve kovuşturulması şikâyetle bağlı olsa bile, etkin pişmanlık hükümlerine yer verilen suçlar ile cinsel dokunulmazlığa karşı suçlarda, uzlaştırma yoluna gidilemez. (Ek cümle: 26/06/2009-5918 S.K./8.mad) Uzlaştırma kapsamına giren bir suçun, bu kapsama girmeyen bir başka suçla birlikte işlenmiş olması hâlinde de uzlaşma hükümleri uygulanmaz.”

⁴⁷⁸CMK md. 160 “ (1) Cumhuriyet savcısı, ihbar veya başka bir suretle bir suçun işlendiği izlenimini veren bir hâli öğrenir öğrenmez kamu davasını açmaya yer olup olmadığına karar vermek üzere hemen işin gerçeğini araştırmaya başlar. (2) Cumhuriyet savcısı, maddî 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 yükümlüdür.” , YURTCAN, Erdener, Cumhuriyet Savcısının ve Ceza Yargıcının Başvuru Kitabı, 4. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2005, s. 7, KESKİN, İbrahim, Yargısal ve İdari Görevleri Kapsamında Cumhuriyet Başsavcılığı Kurumunun Türk İdari Yapısındaki Yeri, 1. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2014, s. 109, “ C.M.U.K.nun 154. maddesine göre, kamu davası açma görevi kendisine verilmiş olan C.Savcısı 153. maddede yazılı neticelere varmak, yani işlenen suçtan dolayı, üzerine suç atılan kimse hakkında kamu davası açmaya yer olup olmadığına karar vermek üzere bütün memurlardan her türlü malumatı isteyebilir. Gerek doğrudan doğruya ve gerekse zabıta makam ve memurları vasıtasıyla her türlü tahkikatı yapabilir. Bütün zabıta makam ve memurları C.Savcılığının adliyeyle ilişkin işlerde emirlerini ifa ile mükelleftir. ” EROL, 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu, s. 1021

⁴⁷⁹BAKICI, Sedat, Olaydan Kesin Hükme Kadar Ceza Yargılaması ve Ceza Kanunu Genel Hükümler, 3. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2000, s. 115

Cinsel saldırı suçlarının soruşturmalarında yaşanan en büyük sorunlardan biri delil toplama da yaşanan sıkıntılardır. Özellikle mağdurun olay nedeniyle yaşadığı travma, korku, utanma, toplumdan dışlanma veya toplum tarafından suçun müsebbibi olarak görülme endişesi mağdurların suçu şikâyet etmesini engellemektedir. Geciken şikâyetlerde ise deliller kaybolduğundan ispat hususu güçleşmektedir.⁴⁸⁰

Cinsel saldırı suçunun, kamu görevinin sağladığı nüfuzun kötüye kullanılması suretiyle işlenmesi halinde, ilgili kamu görevlisi hakkında 4483 sayılı memurların ve diğer kamu görevlilerinin yargılanması hakkında kanun gereği soruşturmanın devamı için soruşturma izni almaya gerek yoktur. Benzer durum kasten yaralamanın nitelikli hali için (TCK 86/3) de geçerlidir ve Yargıtay bu halde soruşturma izni alınmasına gerek olmadığı görüşündedir.⁴⁸¹

⁴⁸⁰KORKUSUZ, s. 843, “ Tecavüz vakalarında önemli bir güçlük ispat zorluğudur. Bu nedenle eşi ya da başka birisi tarafından tecavüze uğrayan bir kadının ya da kız çocuğunun kesinlikle yıkanmadan, ilk 48 saat içinde fiziksel rapor için Savcılık ve hastaneye başvurması çok önemlidir. Tecavüze maruz kalan kadın veya kız çocuk, tecavüzcüye ait herhangi bir izi (tırnak parçası, saç, kan örneği vb.) yok etmeden derhal polise bildirmelidir. Tecavüz sırasında giyilen giysi ve iç çamaşırları yıkanmamalıdır. ” <http://www.kadinininsanhaklari.org/kadinin-insan-haklari/yasalardaki-haklarimiz/siddet-goren-kadin-ne-yapabilir/cinsel-suclar-ve-turk-ceza-kanunudaki-teck-duzenlemeler/>, Erişim Tarihi: 23/02/2015, “ Biyolojik materyaller hem suç niteliğinin gerçekleştiğini ortaya koyarken hem de failin kimliğinin belirlenmesini sağlayacaktır. Bunun için de cinsel saldırı olgularında travmatik bulguların tespit edilebilmesi ve biyolojik delileri elde edebilmek için olayı takiben en kısa sürede mağdurların muayene edilmesi gerekmektedir. ” TAŞKAYA, Gökçe Ünal, Adli Tıp Ve Cinsel Saldırıları Muayenenin Önemi, İstanbul Adliyesi Dergisi, 3. Sayı, 2015, s. 29

⁴⁸¹TCK md. 86/3 “ Kasten yaralama suçunun; a) Üstsoya, altsoya, eşe veya kardeşe karşı, b) Beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı, c) Kişinin yerine getirdiği kamu görevi nedeniyle, d) Kamu görevlisinin sahip bulunduğu nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle, e) Silâhla, işlenmesi hâlinde, şikâyet aranmaksızın, verilecek ceza yarı oranında artırılır. ” , “ Bıçakla etkili eyleme tam kalkışma suçundan sanık Alpaslan’ ın TCY’ nin 456/4, 62, 457/1, 59/son, 647 sayılı Yasanın 4 ve 6. maddeleri uyarınca 208.802.880 TL. ağır para cezasıyla cezalandırılmasına, cezasının ertelenmesine, suçta kullandığı çakı bıçağının TCY’ nin 36. maddesi uyarınca zoraltımına ilişkin Keskin Asliye Ceza Mahkemesinden verilen 27.6.2001 gün ve 52-89 sayılı hüküm sanık tarafından temyiz edilmekle dosyayı inceleyen Yargıtay İkinci Ceza Dairesince 30.10.2003 gün ve 13989-13485 sayı ile; “ Sanık Alpaslan’ ın diğer sanık Mesut’ un öğretmen olduğunu, sınıfta huzursuzluk yapması nedeniyle sanık Mesut’ u disiplin kuruluna verdiği, bunun üzerine olay tarihinde sanıklar Kazım, Mesut ve Taner’ in öğretmenin oturduğu lojmana gittikleri, sanık Mesut’ un sanık Alpaslan’ a okul müdürünün çağırdığını söylediği, daha sonra kapıyı zorladığı, bu esnada Alpaslan’ ın elindeki bıçakla hamle yaptığı belirtilmiş olmasına göre sanığın eyleminin görevden kaynaklandığının anlaşılması karşısında, 4483 sayılı Kanunun 1-3. maddeleri gereğince soruşturma izni alınmadan genel hükümlere göre açılan davada yargılamaya devamlı yazılı şekilde hüküm tesisi ” isabetsizliğinden diğer yönleri incelenmeksizin bozulmuştur. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı ise bu karar karşı 12.1.2004 gün ve 128500 sayı ile; “ Konu ile ilgili 4483 sayılı Yasa hükümleri şu şekildedir: Amaç, Madde 1- Bu Kanunun amacı, memurlar ve diğer kamu görevlilerinin görevleri sebebiyle işledikleri suçlardan dolayı yargılanabilmeleri için izin vermeye yetkili mercileri belirtmek ve izlenecek usulü düzenlemektir. Kapsam, Madde 2- Bu Kanun, Devletin ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürüttükleri kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevleri ifa eden memurlar ve diğer kamu görevlilerinin görevleri sebebiyle işledikleri suçlar hakkında uygulanır. Görevleri ve sıfatları sebebiyle özel soruşturma ve kovuşturma usullerine tabi

olanlara ilişkin kanun hükümleri ile suçun niteliği yönünden kanunlarda gösterilen soruşturma ve kovuşturma usullerine ilişkin hükümler saklıdır. Ağır cezayı gerektiren suçüstü hali genel hükümlere tabidir. Disiplin hükümleri saklıdır. Kanunun TBMM' ne sevk edilen genel gerekçesinde: “...Devletin ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürüttükleri kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevleri kamusal yetki ve usuller kullanılmak suretiyle ifa eden memurlar ve diğer kamu görevlilerinin bu görevleri sebebiyle işledikleri suçlar nedeniyle doğrudan doğruya ceza kovuşturmasına tabi tutulmaları, kamu hizmetinin işleyişinde aksamalara ve kamu otoritesinin saygınlığının zedelenmesine yol açabilir. Bu sakıncaları gidermek, memurlar ve diğer kamu görevlilerini asılsız isnat ve iftiralar karşısında korumak için bunların görevleri sebebiyle işledikleri suçlar hakkında adli makamların kovuşturma yapmasından önce idarenin bir inceleme yapmasını ve bu incelemenin sonucuna göre olayın yetkili ve görevli adli mercie intikal ettirilmesini öngören sistemler geliştirilmiştir. (4483 sayılı Yasanın yürürlüğe girmesi ile yürürlükten kaldırılan) Memurun Muhakematı Hakkında Kanunu Muvakkat konu ve kapsam yönünden de sakıncalar taşımaktadır. Bu sakıncalar görev sırasında işlenen, ancak görevle ilgisi bulunmayan suçların da bu kanun kapsamında bulunması nedeniyle belirtilen suçlar hakkında adli mercilerce doğrudan soruşturma yapılmasına olanak verilmemesi olarak özetlenebilir. Belirtilen sakıncaları gidermek için görev sırasında işlenen fakat görevle ilgisi bulunmayan suçlar kapsam dışı bırakılmak suretiyle sistemin uygulama alanının daraltılması öngörülmüştür ” denilmektedir. Bu yasal düzenlemeler ve genel gerekçe karşısında, 4483 sayılı Yasanın uygulanabilmesi için kamu görevlisine yürürlükteki yasal hükümler çerçevesinde bir görev verilmiş olması ve kamu görevlisinin de bu görevini ifa ederken bir suç işlemesi gerekir. Diğer bir ifade ile yasa koyucunun 4483 sayılı Yasanın genel gerekçesinde belirttiği gibi; görev sırasında işlenen ve fakat görevle ilgisi bulunmayan suçlar için bu yasa hükümleri uygulanamaz. Aksi düşünce memurun görevinden doğan veya görevi sırasında işledikleri suçlar için uygulanacağını kabul eden fakat yürürlükten kaldırılan Memurin Muhakematı Hakkında Kanunu Muvakkat’ ın benimsediği, yürürlükten kaldırılan eski sistemin kabulünü gerektirir ki yasa koyucunun amacı bu değildir. Yasa koyucu amacının bu olmadığını da açıkça “ görevle ilgisi bulunmayan suçlar kapsam dışı bırakılmıştır ” diyerek vurgulamıştır. Başka bir anlatımla “ yeni yasa memurların “ görevlerini yaptıkları sırada ” işledikleri suçları dışlayarak yalnız “ görevleri sebebiyle ” işledikleri suçları kapsamına almıştır (Erol Çetin, Açıklamalı ve İçtihatlı Ceza Hukukunda ve Özel Memur, Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılama Usulü ve Memur Suçları, 2000, s. 392). Memurların işledikleri suçların görevleriyle bağlantısı olup olmaması nedeniyle üç grup içinde toplama olanaklıdır. Bunlardan birincisi görev nedeniyle işlenen suç, ikincisi görev sırasında işlenen suç, üçüncü kişisel suçtur. Üçüncü gruba giren kişisel suçlar bir memurun bir markette alışveriş yaparken satıcıya sövmesi gibi yaptığı görevle hiçbir bağlantısı olmayan suçlar olduğundan 4483 sayılı Yasa kapsamı dışındadır (age s. 401). Yine anılan Yazara göre “ görev sebebiyle işlenen suç memurun yasal düzenlemelerle kendisine verilen görevlerinden doğan ve bu görevleriyle ilgili olan suç demektir. Bunlarla işlenen suç ile görev arasında bir nedensellik bağı vardır ve suç görevin sonucu olarak ortaya çıkar. Görev sırasında işlenen suç ise, memurun göreviyle ilgili olmayan, görevin yapıldığı sırada işlenen suç demektir. ” Bir nüfus memurunun bütün belgeler verildiği halde, yeni doğan bir çocuğun kaydını uzun süre yapmama eylemi yaptığı görevden doğduğundan görev sebebiyle işlenen suça, makamında çalışırken, bu kaydın gecikme nedenini soran çocuğun babasını dövmesi görev sırasında işlenen suça örnektir (age. s. 402). Bu açıklamaların ışığı altında somut olaya baktığımızda: Yüksek Mahkemece, sanık öğretmenin, müşteki Mesut’ u sınıfta disiplinsizlik yaptığı gerekçesiyle disiplin kuruluna verdiği, buna kızan müşteki ve arkadaşlarının sanık öğretmenin oturduğu lojmana gittikleri ve burada yakınıcı Mesut’ un öğretmenin lojman kapısını zorlaması üzerine, sanığın elindeki bıçakla hamle yaptığı kabul edilmiştir. Bu kabul karşısında olayda sanık öğretmene yasal düzenlemeler çerçevesinde “ adam yaralama ” gibi verilmiş bir görev bulunmamaktadır. Böyle bir görev sözkonusu olmadığına göre, olayda görev sebebiyle işlenen bir suç, 4483 sayılı yasa gereğince yapılması gereken bir ön inceleme de söz konusu değildir. Eğer aksi düşünce kabul edilecek olursa, öğretmen olan sanığın, yakınıcıya karşı etkili eyleme kalkışma suçunu işlemeyip, öldürmesi halinde dahi (suçüstü hükümleri dışında) 4483 sayılı yasa hükümlerinin uygulanması gerekecektir ki bu da yukarıda belirttiğimiz, yasa koyucunun amacına uygun değildir. Olayda sanık öğretmenin, yakınıcının da aralarında bulunduğu bazı öğrencileri disiplin kuruluna vermesinden sonra, yakınıcı ve arkadaşlarının lojmana gelip içeri girmek istemeleri üzerine, diğer bir ifade ile bu kişisel nedenle işlenen bir suç sözkonusu olup kişisel suçlarda anılan yasa kapsamı dışındadır. Diğer taraftan yapılan görevle işlenen suç arasında nedensellik bağı da bulunmamaktadır. Aksi kabul, yasa koyucunun sistemin uygulama alanının

daraltılması, doğrudan görev sebebiyle işlenen suçlarda 4483 sayılı yasanın uygulanması gerektiği yolundaki öngörüsüne de aykırı olacaktır ” görüşü ile itiraz yasa yoluna başvurarak, bozma kararının kaldırılmasına, dosyanın esasa ilişkin inceleme yapılmak üzere Özel Daireye gönderilmesine karar verilmesini talep etmiştir. Dosya Birinci Başkanlığa gönderilmekle Ceza Genel Kurulunca okundu, gereği konuşulup düşünüldü: KARAR : Öğretmen olan sanığın öğrencisine yönelik etkili eyleme tam kalkışma suçundan TCY’ nin 456/4, 62, 457/1, 59/son, 647 sayılı yasanın 4 ve 6. maddeleri uyarınca cezalandırılmasına karar verilen somut olayda Özel Daire ile Yargıtay C. Başsavcılığı arasındaki uyuşmazlık, yüklenen suç nedeniyle sanık hakkında kamu davası açılabilmesi bakımından 4483 sayılı yasa uyarınca son soruşturmanın açılmasına dair izin alınmasına gerek bulunup bulunmadığı hususundadır. Uyuşmazlığın sağlıklı bir hukuki çözüme kavuşturulabilmesi bakımından, memurlar ve kamu görevlilerinin yargılanmaları ile ilgili özel hükümler içeren 4483 sayılı yasadaki düzenlemenin, konunun tarihsel boyutu ve memurların yargılanmasına ilişkin hukuki düzenlemelerin zaman içinde geçirdiği değişiklikler de dikkate alınarak incelenip değerlendirilmesi gerekir. Suçun öğrenilmesinden hükmün kesinleşmesine kadar sanık hakkında yapılacak bütün işlemlerin adli makamlar ve görevlilerce yapılması genel kuraldır. Memurlar ve kamu görevlilerinin, bu genel prensibin istisnasını oluşturacak biçimde, ayrı bir yargılama rejimine tabi kılınmaları konusu ise geçmişten günümüze daima tartışma konusu olmuştur. Erkler ayrılığı ilkesinden yola çıkarak, kamu gücü, kamu hizmeti, kamu hizmetlerine yön veren ilkeler ve korunan değerler, kamu hizmeti ilkelerini çiğnemenin doğurduğu zararlar, kamu personeli anlayışı ve devletin genel ve kamu yönetimine ilişkin özel rejimi gözetildiğinde, memur sorumluluğu açısından iki büyük üst sistem karşımıza çıkmaktadır. İngiltere’ de gelişen birinci sistemde, kamu personelinin gereksiz yakınmalara konu olamayacağı inancı yerleşmiş, o nedenle yargısal güvenceyle yetinilmiştir. Yargısal güvenceden amaç memurun yargılanmasını bağımsız yargı organına bırakmaktır. Ancak geniş anlamda yargısal güvence; bunun yanı sıra, memurun ve dolayısıyla yönetimin çeşitli biçimde korunmasını gerektirmektedir. Çağcıl devletlerin ceza yasalarında, kamu yönetiminin saygınlığını korumak ve düzenli işlemlerini sağlamak için, memurlara karşı işlenen ya da memurların işledikleri suçların cezası daha ağırdır. Devlet memurunu yeterince koruyamazsa bunun sonuçlarına katlanmak zorundadır. Çağcıl hukuk devletinde yargıçlar, savcılar gibi kimi görevliler için çok sınırlı ve temel hukuksal ilkelere dayanılmak koşuluyla özel yargılama yöntemlerinin öngörülmesi olağan bir durumdur. Öte yandan memur da, haklarıyla ya da kendine karşı yapılan disiplin soruşturmalarıyla ilgili olarak yargı önünde hak arama özgürlüğüne sahiptir (Doç. Dr. Sami Selçuk, Memur Yargılaması Hakkında, 1997 s. 18). Buna karşılık Kara Avrupa’ sında görevlilerin, dolayısıyla yönetimin üzücü suçlamalarla yıpratacağından kaygıya düşüldüğü için, yargısal güvencenin yanı sıra, yönetsel güvenceye de gerek duyulmuştur. Geniş anlamda yönetsel güvence, hem kamu personelinin statüsüyle ve yükümlülükleriyle ilgili olarak kendine sağlanan, örneğin, kendisiyle ilgili kararlara katılma gibi haklarını ve hem de hakkında cezai bir kovuşturma açılabilmesini belli yöntemlere bağlamayı anlatır. Dar anlamda ise yalnızca cezai kovuşturmada, adli yargıdan önce, belli bir yönetime bağlı olmak anlaşılır (Sami Selçuk, age, s. 19). Yönetsel güvence üst sistemi, kamu yönetiminin kendisini korumak, saygınlığının örselenmesini önlemek kaygılarından doğmuştur ve son çözümlemede kamu davasının koşulu olmaktadır. Yönetsel güvencenin temel alındığı sistemlere memurların yargılanma usulü ile ilgili olarak üç sistem uygulanmıştır. 1. Muhakeme sistemi: Hem ön soruşturma hem de son soruşturmanın idare tarafından yapıldığı bu sistem, ülkemizde 1871 (1288) tarihli Memurin Muhakematına Dair Nizamname ile kabul edilmişti. Bu Nizamnameye göre memur suçlarının takibi hazırlık soruşturmasından hükmün kesinleşmesine kadar idari makamlar tarafından gerçekleştirilmekteydi. 2. Tahkik sistemi: Bu sisteme göre ön soruşturma yönetsel makamlar tarafından yapılmakta, son soruşturma gerekli görüldüğünde iş mahkemeye havale edilmektedir. 1329 tarihli Memurin Muhakematı Hakkında Kanunu Muvakkat ile Yargıtay Yasası 46. madde bu sistemi benimsemişlerdir. 3. İzin sistemi: Bu sistemde suçun kovuşturulması yetkili bir merciin iznine bağlanmıştır. Hakimler yasının 82. madde, yürürlükten kaldırılan 1609 sayılı yasanın, TCY’ nin 160/2 ve 173. maddelerinin, Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 129/son maddesinin ve nihayet 4483 sayılı yasanın benimsedikleri sistem buna örnektir (Yrd. Doç. Dr. Hamide Zafer., 4483 sayı ve 2.12.1999 tarihli “ Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun’ un Değerlendirilmesi, ” İstanbul Barosu Dergisi, 2000, SAYI 4, s. 983). “ İzin ” sistemine hemen her ülkede ve fakat yalnızca yargıçlar gibi görevliler için çok sınırlı olarak rastlanmaktadır (Sami Selçuk, age, s. 21). Yönetsel güvence sistemi, merkezi devlet sistemini benimseyen ülkelerde, yönetimi koruma kaygısıyla ortaya çıkmıştır. Uygulama ise başarılı olmamış, devleti korumak şöyle dursun, ona olan güveni sarsmış, devleti zayıflatmıştır. Buna karşılık

merkezi devlet sistemine uzak kalan Anglo-sakson ülkeler ise, yargısal güvence sistemini benimsemişlerdir. Memur yargılaması ile ilgili olarak ülkemiz hukukundaki gelişimi ve mevcut sistemler içindeki yerini inceleyecek olursak; 1871 (1288) tarihli Memurin Muhakematına Dair Nizamname ile muhakeme sistemi kabul edilmişti. Bu Nizamnameye göre, ön soruşturma idare tarafından yapıldığı gibi, son soruşturma da yine idare tarafından yapılmakta ve ceza idare mahkemelerince verilmekteydi. Sonuçta cezayı tayin edenler idare kurulları idi. Bu kurulların mahkumiyet kararlarına karşı da, daha yüksek idare kurullarına başvurulmaktaydı (Prof. Dr. Öztekin Tosun, Memurların Suçlarında Özel Muhakeme Kuralları, Adalet Dergisi, 1984, Sayı 1-2, s. 14). 1913 tarihinde bu kez bir yasa ile memurların işledikleri suçlarda izlenecek yargılama kuralları yeniden düzenlenmiştir. Memurin Muhakematı Hakkında Kanunu Muvakkat isimli bu yasa 1876 Anayasası döneminde kabul edilmiş olan geçici yasalardan olduğundan, hükümetçe yapılmış, ancak o dönemde meclis tarafından tasdik edilmediği için aynı adla 1999 yılında kaldırılana değin uygulanmıştır. Yargılama birliği prensibinden etkilenilerek çıkarıldığı düşünülen bu yasanın önceki nizamnameden ayrıldığı başlıca nokta, son soruşturmanın yapılmasını adli mahkemelere bırakması olmuştur. Bu yasa ile birlikte memur yargılaması açısından ülkemizde tahkik sistemine geçilmiştir. Anılan yasanın 1. maddesinde; memurların memuriyet görevlerinden doğan ya da görevlerini yaptıkları sırada işledikleri suçlarından dolayı yargılanmalarının, yasada öngörülen koşullar altında adliye mahkemelerine ait olacağı belirtilmekteydi. Böylece maddede, yasanın uygulama alanı hem kişi hem de konu bakımından gösterilmişti. MMHKM uyarınca soruşturma yapılabilmesi için, suç oluşturan eylem ya görevle bağlantılı olmalı ya da görev sırasında istenmelidir. Aksi takdirde, kovuşturma genel hükümlere göre yapılacaktır. Görüldüğü üzere, yasanın uygulama alanı oldukça geniş tutulmuştur. Ancak zaman içinde, bazı özel yasalarla kimi suçlar MMHKM dışına çıkarılmış, yargılama alanında memur kavramını daraltan yargısal kararlar verilmiş ve nihayet öğretilerde de bu yasa aleyhinde gitgide güçlenen bir akım kendisini göstermiştir. Böylelikle, memurların yargılanması ile ilgili özel düzenlemenin uygulama alanı daralmış, memur soruşturması konusunda genel hükümlere yaklaşan bir gelişme gözlenmiştir. 1913 tarihli MMHKM' ın uygulama alanını daraltmaya yönelik yasal düzenlemelerden ilki Ceza Yargılaması Usul Yasası' nın 154. maddesinde gerçekleştirilmiş, savcılarının emrini yerine getirmek durumunda olan devlet memurlarının ve zabıta memurlarının işledikleri suçlarda savcılarının MMHKM hükümlerinin yerine getirilmesine gerek görmeden doğrudan doğruya ceza davası açabilmesi imkanı getirilmiştir. Ardından, 1930 tarihli ve 1609 sayılı yasa ile, bu yasada sayılan bir kısım suçlar yönünden MMHKM hükümlerinin uygulanmayacağı belirtilerek, bu suçlar yönünden tahkik sistemi yerine izin sistemi getirilmiştir. Ayrıca sonradan kabul edilen, 5816 sayılı Atatürk Aleyhine İşlenen Suçlar Hakkında Yasa (3. madde), 298 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Yasa (174 ve 179. md.), 1402 sayılı Sıkıyönetim Yasası (Değişik 13 ve 15. md) ve 2845 sayılı Devlet Güvenlik Mahkemelerinin Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkında Yasalar (2/7 ve 9. md.) kapsamındaki suçların, Cumhuriyet Savcılarınca kovuşturulacağı esası kabul edilmiştir. Sıkıyönetim Yasasının kapsamına giren suçlar ise askeri mahkemelerde görülecektir. Böylelikle, MMHKM ile getirilen sistemin uygulama alanı daha da daraltılmıştır. Öte yandan, tahkik sisteminden izin sistemine geçişin öncü uygulaması olarak görülen 15.5.1930 tarihli 1609 sayılı Bazı Cürümlerinden Dolayı Memurlar ve Şerikleri Hakkında Takip ve Muhakeme Usulüne Dair Yasanın 1. maddesi ile, irtikap, rüşvet, ihtilas, zimmet, gerek doğrudan doğruya ve gerek memuriyet vazifesini suiistimal ederek kaçakçılık, resmen vuku bulan müzayede ve münakaşalara ve alım satıma fesat karıştırma ve Devlet sırlarının açıklanması veya açıklanmasına sebebiyet verme veya bu suçlara iştirakten sanık olan memurlar hakkında Memurin Muhakematı Hakkında Kanunu Muvakkat hükümlerinin uygulanmaması kabul edilmişti. Ancak bu cürümlerden haberdar olan Cumhuriyet savcıları sanığın ifadesini almaksızın keyfiyeti yasada belirtilen idari makama bildirir ve soruşturmaya devam ederek dava açabilmek için izin isterdi. Bu yasa 4 Mayıs 1990 tarihinde yürürlüğe giren 3628 sayılı yasa ile yürürlükten kaldırılmıştır. 3628 sayılı Yasanın 19. maddesine göre, “ Cumhuriyet savcısı 17. maddede sayılan suçların işlendiğini öğrendiğinde, sanıklar hakkında doğrudan doğruya ve bizzat soruşturmaya başlamakla beraber, durumu atamaya yetkili amirine veya yasanın 8. maddesinde gösterilen mercilere ” bildirecektir. Görüleceği üzere, 3628 sayılı yasa ile birlikte, savcıya memurlar tarafından işlenen ve bu yasada sınırlı olarak sayılan suçlar yönünden izin almadan sadece keyfiyeti ilgili idari makama bildirmek şartıyla iddianame ile dava açabilme yetkisi verilmiş, böylelikle bu suçlar yönünden “ izin ” sistemi terk edilerek “ bildirim ” sistemine geçilmiş, bunların dışında kalan suçlar bakımından tahkik sisteminin uygulanmasına devam edilmiştir. Öte yandan, ülkemizde memur yargılamasına temel

oluşturan hükümlerden biri de 1982 Anayasasının 129. maddesinin son fıkrasında yer almaktadır. Bu hükme göre; “ Memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında işledikleri iddia olunan suçlardan ötürü ceza kovuşturması açılması, kanunla belirlenen istisnalar dışında, kanunun gösterdiği idari merciin iznine bağlıdır ”. Nitekim, tahkik sisteminden “ izin ” sistemine geçişin temel dayanaklarından birisini oluşturan bu Anayasal hüküm doğrultusunda sonradan 4483 sayılı Yasa çıkarılmıştır. 3.12.1999 tarihli Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Yasa ile, memurlar ve kamu görevlilerinin görevleri sebebiyle işledikleri iddia olunan suçlardan dolayı Cumhuriyet savcılığı tarafından kovuşturma yapılabilmesi, “ izin ” şartına bağlanmıştır. Görüldüğü üzere, gerek geçmişte yönetsel güvence sistemini temel alan çeşitli ülkelerdeki gelişimin gerekse ülkemizdeki gelişimin, memurların yargılanması konusunda özel kurallar konulmasından vazgeçilmesi ya da uygulama alanının daraltılması suretiyle, genel hükümlerin uygulanmasına doğru bir yöneliş gösterdiği anlaşılmaktadır. Nitekim MMHKM' ın kaldırılması nedenleri 4483 sayılı yasanın genel gerekçesinde; “ Adı geçen Kanun, getirdiği sistemdeki soruşturma aşamalarının çokluğu ve bu aşamalarda görev alanlarının yetersizliği sebebiyle soruşturmaların uzamasına ve sürüncemede kalmasına neden olmakta, bazen de bu süreçte zamanaşımının dolması nedeniyle suçun cezasız kalmasına yol açmaktadır. Aynı Kanun, konu ve kapsam yönünden de sakıncalar taşımaktadır. Bu sakıncalar, görev sırasında işlenen, ancak görevle ilgisi bulunmayan suçların da bu Kanun kapsamında bulunması nedeniyle belirtilen suçlar hakkında adli mercilerce doğrudan soruşturma yapılmasına olanak verilmemesi, ayrıca kanunun Türkiye Büyük Millet Meclisinin 8.8.1941 tarih ve 1255 sayılı yorum kararı uyarınca Türk Ceza Kanununun memur saydığı kişilere de uygulanması başka bir deyişle, memuriyet statüsünde bulunmayan kişilere de teşmil edilmesi nedeniyle çok geniş bir personel grubunu sistemin içine dahil etmesi olarak özetlenebilir. Belirtilen sakıncaları gidermek için bu Tasarı ile ceza kovuşturması açılmadan önce idare tarafından yapılacak ön incelemeğe göre karar verilmesi esası getirilmiş, böylece soruşturmanın kurullar elinde sürüncemede kalması önlenmiş; ayrıca Tasarı kapsamındaki “ memurlar ve diğer kamu görevlileri ” kavramı açıklığa kavuşturulmak, görev sırasında işlenen, fakat görevle ilgisi bulunmayan suçlar kapsam dışı bırakılmak suretiyle sistemin uygulama alanının daraltılması öngörülmüştür. ” denilerek açıklanmıştır. 4483 sayılı Yasanın amacı 1. maddesinde; “...memurlar ve diğer kamu görevlilerinin görevleri sebebiyle işledikleri suçlardan dolayı yargılanabilmeleri için izin vermeye yetkili mercileri belirtmek ve izlenecek usulü düzenlemek ” olarak tanımlanmıştır. Anılan madde gerekçesinde ise; “ Bu amacın, memurlar ve diğer kamu görevlilerinin sadece görevleri sebebiyle işledikleri suçlardan dolayı yargılanabilmesinin yetkili merciin izin vermesine bağlı bulunduğu ve bu izinle ilgili usulü düzenlemek olduğu ” belirtilmiştir. Yasanın kapsamını belirleyen 2. maddesinde de; “ Bu Kanun, Devletin ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürüttükleri kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevleri ifa eden memurlar ve diğer kamu görevlilerinin görevleri sebebiyle işledikleri suçlar hakkında uygulanır ” hükmüne yer verilmiştir. Görüldüğü üzere, 4483 sayılı Yasanın kapsadığı suçlar, memurlar ve kamu görevlilerinin “görevleri sebebiyle işledikleri suçlarda ” sınırlandırılmıştır. Ceza Yasamız ise yüklenilen kamu görevi nedeniyle sahip olunan “ memurluk sıfatını ” çeşitli yönlerden nazara almış ve bu sığa hukuki sonuçlar bağlamıştır. Memurluk sıfatı her şeyden önce suç faili olabilme yönünden önemlidir. Nitekim bir kısım suçları ancak bu sıfatı taşıyan kişiler işleyebilir. Örneğin Devlet idaresine karşı cürümlerin bir çoğu bu tür suçlardır. Failin memur olması bazen de cezayı ağırlaştıran bir neden sayılmıştır. Örneğin; TCY’ nın 174 ve 251. maddelerinde olduğu gibi (Erem-Toroslu, Ankara 2000, 8. baskı, s. 149). Öte yandan öğretilde, memurlar tarafından işlenen suçların iki kısma ayrıldığı belirtilerek, bunlardan birinin gerçek memur suçları, diğerinin ise görünüşte memur suçları olduğu görüşü dile getirilmiş, gerçek memur suçlarında failin memurluk sıfatının suç tipinde kurucu unsur olduğu, görünüşte memur suçlarında ise esasen bu suç benzer suçun yasada düzenlendiği, ancak failin memurluk sıfatının bir bakımına bu suçun ağırlatıcı nedeni olduğu, örneğin gerçek memur suçlarından olan kamu hizmetlerine hile karıştırma suçunun (md. 205) yalnız memur tarafından işlenebileceği, oysa fertlere karşı kötü muamelenin memurlar ya da herhangi biri tarafından gerçekleştirilebileceği ifade edilmiştir (Prof. Dr. Ayhan Önder, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, İstanbul 1994, 4. Baskı, s. 89 vd.). 4483 sayılı Yasanın ana fikri (ratio legis), memurların soruşturması ile ilgili kuralların dünyada ve ülkemizde geçirdiği evrim, yasakoyucunun görev sırasında işlenen ancak görevle ilgisi bulunmayan suçları kapsamdan çıkarmak suretiyle memur soruşturmaları ile ilgili özel düzenlemenin kapsamını daraltmak istemesi gibi hususlar dikkate alındığında, Yasada geçen “ görev sebebiyle işlenen suç ” kavramının, memuriyet görevinden doğan, görev ile bağlantılı ve görevden yararlanılarak işlenebilen suçları, başka

Kovuşturma; iddianamenin kabulü ile başlayıp hükmün kesinleşmesine kadar geçen evredir.⁴⁸² Kovuşturma evresinde hakim, cinsel saldırı suçu ile ilgili tarafları (mağduru, şüpheliyi, tanıkları, vekili ve müdafiyi) dinleyecek, elde edilen delilleri değerlendirecek ve suçun işlenip işlenmediğine yönelik eksik hususları tamamlayıp buna göre kararını verecektir.

Evlenmenin, 5237 sayılı yasada kovuşturmaya, cezanın ertelenmesine veya cezanın ortadan kalkmasına etkisi yoktur, bu nedenle mağdur ile suçun failinin evlenmesi durumunda dahi yargılama devam edecek ve delillere göre karar verilecektir.⁴⁸³

2.8.2.Yetkili Ve Görevli Mahkeme

Yetki kuralları; yargılamanın hangi yer mahkemesinde yapılacağını belirleyen kurallardır.⁴⁸⁴ CMK’ nın 12. maddesine göre yetkili mahkeme suçun işlendiği yer

bir anlatımla sadece memurlar tarafından işlenebilen, failin memur olmasının suç tipinde kurucu unsur olarak öngörüldüğü suçları ifade ettiği sonucuna varılmaktadır. Bu açıklamalardan sonra somut olayı incelediğimizde; Disiplinsiz davranışları nedeniyle durumunu disiplin kuruluna bildirdiği öğrencisinin bir hafta sonra oturduğu lojmanın kapısına gelerek önce okul müdürünün kendisini çağırdığını söylemesi, ardından da babasının kendisiyle görüşmek istediğinden bahisle dışarı çağırması üzerine, bıçak çekip öğrencisi Mesut’ a saldırarak bir süre kovaladığı iddiası ile hakkında kamu davası açılan sanığa yüklenen etkili eyleme kalkışma suçu görev sebebiyle işlenen suçlardan olmadığından, 4483 sayılı Yasa uyarınca son soruşturma açılması için idari mercilerden izin alınmasına gerek bulunmayıp, davanın genel hükümlere göre açılması gereklidir. Bu itibarla, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı itirazının kabulü ile Özel Daire bozma kararının kaldırılmasına, dosyanın esasının incelenmesi için Özel daireye gönderilmesine karar verilmelidir. SONUÇ : Açıklanan nedenlerle, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı itirazının KABULÜNE, Yargıtay İkinci Ceza Dairesinin 30.10.2003 gün ve 13989-13485 sayılı bozma kararının KALDIRILMASINA, esasa ilişkin inceleme yapılması için dosyanın Özel Daireye gönderilmek üzere Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına tevdiine, 17.2.2004 günü oybirliği ile karar verildi. ” Yar. , CGK, 17/02/2004, 2-10/40, ŞAN, Abdullah Ayhan, Özel Soruşturma Usulleri, Ankara, Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Daire Başkanlığı, Yeniden Grup Matbaacılık, 2008, s. 47- 57,

⁴⁸²CMK md. 2/1-f “ Kovuşturma: İddianamenin kabulüyle başlayıp, hükmün kesinleşmesine kadar geçen evreyi, ” , “ Ceza muhakemesinde kovuşturma (poursuite, takip), toplumsal ve ferdi iddia makamının şüphesinin kuvvetlenip sanı (zan, kuvvetli şüphe) haline gelmesi üzerine şüphelinin sanık olması ile başlayan ve bu şüphenin yenilmesine kadar devam eden iddia faaliyetidir. ” KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, s. 211, ÖZTÜRK ve ERDEM, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 650, TOROSLU, Nevzat ve FEYZİOĞLU, Metin, Ceza Muhakemesi Hukuku, 5. Baskı, Ankara, Savaş Yayınevi, 2006, s. 271

⁴⁸³İNAN, s. 91, TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 360, CENTEL, Nur, Yeni Türk Ceza Yasası Ve Kadın, nurcentel.com/makaleler/yenitckvekadın.pdf, 2005, s. 6, Erişim Tarihi: 07/10/2015

⁴⁸⁴“ Yer yönünden yetki, asıl ceza muhakemesinde yargılama yetkisinin olay (esas) mahkemeleri arasında belli bir yer ölçüsüne göre bölüşülmesinde her mahkemeye düşen yeki hissesi demektir.” KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, s. 390, AYDIN, Murat, Ceza Muhakemesinde Yetki Ve Görev Meselesinde Bazı Sorunlara İlişkin Değerlendirmeler, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 3, Sayı 1, 2013, s. 44

mahkemesidir.⁴⁸⁵ Örneğin; Antalya ili Manavgat ilçesinde gerçekleşen bir cinsel saldırı eyleminde Manavgat Ceza Mahkemeleri yer yönünden yargılama yapmaya yetkilidir.

Cinsel saldırı suçu çoğu zaman hürriyeti kısıtlama suçuyla birlikte işlenmektedir. Hürriyeti kısıtlama suçu da temadi eden suçlardan olduğu için, temadi nerede kesilmiş ise o yer mahkemesi, her iki suç için de yetkilidir.⁴⁸⁶

Mahkemenin görevine ilişkin kurallar; suçun işlendiği yerdeki hangi ceza mahkemesinin o suçla ilgili yargılamayı çözmekle yetkili olduğunu belirleyen hukuk kaideleridir.⁴⁸⁷ Ceza mahkemelerinin görevleri 5235 sayılı yasanın 11, 12 ve 14. maddelerinde düzenlenmiştir.⁴⁸⁸

⁴⁸⁵CMK md.12 “ (1) Davaya bakmak yetkisi, suçun işlendiği yer mahkemesine aittir. (2) Teşebbüste son icra hareketinin yapıldığı, kesintisiz suçlarda kesintinin gerçekleştiği ve zincirleme suçlarda son suçun işlendiği yer mahkemesi yetkilidir. (3) Suç, ülkede yayımlanan bir basılı eserle işlenmişse yetki, eserin yayım merkezi olan yer mahkemesine aittir. Ancak, aynı eserin birden çok yerde basılması durumunda suç, eserin yayım merkezi dışındaki baskısında meydana gelmişse, bu suç için eserin basıldığı yer mahkemesi de yetkilidir. (4) Soruşturulması ve kovuşturulması şikâyetine bağlı olan hakaret suçunda eser, mağdurun yerleşim yerinde veya oturduğu yerde dağıtılmışsa, o yer mahkemesi de yetkilidir. Mağdur, suçun işlendiği yer dışında tutuklu veya hükümlü bulunuyorsa, o yer mahkemesi de yetkilidir. (5) Görsel veya işitsel yayınlarda da bu maddenin üçüncü fıkrası hükmü uygulanır. Görsel ve işitsel yayın, mağdurun yerleşim yerinde ve oturduğu yerde işitilmiş veya görülmüşse o yer mahkemesi de yetkilidir.” “ Suçun işlendiği yer yargıcının yetkili olması, delillerin elde edilmesi ve değerlendirilmesi yönünden olduğu kadar, suçun işlenmesiyle reddedilen hukukunun aynı yerde yeniden tesis edilmesi yönünden de daha uygundur. ”, TOROSLU ve FEYZİOĞLU, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 62-63

⁴⁸⁶YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 3262, “ Sanıkların, mağdure Neşe’ yi Karadeniz-Ereğlisi Akarca Mahallesinden zorma kaçırmış olmalarına, sanık Hamdi’ nin yine zorla ırza geçmeye teşebbüs suçunu Zonguldak Ağır Ceza Mahkemesi hudutları içinde işlemiş olmasına göre, yerinde görülmeyen Zonguldak Ağır Ceza Mahkemesinin yetkisizlik kararının kaldırılmasına karar verilmiştir. ” Yar. , 3.CD, 29/04/1984,3844/3944, EROL, Ceza Muhakemesi Kanunu, s. 221

⁴⁸⁷“ Görev (vazife), mahkemelerin madde itibarıyla bir işe bakabilip bakamaması demektir. ” NOYAN, Erdal, 2007, Ceza Davası, 2. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, s. 646, “ Hangi hakimnin hangi tür ve ağırlıktaki işe bakacağını gösteren kurallara madde bakımından yetki kuralları denir.” ÖZTÜRK ve ERDEM, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 240, M. AYDIN, s. 32

⁴⁸⁸5235 sk. 11 “ Kanunların ayrıca görevli kıldığı hâller saklı kalmak üzere, sulh ceza (Ek ibare: 18/06/2014-6545 S.K./49. md) hâkimliği ve ağır ceza mahkemelerinin görevleri dışında kalan dava ve işlere asliye ceza mahkemelerince bakılır. ” md. 12 “ Kanunların ayrıca görevli kıldığı hâller saklı kalmak üzere, Türk Ceza Kanununda yer alan yağma (m. 148), irtikâp (m. 250/1 ve 2), resmî belgede sahtecilik (m. 204/2), nitelikli dolandırıcılık (m. 158), hileli iflâs (m. 161) suçları, Türk Ceza Kanununun İkinci Kitap Dördüncü Kısımının Dört, Beş, Altı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlar (318, 319, 324, 325 ve 332 nci maddeler hariç) ve 12/04/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununun kapsamına giren suçlar dolayısıyla açılan davalar ile ağırlaştırılmış müebbet hapis, müebbet hapis ve on yıldan fazla hapis cezalarını gerektiren suçlarla ilgili dava ve işlere bakmakla ağır ceza mahkemeleri görevlidir. Anayasa Mahkemesi ve Yargıtayın yargılayacağı kişilere ilişkin hükümler, askerî mahkemelerin görevlerine ilişkin hükümler ile çocuklara özgü kovuşturma hükümleri saklıdır. ” md. 14 “ Mahkemelerin görevlerinin belirlenmesinde ağırlaştırıcı veya hafifletici nedenler gözetilmeksizin kanunda yer alan suçun cezasının üst sınırı göz önünde bulundurulur. ”

Bu maddeler ışığında TCK 102/1. maddede düzenlenen her iki hal için Asliye Ceza Mahkemesi, TCK 102/2 ve 102/5. maddelerde düzenlenen haller için ise; bu hallerin suçun nitelikli hali olması nedeniyle yine Asliye Ceza Mahkemesi görevli olacaktır.⁴⁸⁹ Organ veya sair cisim sokmak suretiyle işlenen nitelikli hal ile suç sonucunda mağdurun ölmesi veya bitkisel hayata girmesi gibi çok önemli hallerde yargılamaları Ağır Ceza Mahkemeleri' nin yürütmesi gerektiği kanaatindeyiz.⁴⁹⁰ Sorunun çözümü için 5235 sayılı yasaya ekleme (yağma, irtikap ibareleri gibi) yapılarak suçun saydığımız nitelikli hallerinde Ağır Ceza Mahkemeleri görevli hale getirilebilir. Uygulamada bahsettiğimiz bu nitelikli hallere ilişkin davalar Ağır Ceza Mahkemeleri' nde görülmektedir.⁴⁹¹ TCK 102/4. maddede düzenlenen nitelikli halde

⁴⁸⁹“ Otobüs durağında katılanın yanına oturup başını katılanın omzuna koyduğu kabul edilen bedensel temas içeren sanığın eyleminin 5237 sayılı TCK.nun 102/1. maddesinde tanımlanan suç oluşturabileceği ve bu konudaki delilleri tartışıp değerlendirmenin üst dereceli Asliye Ceza Mahkemesine ait bulunduğu nazara alınarak CMK.nun 4. ve 5. maddeleri gereğince görevsizlik kararı verilmesi yerine duruşmaya devamla yazılı şekilde hükme varılması, ” Yar. , 5. CD, 08/10/2009, 874/11284, “ Oluş ve kabule göre; hükümlünün olay günü evlerine gelen mağdurenin belinden tutarak sarıldığı, onun da karşı koyup tekme atması üzerine bıraktığı anlaşılmakla, hükümlünün fiilinin 5237 sayılı TCK.nun 102/1. maddesinde düzenlenen vücut dokunulmazlığını ihlal eden cinsel saldırı suçu niteliğinde olduğu ve bu suça ilişkin yargılama yapmak ve 5252 sayılı Kanunun 9/3. maddesine göre lehe olan yasayı belirleme görevinin üst dereceli Asliye Ceza Mahkemesine ait bulunduğu gözetilmeyerek eylemin 105/1 maddesine uyan cinsel taciz suçu kapsamında olduğunun kabulü ile yazılı şekilde uygulama yapılması, ” Yar. , 5. CD, 16/02/2006, 306/901, , TUĞRUL, s. 224 ve 231, TANER, s. 247 (Yazar TCK 102/2 ve 102/5. maddelerde düzenlenen halleri ayrı suç kabul etmeyip suçun nitelikli hali olarak gören buna rağmen Ağır Ceza Mahkemelerinin görevli olduğunu savunan yazarları eleştirmektedir. Yazar suçun 102/2.maddesinde yer alan nitelikli halinin kanunda ayrı suç olarak düzenlenmesi halinde sorunun çözüleceği kanaatindedir.), KARTAL, s. 239 – 240 (Yazar cinsel istismar suçu için aynı çelişkili duruma vurgu yapmıştır.), ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACIKSIZ/TEPE, Özel Hükümler, s. 325 ve 339 (Yazar 102/2 ve 102/5. maddelerde düzenlenen halleri suçun nitelikli hali olarak görmesine rağmen görevli mahkemenin Ağır Ceza Mahkemesi olduğu yönünde görüş belirtmiştir.)Özbek vd. ile aynı yönde YALVAÇ, Gürsel, Ceza Ve Yargılama Hukuku Yasaları, 7. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2008, s. 127, EKDEMİR, İbrahim, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Ve Diğer İlgili Kanunlar, Ankara, Sözkesen Matbaacılık, 2005, s. 165-166

⁴⁹⁰TANER, s. 247

⁴⁹¹“ Müştekinin, olay günü hastası olduğunu, acilen telefon etmesi gerektiğini söyleyen sanığı evine aldığı, sanığın ise kapıyı kilitleyerek müştekiye cinsel ilişki teklif ettiği, müştekinin kabul etmemesi üzerine bıçak çekerek şalvarını indirmeye çalıştığı, göğüslerine ve vücudunun çeşitli yerlerine dokunduğu, mücadele sırasında dışarıdan duyduğu sesler nedeniyle dikkatinin dağıldığı sırada müştekinin kaçması sonucunda eylemini gerçekleştiremediğinin ileri sürülmesi karşısında, eylemin nitelikli cinsel saldırıya teşebbüs niteliğinde olup olmadığının ve bu konuda iddia, savunma ve delillerin takdir ve değerlendirmesinin üst dereceli Ağır Ceza Mahkemesine ait olduğu, görevsizlik kararı verilmesi gerektiği gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması, ” Yar. , 5. CD, 30/09/2009, 8548/10743, “ İddianame, mahkumiyet kararı, mağdurenin aşamalarındaki uyumlu anlatımları ve dosya içeriğine göre iddia ve sabit kabul edilen zorla mağdurenin vücuduna oral yoldan cinsel organını ihlal etme eyleminin 5237 sayılı yasanın 102/2. maddesinde düzenlenen nitelikli cinsel saldırı suçunu oluşturacağı, bu suçla ilgili duruşma açıp yargılama yapma görevinin Ağır Ceza Mahkemesine ait olduğu nazara alınarak görevsizlik kararı verilmesi gerektiğinin gözetilmemesi, kanuna aykırıdır. ” Yar. , 5. CD, 19/06/2006, 8466/5743, TUĞRUL, s. 219 ve 231

kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşan hallerine (TCK 87) bakılarak görevli mahkeme belirlenir. Ancak kasten yaralama eylemi cinsel saldırı suçu ile beraber işlendiğinden burada bizce usul ekonomisi açısından eylemlerin hangi mahkemelerin görev alanına girdiğine bakıp, mahkemelerden üst dereceli olanda davaları birlikte açmak daha uygun olacaktır.

Failin yaşının 18’ den küçük olması halinde, suçun işlendiği yerde kurulmuş ise, Çocuk Mahkemeleri yargılamayı yapacaktır.⁴⁹²

2.8.3.Zamanaşımı

Zaman aşımı; suçun işlendiği tarihten itibaren belli bir süre geçmesiyle devletin o suçun yargılamasında fayda görmeyerek yargılamadan vazgeçmesidir.⁴⁹³

Dava zaman aşımı TCK’ nın 66. maddesinde düzenlenmiştir.⁴⁹⁴ Bu madde ışığında; sarkıntılık eylemi için 8 yıl, sarkıntılık boyutunu aşan ve TCK 102/1.

⁴⁹²“ Görev konusunda, sanığın suç tarihinde 18 yaşını doldurmuş olup olmadığı dikkate alınmalıdır. ” NOYAN, Ceza Davası, s. 650, 5395 sk. md. 25 “ (1) Çocuk mahkemesi, tek hâkimden oluşur. Bu mahkemeler her il merkezinde kurulur. Ayrıca, bölgelerin coğrafi durumları ve iş yoğunluğu göz önünde tutularak belirlenen ilçelerde Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun olumlu görüşü alınarak kurulabilir. İş durumunun gerekli kıldığı yerlerde çocuk mahkemelerinin birden fazla dairesi oluşturulabilir. Bu daireler numaralandırılır. Çocuk mahkemelerinde yapılan duruşmalarda Cumhuriyet savcısı bulunmaz. Mahkemelerin bulunduğu yerlerdeki Cumhuriyet savcıları, çocuk mahkemeleri kararlarına karşı kanun yoluna başvurabilirler. (2) Çocuk ağır ceza mahkemelerinde bir başkan ile yeteri kadar üye bulunur ve mahkeme bir başkan ve iki üye ile toplanır. Bu mahkemeler bölgelerin coğrafi durumları ve iş yoğunluğu göz önünde tutularak belirlenen yerlerde Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun olumlu görüşü alınarak kurulur. İş durumunun gerekli kıldığı yerlerde çocuk ağır ceza mahkemelerinin birden fazla dairesi oluşturulabilir. Bu daireler numaralandırılır. ” , md. 26 “ (1) Çocuk mahkemesi, asliye ceza mahkemesi ile sulh ceza mahkemesinin görev alanına giren suçlar bakımından, suça sürüklenen çocuklar hakkında açılacak davalara bakar. (2) Çocuk ağır ceza mahkemesi, çocuklar tarafından işlenen ve ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren suçlarla ilgili davalara bakar. (3) Mahkemeler ve çocuk hâkimi, bu kanunda ve diğer kanunlarda yer alan tedbirleri almakla görevlidir. (4) Çocuklar hakkında açılan kamu davaları, kanunun 17. maddesi hükümleri saklı kalmak kaydıyla bu kanunla kurulan mahkemelerde görülür. ” , “ 1984 doğumlu olup suç tarihinde 15 yaşını ikmal etmeyen (ÇKK bakımından bu yaş 18 olarak kabul edilmelidir.) sanık hakkındaki yargılamanın 2253 sayılı kanunun 6 ve 9. maddeleri gereğince Trabzon Çocuk Mahkemesinde yapılması, bu itibarla görevsizlik kararı verilmesi gerektiği gözetilmeden yargılamaya devamla yazılı şekilde hüküm tesisi bozmayı gerektirmiştir. ” Yar. , 2. CD, 21/06/1999, 2952/8979, BALO, Yusuf Solmaz, Uluslar Arası İlkeler Işığında Çocuk Koruma Kanunu Ve Uygulaması, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2009, s. 389

⁴⁹³“ Suçun işlendiği tarihten itibaren belli bir süre geçmesine rağmen kamu davasının açılmaması veya davanın sonuçlanamaması yahut hükmün kesinleşmemesi halinde, fiil ve failin unutulması, kanıtların kısmen kaybolması veya ortadan yokolması, verilecek karardan kuşku duyulması da dikkate alınarak o suçtan dolayı ceza vermekte toplumsal bir yarar kalmadığı düşünülerek zamanaşımı kabul edilmiştir. ” BAKICI, Olaydan Kesin Hükme Kadar Ceza Yargılaması ve Ceza Kanunu Genel Hükümler, s. 869

maddede düzenlenen suçun basit hali için 15 yıl, TCK 102/2. maddede düzenlenen suçun nitelikli hali için 15 yıl, TCK 102/3. maddede düzenlenen suçun nitelikli halleri için, bu nitelikli haller TCK 102/1. maddedeki hallerle beraber işlenirse 15 yıl, TCK 102/2. maddedeki hallerle beraber işlenirse 20 yıl, TCK 102/5. maddede düzenlenen nitelikli hal için 30 yıldır. Son olarak TCK 102/4. maddede düzenlenen nitelikli halde ise; zaman aşımı süresi kasten yaralama suçunun tabi olduğu sürelerdir.

Mağdurun fail tarafından tehdit edilmesi, mağdurun fail ile aynı ortamda yaşaması ve failin mağduru baskı altında tutması, mağdurun utanması, mağdurun evli olması, adli makamların olaya önyargılı yada eleştirel bakmaları ve mağdurun toplumda ayıplanacağı korkusu gibi sebeplerden dolayı çoğu zaman cinsel saldırı suçlarında ihbar veya şikâyet ya hiç yapılmamakta ya da çok geç yapılmaktadır.⁴⁹⁵ Bu nedenle suçun zaman aşımı süresi dolabilmektedir. Cinsel suçlarla daha etkin mücadele için diğer suçlardan farklı bir zaman aşımı düzenlemesi yapılabilir. Örneğin; süreler mağdurun fail ile yaşadığı ortamın sonlanması veya uygulanan baskının kalkması anından itibaren başlatılabilir.⁴⁹⁶

⁴⁹⁴TCK md. 66 “ (1) Kanunda başka türlü yazılmış olan hâller dışında kamu davası; a) Ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektiren suçlarda otuz yıl, b) Müebbet hapis cezasını gerektiren suçlarda yirmibeş yıl, c) Yirmi yıldan aşağı olmamak üzere hapis cezasını gerektiren suçlarda yirmi yıl, d) Beş yıldan fazla ve yirmi yıldan az hapis cezasını gerektiren suçlarda onbeş yıl, e) Beş yıldan fazla olmamak üzere hapis veya adli para cezasını gerektiren suçlarda sekiz yıl geçmesiyle düşer. (2) Fiili işlediği sırada oniki yaşını doldurmuş olup da onbeş yaşını doldurmamış olanlar hakkında, bu sürelerin yarısının; onbeş yaşını doldurmuş olup da onsekiz yaşını doldurmamış olan kişiler hakkında ise, üçte ikisinin geçmesiyle kamu davası düşer. (3) Dava zamanaşımı süresinin belirlenmesinde dosyadaki mevcut deliller itibarıyla suçun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hâlleri de göz önünde bulundurulur. (4) Yukarıdaki fıkralarda yer alan sürelerin belirlenmesinde suçun kanunda yer alan cezasının yukarı sınırı göz önünde bulundurulur; seçimlik cezaları gerektiren suçlarda zamanaşımı bakımından hapis cezası esas alınır. (5) (Değişik fıkra: 29/06/2005-5377 S.K./8.madde) Aynı fiilden dolayı tekrar yargılamayı gerektiren hallerde, mahkemece bu husustaki talebin kabul edildiği tarihten itibaren fiile ilişkin zamanaşımı süresi yeni baştan işlemeye başlar. (6) Zamanaşımı, tamamlanmış suçlarda suçun işlendiği günden, teşebbüs hâlinde kalan suçlarda son hareketin yapıldığı günden, kesintisiz suçlarda kesintinin gerçekleştiği ve zincirleme suçlarda son suçun işlendiği günden, çocuklara karşı üstsoy veya bunlar üzerinde hüküm ve nüfuzu olan kimseler tarafından işlenen suçlarda çocuğun onsekiz yaşını bitirdiği günden itibaren işlemeye başlar. (7) Bu Kanunun İkinci Kitabının Dördüncü Kısımında yazılı ağırlaştırılmış müebbet veya müebbet veya on yıldan fazla hapis cezalarını gerektiren suçların yurt dışında işlenmesi hâlinde dava zamanaşımı uygulanmaz.”

⁴⁹⁵ TİMUR, Sermin ve OK, Şenay, Kadın Ve Çocuklarda Cinsel Taciz, Atatürk Üniversitesi Hemşirelik Yüksekokulu Dergisi, Cilt 4, Sayı 2, 2001, s. 69

⁴⁹⁶“ Meri hukukta zamanaşımı süreleri konusunda suçlar arasında ayrım gösteren herhangi bir hüküm mevcut değildir. Ancak cinsel özgürlüğe yönelik suçların özellikleri, fail ile mağdur arasındaki ilişki, suçun mağdur üzerindeki etkisi gözönüne alındığında, cinsel suçlarda zamanaşımı süreleri ya diğer suçlar için belirlenen zamanaşımı sürelerinden daha uzun olmalı veya zamanaşımı süresinin başlangıcı mağdurun belli bir yaşa gelmesi şartına bağlı tutulmalıdır. Özellikle cinsel özgürlüğe yönelik suçlarda



zamanaşımı süresinin başlangıcının belirlenmesinde mağdur-fail arasındaki akrabalık bağının gözönüne alınarak, zamanaşımını belirleyen bir hükmün bulunmaması kanunda bir boşluktur.” NUHOĞLU, Ayşe, Kadına Yönelik Cinsel Şiddete Karşılaştırmalı Hukukun Yaklaşımı, 2. Baskı, İstanbul Barosu Yayını, 2002, s. 60

SONUÇ

5237 sayılı yasa, cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar başlığını kullanarak, bu suçların 765 sayılı yasaya göre genel ahlak ve edep sorunu olmadığını bu suçların bireysel özgürlük alanı ile ilgili olduğunu kabul etmiştir. Bu yenilik çağdaş hukuk anlayışına daha uygun olmuştur.

Cinsel saldırı suçunda korunan hukuki değer genelde vücut dokunulmazlığı özelde ise cinsel özgürlüktür. Cinsel özgürlük, kişinin bedeni üzerinde cinsi konularda istediği gibi tasarruf edebilmesi, cinsel tercihleri hususunda istediği gibi davranabilmesidir.

Cinsel saldırı suçunun faili kadın, erkek, genç, yaşlı, çocuk (18 yaşından küçük olanlar), yetişkin herkes olabilir.

Cinsel saldırı suçunun mağduru da herkes olabilir ancak suçun 18 yaşından küçüklere karşı işlenmesi halinde suçun vasfı değişecek eylem çocukların cinsel istismarı veya reşit olmayan ile cinsel ilişki suçuna dönüşecektir. Bu suç ölmüş kişilere karşı işlenirse TCK 130/2. maddede düzenlenen ölümlere saygı duygusunu ihlal suçunu, hayvanlara karşı işlenirse Hayvanları Koruma Kanunu' nun 14. maddesinin ihlaline neden olacaktır. Evlilik veya yargı kararı ile reşit olursa bile 18 yaş şartı aranmaya devam edilecektir. Çocuk Koruma Kanunu' nda ve TCK' da çocuğun 18 yaş altındaki kişiler olarak tanımlanması, 103. maddede düzenlenen çocuğun cinsel istismarı suçunda ayırık bir düzenleme bulunmaması nedeniyle yaşı küçük ancak resmi nikâhlı eşler arasında gerçekleşen cinsel eylemler, çocuğun cinsel istismarı suçuna vücut verecektir. Ancak, bu durum ciddi bir eksikliktir. Bu konuda yasal düzenlemeye gidilerek kanunlarımız Çocuk Haklarına Dair Sözleşmeye (Sözleşmeye göre çocuk; daha erken yaşta ergin olan veya evlilik ile erginliğe ulaşanlar hariç 18 yaşından küçük olanlar şeklinde tanımlanmıştır.) uygun hale getirilmelidir. Ya da en azından cinsel suçlarda yaşı küçük eşler için ayırık bir düzenleme yapılmalıdır.

Suçun oluşması için fiziksel temas şarttır aksi takdirde eylem şartları varsa cinsel taciz suçunu oluşturacaktır. Yasa hangi davranışların cinsel nitelikte olduğunu tanımlamayı doğru bir düzenlemede bulunmuştur. Davranışın cinsel olup olmadığını olayın özelliklerine göre belirlemek daha doğrudur. Madde metninde

cinsel arzuları tatmin amacı yer almamış olmasına rağmen gerekçede cinsel arzuları tatmin özel saiki aranmıştır. Bu özel saik, suçun nitelikli hali olan mağdurun vücuduna organ veya sair cisim sokma eylemi için öngörülmemiştir. Kanunilik ilkesi gereği yasa metni gerekçe ile daraltılıp genişletilemez gerekçe sadece kanun metnini açıklamak içindir. Bu nedenele suçun hem basit hemde nitelikli hali için cinsel arzuları tatmin özel saiki aranmayacaktır. Kaldı ki kanun koyucu özel saik arama yoluna gitmiş olsaydı cinsel taciz suçunda olduğu gibi saiki madde metnine koyabilirdi.

Hukuken geçerli bir rıza eylemi suç olmaktan çıkarır ancak rızanın açıklanması esnasında iradeyi fesada düşüren cebir, tehdit ve hilenin bulunmaması gerekir. Mağdurun iradesini ortaya koymasını engelleyecek hallerde de (baygınlık, hipnoz gibi haller) rızanın olmadığı kabul edilecek ve eylem suç vasfını koruyacaktır.

Cebir ve tehditin ciddi olması, uğranılacak zararın cinsel saldırı sonucu oluşacak zararlar eşit veya daha ağır olması durumunda cebir ve tehdit ciddi kabul edilebilir. Cebir ve tehditin suç işlenmeden önce bulunması gerekir. Yoksa cinsel saldırı sonucu gerçekleşen cebir ve tehdit sadece kasten yaralama ve tehdit suçunu oluşturacaktır.

Evlenme vaadi ile ilişkiye girilmesi hile hali olarak kabul edilemez; çünkü bu konuda kişi hassas ve muhafazakar tutum içindeyse tek başına evlilik vaadi bu tutumunu değiştirmemeli ve kişinin serbestçe hareket etmesine sebep olmamalıdır.

Suçun konusu cinsel saldırı sonucu ihlale maruz kalan kişinin bedenidir.

Cinsel saldırı suçunda hareketin yapılması dışında suçun oluşumu için ayrıca bir neticenin gerçekleşmesi beklenmez yani cinsel saldırı suçu neticesiz bir suç olup sırf hareket suçları kategorisinde yer alır. Ancak maddenin 4. ve 5. fıkralarında netice olarak kasten yaralamanın ağır sonuçları ve bitkisel hayata girme ile ölüm sonucu aranır.

Suçun manevi unsuru kasttır ve suçun taksirli hali kanunda yer almadığı için, taksirli hareketle meydana gelen fiiller cezalandırılmaz. Cinsel saldırı suçu olası kastla da işlenebilir.

Meşru savunma ve haksız tahrik hükümlerinin cinsel saldırı suçunda faile uygulanamayacağı öğretisi ve Yargıtay tarafından kabul edilmektedir. Ancak bir yakınına yapılan cinsel saldırı eyleminin verdiği elem ve öfke ile kişinin bu cinsel

saldırıyı yapan faile cinsel davranışta bulunması halinde, haksız tahrik hükümlerini uygulamamak adil değildir.

Sarkıntılık fiili 765 sayılı yasada varken 5237 sayılı yasanın 6545 sayılı kanunla yapılan değişiklik öncesinde bulunmamaktaydı. Ancak, değişiklik ile tekrar yasamıza girmiş oldu. Daha az cezayı gerektiren bu nitelikli hal içinde fiziksel temas şarttır. Eylem; ani, hareketler yönünden kesik ve devamlı nitelikte değilse sarkıntılık, eylem devamlı nitelikte ise suçun basit hali oluşacaktır. Sarkıntılık fiiline bakıldığında tanımının karışık nitelikte olduğu açıktır. Bu, uygulama birliğinin oluşmasına engel niteliktedir. Ülkemizde farklı mahkeme kararlarına neden olabilecek bu fiilin kanunda yeniden yer almaması gerektiği düşüncesindeyiz. Kanunun önceki halinin daha yalın olması nedeniyle uygulama birliği açısından daha uygun olduğu kanaatindeyiz.

Mağdurun vücuduna organ veya sair bir cisim sokmak 102/2. fıkra nitelikli hal olarak düzenlenmiştir. Madde metninde hangi vücut boşluklarının kastedildiği belirtilmemiş gerekçede bu boşlukların anal, vajinal veya oral boşluklar olduğu açıklanmıştır. Fıkranın kanunilik ilkesine aykırı olmaması için madde gerekçesinde belirtilen boşlukların madde metnine eklenmesi gerekir. Aksi takdirde organ veya cisim girmeye elverişli diğer boşluklara hal ve şartlara göre cinsel nitelikte eylemle organ veya cisim sokulması halinde, suçun nitelikli halinin oluştuğunu kabul etmek gerekir. Bu nitelikli hal objektif anlamda cinsel bir davranıştır. Bu nedenle farklı saikler (örneğin; işkence amacıyla yapılması) için dahi yapılırsa cinsel saldırı suçu oluşacaktır yani failin amacının veya düşüncesinin önemi yoktur.

765 sayılı yasada ırz ve namusa tasaddi ve ırza geçmenin ayrı düzenlenmiş olması, 5237 sayılı yasada böyle bir ayrıma gidilmemesi, organ ve sair cisim sokmanın yasa metninde açıkça basit halin devamı şeklinde olacak şekilde nitelikli hal olarak düzenlenmesi husuları birlikte değerlendirildiğinde, organ veya sair cisim sokmak suretiyle işlenen halin ayrı suç olmadığı düşüncesindeyiz.

Eşe karşı işlenen cinsel saldırı fiillerinin hiçbir şekli 765 sayılı yasa döneminde suç olarak düzenlenmemiştir. 5237 sayılı yasada basit hal için ayırım yapılmaması, 102/2. maddede ayrıma gidilmesi, madde gerekçesinde de sadece nitelikli halin eşe karşı suç olarak düzenlenmesi, yasa koyucunun aile kurumuna fazla müdahil olmak

istememesi hususları birlikte değerlendirildiğinde, suçun basit halinin eşe karşı işlenmesi halinde eylemin suç olmadığı sonucuna ulaşılabilir.

102/2. maddede düzenlenen vücuda organ veya sair cisim sokmak şeklindeki nitelikli halin eşe karşı işlenmesi şikâyeteye tabi kılınmıştır. Mağdur eşin fail eşini affetmesi halinde evlilik birliğinin devamı açısından düzenleme çok yerinde olmuştur.

102/3. maddede düzenlenen hallerin bir olayda aynı anda bulunması durumunda hakim TCK 61 gereği cezanın takdiri durumunda bu hususu özellikle alt hadden ayrılarak ceza tayininde esas alması gerekir.

Mağdurun saflığının “ ruh bakımından savunmasızlık ” hali olup olmadığını tıp veya psikoloji alanında uzman bir bilirkişiden görüş alarak belirlemek daha yerinde olacaktır.

Failin kamu görevlisi olması, mağdur ile aralarında vesayet veya hizmet ilişkisinin bulunması 102/3-b maddesi için tek başına yeterli değildir. Bu nitelikli halin varlığının kabulü için ayrıca failin bu ilişkilerden kaynaklanan nüfuzu kullanması gerekir.

102/3-c maddesindeki akrabalık ilişkileri tahdidi niteliktedir yorumla genişletilemez. Örneğin; üvey dayı bu nitelikli hale dahil değildir.

Suçun birden fazla kişi ile birlikte işlenmesi şeklindeki nitelikli halden arttırım için eylemi gerçekleştiren failer arasında TCK 37. madde anlamında müşterek faillik ilişkisinin bulunması gerekir. Azmettiren veya yardım eden sıfatıyla iştirakta bu nitelikli halden arttırım yapılmaz. Ayrıca bu nitelikli hal için bütün failerin cinsel davranışta bulunmaları şart olmayıp mağdur üzerinde ortak hakimiyet kurulması yeterlidir.

Toplu olarak bir arada yaşama zorunluluğunun bulunduğu ortamların sağladığı kolaylıktan faydalanarak cinsel saldırı suçunu işleme şeklindeki nitelikli hal yasaya 6545 sayılı yasa ile eklenmiştir.

6545 sayılı yasa ile yapılan değişiklik öncesi failin mağdura “ direncinin kırılmasının ötesinde cebir ” uygulaması halinde, fail ayrıca kasten yaralama suçundan da sorumluydu. Düzenlemedeki ifadede TCK 86/1, 86/2 veya 87 maddelerinde belirtilen hallerden hangisinin kastedildiği açık değildi ve uygulamada bu durum karışıklıklara neden olmaktaydı. Değişiklik ile sadece TCK 87

kapsamındaki cebir hallerinden dolayı ayrıca cezalandırma yoluna gidilmiş olup yerinde bir değişiklik yapılmıştır.

Mağdurun cinsel saldırı sonucu bitkisel hayata girmesi veya ölmesi halinde failin bu ağır sonuçtan sorumluluğu için bitkisel hayata girme ve ölüm sonucu bakımından en azından taksirle hareket etmesi gerekir. Failin cinsel saldırı suçu esnasında uyguladığı cebirden dolayı mağdur ölmüş ise ve fail yaptığı cebir nedeniyle mağdurun öleceğini öngörmüş ve sonucu kabullenmiş veya sonucu bilerek ve isteyerek eylemine devam etmiş ise fail hem cinsel saldırı suçundan, hem de kasıtlı veya olası kastla adam öldürme suçundan sorumlu olacaktır.

Cinsel saldırı suçu sonucunda “ mağdurun ruh ve beden sağlığının bozulması ” şeklindeki nitelikli hal 6545 sayılı yasa ile madde metninden çıkarılmıştır. Cinsel saldırı suçu sonucunda bütün mağdurların travma yaşayacağı ve ruh sağlığının bozulacağı aşıkardır yani mağdurun eylam sonrası ruh sağlığının bozulmaması mümkün değildir. Mağdurun beden sağlığının bozulmasından ne anlaşılması gerektiği de kanunda tanımlı olmadığı gibi “ beden sağlığının bozulması ” ifadesinden de ne anlaşılması gerektiği anlaşılamamaktadır. Bu nitelikli halin tespiti için uygulamada mağdurlar birçok defa adli tıp kurumuna veya sağlık kuruluşlarına götürülerek olayı tekrar yaşamak zorunda bırakılmıştır. Bu nedenle değişiklik ile bu nitelikli halin madde metninden çıkarılması çok yerinde olmuştur.

Suçun 102/1 ve 102/2’ de düzenlenen basit ve nitelikli haline teşebbüs mümkündür. 102/4-5 maddelerinde düzenlenen haller neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç olduğu için teşebbüs mümkün değildir. 102/2. maddede düzenlenen vücuda organ veya sair bir cisim sokmak şeklindeki nitelikli hal kanunda ayrı bir suç olarak düzenlenmediğinden, bu nitelikli halden gönüllü olarak vazgeçme halinde, fail, suçun basit halinden değil şartları varsa cinsel taciz suçundan sorumlu olacaktır. İktidarsız olmak 102/2. maddede düzenlenen nitelikli hal açısından elverişsiz hareket kabul edilemez çünkü fail bu eylemi sair bir cisim veya penis dışındaki bir organı ile de gerçekleştirebilir.

Cinsel saldırının gerçekleşmesi amacıyla uygulanan cebir ve tehdit, suçun unsuru haline geldiğinden, bu suçlardan dolayı ayrıca cezalandırılma yoluna gidilemez.

102/5. maddede düzenlenen hal, netice sebebiyle ağırlaşan hal olduğu için teselsül etmez, bu durumda TCK 43. maddeden yapılacak arttırım teselsül eden cinsel saldırı fiillerinden yapılacak ve daha sonra 102/5. madde faile uygulanacaktır.

102/1. maddede düzenlenen suçun basit hali ile 102/2. maddede düzenlenen suçun nitelikli halinin eşe karşı işlenmesi halleri hariç, suçun takibi resen yapılacaktır. TCK’ da yapılan değişiklik ile 102/1-2. cümle ve 103/1-2. cümlede düzenlenen sarkıntılık suçlarının cezalarının ağır olmasına rağmen yasada çok daha hafif ceza öngörülen ölümle tehdit, kasten silahla basit yaralama gibi suçlardan farklı olarak suçun takibinin şikâyeteye tabi olması, kanaatimizce kanunun hem sistematliğini bozmuş hem de çok önemli bir hak olan cinsel dokunulmazlığın değerinin azalmasına neden olmuştur. Bundan dolayı yasa koyucu sarkıntılık suçlarında ya ceza arttırımına gitmemeli veya bu yola gitmiş ise bu suçları şikâyeteye tabi olmaktan çıkarmalıdır. Bu eleştirimiz aynı gerekçelerle suçun basit hali için de geçerlidir.

Ülkemizde şike davası olarak basına yansıyan ve bazı spor kulüpleri yöneticilerinin ve sporcuların yargılandığı davada; henüz yargılama sürerken bilindiği üzere suçun cezası çok ağır gerekçesiyle 6222 sayılı yasada 6259 sayılı yasa ile değişiklik yapıp suçun cezasında indirimle gidildi ve yine cinsel suçlarda 6545 sayılı yasa ile yapılan ceza arttırımı ülkemizde meydana gelen bir takım vahim nitelikteki ve toplumda ciddi yaralar açan cinsel suçlar işlendikten sonra gerçekleşti. Tüm bu hususlar kanun koyucunun yasa yaparken toplumun yapısını, kültürünü ve dinamiğini esas almadığını göstermektedir. Askerlik çağına gelmiş olduğu halde hala okuma yazma bilmeyen erkeklerin bulunduğu, kızların okula dahi gönderilmediği, Anadolu’ da cinselleğin bir tabu olarak görüldüğü bir toplumda ceza arttırımının tek başına çözüm olmadığı malesef son yaşanan Özge Can’ ın vahşice öldürülmesi olayında ortaya çıkmıştır. Kanaatimizce ülkemizde bu suçları en aza indirmek için kriminoloji, psikoloji, eğitim gibi bilim alanlarından faydalanarak, bu konuda etkin ve toplumun her kesimine ulaşan politikalar üretmek en mantıklı çözüm olacaktır. Bundan dolayı da her sorunu yasa ve ceza (örneğin 6284 sayılı yasa da kadına karşı şiddetin artması ve toplumda bu olayların infial uyandırması üzerine çıkmıştır.) ile alalele acele çözeriz, bu sayede toplumdaki infiali ortadan kaldırırız anlayışından vazgeçilmelidir.

Eksikliklere rağmen cinsel saldırı suçunun düzenlenme şeklinin çağdaş ceza hukuku anlayışına uygun olduğu kanaatindeyiz. Bahse konu eksikliklerinde zaman içerisinde uygulamada ve kanun koyucunun değişiklikleri ile azalacağı düşüncesindeyiz.



KAYNAKÇA

- AKARCA, Mehmet,** Çocukların Ceza Hukukundaki Yeri Ve Çocukların Korunması, http://www.anayasa.gov.tr/files/insan_haklari_mahkemesi/sunumlar/ym_4/Akarca.pdf, Erişim Tarihi: 15/03/20 16
- AKBABA, Zeynep Burcu,** Kimyasal Hadım Yönteminin Anayasaya Uygunluğu I, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 81, s. 1-28, 2009
- AKBULUT, Berrin,** Ceza Mevzuatında Çocuk Ve Çocukların Yakalanması, Gözaltına Alınması, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 19, Sayı 2, s. 541-586, 2013
- AKÇİN, İhsan,** Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, Yargıtay Dergisi, Cilt 32, Sayı 1-2, s. 99-144
- AKDAĞ, Hale,** Gönüllü Vazgeçme, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 3, Sayı 2, s. 91-125, 2013
- AKPINAR, Gürsel,** Yeni Tck' na Göre Suçun Unsurları Bağlamında Kast, Taksir Ve Kast -Taksir Kombinasyonu (Neticesi Sebebiyle Ağırlaştırılmış Suç), www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/178.doc, Erişim Tarihi: 19/02/2015
- AKSOY, Özgün Sinem,** Cinsel Saldırı Suçu, Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2010
- ARSLANTÜRK, Mustafa,** Türk Ceza Kanunu Uygulanmasında Cinsel Suçlar, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2014
- ARTUÇ, Mustafa,** Kişilere Karşı Suçlar, 2. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2008
- ARTUÇ, Mustafa, AKKAYA, Çetin ve GEDİKLİ, Cemil,** 2006-2007-2008 İtihatları İle Türk Ceza Kanunu, 2. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2008

- ARTUK, Mehmet Emin**, Cinsel Taciz Ve Ceza Hukuku, dergiler. ankara. edu.tr/dergiler/42/465/5310.pdf, 1994, Erişim Tarihi: 07/10/2015
- ARTUK, Mehmet Emin**, Cinsel Taciz Suçu, Çalışma Ve Toplum Ekonomi Ve Hukuk Dergisi, Cilt 11, Sayı 4, s. 29-44, 2006
- ARTUK, Mehmet Emin, GÖKCEN, Ahmet ve YENİDÜNYA, Caner**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 5. Baskı, Ankara, Turhan Kitapevi, 2011
- ARTUK, Mehmet Emin, GÖKCEN, Ahmet ve YENİDÜNYA, Caner**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 14. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2014
- ATAÇ, Asiye Selcen**, Ceza Hukuku Ve Enstest Fiiller Arasındaki İlişkiye Genel Bir Bakış, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 19, Sayı 2, s. 871-878, 2013
- ATAMAN, Erkan**, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu' nda Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya, 2011
- AVCI, MUSTAFA**, Osmanlı Ceza Hukuku Genel Hükümler, Konya, Mimoza Yayıncılık, 2014
- AYDIN, Devrim**, Suça Teşebbüs, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 55, Sayı 1, s. 85-113, 2006
- AYDIN, Devrim**, Türk Ceza Kanunu' nda Kadın Bedeni Ve Cinsellik, www.huksam.hacettepe.edu.tr/Turkce/.../turk_ceza_kanununda_kadin_bedeni.pdf, Erişim Tarihi: 10/10/2015
- AYDIN, Murat**, Ceza Muhakemesinde Yetki Ve Görev Meselesinde Bazı Sorunlara İlişkin Değerlendirmeler, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 3, Sayı 1, s. 29-60, 2013
- AYDIN, Murat**, Çocukların Cinsel İstismarı Ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2014

AYDIN, Murat, İşlenemez Suç, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 21, Sayı 1, s. 77-104, 2013

AYDIN, Öykü Didem, Yeni Türk Ceza Kanunu' nda Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, http://www.turkhukuksitesi.com/makale_175.htm, 2005, Erişim Tarihi: 17/02/2015

BAKICI, Sedat, Genel Adap Ve Aile Düzenine Karşı Cürümler, Ankara, Adalet Yayınevi, 1994

BAKICI, Sedat, Olaydan Kesin Hükme Kadar Ceza Yargılaması ve Ceza Kanunu Genel Hükümler, 3. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2000

BAKICI, Sedat, 5237 Sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuku Genel Hükümleri, 2. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2008

BALO, Yusuf Solmaz, Uluslar Arası İlkeler Işığında Çocuk Koruma Kanunu Ve Uygulaması, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2009

BAŞBÜYÜK, İsa, Türk Ceza Kanunu' nda İşkence Suçu, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 12, Özel Sayı, s. 1443 – 1485, 2010 (Basım Yılı 2012)

BAYTEMİR, Erdal, Cinsel Dokunulmazlığa Kişi Hürriyetine Ve Genel Ahlak Karşı Suçlar, Ankara, Adalet Yayınevi, 2007

BEYAZIT, Özgür, Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Sayı 1, s. 293 - 309, 2010

BIÇAK, Vahit, Kadının Cinsel İradesinin Eşine Karşı Korunması Irza Geçme Suçu, [www.libertedownload.com/.../07-vahit-bicak-ka dinin-cinsel-iradesinin-es...](http://www.libertedownload.com/.../07-vahit-bicak-ka-dinin-cinsel-iradesinin-es...), 1998, Erişim Tarihi: 07/10/2015

BIÇAK, Vahit, Cinsel Suçlar, www.bicakhukuk.com/wp-content/uploads/2014/08/cinselsuclar.pdf, Erişim Tarihi: 19/02/2015

CENTEL, Nur, Yeni Türk Ceza Yasası Ve Kadın, nurcentel.com/makaleler/yenitckvekadın.pdf, 2005, Erişim Tarihi: 07/10/2015

CENTEL, Nur, 5237 Türk Ceza Kanunu' nda Cinsel Saldırı Suçu Ve Cinsel Suçlar Değişiklik Tasarısı' nın Değerlendirilmesi, www.tbddergisi.barobirlik.org.tr/ViewPDF-5237-sayılı-turk-ceza-kanununda-c..., 2012, Erişim Tarihi: 19/02/2015

ÇALIŞKAN, Suat, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu' nda Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar Ve Cinsel Amaçlı Hürriyetten Yoksun Kılma Suçu, 1. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2013

ÇİFTÇİOĞLU, Cengiz Topel, Türk Ceza Kanunu' nda Taksir, Ankara Barosu Dergisi, Sayı 3, s. 315 - 338, 2013

DARENDE İhsan, Yeni Tck' da Suç İşlemeye Teşebbüs, www.sinerjias.com.tr/pg/pdf/16.pdf, Erişim Tarihi: 09/10/2015

DEMİRBAŞ, Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2012

DOĞAN, Gökçen, Cinsel Saldırı Suçu, Suç Ve Ceza Ceza Hukuku Dergisi, Sayı 2, s. 89 - 112, 2013

DOĞAN, Koray, Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suç, Doktora Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 2010

DOĞANER, Gülbahtiyar, Kızlık Zarı Hymen, Form Ofset, 2005

DÖNMEZER, Sulhi, Ceza Hukuku Özel Kısım, 5. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1983

DURSUN, Selman, Megan Kanunu, s. 239-240, 245, http://www.selmandursun.com/?page_id=35, 2004, Erişim Tarihi: 22/08/2015

- DÜLGER, İbrahim**, Cinsel Özgürlüğe Karşı İşlenen Suçlardan Irza Geçme Suçu, Doktora Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya, 1998
- DÜLGER, İbrahim**, İbrahim, Irza Geçme Suçunun Fail Ve Mağdur Açısından Değerlendirilmesi, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Milenyum Armağanı, Cilt 8, Sayı 1-2, s. 217-235, 2000
- DÜLGER, İbrahim**, Irza Geçme Suçunun Tarihsel Gelişimi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Sayı 6, s. 81- 104, 2000
- DÜLGER, İbrahim**, İbrahim, Türk Ceza Kanunu Reformu Üçüncü Kitap Yeni Ceza Kanunu Ve Ceza Muhakemeleri Kanunu Panel, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 1. Baskı, Ankara, Şen Matbaa, 2005
- DÜLGER, İbrahim**, Yeni Türk Ceza Kanunu, Hukuk Merceği Konferans Ve Paneller, Ankara, Ankara Barosu Yayınları, s. 560-572, 2006
- DÜLGER, Murat Volkan**, Evlilik Birliği İçinde Gerçekleşen Nitelikli Cinsel Saldırı Suçu, Bu Suçun Mağdur Üzerindeki Etkileri Ve Mağduru Korumaya Yönelik Alınabilecek Önlemler, www.dulger.av.tr/pdf/evlilikicicinsel_saldiri.pdf, 2006, Erişim Tarihi: 19/02/2015
- DÜLGER, Murat**, Yeni Türk Ceza Kanunu' nda Suç Ortaklığı (Suça İştirak), www.dulger.av.tr/pdf/ytcksucortakligi.pdf, Erişim Tarihi: 08/10/2015
- DÜZGÜN, Nuri ve ELMACI, Şerafettin**, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununa Göre Olası Kast Bilinçli Taksir Ve Taksirle İşlenen Suçlar, Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2009
- EKDEMİR, İbrahim**, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Ve Diğer İlgili Kanunlar, Ankara, Sözkese Matbaacılık, 2005
- EREM, Faruk**, Suça İştirak, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 3, Sayı 1, s. 62-107, 1946

EREM, Faruk ve TOROSLU, Nevzat, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 5. Baskı, Ankara, Savaş Yayınları, 1987

EROL, Haydar, 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu, Ankara, Yayın Matbaacılık

EROL, Haydar, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu, 1. Cilt, Yayın Matbaacılık

EROL, Haydar, Türk Ceza Kanunu, Pys Matbaacılık, 2003

EROL, Haydar, Türk Ceza Kanunu, 2. Baskı, Ankara, Yayın Matbaacılık

ERSÖZOĞLU, Haydar, Türk Hukukunda Çocuğun Cinsel İstismarı Suçu, Yüksek Lisans Tezi, Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kocaeli, 2010

GENEL, Namık, Türk Ceza Kanunu' nda Düzenlenen Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlarda Temel Sorunlar, www.kose-kose.com/dosyalar/genel-cinsel-suclar.pdf. Erişim Tarihi: 23/02/2015

GERÇEK, Leyla Çakıcı, Yargıtay Kararlarıyla Cinsel Taciz Suçu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 60, Sayı 1, s. 47-82, 2011

GÖKPINAR, Mahmut, Ceza Sorumluluğunun Temeli Kast, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 79, s. 198 - 234, 2008

GÜNAY, Erhan, Öğreti Ve Uygulamada Yeni Türk Ceza Kanunundaki Etkin Pişmanlık Ve Gönüllü Vazgeçme, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2006

GÜNDEL Ahmet, Yeni Türk Ceza Kanunu Açıklaması, Cilt 2, Sözkese Matbaacılık, 2009

GÜNDOĞAN, Kadir, KOÇ, Cihan ve ÜNLÜ, Hasan Nuri, Türk Hukuk Sisteminde Kast Ve Taksir, 1. Baskı, Ankara, Bilge Yayınevi, 2010

GÜNDÜZ, Remzi, 6545 Sayılı Kanunla Değiştirilen 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, 1. Baskı, Ankara, Bilge Yayınevi, 2015

GÜNGÖR, Devrim, Ceza Hukukunda Fiil Üzerinde Hata, Ankara, Yetkin Yayınları, 2007

HAFIZOĞULLARI, Zeki ve KURŞUN, Günel, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Bileşik Suçun Tanımı Hakkında, Ankara Barosu Dergisi, Sayı 3, s. 56-62, 2007

HAFIZOĞULLARI, Zeki ve ÖZEN, Muharrem, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8. Baskı, Ankara, Us-a Yayıncılık, 2015

HAFIZOĞULLARI, Zeki ve ÖZEN, Muharrem, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar, 4. Baskı, Ankara, Us-a Yayıncılık, 2015

HAKERİ, Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 17. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2014

HAKİMİN CİNSEL SALDIRI SUÇU İŞLEMESİ, <http://www.kararara.com/forum/viewtopic.php?f=44&t=22065>, 2015, Erişim Tarihi: 02/09/2015

HOROZGİL, Denizhan, Çocukların Cinsel İstismarı Suçunun Basit Şekli, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 93, s. 108-146, 2011

HEINRICH, Bernd, Ceza Hukuku Genel Kısım 1 Cezalandırılabilirliğin Temel Esasları Tamamlanmış Ve Teşebbüs Edilen Suçlarda Suçun Yapısı, (Çevirenler: HAKERİ, Hakan, ÜNVER, Yener, ÖZBEK, Veli Özer, ÇAKMUT, Özlem Yenerer, ERMAN, Barış, DOĞAN, Koray, ATLADI, Ramazan Barış, BACAKSIZ, Pınar ve TEPE, İlker), Ankara, Adalet Yayınevi, 2014

<http://cisim.nedir.com/>, Erişim Tarihi: 11/05/2015

<https://tr.wikipedia.org/wiki/Te%C7hircilik>, Erişim Tarihi: 23/03/2016

http://www.hukuki.net/ictihat/905557_4c.asp, Erişim Tarihi: 29. 12. 2015

<http://www.kadinininsanhaklari.org/kadinin-insan-haklari/yasalardakihaklari-miz/siddet-goren-kadin-ne-yapabilir/cinsel-suclar-ve-turk-ceza-kanunundaki-tck-duzenlemeler/>, Erişim Tarihi: 23/02/2015

http://www.sozlukbu.com/k/169434/manevi_cebir_kelime_anlam%C4%B1_nedir_ne_demek, Erişim Tarihi: 16/03/2015

İşİKA, Sertaç, Suç Politikasının Temel İlkeleri Açışından Türk Hukukunda Cinsel Suçlar Ve Kastrasyon, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2012

İÇEL, Kayıhan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Yenilenmiş 6. Baskı, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2014

İNAN, Onur, Türk Ceza Kanununda Cinsel Saldırı Suçu, Yüksek Lisans Tezi, Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2012

İNCE, Süleyman, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/168.doc, Erişim Tarihi: 19/02/2015

İPEKÇİOĞLU, Pervin Aksoy, Türk Ceza Kanunu' nda Bileşik Suç, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 61, Sayı 1, s. 43- 67, 2012

KANBUR, Mehmet Nihat, 6545 Sayılı Kanun Değişiklikleri Çerçevesinde Türk Ceza Kanunu' nda Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 16, Özel Sayı Hakan Pekcanitez' e Armağan, s. 4139 - 4210, 2014

KANGAL, Zeynep, Fransız Ceza Hukukunda Cinsel Suç Faillerine Yönelik Yeni Yaptırımlar, <http://www.journals.istanbul.edu.tr/iuhfm/article/view/1023004121/1023003719>, 2002, Erişim Tarihi: 22/08/2015

KARAKULAK, Maksut, 6545 Sayılı Yasanın 5237 Sayılı Tck'da Yapılan Değişiklik İle Getirdiği Önemli Düzenleme, İstanbul Adliyesi Dergisi, 2. Sayı, s. 70-72, 2014

KARAKUŞ, Hatice, Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçunda Şikayet Hakkı, Hukuk Gündemi, Sayı 2, s. 90 - 91, 2012

KARTAL, Pınar Memiş, Türk Ceza Hukukunda Çocukların Cinsel İstismarı, İstanbul, Der Yayınları, 2014

KAYANÇİÇEK, Murat, Suça Teşebbüs, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/157.doc, Erişim Tarihi: 10/10/2015

KEÇELİOĞLU, Elvan, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu' nun Kast Ve Taksire İlişkin Maddelerine Eleştirel Bir Yaklaşım, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 83, s. 123 -136, 2009

KESKİN, İbrahim, Yargısal ve İdari Görevleri Kapsamında Cumhuriyet Başsavcılığı Kurumunun Türk İdari Yapısındaki Yeri, 1. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2014

KESKİNSOY, Ömer, Yeni Ceza Kanunundaki Düzenlemeler Doğrultusunda Fikri İçtima Müessesesinin Analizi, Ankara Barosu Dergisi, Sayı 3, s. 39-52, 2005

KILIÇ, ABBAS, Cinsel Hakimiyet Ve Yeni Türk Ceza Kanunu' nda Cinsel Saldırı Suçu, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 78, s. 167-204, 2008

KIRBIYIK, Şerife, Irza Geçme Cürmü Ve Benzer Suçlardan Ayrımı, Ankara, Sözkese Matbaacılık, 2001

KOCA, Mahmut ve ÜZÜLMEZ, İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 5. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2012

KOCA, Mahmut ve ÜZÜLMEZ, İlhan, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 1.Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2013

KONAN, Belkıs, Osmanlı Hukukunda Tecavüz Suçu, Ankara Üniversitesi Osmanlı Tarihi Araştırma Ve Uygulama Merkezi Dergisi, Sayı 29, s. 149-172, 2011

KOPARAN, Mehmet Reşat, 5237 Sayılı Tck' da Cinsel Saldırı Ve Cinsel Taciz Suçları, s.1, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/197.pdf, 2009, Erişim Tarihi: 17/02/2015

KORKUSUZ, Gülşah, Cinsel Saldırı Suçu, www.journals.istanbul.edu.tr/iuhfm/article/view/1023021509, 2013, Erişim Tarihi: 19/02/2015

KUNTER, Nurullah, YENİSEY, Feridun ve NUHOĞLU, Ayşe, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 16. Baskı, İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım, 2008

KÜÇÜK, Tevfik Sönmez, Bir Ceza Hukuku Yaptırımı Olarak Zorunlu Kastrasyonun Anayasa Hukuku Açısından İncelenmesi, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 19, Sayı 4, s. 297 - 322, 2015

MALKOÇ, İsmail, Açıklamalı - İctihatlı Türk Ceza Kanunu, 1.Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, 2000

MALKOÇ, İsmail, Yeni Türk Ceza Kanunu' nda Cinsel Saldırı Suçları, Ankara, Malkoç Kitabevi, 2005

NİŞANCI, Doğukan, 6545 Sayılı Kanun İle Getirilen Yenilikler Işığında 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Çocukların Cinsel İstismarı Suçu, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 120, s. 209 - 260, 2015

NOYAN, Erdal, Yeni Türk Ceza Kanunu, 1. Baskı, Ankara, Adil Yayınevi, 2004

NUHOĞLU, Ayşe, Cinsel Suç Mağdurunun Beyanı Ve İspat , Kadına Yönelik Cinsel Şiddete Karşılaştırmalı Hukukun Yaklaşımı, 2. Baskı, İstanbul Barosu Yayını, 2002

- OKTAY, Ahşen**, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, http://www.turkhukuksitesi.com/makale_1177.htm, 2010, Erişim Tarihi: 19/02/ 2015
- OTACI, Cengiz**, Genel Adap Ve Aile Düzenine Karşı İşlenen Suçlar, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2000
- ÖZBEK, Veli Özer**, Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı, 2. Baskı, 1. Cilt, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2005
- ÖZBEK, Veli Özer, KANBUR, Mehmet Nihat, DOĞAN, Koray, BACIKSIZ, Pınar ve TEPE, İlker**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2010
- ÖZBEK, Veli Özer, KANBUR, Mehmet Nihat, DOĞAN, Koray, BACIKSIZ, Pınar ve TEPE, İlker**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 7. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2014
- ÖZDEMİR, Hayrunnisa**, Hadım Etme Ve Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 14, Sayı 1, s. 125 - 164, 2010
- ÖZEN, Mustafa**, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu' nun İştirak Kurumuna Bakışı, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 70, s. 239-253, 2007
- ÖZEN, Mustafa**, Ceza Hukukunda Fikri İçtima, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 73, s. 132-145, 2007
- ÖZEN, Mustafa**, Ceza Hukukunda Taksir, 1. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2011
- ÖZENBAŞ, Nazmiye**, Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlarda Ceza Sorumluluğunun Esası, Doktora Tezi, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Eskişehir, 2012
- ÖZER, Yeşim**, Türkiye' de Evlilik İçi Tecavüz Suçu Tartışmaları, Kadın Araştırmaları Dergisi, Sayı 11, s. 1-20, 2012

ÖZGENÇ, İzzet ve ŞAHİN, Cumhur, Uygulamalı Ceza Hukuku, 3. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2001

ÖZGENÇ, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 10. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2014

ÖZLEM, Önder, Cinsel Saldırı Ve Cinsel Taciz Suçu Arasındaki İnce Çizgi, www.turkhukuk sitesi.com, 2008, Erişim Tarihi: 08/10/ 2015

ÖZTÜRK, Bahri ve ERDEM, Mustafa RUHAN, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 9. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2006

ÖZTÜRK, Bahri ve ERDEM, Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Hukuku Ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 10. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2008

PAMUK, Gülfem, Fransız Ve Türk Ceza Kanunu' nda Cinsel Taciz Suçu, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 19, Sayı 2, s. 1453 - 1476, 2013

PARLAR, Ali ve HATİPOĞLU, Muzaffer, 5237 Sayılı Tck' da Özel Ve Genel Hükümler Açısından Ağır Ceza Davaları, Ankara, Adalet Yayınevi, 2007

PARLAR, Ali ve HATİPOĞLU, Muzaffer, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu ,1 Cilt,Yayın Matbaacılık, 2007

PARLAR, Ali ve HATİPOĞLU, Muzaffer, 5237 Sayılı Tck' da Özel Ve Genel Hükümler Açısından Asliye Ceza Davaları, 2. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2008

SALMAN, Eda, Eşe Karşı Cinsel Saldırı Suçu, Yüksek Lisans Tezi, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2009

SANCAR, Türkan Yalçın, Yeni Türk Ceza Kanunu' nda Zincirleme Suç, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, s. 244-259

SAVAŞÇI, Bilgehan, Çocukların Cinsel İstismarı Suçu, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2010

- SELÇUK, Sami**, Kızlık Bozma Suçu, 1. Baskı, Ankara, Adil Yayınevi, 1996
- SEVÜK, Handan YOKUŞ**, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu' nda Cinsel Saldırı Ve Cinsel Taciz Suçları, <http://tbddergisi.barobirlik.org.tr/m2005-57-126>, s. 245-246, 2005, Erişim Tarihi 19/02/2015
- SOYASLAN, Doğan**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 6. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2014
- SOYASLAN, Doğan**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 10. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2014
- SÖZÜER, Adem**, Türk Ceza Kanunu Reformu Üçüncü Kitap Yeni Ceza Kanunu Ve Ceza Muhakemeleri Kanunu Panel, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 1. Baskı, Ankara, Şen Matbaa, 2005
- ŞAHİN, Behiye Köse**, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlardan Çocukların Cinsel İstismarı, Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya, 2009
- ŞAHİN, Cumhur ve ÖZGENÇ, İzzet**, Türk Ceza Hukuku Mevzuatı, 1. Baskı, Adalet Bakanlığı Eğitim Daire Başkanlığı, Yosun Ofset, 2007
- ŞAN, Abdullah Ayhan**, Özel Soruşturma Usulleri, Ankara, Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Daire Başkanlığı, Yeniden Grup Matbaacılık, 2008
- ŞEKER, İdris**, Zincirleme Suç, Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya, 2009
- ŞEN, Ersan**, 6545 Sayılı Kanunla Değiştirilen Ceza Hükümleri 1, <http://m.haber7.com/yazarDetay.php?id=1177054>, 2014, Erişim Tarihi: 28/08/2015
- ŞEN, Ersan**, Reşit Olmayanla Cinsel İlişki, <http://www.hukukihaber.net/resit-olmayanla-cinsel-iliski-makale,4646.html>, 2016, Erişim Tarihi: 14/03/2016
- ŞEN, Ersan ve BAŞARIR, Tuğçe**, Ensest Mağdurlarından Biririsi Kadın, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 99, s. 317 - 340, 2012

ŞEN, Ersan ve YENİCE, Nilüfer, Evlilik Birliğinde Basit Cinsel Saldırı Suçu, <http://www.hukukihaber.net/evlilik-birliginde-basit-cinsel-saldiri-sucu-makale,3735.html>, 2015, Erişim Tarihi: 19/02/2015

ŞİŞMAN, Sefa, Cinsel Saldırı Suçu, Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya, 2010

TANER, Fahri Gökçen, Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2013

TANERİ, Gökhan, Cinsel Suçlar, 2. Baskı, Ankara, Bilge Yayınevi, 2015

TAŞKAYA, Gökçe Ünal, Adli Tıp Ve Cinsel Saldırılarda Muayenenin Önemi, İstanbul Adliyesi Dergisi, 3. Sayı, 2015

TAŞKIN, Cankat, Çocuğun Cinsel İstismarı Suçu, <http://cankattaskin.av.tr/wp-content/uploads/2011/03/%C3%A7ocu%C4%9Fun-cinsel-istismar%C4%B1.pdf>, Erişim Tarihi: 14/03/2016s

TEZCAN, Durmuş, ERDEM, Mustafa Ruhan ve ÖNOK, MURAT, Teorik Ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 11.Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2014

TİMUR, Sermin ve OK, Şenay, Kadın Ve Çocuklarda Cinsel Taciz, Atatürk Üniversitesi Hemşirelik Yüksekokulu Dergisi, Cilt 4, Sayı 2, s. 68-74, 2001

TOROSLU, Nevzat ve FEYZİOĞLU, Metin, Ceza Muhakemesi Hukuku, 5. Baskı, Ankara, Savaş Yayınevi, 2006

TOROSLU, Nevzat, Ceza Hukuku, 7. Baskı, Ankara, Savaş Yayınevi, 2005

TOROSLU, Nevzat, Ceza Hukuku Özel Kısım, 8. Baskı, Ankara, Savaş Yayınevi, 2015

TUĞRUL, Ahmet Ceylani, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar ve Ensest İlişkiler, Ankara, Cantekin Matbaacılık, 2010

Uyap Mevzuat Programı

ÜNVER, Yener, Türk Ceza Kanununun 2 Yılı (Teori Ve Uygulamada Karşılaşan Sorunlar), İstanbul, Türk Ceza Hukuku Derneği Yayınları, 2008,

ÜZÜLMEZ, İlhan, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/122.doc., Erişim Tarihi: 19/02/2015

YALVAÇ, Gürsel, Ceza Ve Yargılama Hukuku Yasaları, 7. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2008

YAŞAR, Osman, GÖKCAN, Hasan Tahsin ve ARTUÇ Mustafa, Yorumlu - Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, 3. Cilt, Ankara, Adalet Yayınevi, 2010

YENİDÜNYA, Caner ve YAŞAR, Yusuf, Kastrasyon Cinsel Suç Faillerine Uygulanabilecek Bir Yaptırım Mıdır? , Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Sayı 4, s. 171 - 189, 2013

YENİDÜNYA, Caner, Cinsel Saldırı Suçu, www.marmaraceza.org/dosyalar/.../5_ders_Notu__Cinsel_Saldr_Suu_1, Erişim Tarihi: 19/02/2015

YENİDÜNYA, Caner, Cinsel Taciz Suçu, www.marmaraceza.org/.../8_Ders_Notu__Cinsel_taciz_Suu_1.pdf, s. 3, Erişim Tarihi: 16/03/2016

YILDIRIM, Ramazan, İdare Hukuku Dersleri I, 3. Baskı, Konya, Mimoza Yayınları, 2009

YILMAZ, Ejder , Hukuk Sözlüğü, 7. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2002

YILMAZ, Halil, Müteselsil (Zincirleme) Suç, Ankara Barosu Dergisi, Sayı 5, s. 739-748, 1992

YURTCAN, Erdener, Cumhuriyet Savcısının ve Ceza Yargıcının Başvuru Kitabı, 4. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2005

YURTCAN, Erdener, Yargıtay Kararları Işığında Cinsel Suçlar, 1. Baskı, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, 2009