

**T.C.  
MARMARA ÜNİVERSİTESİ  
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ  
HUKUK ANA BİLİM DALI  
KAMU HUKUKU BİLİM DALI**

**CİNSEL SALDIRI SUÇU  
(5237 SAYILI TÜRK CEZA KANUNU m.102)**

**Yüksek Lisans Tezi**

**Özgün Sinem AKSOY**

**İstanbul 2010**

**T.C.**  
**MARMARA ÜNİVERSİTESİ**  
**SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ**  
**HUKUK ANA BİLİM DALI**  
**KAMU HUKUKU BİLİM DALI**

**CİNSEL SALDIRI SUÇU**  
**(5237 SAYILI TÜRK CEZA KANUNU m.102)**

**Yüksek Lisans Tezi**

**Özgün Sinem AKSOY**

**Danışman: Prof. Dr. Mehmet Emin ARTUK**

**İstanbul 2010**

Marmara Üniversitesi  
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü

Tez Onay Belgesi

HUKUK Anabilim Dalı KAMU HUKUKU Bilim Dalı Yüksek Lisans öğrencisi  
ÖZGÜN SİNEM AKSOY'nın CİNSEL SALDIRI SUÇU ( 5237 SAYILI TÜRK CEZA  
KANUNU M.102) adlı tez çalışması, Enstitümüz Yönetim Kurulunun 19.07.2010 tarih ve  
2010-14/19 sayılı kararıyla ile oluşturulan jüri tarafından oy birliği ~~ve~~ oy çokluğu ile  
Yüksek Lisans Tezi olarak kabul edilmiştir.

Öğretim Üyesi Adı Soyadı

İmzası

Tez Savunma Tarihi : 26.11.2010

1) Tez Danışmanı : PROF. DR. MEHMET EMİN ARTUK

2) Jüri Üyesi : DOÇ. DR. A. CANER YENİDÜNYA

3) Jüri Üyesi : YRD. DOÇ. DR. İSA DÖNER

*M. Emin Artuk*  
.....  
*A. Caner Yenidünya*  
.....  
*İsa Döner*  
.....

## **ÖZET**

### **CİNSEL SALDIRI SUÇU**

Cinsel Saldırı Suçu 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun Kişilere Karşı Suçları cezalandıran İkinci Kısmının, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar başlıklı Altıncı Bölümünde 102 nci maddede düzenlenmiştir. Bu düzenlemeyle kişinin vücut ve cinsel dokunulmazlığı, dolayısıyla cinsel özgürlüğü koruma altına alınmak istendiğinden oldukça isabetli olmuştur. Maddenin birinci fıkrasında suçun temel şekli, ikinci ve üçüncü fıkrada suçun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli halleri, beşinci ve altıncı fıkralarda suçun neticesi sebebiyle ağırlaşmış halleri, dördüncü fıkrada ise, özel bir içtima hükmü düzenlenmiştir. Failin mağdurla suç sonrası evlenmesi suretiyle cezadan kurtulması hususunun yeni düzenlemede yer almayışı, suçun nitelikli halinin eşe karşı işlenebileceğinin madde metninde yer alması, suçun herhangi bir organ veya cisimle işlenebilmesi, suçun anal veya oral yolla da gerçekleşebilmesi kanun koyucunun suça bakış açısının toplumun günümüzde ilkel sayılabilecek bakış açısıyla sınırlı kalmadığının, inceleme konusu suça çağdaş ceza hukuku normları çerçevesinde yaklaştığının en belirgin yansımalarıdır. Düzenlemenin birçok tartışmaya konu olan yönü, suçun nitelikli halinin ayrı bir maddede düzenlenmemiş olmasıdır. Bu durum özellikle suça teşebbüs açısından eleştirilere neden olmuştur. Doktrinde ve yüksek mahkeme kararlarında, suçun nitelikli halinde teşebbüs hükümlerinin uygulanması gerektiği görüşü savunulmaktadır. Kanaatimizce, maddenin ikinci fıkrasında, birinci fıkrada düzenlenen suça nazaran ayrı ve bağımsız bir suç tanımı bulunmadığından, suçun temel şekline nazaran daha fazla cezayı gerektiren nitelikli bir unsura yer verildiğinden, cinsel saldırı suçunun nitelikli haline teşebbüs hükümleri uygulanmamalıdır.

Sonuç olarak, cinsel saldırı suçuna ilişkin düzenleme, maruz kaldığı eleştirilere rağmen, cinsel dokunulmazlığı koruma altına alma amacı dikkate alındığında çağdaş ceza hukuku ilkelerine göre hazırlanmış bir düzenlemedir. Mevcut düzenlemenin içinde barındırdığı eksikliklerin ve uygulama sorunlarının ortadan kalkacağı görüşündeyiz.

**Name Surname-Field-Degree Awarded:** Özgün Sinem AKSOY-Law-Master

## **ABSTRACT**

### **THE CRIME OF SEXUALL ASSAULT**

The Crime of sexual assault is regulated in Article 102 of 6. part named crimes against sexual immunity of second part punishing crimes against people of Turkish Penal Code numbered 5237. It is very appropriate to regulate the protection of sexual immunity accordingly aiming sexual freedom of a person with this article. In the first sentence of the Article, basic figure; in the second and third articles of the Article characteristic cases which increase the punishment and in the fifth and sixth sentences of the Article, aggravated cases due to consequences of the crime of sexual assault is regulated. 4. sentence regulates a special concurrence provision. To not to contain the provision regarding escaping the punishment by getting married with the victim of the crime in the new code, regulating that the aggravated cases may be committed against the wife, the crime may be committed with an organ or an object, crime may be committed in anal or oral ways is the most distinctive reflection of considering this crime subject to the review not with a barbaric point of view but within the framework of norms of contemporary criminal jurisdictions. The point of this provision which causes many argumentations is the aggravated cases of this crime are not regulated with a separate provision. This situation is being criticized from attempt to the crime point of view. In doctrine and decision of the Supreme Court it is being defended that attempt provisions should be applied for the aggravated cases of the crime. A definition of the crime is not regulated in the second sentence of Article 102 which is different than the first sentence. A more aggravated factor that needs more punishment is regulated instead of basic figure of the crime. In our opinion, due to this situation, provisions regarding attempt should not be applied to the aggravated cases of the crime.

In conclusion, despite the criticisms, the provision regarding sexual assault is a provision regulated within the basis of contemporary criminal law principals because of aiming protection of sexual immunity. We think the deficiencies in the existing provision and problems faced in practice shall be removed.

## İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER.....	I
KISALTMALAR.....	VI
GİRİŞ.....	1

### BİRİNCİ BÖLÜM

#### KAVRAM, TARİHİ GELİŞİM, MUKAYESELİ HUKUK, 765 SAYILI TCK İLE 5237 SAYILI TCK KARŞILAŞTIRMASI, BENZER SUÇ TİPLERİYLE MUKAYESE

I- GENEL AÇIKLAMALAR .....	3
II- KAVRAM .....	7
III- TARİHİ GELİŞİM .....	13
1- GENEL AÇIKLAMALAR .....	13
2- İLK ÇAĞ: ESKİ HİNT HUKUKU.....	13
3- MEZOPOTAMYA UYGARLIKLARI: SÜMER, BABİL (HAMMURABİ), ASUR, İBRANİ, HİTİT (ETİ) .....	14
4- ROMA HUKUKU.....	16
5- ORTAÇAĞ, KİLİSE (KANONİK), GERMEN (CERMEN) HUKUKU .....	17
6- İSLAM HUKUKU .....	17
7- TÜRK HUKUKU .....	18
A- İslam Öncesi Türk Devletlerinde:Göktürk Devleti, Uygur Devleti ve Moğollar .....	18
B- İslam Sonrası Türk Devletleri: Osmanlı İmparatorluğu .....	19
a- Tanzimat Öncesi Osmanlı Hukuku .....	19
b- Tanzimat Sonrası Ceza Kanunları.....	20
C- Cumhuriyet Devri Ceza Hukuku (1926 Tarihli 765 Sayılı TCK) .....	21
8- TCK TASARISI.....	22
A- 1997 ve 2000 TCK Tasarısı.....	22
B- 2003 TCK Tasarısı (Hükümet Tasarısı) (12.5.2003 Tarihinde TBMM Başkanlığı'na Sunulan Tasarı).....	23

C- Adalet Alt Komisyonunda Kabul Edilen TCK Tasarısı (Metin) .....	25
<b>IV- MUKAYESELİ HUKUK .....</b>	<b>26</b>
1- ALMAN HUKUKU .....	26
2- FRANSIZ HUKUKU .....	28
3- İTALYAN HUKUKU .....	29
<b>V- 765 SAYILI TCK İLE 5237 SAYILI TCK KARŞILAŞTIRMASI .....</b>	<b>31</b>
<b>VI- BENZER SUÇ TIPLERİYLE MUKAYESE .....</b>	<b>39</b>
1- CİNSEL SALDIRI-ÇOCUKLARIN CİNSEL İSTİSMARI .....	39
2- CİNSEL SALDIRI-REŞİT OLMAYANLA CİNSEL İLİŞKİ .....	41
3- CİNSEL SALDIRI-CİNSEL TACİZ .....	42
4- CİNSEL SALDIRI-HAYASIZCA HAREKETLER .....	43

## İKİNCİ BÖLÜM

### KORUNAN HUKUKİ DEĞER, SUÇUN UNSURLARI, KUSURLULUĞU ETKİLEYEN NEDENLER

<b>I- KORUNAN HUKUKİ DEĞER .....</b>	<b>44</b>
<b>II-SUÇUN UNSURLARI .....</b>	<b>51</b>
1- GENEL AÇIKLAMALAR .....	51
2- TİPİKLİK .....	52
3- SUÇUN MADDİ UNSURLARI .....	52
A- Genel Açıklamalar .....	52
B- Fiil (Hareket) .....	53
C- Netice .....	67
D- Nedensellik (İllyet) Bağı .....	68
E- Fail .....	68
F- Mağdur .....	69
G- Konu .....	73
H- Suçun Nitelikli Unsurları .....	74
a- Cinsel Saldırı Suçunun Vücuda Organ veya Sair Bir Cisim Sokulması Suretiyle İşlenmesi (TCK m.102/2) .....	74

<i>aa- Cinsel Saldırı Suçunun Daha Ağır Cezayı Gerektiren Nitelikli Halinin Maddi Unsurları</i> .....	74
<i>aaa- Fiil (Hareket)</i> .....	74
<i>bbb- Fail</i> .....	82
<i>ccc- Mağdur</i> .....	83
<i>i- Suçun Eşe Karşı İşlenmesi</i> .....	84
<i>(i)- Mukayeseli Hukuktaki Durum</i> .....	84
<i>(ii)- 765 Sayılı TCK Dönemindeki Durum</i> .....	93
<i>(iii)- 5237 Sayılı TCK Dönemindeki Durum</i> .....	103
<i>b- TCK m.102/3'de Düzenlenen Cinsel Saldırı Suçunun Daha Ağır Cezayı Gerektiren Nitelikli Halleri</i> .....	107
<i>aa- Suçun Beden veya Ruh Bakımından Kendisini Savunamayacak Durumda Bulunan Kişiye Karşı İşlenmesi (TCK m.102/3-a)</i> .....	109
<i>bb- Suçun Kamu Görevinin veya Hizmet İlişkisinin Sağladığı Nüfuz Kötüye Kullanılmak Suretiyle İşlenmesi (TCK m.102/3-b)</i> .....	113
<i>cc- Suçun Üçüncü Derece Dahil Kan veya Kayın Hısımlığı İlişkisi İçinde Bulunan Bir Kişiye Karşı İşlenmesi (TCK m.102/3-c)</i> .....	115
<i>dd- Suçun Silahla veya Birden Fazla Kişi Tarafından Birlikte İşlenmesi (TCK m.102/3-d)</i> .....	116
<b>4- SUÇUN MANEVİ UNSURLARI</b> .....	122
<b>A- Genel Açıklamalar</b> .....	122
<b>B- Kast</b> .....	122
<b>C- Taksir</b> .....	123
<b>D- Saik</b> .....	124
<b>E- Cinsel Saldırı Suçunun Daha Ağır Cezayı Gerektiren Nitelikli Halinin (TCK m.102/2) Manevi Unsurları</b> .....	127
<i>a- Genel Açıklamalar</i> .....	127
<i>b- Kast</i> .....	127
<i>c- Taksir</i> .....	127
<i>d- Saik</i> .....	128
<b>5- SUÇUN HUKUKA AYKIRILIK UNSURU</b> .....	130
<b>A- Hukuka Uygunluk Sebepleri</b> .....	130

B- Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak İlgilinin Rızası (TCK m.26/2).....	132
<b>III- KUSURLULUĞU ETKİLEYEN NEDENLER .....</b>	<b>135</b>
1- GENEL AÇIKLAMALAR .....	135
2- HAKSIZ TAHRİK .....	136
<b>ÜÇÜNCÜ BÖLÜM</b>	
<b>CİNSEL SALDIRI SUÇUNDA NETİCESİ SEBEBİYLE AĞIRLAŞMIŞ HALLER, CİNSEL SALDIRI SUÇUNUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ, SORUŞTURMA USULÜ VE YAPTIRIM</b>	
<b>I- CİNSEL SALDIRI SUÇUNDA NETİCESİ SEBEBİYLE AĞIRLAŞMIŞ HALLER (TCK M.102/5, 102/6) .....</b>	<b>137</b>
1- GENEL AÇIKLAMALAR .....	137
2- SUÇUN SONUCUNDA MAĞDURUN BEDEN VEYA RUH SAĞLIĞININ BOZULMASI (TCK m.102/5).....	138
3- SUÇ SONUCU MAĞDURUN BİTKİSEL HAYATA GİRMESİ VEYA ÖLMESİ (TCK m.102/6).....	145
<b>II- SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ .....</b>	<b>147</b>
1- GENEL AÇIKLAMALAR .....	147
2- TEŞEBBÜS .....	148
A- Kavram .....	148
B- Gönüllü Vazgeçme .....	155
3- İŞTİRAK .....	158
4- İÇTİMA .....	161
A- Genel Açıklamalar .....	161
B- Fikri İctima .....	162
C- Bileşik Suç .....	163
D- Zincirleme Suç.....	170

<b>III- SORUŞTURMA USULÜ VE YAPTIRIM .....</b>	<b>173</b>
<b>SONUÇ .....</b>	<b>177</b>
<b>KAYNAKÇA.....</b>	<b>182</b>

## KISALTMALAR

<b>AD</b>	Adalet Dergisi
<b>Ad. Kom. Rap.</b>	Adalet Komisyonu Raporu
<b>AKT</b>	Aktaran
<b>AÜEHFD</b>	Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi
<b>AÜHFY</b>	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları
<b>AY</b>	Anayasa
<b>BK</b>	Borçlar Kanunu
<b>Bkz.</b>	Bakınız
<b>C.</b>	Cilt
<b>CD</b>	Ceza Dairesi
<b>CGK</b>	Ceza Genel Kurulu
<b>CGTİHK</b>	Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun
<b>CK</b>	Ceza Kanunu
<b>CMK</b>	Ceza Muhakemesi Kanunu
<b>Çev.</b>	Çeviren
<b>dn.</b>	Dipnot
<b>E</b>	Esas
<b>f.</b>	Fıkra
<b>HPD</b>	Hukuki Perspektif Dergisi
<b>İBD</b>	İstanbul Barosu Dergisi
<b>İÜHFMD</b>	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
<b>İÜHFY</b>	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları
<b>İt.</b>	İtalyan

<b>K</b>	Karar
<b>m.</b>	Madde
<b>MK</b>	Medeni Kanun
<b>no.</b>	Numara
<b>PVSK</b>	Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu
<b>RG</b>	Resmi Gazete
<b>s.</b>	Sayfa
<b>S.</b>	Sayı
<b>Sy.</b>	Sayılı
<b>TBB</b>	Türkiye Barolar Birliği
<b>TBBD</b>	Türkiye Barolar Birliği Dergisi
<b>TBMM</b>	Türkiye Büyük Millet Meclisi
<b>TCK</b>	Türk Ceza Kanunu
<b>TCKÖT</b>	Türk Ceza Kanunu Ön Tasarısı
<b>vd.</b>	ve devamı
<b>Y</b>	Yıl
<b>Yarg.</b>	Yargıtay
<b>YİBK</b>	Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulu
<b>YKD</b>	Yargıtay Kararları Dergisi
<b>yy</b>	Yüzyıl

## GİRİŞ

İnsanlara karşı çeşitli amaçlarla yapılan saldırılar çok uzun bir zamandır ceza hukukunun konusunu oluşturmakta; farklı adlar altında ve farklı hukuki değerlerin korunması amacıyla olsa da bunlar ceza hukuku tarafından suç tipi olarak düzenlenmektedir. Ancak bunlar arasında belki de en önemlisi ve en çok ilgi konusu olanı cinsel saldırılardır<sup>1</sup>.

Cinsel saldırı suçları, cinselliğin insan varlığının bir parçası olması nedeniyle, insanlık tarihi kadar eski bir geçmişe sahiptir. Cinsel saldırı suçları ciddi bir toplumsal ve bireysel sorun olması, sonuçları itibariyle mağdurda, yakınlarında ve toplumda meydana getirdiği psikolojik ve sosyolojik etkileri nedenleri ile tüm toplumların üzerinde önemle durduğu ceza hukuku konularındandır.

Cinsel saldırı suçları dünyada olduğu gibi Türkiye’de de sık işlenen ve işlenilenden daha azının adliyeye yansıdığı suçlardandır. Ülkemizde giderek artan cinsel saldırı suçları, 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ile günün koşullarına uygun olarak yeniden düzenlenmiş, birtakım değişiklikler, yenilikler ve uygulamadan kaldırılan düzenlemeler getirilmiştir. İnceleme konusu olan “Cinsel Saldırı Suçu” bakımından bu düzenlemeler konuların açıklandığı bölümde incelenmiştir.

Tez konumuzu teşkil eden “Cinsel Saldırı Suçu”nun yer aldığı “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar”, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda “Kişilere Karşı Suçlar” başlığı altında yeniden düzenlenmiş ve 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu’ndaki bazı terimlerin yerini yeni terimler almıştır. 5237 Sayılı TCK’nda kişilerin cinsel dokunulmazlığını koruyan “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar”; “Cinsel Saldırı”, “Çocukların Cinsel İstismarı”, “Reşit Olmayanla Cinsel İlişki” ve “Cinsel Taciz” başlıklarıyla 102-105 inci maddeler arasında düzenlenmiştir.

---

<sup>1</sup> DÜLGER, Murat Volkan, “Evlilik Birliği İçinde Gerçekleşen Nitelikli Cinsel Saldırı Suçu, Bu suçun Mağdur Üzerindeki Etkileri ve Mağduru Korumaya Yönelik Önlemler”, İstanbul Barosu Dergisi, C.79, S.2, İstanbul 2006, s.543.

Çalışmamızda, konumuz bakımından getirilen bu yeni hükümleri, Ceza Hukuku sistematığı bakımından inceleyeceğiz. Burada öncelikle suçun temel şekli hakkında (TCK m.102/1) bilgiler verilecek daha sonra suçun unsurları arasında incelenen cinsel saldırı suçunun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli halleri (TCK m.102/2 ve 102/3) hakkında değerlendirmeler yapılacaktır.

Çalışmamız üç bölümden oluşmaktadır.

*Birinci bölümde;* kavram, tarihi gelişim, mukayeseli hukuk, 765 Sayılı TCK ile 5237 Sayılı TCK karşılaştırması ve cinsel saldırı suçunun benzer suçlardan farkları,

*İkinci bölümde;* cinsel saldırı suçunda korunan hukuki değer, suçun unsurları, kusurluluğu etkileyen nedenler,

*Üçüncü bölümde* ise, cinsel saldırı suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış halleri, suçun özel görünüş şekilleri, soruşturma usulü ve yaptırım ile ilgili açıklamalara yer verilecek “*Sonuç*” bölümünde ise çalışmamız ile ilgili vardığımız sonuçlar açıklanacaktır.

## BİRİNCİ BÖLÜM

### KAVRAM, TARİHİ GELİŞİM, MUKAYESELİ HUKUK, 765 SAYILI TCK İLE 5237 SAYILI TCK KARŞILAŞTIRMASI, BENZER SUÇ TİPLERİYLE MUKAYESE

#### I- GENEL AÇIKLAMALAR

“Cinsel Saldırı” suçu, 5237 Sayılı TCK’nun “Özel Hükümler”in düzenlendiği İkinci Kitabının, “Kişilere Karşı Suçlar”ı cezalandıran İkinci Kısımının, “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar” başlıklı Altıncı Bölümünde 102 nci maddede yaptırım altına alınmıştır. Maddede;

*“(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,*

*İşlenmesi 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.” denilmektedir.*

5237 Sayılı TCK’nda “Kişilere Karşı Suçlar” başlıklı İkinci Kısımının Altıncı Bölümünde kişinin cinsel özgürlüğünü ve dokunulmazlığını korumak için “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar” başlığı altında dört ayrı suç tipi düzenlemiştir. Bunlar “Cinsel Saldırı (m.102)”, “Çocukların Cinsel İstismarı (m.103)”, “Reşit Olmayanla Cinsel İlişki (m.104)” ve “Cinsel Taciz (m.105)” suçlarıdır.

Cinsel dokunulmazlık, kişilere karşı cinsel davranışların rıza dışında gerçekleştirilmesiyle ihlal edilir. Cinsel davranışlar ise, cinsel bir amaçla veya cinsel arzuları tatmin amacıyla gerçekleştirilen hareketleri ifade eder. Buna göre, kanunun bu bölümünde yer alan suçlarla, cinsel amaçla veya cinsel arzuları tatmin amacıyla gerçekleştirilen hukuka aykırı fiiller yaptırım altına alınmıştır. Kanun koyucu cinsel dokunulmazlığa karşı suçları, cinsel davranışların vücut bütünlüğünü ihlal edip etmemesinden hareketle düzenlemiştir<sup>2</sup>.

Kişinin bedeninin, daha özel ve dar anlamıyla cinsel özgürlüğünün ve varlığının dokunulmazlığı vardır. Kişinin bedenine (cinsel özgürlüğüne/varlığına) geçerli ve hukuka uygun bir neden olmadan suç kastıyla el uzatılması hukuka aykırılık

---

<sup>2</sup> ÜZÜLMEZ, İlhan, “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar”, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/122.doc, 24.01.2009, s.1. Cinsel motifli her davranış cinsel davranış alanında değerlendirilecektir. MALKOÇ, İsmail, Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar, Malkoç Kitabevi, Ankara 2009, s.2.

ve (yasanın suçlar için kabul ettiği ortak niteliğe göre) haksızlık teşkil eder. Bu sebeple hukuk düzeni kişinin vücut dokunulmazlığını ceza hukuku ile koruma altına almıştır<sup>3</sup>.

Bugünkü yaklaşımda bu suçların kişinin cinsel özgürlüğüne saldırı oluşturan veya bu özgürlüğe aykırı olan davranışlar olduğu gerekçesiyle, bu bölüm başlığının “Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar” olması gerektiği savunulmuştur<sup>4</sup>.

Bölüm başlığında “cinsel dokunulmazlık”, madde metninde “vücut dokunulmazlığı” denmesi değişiklik isteği ya da bir çelişki değildir. Zira asıl olan vücut dokunulmazlığının bütünü içinde kısmen cinsel dokunulmazlık da vardır<sup>5</sup>.

5237 Sayılı TCK’nun 102 nci maddesinin 1 inci fıkrasında cinsel saldırı suçunun temel şekli, 2 nci ve 3 üncü fıkrada suçun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli halleri, 5 ve 6 ncı fıkralarda ise suçun neticesi sebebiyle ağırlaşmış halleri düzenlenmiştir. Maddenin 4 üncü fıkrası ise, özel bir içtima hükmünü ihtiva etmektedir. Birinci fıkrada düzenlenen cinsel saldırı suçunun temel şekli (cinsel davranışlarla bir kimsenin vücut dokunulmazlığının ihlal edilmesi) 765 Sayılı TCK’nda düzenlenen ırza tasaddi<sup>6</sup> (m.415, m.416) ve sarkıntılık suçunun<sup>7</sup> vücut dokunulmazlığını ihlal suretiyle gerçekleştirilen şeklinin (m.421/c.2) karşılığı olarak öngörülmüştür. İkinci fıkrada düzenlenen cinsel saldırı suçunun nitelikli hali (vücuda organ veya cisim sokulması) ise, 765 Sayılı TCK’nda bağımsız suç olarak düzenlenen ırza geçme suçunun (m.414, m.416) karşılığını oluşturmaktadır. Ancak yeni düzenlemede cinsel saldırı suçunda

---

<sup>3</sup> MALKOÇ, Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar, 2009, s.8.

<sup>4</sup> YURTCAN, Erdener, Türk Ceza Kanunu ve Yorumu, Yeni Türk Ceza Kanunu’nun Yürürlük ve Uygulama Yasası, Kazancı Hukuk Yayınları 205, 2. Baskı, 2006, s.207.

<sup>5</sup> MALKOÇ, Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar, 2009, s.9.

<sup>6</sup> Cinsel saldırı suçunun temel şeklinin 765 Sy. Türk Ceza Kanunu’nda karşılığını oluşturan fiillerden ırza tasaddi; “aynı veya ayrı cinsten bir kimse üzerinde icra edilen ve fakat ırza geçme veya ırza geçmeye teşebbüs niteliğinde olmayan veya sarkıntılık boyutlarını aşarak devamlılık arz eden cinsel duyguları tatmin amacına yönelmiş davranışlar” olarak tanımlanabilir. ARTUK, Mehmet Emin/GÖKCEN, Ahmet/YENİDÜNYA, A.Caner, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 10. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2010, s.167.

<sup>7</sup> 765 Sy. TCK’nun 421 inci maddede sarkıntılık suçu; belirli bir kimsenin rızası hilafına edep ve iffetine dokunacak nitelikte şehvet duygusuyla söz, yazı veya vücuda temas biçiminde gerçekleştirilen sınışıka hareketlerle işlenmekteydi. 5237 Sy. TCK bu hareketlerden vücuda temas suretiyle olanı m.102/1’de, söz ve yazı ile gerçekleştirileni ise, 105 inci maddede yaptırıma bağlanmıştır. ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2010, s.168.

mağdurun kadın ya da erkek 18 yaşını doldurmuş olması aranmaktadır. Çünkü cinsel saldırı teşkil eden eylemlerin çocuklara karşı işlenmesi 103 üncü maddede “Çocukların Cinsel İstismarı” başlığı altında bağımsız bir suç olarak ayrıca düzenlenmiştir.

Cinsel saldırı suçunu düzenleyen 5237 Sayılı TCK m.102, 765 Sayılı TCK’nda yer verilen ırza geçme, ırza tasaddi ve sarkıntılık suçlarını içeren bir özellik göstermektedir. 5237 Sayılı TCK’nda cinsel saldırı terimi ve suçu içerisinde, 765 TCK’nda yer alan ırza geçme, ırza tasaddi ve sarkıntılık suçlarının bir arada düzenlenmesi (aynı madde kapsamına alınması) doktrinde cinsel eylemlerin çok ağır cezalarla karşılanmasına neden olabileceği gerekçesiyle eleştirilmiştir<sup>8</sup>. Hakim, somut olayda; suçun işleniş biçimini, suçun işlenmesinde 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 göz önünde bulundurarak, işlenen suçun kanuni tanımında öngörülen cezanın alt ve üst sınırı arasında temel cezayı belirleyeceğinden bu düzenlemenin, tüm cinsel eylemlerin çok ağır cezalarla karşılanmasına neden olabileceği konusundaki eleştiriye katılmayan görüşler de mevcuttur<sup>9</sup>.

5237 Sayılı Kanun’un bu düzenleniş şekli, “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar” başlığı altında yer alan suçların 765 Sayılı Kanunu’nun bugüne kadar ortaya koyduğu uygulamayla bir bütünlük arz etmediği, 765 Sayılı Kanunu’nun eksik yönlerinin tamamlanması yoluna gidilmesi gerektiği, bu Kanun da bu yola gidilmeyerek, uygulanması Türk hakimlerince bilinmeyen kendi içinde bir bütünlüğe sahip bulunan İspanyol Ceza Hukuku kurallarının kabul edilmesi ve cinsel saldırı, cinsel taciz, çocukların cinsel istismarı ayrımının nasıl yapılacağı konusunda herhangi bir düzenlemeye gidilmemiş olmasının uygulamada güçlükler neden olacağı bakımından

---

<sup>8</sup> YARSUVAT, Duygun/BAYRAKTAR, Köksal/YÜZBAŞIOĞLU, Nemci/Bülbul, ERDOĞAN-KOCASAKAL, Ümit/AKSOY, E. Eylem/MEMİŞ, Pınar/KURT, Gülşah/TANSUĞ, Çağla/YILMAZ, Didem, “Türk Ceza Kanunu Tasarısı Hakkında Galatasaray Üniversitesi’nin Görüşü”, Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci Kitap, Makaleler, Görüşler, Raporlar, Türkiye Barolar Birliği Yayınları:71, Ankara 2004, s.308.

<sup>9</sup> SEVÜK, Handan YOKUŞ, “5237 Sy. Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Saldırı ve Cinsel Taciz Suçları”, TBB Dergisi, Mart-Nisan 2005, C.18, S.57, 2005, s.248.

eleştirilmiştir<sup>10</sup>. Ayrıca, cinsel taciz, cinsel saldırı ve çocukların cinsel istismarı suçlarının kanunilik ilkesi bakımından sorun oluşturacağı da belirtilmiştir<sup>11</sup>.

## II- KAVRAM

Cinsel saldırı kavramı hukuk terminolojisine yeni giren bir kavramdır. 765 Sayılı TCK'nun 414, 415 ve 416 ncı maddelerinde bunun karşılığı olarak “ırza geçme” ve “ırza tasaddi” kavramları kullanılmıştır. Buna göre ırza geçme kavramıyla cinsel ilişki eylemini kapsayan cinsel saldırılar, ırza tasaddi kavramıyla ise cinsel ilişki boyutuna varmayan cinsel saldırılar kastedilmektedir<sup>12</sup>.

Yeni düzenlemelerle sadece suçların adı değiştirilmemiştir. Suçların tasnifinde de daha objektif sayılabilecek kriterler kabul edilmiştir. 5237 Sayılı TCK “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçları” üç bölümde incelemiştir. Vücut dokunulmazlığı ihlal edilmeksizin cinsel dokunulmazlığın ihlali (cinsel taciz), vücut dokunulmazlığı ihlal edilerek cinsel dokunulmazlığın ihlali (cinsel saldırı suçunun temel şekli), vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle cinsel dokunulmazlığın ihlali (cinsel saldırı suçunun nitelikli hali). Bu şekilde suçlar arasındaki hatlar belirlenmiş, eylemlerin hangi suçu oluşturacağı tartışmaları sona erdirilmek istenmiştir<sup>13</sup>.

Cinsel suçlarla ilgili kabul edilen kavramların eski tabirleri bire bir karşılığını söylemek imkansızdır. Örneğin cinsel saldırı suçu; ırza geçme, ırza tasaddi

---

<sup>10</sup> TEZCAN, Durmuş/ERDEM, Mustafa Ruhan, “Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin TCK Tasarısı Hakkındaki Raporu”, Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci Kitap, Makaleler, Görüşler, Raporlar, Türkiye Barolar Birliği Yayınları:71, Ankara 2004, s.351.

<sup>11</sup> ARTUK, Mehmet Emin'in görüşleri için bkz. “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı İşlenen Suçlar”, Türk Ceza Kanunu Reformu, Birinci Kitap, Toplumsal Değişim Sürecinde Türk Ceza Kanunu Reformu, Panel, 21-22 Mayıs 2004, Türkiye Barolar Birliği Yayınları:68, Ankara 2004, s.150-152. SEVÜK, s.243, 244.

<sup>12</sup> DÜLGER, Murat Volkan, s.545.

<sup>13</sup> IŞIK, Mehmet Şirin, 5237 Sy. Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Taciz Suçu, Adalet Dergisi, Mayıs 2007, s.218.

ve bir takım sarkıntılık fiillerinin düzenlendiği bir suç tipidir. Cinsel taciz ise, söz atma ve bir kısım sarkıntılık eylemlerinin ceza yaptırımına bağlandığı bir suç tipidir<sup>14</sup>.

Öğretide, sarkıntılık suçunun vücuda temas ile işlenmesi halinde cinsel davranışlarla kişinin vücut dokunulmazlığının ihlali söz konusu olacağından, bu suçun cinsel saldırı suçu kapsamında düzenlenmesinin yerinde olduğu; ayrıca bu düzenleme ile 765 Sayılı TCK'nun 421 nci maddesinin uygulanmasında olduğu gibi eylemin, hangi halde söz atma, hangi halde sarkıntılık olduğunun tespitindeki güçlüğü giderildiği savunulmuştur<sup>15</sup>.

Ceza hukukunun ödevi ahlak, adap, etik veya dinsel normlara aykırılıkları suç haline getirmek değildir. Hukuki değer haline gelmedikleri sürece ahlaki veya dinsel kurallara aykırılıklar, devletin ceza uygulama yetkisi bakımından bir gerekçe oluşturamazlar<sup>16</sup>.

5237 Sayılı TCK, bireyi tercih etme özgürlüğü olan bir varlık olarak görmektedir. Bireyi cinsel tercihlerinden ötürü cezalandırmamakta veya faile bu nedenle ceza indirimini sağlamamaktadır. Aksine kişilerin cinsel tercihlerini korumaktadır<sup>17</sup>.

Cinsel özgürlük, insanın, hukukun veya örf ve adetin tespit ettiği hudutlar dahilinde, cinsi münasebetler bakımından kendi vücudu üzerinde serbestçe tasarruf edebilmesidir. Bu varlık, cinsel saldırı suçlarına ilişkin ceza yaptırımları ile korunmaktadır<sup>18</sup>.

---

<sup>14</sup> IŞIK, s.218.

<sup>15</sup> SEVÜK, s.248.

<sup>16</sup> ÜNVER, Yener, Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, Ankara 2003, s.1025.

<sup>17</sup> SÖZÜER, Adem, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Cinsellikle İlgili Suçlar” Ankara Barosu Hukuk Kurultayı, 03-07 Ocak 2006, s.292.

<sup>18</sup> TOROSLU, Nevzat, Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No:273, Ankara 1970, s.323.

Cinsel özgürlük Anayasal dayanağını “Kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı” başlıklı 1982 Anayasası’nın 17 nci maddesinin birinci fıkrasından<sup>19</sup> almaktadır. Cinsel özgürlüğün iki önemli neticesi vardır. İlki, herkesin cinsel özgürlüğünü dilediği gibi yaşamasıdır. İkincisi ise, herkesin başkalarının cinsel özgürlüğüne, cinsel yaşamına saygılı olması ve bu kapsamda başkalarının cinsel dokunulmazlığının olduğunu kabullenmesidir. İlk sonuç cinsel özgürlüğün olumlu sonucunu, ikinci sonuç ise, cinsel özgürlüğün olumsuz açıdan koruyucu sonucunu oluşturmaktadır. Cinsel dokunulmazlık, mağdurun cinsel özgürlüğünün ve dokunulmazlığının, vücudu üzerinde rızası dışında cinsel davranışlarda bulunulması yoluyla ihlal edilir<sup>20</sup>.

Cinsel saldırı suçunu düzenleyen TCK m.102; “*Cinsel davranışlarla bir kimsenin vücut dokunulmazlığını ihlâl etme*”nin anlamı ve sınırlarının belli olmadığı; ikinci fıkra hükmünün de sadece belirsiz değil, aynı zamanda anlamsız olduğu gerekçesiyle öğretide eleştirilmiştir<sup>21</sup>.

Cinsel davranışlar, kişinin vücudu üzerinde iradesi dışında temas halinde gerçekleştirilen cinsel nitelikteki hareketlerdir<sup>22</sup>.

Cinsel saldırı fiili, “saldırı” teriminin anlamından<sup>23</sup> da anlaşılacağı üzere mağdurun cinsel dokunulmazlığına (özgürlüğüne) haksız bir müdahale teşkil eden, onun rızası ve iradesi dışında gerçekleşen bir tecavüzü ifade etmektedir. Bu itibarla ilgilinin

---

<sup>19</sup> AY m.17’de; “(1) Herkes yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir.” denilmektedir.

<sup>20</sup> ŞEN, Ersan, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, C. I, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2006, s.376.

<sup>21</sup> “*Vücuda sair bir cisim sokmak*” her zaman cinsel dokunulmazlığı ihlal olarak nitelendirilebilir mi? Örneğin; bir kimsenin ağızına cop sokmak bu suçu oluşturacak mı? O zaman işkenceden farkı ne olacak? Ayrıca maddede “*vücut boşluğuna*” değil, “*vücuda*” sokmaktan söz edilmesi de garip sonuçların ortaya çıkmasına neden olacaktır. TOROSLU, Nevzat/ERSOY, Yüksel, “Kanunlaşmaması Gereken Bir Tasarı”, Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci Kitap, Makaleler, Görüşler, Raporlar, Türkiye Barolar Birliği Yayınları:71, Ankara 2004, s.17.

<sup>22</sup> APAYDIN, Necati, “Türk Ceza Kanunu Tasarısı’ndaki Bazı Suç Düzenlemeleri Üzerine Düşünceler”, Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci Kitap, Makaleler, Görüşler, Raporlar, Türkiye Barolar Birliği Yayınları:71, Ankara 2004, s.150.

<sup>23</sup> ŞAFAK, Ali, Ansiklopedik Hukuk Sözlüğü, 4. Baskı, Ankara, s.487, 577.

rızası varsa, ortada gerçekleşmiş bir saldırı da bulunmayacağından 102 nci maddede yer alan suç tipi gerçekleşmez (bkz. 5237 Sayılı TCK m.26/2)<sup>24</sup>.

5237 Sayılı TCK’nda ırza geçme, tasaddi, sarkıntılık ve söz atma kavramlarına yer verilmeyip bunların yerine cinsel saldırı, cinsel istismar, cinsel taciz gibi yeni kavramların kabul edilmiştir. Öğretide, kanunun ırza geçme, ırza tasaddi kavramı yerine, cinsel saldırı kavramını tercih etmesi eleştirildiği gibi<sup>25</sup>, cinsel davranış kavramının kullanılmasının modern ceza hukuku felsefesine daha uygun olup “ırza geçme ve tasaddi” terimlerinden kaçınılmasının isabetli olduğu da düşünülmektedir<sup>26</sup>. Ayrıca uygulamada kolaylık sağlayacağı ve “ırz”<sup>27</sup> tabirinin ihlal edilen özgürlük değerini anlatmaktan uzak olması nedeniyle de olumlu karşılanmaktadır<sup>28</sup>. Keza 765 Sayılı TCK döneminde eylemin hangi suç oluşturacağı yönündeki kargaşanın da kabul edilen objektif kıstaslar altında giderildiği belirtilmektedir<sup>29</sup>.

---

<sup>24</sup> ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2010, s.167.

<sup>25</sup> TEZCAN, Durmuş/ERDEM, Mustafa Ruhan, “Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nin TCK Tasarısı Hakkındaki Raporu”, Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci Kitap, Makaleler, Görüşler, Raporlar, Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 71, Ankara 2004, s.351; ARTUK, Mehmet Emin’in görüşü için bkz. “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı İşlenen Suçlar”, s.150-152.

<sup>26</sup> MAHMUTOĞLU, Fatih Selami, “TBMM Adalet Komisyonu’nda Kabul Edilen Türk Ceza Kanunu Tasarısı Hakkında Görüş”, Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci Kitap, Makaleler, Görüşler, Raporlar, Türkiye Barolar Birliği Yayınları:71, Ankara 2004, s.358.

<sup>27</sup> Irz kelimesi Arapçadan Osmanlıcaya geçmiş bir kelime olup namus, temizlik anlamına gelir. ÖZÜN, M.N., Osmanlıca Türkçe Sözlük, İnkılap ve Aka Yayınevi, İstanbul 1979. Irza geçme teriminin Arapça karşılığı “Hetk-i ırz”dır ve namus perdesini yırtmak anlamına gelir. Hukuki, tıbbi ve sosyal boyutlarıyla bakıldığında ırza geçme, namusa karşı yapılmış bir saldırının ötesinde kişisel ve cinsel özgürlük ile genel ahlak ve aile düzenine karşı bir şiddet suçudur. Özünde “zor” unsuru mevcuttur. YALÇIN, Hasan, “TCK’nın 414-418 nci Maddeleri Kapsamında Konya-Ereğli Ağır Ceza Mahkemesi’ne Yansıyan Cinsel Saldırı Suçlarının İncelenmesi”, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü Sosyal Bilimler Anabilim Dalı, İstanbul 2001, s.2.) Türkçe sözlükte ise, ırz kelimesi bir kimsenin toplum anlayışına ve yasaya göre saygı gösterilmesi ve başkaları tarafından dokunulmaması gereken iffet olarak tanımlanmıştır. Türkçe Sözlük, Türk Dil Kurumu, Milliyet Yayınları, İstanbul 1992.

<sup>28</sup> AYDIN, Öykü Didem, “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar”, Hukuki Perspektifler Dergisi, S.2, Sonbahar 2004, s.157. Aydın; “ırz” kavramına “kadın hakları bakışı”nın çok farklı olduğunu, bu çerçevede, ırzın kadına ait bir değer olmadığı, erkeğin kadına atfettiği ya da erkeğin kadına sahip olmak bakımından kendinde gördüğü bir değer olduğunu; ırza geçme sözünün, kadının cinsel saldırı dolayısı ile zedelenen temel özgürlük ve vücut bütünlüğü değerini anlatmaktan uzak bir söz olduğunu bu nedenle de 5237 Sy. TCK ile değiştirilmesinin yerinde olduğunu savunmuştur. AYDIN, Öykü Didem, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar”, 17.01.2005, [www.turkhukuk sitesi.com/makale/175.htm](http://www.turkhukuk sitesi.com/makale/175.htm), 14.01.2009, s.8, 9.

<sup>29</sup> SEVÜK, s.248.

5237 Sayılı TCK'nun uygulamada çelişkili kararlar verilmesinde payı olan diğer birçok kavram ikizini kaldırdığı ve uygulamanın, tasaddi ile ırza geçmeye eksik ya da tam teşebbüs arasında doğru dürüst bir ayırım çizememesinin bu kararda etkili olmuş olabileceğini, her koşulda yürürlükteki anlamı ile tasaddinin temel norm olup, yine eski anlamıyla ırza geçmenin bunun ağırlaştırılmış hali olmasından uygulama kolaylığı bekleneceği öngörülmüştür<sup>30</sup>.

5237 Sayılı TCK özellikle kadın haklarının gelişimine paralel olarak “ırz” kavramına yer vermemiştir. 765 Sayılı TCK döneminde ırz kavramı, temelde ataerkil bir yaklaşımı ifade eder ve kadının ırzı ve namusu “toplumsal bir mal, erkeğin bir malı olarak” görülmenin ifadesi olarak ele alınırdı. Yeni düzenleme cinsel saldırı suçunda gerek fail ve gerekse de mağdur açısından kadın-erkek ayırımını kaldırmış, cinsel saldırıyı kişiye karşı bir suç olarak ele almıştır<sup>31</sup>.

Cinsel dokunulmazlık, kişilerin vücudu üzerinde cinsel davranışlarda bulunması suretiyle ihlal edilir. Demek ki cinsel dokunulmazlığı ihlal eden davranışlar cinsel davranışlardır. Öyle ise cinsel davranış kavramının açığa kavuşturulması önem arz etmektedir. Kimine göre cinsel bir davranış olan bir eylem, bir başkasına göre cinsel bir davranış olarak algılanmayabilir. Cinsel davranış kabul edilen hareket, her zaman şehveti tatmin için de yapılmayabilir. Ancak cinsel kimliğe ve varlığa yöneldiği açıkça belli olan ya da cinsel isteklerin yerine getirilmemesinden ya da getirilmemesinden kaynaklanan düşünce ve saiklerle tepki olarak da gerçekleştirilebilir. Ancak hepsinin temelinde ve sebebinde cinsel bir düşünce vardır. Cinsel davranışları, herkes için aynı anlamda kabul edilebilir şekilde açıklamamış olan madde, somut olaya uygulanırken değerlendirmeler yapılacaktır. Her eylemde fiillerin gerçekleştirilme şekli, amacı, yeri, zamanı ve tarafları gibi hususlara göre değerlendirmeler yapılacaktır<sup>32</sup>.

---

<sup>30</sup> AYDIN, Öykü Didem, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar”, s.8.

<sup>31</sup> MALKOÇ, Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar, 2009, s.2.

<sup>32</sup> MALKOÇ, İsmail, Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Saldırı Suçları, Malkoç Kitabevi, Ankara 2005, s.3, 4.

5237 Sayılı TCK’nda cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar düzenlenirken daha önceleri doktrinde kullanılan<sup>33</sup> “Cinsel Saldırı” kavramı kullanılmıştır. 5237 Sayılı Kanun’da cinsel saldırı suçlarına dair bir tanımlamaya yer verilmemiştir. TCK’nda tanım olmadığından doktrinde farklı suç tanımlarına yer verilmiştir. Cinsel saldırı, rızası olmayan veya herhangi bir sebepten dolayı (yaşının küçüklüğü veya akıl hastalığı) rızası kabul edilmeyen bir kişinin, fiziksel güç kullanımı, tehdit, korku, hile veya kandırma gibi zorlamalarla cinsel içerik taşıyan bir davranışa maruz kalmasıdır. Bu yasal olmayan davranışlar cinsel amaçlı bir dokunuştan cinsel saldırıya kadar geniş bir alan içinde değerlendirilmektedir<sup>34</sup>.

Madde başlığının “Cinsel Saldırı” olması, saldırı kavramının da rıza dışı yapılan ve doğal olarak hukuka aykırı eylemleri kapsamaması nedeniyle, bu düzenlemenin korumaya aldığı, mağdurun kendisine karşı gerçekleştirilen eylemlerde rızası bulunmayan bir kişi olduğu söylenmelidir<sup>35</sup>.

5237 Sayılı TCK’nda yer alan “Cinsel Saldırı” kavramı geniş ve bulanık olduğu, ceza kanunlarının açık, anlaşılır ve net olması gerektiği düşüncesiyle doktrinde eleştirilmiştir<sup>36</sup>.

TCK m.102’de cinsel saldırı suçu ve cinsel saldırı suçunun nitelikli hali düzenlenmektedir. Cinsel saldırı suçunun temel şeklinde (m.102/1) cinsel arzuları tatmin amacına yönelik davranışlarla kişinin vücut dokunulmazlığının ihlal edilmesi, cinsel saldırı suçunun nitelikli halinde (m.102/2) ise cinsel arzularını tatmin amacına yönelik olmasa da vücuda organ veya sair bir cisim sokulması cezalandırılmaktadır. Cinsel saldırı, failin mağdurun vücuduna temas etmesi gereken bir maddi davranış

---

<sup>33</sup> YAVUZ, M.Fatih, Yayınlanmamış Cinsel Suçlar Ders Notları, İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü, 1997; AKSOY, Ercüment/İNANICI, Mehmet Akif /ÇETİN, Gürsel/POLAT, Oğuz/SÖZEN, M.Şevki/YAVUZ, M.Fatih, “Cinsel Saldırıları”, Adli Tıp Ders Notları, www.tbb.org.tr/eweb/adli/5.html, 02.11.2009, s.1

<sup>34</sup> AKSOY/İNANICI /ÇETİN/POLAT/SÖZEN/YAVUZ, s.1.

<sup>35</sup> MALKOÇ, Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Saldırı Suçları, 2005, s.14.

<sup>36</sup> ARTUK, Mehmet Emin/ÇINAR, Ali Rıza, “Yeni Bir Ceza Kanunu Arayışları ve Adalet Alt Komisyonu Tasarısı Üzerine Düşünceler”, Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci Kitap, Makaleler, Görüşler, Raporlar, Türkiye Barolar Birliği Yayınları:71, Ankara 2004, s.81.

olarak nitelendirilmektedir. Bu nedenle sözlü saldırılar ile (cinsel içerikli olsa da) cinsel saldırı suçu oluşmamaktadır<sup>37</sup>.

Aşağıda cinsel saldırı suçunu 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'ndaki düzenlemeye paralel olarak, suçun temel şekli, suçun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli halleri<sup>38</sup>, suçun neticesi sebebiyle ağırlaşmış halleri, özel bir içtima hükmünü ihtiva eden 4 üncü fıkra ile suçun diğer özel görünüş şekillerini sırasıyla inceleyeceğiz.

### **III- TARİHİ GELİŞİM**

#### **1- GENEL AÇIKLAMALAR**

Bireyin cinsel özgürlüğünü ihlal eden, ailenin toplumdaki itibarını zedeleyen fiiller eskiden beri cezalandırılmıştır<sup>39</sup>.

Eski zamanlardan beri, cinsel saldırı suçlarının bir suç olarak düzenlendiği düşünülebilir.

#### **2- İLK ÇAĞ: ESKİ HİNT HUKUKU**

Hint medeniyetinde, cinsel saldırı fiili suç sayılmış ve suçlu ile mağdurun mensup buldukları kastlara<sup>40</sup> göre değişen çeşitli cezalar verilmiştir<sup>41</sup>.

---

<sup>37</sup> Sözlü saldırılar 5237 Sy. Türk Ceza Kanunu'nda "Cinsel Taciz" başlığı altında 105 inci maddede yaptırıma bağlanmıştır.

<sup>38</sup> Suçun temel biçiminde cinsel davranışlarla kişinin vücut dokunulmazlığının ihlal edilmesi; nitelikli biçiminde ise vücuda organ veya sair bir cisim sokulması cezalandırılmaktadır. Oysa ırza geçme-ırza tasaddi ayırımını terk eden İtalyan Ceza Kanunu her iki kavramı "cinsel şiddet" başlığı altında toplamış ve vücuda organ veya cisim sokulması gibi bir nitelikli hal öngörmemiştir. Bunun sebebi, böyle bir ayırım yapılması durumunda, eylemin ne şekilde gerçekleştiğini tespit etmeye yönelik sürdürülen araştırmaların mağdurun zaten çektiği ezadan da büyük acılara katlanmasını gerektirmesi, bunun da mağdurun haysiyetini daha da rencide etmesidir. TEZCAN, Durmuş/ERDEM, Mustafa Ruhan/ÖNOK, Murat, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'na Göre Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 3. Baskı, Ankara 2006, s.207.

<sup>39</sup> SEVÜK, s.244.

Hint Ceza Hukuku bakımından Manu ve Yajnavalkiya Mecelleleri'nde cinsel suçlar ile ilgili hükümler bulunmakta ve bu hükümlere göre cinsel suçlar ölüm cezası ile cezalandırılmaktadır<sup>42</sup>.

### **3- MEZOPOTAMYA UYGARLIKLARI: SÜMER, BABİL (HAMMURABİ), ASUR, İBRANİ, HİTİT (ETİ)**

Sümer ve Babil Hukuku'nun temelini Hammurabi Kanunları teşkil etmektedir. Hammurabi Kanunları, M.Ö. 1760 yılı civarında Mezopotamya'da yazılmış, tarihin en eski ve en iyi korunmuş yazılı kanunlarından biridir. Hammurabi Kanunları şahıslara karşı işlenen fiiller (cinsel saldırı) hakkında ağır yaptırımlar öngörüyordu<sup>43</sup>.

Hammurabi Kanunları'na göre cinsel saldırı suçunu işleyen kişi ölüm cezası ile cezalandırılırdı. Buna göre, eğer bir adam, bir başka adamın karısına (yasal eş olmasına karşın henüz baba evinde oturan kadına) karşı cinsel saldırı suçunu işlerse o adam öldürülüp, kadın serbest bırakılırdı<sup>44</sup>.

Hammurabi Kanunları'ndan sonra, Eski Mezopotamya uygarlığının en önemli hukuk belgesinin Orta Asur dönemine ait (M.Ö. 1450- 1250) Asur Kanunları olduğu

---

<sup>40</sup> Hint medeniyetinde sosyal sınıflar hakkında geniş bilgi için bkz. ARSAL, Sadri Maksudi, Umumi Hukuk Tarihi, 3. Baskı, İstanbul 1948, s.37-43; OKANDAN, Recai Galip, Umumi Hukuk Tarihi Dersleri, İstanbul 1951, s.46-49.

<sup>41</sup> OKANDAN, Umumi Hukuk Tarihi Dersleri, s.67, 68.

<sup>42</sup> OKANDAN, Umumi Hukuk Tarihi Dersleri, s.69, 70. Manu Mecellesi'nde ölüm cezası; suçlunun başının kılıçla kesilmesi, kazığa vurulması, ustura ile parça parça kesilmesi, suda boğulması, fillere, köpeklerle yem olarak atılması ve yakılması gibi çeşitli şekillerde infaz olunurdu. OKANDAN, Umumi Hukuk Tarihi Dersleri, s.69.

<sup>43</sup> ARTUK, "Ölüm Cezası", Jale G. Akipek'e Armağan, Konya, 1991, s.146; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, "Ölüm Cezası", Ceza Hukuku Makaleleri, İstanbul 2002, s.73. Şahıslara karşı işlenen fiiller için öngörülen ölüm cezası suçlunun doğrudan doğruya öldürülmesi, bağlanarak suya atılıp boğulması, yakılması, çarpmıha gerilmesi, dikenler içine atılması, derisinin yüzülmesi ve kazığa oturtmak suretiyle infaz olunurdu. OKANDAN, Umumi Hukuk Tarihi Dersleri, s.149. ARTUK, "Ölüm Cezası", Jale G. Akipek'e Armağan, s.145; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, "Ölüm Cezası", Ceza Hukuku Makaleleri, s.72.

<sup>44</sup> CAN, Cahit, Toplumsal İnsanın Evrensel Doğası ve Cinsel Suçlar, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2002, s.296, 297.

kabul edilir. Asur Kanunları, cinsel saldırı, sarkıntılık<sup>45</sup> gibi birçok fiili suç olarak kabul etmiş ve bu suçlar hakkında ağır cezalar kabul etmiştir. Asur Hukuku'na göre, evli bir kadına karşı cinsel saldırı suçunu işleyen erkek öldürülürdü. Evli bir kadının kandırılarak gizli bir eve götürülmesi ve orada yabancı bir erkekle cinsel ilişkide bulunmasının mümkün kılınması halinde de onunla cinsel ilişkide bulunan erkek ve bu cinsel ilişkide bulunmayı mümkün kılan kimse öldürülürdü<sup>46</sup>.

Asur Hukuku'na göre, evli bir erkeğin genç bir kıza karşı cinsel saldırı suçunu işlemesi halinde, kızın babası cinsel saldırı suçunu işleyen erkeğin karısını alır ve aynı fiili cinsel saldırı suçunu işleyen erkeğin karısına uygular. Eğer cinsel saldırı suçunu işleyen erkek evli değilse, bu takdirde kız fiyatının üç mislini ödemeye mecbur tutulduğu gibi cinsel saldırı fiilini işlediği kızla da evlenebilirdi. Yalnız bu son halde kızın babasının onayı gerekiyordu<sup>47</sup>.

İbrani Hukuku da, cinsel saldırı fiilini suç olarak kabul etmiş ve bu suçlar hakkında ağır cezalar kabul etmiştir.

İbrani Kanun Vazı nişanlı kızlarla gerçekleştirilen cinsel ilişkiler hakkında da ağır cezalar tayin etmiştir. Örneğin, bir kimse nişanlı bir kızla şehirde cinsel ilişkide bulunursa, kız buna bağırarak yardım istemediği ve erkek de nişanlı bir kızın namus ve iffetini ihlal eylediği için her ikisi de taşlanarak öldürülürdü. Eğer bir kimse nişanlı bir kızla şehir dışında cinsel ilişkide bulunursa, fiilin şehir dışında gerçekleşmesi kızın yardım istemesini neticesiz kılacağından yalnız erkek öldürülür ve kıza bir ceza verilmezdi<sup>48</sup>.

---

<sup>45</sup> Eğer bir adam, bir adamın karısına elle sarkıntılık yaparsa, adamın parmağı kesilir; eğer kadını öperse adamın alt dudağı baltanın ucuna çekilerek kesilirdi. CAN, s.296, 297.

<sup>46</sup> OKANDAN, Umumi Hukuk Tarihi Dersleri, s.164.

<sup>47</sup> OKANDAN, Umumi Hukuk Tarihi Dersleri, s.165.

<sup>48</sup> OKANDAN, Umumi Hukuk Tarihi Dersleri, s.189, 190.

Eti Hukuku'na göre şehir dışında hiçbir yardım talebinde bulunma imkanına sahip olmayan bir kadına karşı cinsel saldırı fiilini gerçekleştiren erkek ölüm cezası ile cezalandırılırdı<sup>49</sup>.

#### 4- ROMA HUKUKU

Bugün pek çok ülkelerin ceza kanunlarının ilham kaynağı olması bakımından, Roma Hukuku'nda cinsel suçlar üzerinde durmak gerekir.

Roma Ceza Hukuku'nun, Cumhuriyet devrinde kadınlara karşı işlenen cinsel saldırı fiilleri suç olarak kabul edilmiştir<sup>50</sup>.

İmparatorluk döneminde, cinsel saldırı suçu özgürlük aleyhine işlenen bir suç olarak kabul edilmiş ve yaptırım olarak da ölüm cezası öngörülmüştür<sup>51</sup>.

Roma Hukuku'nda VIII. yüzyıla kadar cinsel suçların cezalandırma aile babasının cezai iktidarına veya Censörlere bırakılmıştı. Daha sonraları ise "Lex Julia de Adulteris" adlı kanun yürürlüğe girmiş ve bu Kanun'la cinsel saldırı suçu, niteliği itibariyle özgürlüğe karşı yapılan bir tecavüz olarak kabul edilip bu suçu işleyen kimsenin mallarının 1/3 ü müsadere edilerek rezaletten dolayı cezalandırılıyordu. Roma Hukuku'nun son zamanlarında kendi vesayeti altına bırakılmış olan kimseleri iğfal eden vasileri cezalandıran hükümlere rastlamaktayız<sup>52</sup>.

---

<sup>49</sup> OKANDAN, Umumi Hukuk Tarihi Dersleri, s.208. Eti Hukuku'nda zina suçu kadının evinde değil de kırda işlenmişse, kadının rızasının olup olmadığının tespiti güç olduğundan yalnız suçlu erkek ölüm cezasına çarptırılırdı. OKANDAN, Umumi Hukuk Tarihi Dersleri, s.207, 208.

<sup>50</sup> OKANDAN, Umumi Hukuk Tarihi Dersleri, s.475, 476; OKANDAN, Recai Galip, Romalıların Suç Telakki Ettikleri Fiiller ve Bunlara Terettüp Eyleyen Cezalar, Tahir Taner'e Armağan, İÜHF, İstanbul 1956, s.335, 336.

<sup>51</sup> OKANDAN, Umumi Hukuk Tarihi Dersleri, s.478.

<sup>52</sup> YARSUVAT, "Mukayeseli Hukukta Cinsi Suçlar ve Müeyyideleri", İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, 1964, c.XXX, S.1-2, s.116.

## 5- ORTAÇAĞ, KİLİSE (KANONİK), GERMEN (CERMEN) HUKUKU

Ortaçağda ferdi ahlaklaşmayı sağlamak ve genel ahlakı korumak amacıyla cinsel özgürlüğe yönelik eylemler suç sayılmıştır. Ortaçağ Hukuku'nda ceza kanunlarının cinsel suçlarla ilgili bölümlerinde dinsel bir düzenleme kendini hissettirmiştir. Kilise Hukuku'nda ise cinsel suçlar ölümle (yakılarak) cezalandırılmıştır<sup>53</sup>.

Yeni Latin Çağı adı verilen dönemde, Roma Hukuku Almanya'da çok önemli pozitif hukuk kaynaklarının doğmasını sağlamıştır. Bu kaynakların en önemlisi 1532 tarihli Carolina'dır<sup>54</sup>. Carolina da, Germen ve Kanonik Hukukun tesiri altında olarak cinsel saldırı suçu cezalandırılmıştır<sup>55</sup>. Carolina, evli, dul veya bir kıza karşı cinsel saldırıda bulunan kişiyi ölüm cezasına mahkum etmektedir. Germen Hukuku'nda cinsel saldırı fiilinin suç teşkil edebilmesi için ancak namuslu bir kadına karşı cinsel saldırı fiilinin gerçekleştirilmesi gerekmektedir<sup>56</sup>.

## 6- İSLAM HUKUKU

İslam Hukuku'nda "Cinsel Saldırı" kavramına yer verilmemiştir.

İslam Hukuku'nda cinsel suçlar had suçlarından olup, evlilik dışı gerçekleştirilen tüm cinsel ilişkiler zina suçu olarak kabul edilmiş, basit zina celd (sopa dayığı), nitelikli zina recim<sup>57</sup> cezası ile cezalandırılmıştır. Zina eylemi zorla

---

<sup>53</sup> YARSUVAT, "Mukayeseli Hukukta Cinsi Suçlar ve Müeyyideleri", s.116, 117.

<sup>54</sup> İÇEL, Kayıhan/DONAY, Süheyl, Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku Genel Kısım, 1.Kitap, Yeni Yasalara Göre Güncellenmiş 4. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2005, s.45.

<sup>55</sup> YARSUVAT, "Mukayeseli Hukukta Cinsi Suçlar ve Müeyyideleri", s.117.

<sup>56</sup> YARSUVAT, "Mukayeseli Hukukta Cinsi Suçlar ve Müeyyideleri", s.117.

<sup>57</sup> Recim, zina suçunu işleyen kişinin açık bir yerde beline kadar toprağa gömüldükten sonra taşlanmak (üzerine taşlar atarak) suretiyle öldürülmesidir. ARTUK, Mehmet Emin/GÖKCEN, Ahmet/YENİDÜNYA, Caner, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Yeniden Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2007, s.67; ÜÇÖK, Coşkun/MUMCU, Ahmet/BOZKURT, Gülnihal, Türk Hukuk Tarihi, Yeniden Düzenlenip, Gözden Geçirilmiş, Ekli 8. Baskı, Ankara 1996, s.79; CİN, Halil/AKGÜNDÜZ, Ahmet, Türk Hukuk Tarihi, C.I, Kamu Hukuku, Selçuk Üniversitesi Yayınları No:58, Hukuk Fakültesi Yayınları No:4, Konya, 1989, s.265. Zina eden kişi muhsan (tam ehliyetli, hür,

gerçekleştirildiğinde, üzerinde cebir uygulanan kadının zina suçundan dolayı cezalandırılmayacağı kabul edilmiştir. Küçük çocuklar ve akıl hastaları rızalarıyla cinsel ilişkide bulunsalar dahi, bundan dolayı sorumlu tutulmazlar, ancak onların rızaları geçerli sayılmadığı için faile had cezası verilir<sup>58</sup>.

## 7- TÜRK HUKUKU

### A- İslam Öncesi Türk Devletlerinde: Göktürk Devleti, Uygur Devleti ve Moğollar

Türk devletlerinde suçlar genellikle ağır ve hafif suçlar diye ikiye ayrılmaktadır. Evli kadına karşı işlenen cinsel saldırı fiili ağır suçlardandı ve cezası idamdı. Genç bir kıza karşı cinsel saldırı fiilini gerçekleştiren kimse onunla evlendirilirdi<sup>59</sup>.

Çin kaynaklarına göre Göktürklerde evli kadına karşı işlenen cinsel saldırı fiili ölüm cezası ile cezalandırılıyordu. Genç kızları baştan çıkarırlar hem ceza görüyorlardı hem de o kızla evlenmek zorundaydılar<sup>60</sup>.

Uygur Devleti kamu hukuku da Göktürk Devleti kamu hukukunun hemen hemen aynıydı<sup>61</sup>.

Göçebe hayatı yaşayan Moğolların en değerli malı sayılan hayvanları kanunlarına da yansımıştır.

---

Müslüman ve namuslu kişiler) değilse recm cezası değil, sopa cezası uygulanacaktır. Sopa ile kastedilen kırbaçtır. ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.67; CİN/AKGÜNDÜZ, s.265, 266; AYDIN, M. Akif, Türk Hukuk Tarihi, Genişletilmiş 3. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 1999, s.195; YARSUVAT, “Mukayeseli Hukukta Cinsi Suçlar ve Müeyyideleri”, s.118, 119.

<sup>58</sup> AVCI, Mustafa, Osmanlı Hukukunda Suçlar ve Cezalar, İstanbul 2004, s.160, 168.

<sup>59</sup> AYDIN, M. Akif, s.15.

<sup>60</sup> ÜÇOK/MUMCU/BOZKURT, s.27.

<sup>61</sup> ÜÇOK/MUMCU/BOZKURT, s.31.

1640 tarihli Oyrat-Moğol Kanunu'nda (Yeni Tsaayin Biçik) zina 4 üncü bölümde "Aileye Karşı İşlenen Suçlar" altında düzenlenmiştir. Buna göre, kadının rızası ile gerçekleşen zinada erkek 5, kadın 4 hayvan ceza olarak mahkemeye vermek mecburiyetindedir. Kadın buna mecbur edilmişse, erkek her iki cezayı birlikte öder<sup>62</sup>. Evli bir kadına karşı işlenen cinsel saldırı fiilini kanun zinanın bir çeşidi olarak kabul etmiştir. Çünkü burada suçlu olan, zinada her iki tarafa verilen cezayı yalnız başına ödemekle mükellef tutulmuştur. 1640 tarihli Oyrat-Moğol Kanunu'nda cinsel suçlar ise 5 inci bölümde "Ahlaka ve Adaba Karşı İşlenen Suçlar" başlığı altında 3 madde olarak yer almaktadır. Kanun kızların ve gebelerin cinsi şerefini korumaktadır<sup>63</sup>.

Bir kıza karşı işlenen cinsel saldırı suçunda 2x9 sığır cezası, bir kızın cinsel ilişki için baştan çıkarılması suçuna ise 9 sığır cezası verilmektedir<sup>64</sup>.

Kanun, cinsel suçlara karşı yalnız on yaşını geçmiş kızları korumaktadır<sup>65</sup>.

Gebelerin ırzına geçme suçunun cezası daha ağırdır. Burada ceza cenin kaç aylık olduğuna göre gittikçe yükselmekte ve her ay için 9 sığır hesap edilmektedir<sup>66</sup>.

## **B- İslam Sonrası Türk Devletleri: Osmanlı İmparatorluğu**

### ***a- Tanzimat Öncesi Osmanlı Hukuku***

Türkler, Osmanlı Devleti'nin kurulmasından önce de birçok ceza kanunları yapmışlardır. Klasik dönemdeki Osmanlı Kanunları: Fatih Kanunnamesi, İkinci

---

<sup>62</sup> ALİNGE, Curt, Moğol Kanunları, (Çev. Coşkun Üçok), 1967, s.156.

<sup>63</sup> ALİNGE, s.97, 98, 99 ve 156.

<sup>64</sup> Madde 1- "Bir bakir kıza rızası hilafına cinsi münasebete zorlayan kimse, bu sebepten ötürü dava açılırsa 2x9 hayvan ödemekle cezalandırılır. Kız razı olmuş ise ve hısımları dava ediyorlarsa, erkek 9 hayvan ödeme ile cezalandırılabilir." ALİNGE, s.98.

<sup>65</sup> Madde 2- "Bakir bir kıza öpen, onun göğüslerini tutan veya ona gayriahlaki bir şekilde dokunan kimseye, bu hususta dava açılırsa, davacı onanı yaptırabilir. Bununla beraber ancak 10 yaşından büyük kızlara dokunmak cezalandırılır." ALİNGE, s.98.

<sup>66</sup> Madde 3- "Gebe bir kadının ırzına geçerek erken doğuma sebebiyet veren kimse, cenin kaç aylıksa, o kadar kere 9 hayvan ödemek mecburiyetindedir." ALİNGE, s.98, 99.

Bayezid Kanunu, Birinci Süleyman (Kanuni) Kanunnamesi, Üçüncü Murad Kanunnamesi, Dördüncü Mehmed Kanunu'dur<sup>67</sup>.

Osmanlı Hukukunda, Kanuni Kanunnamesi'nde söz atma, sarkıntılık ve ırza tasaddi suçları cezalandırılmıştır<sup>68</sup>.

### ***b- Tanzimat Sonrası Ceza Kanunları***

Tanzimat'ın ilanından sonra kabul edilen ilk kanun 1256 (3 Mayıs 1840) tarihli Kanun-ı Ceza'dır. Bu kanunun ihtiyaca cevap vermemesi üzerine 1267 (14 Temmuz 1851) tarihinde Kanun-ı Cedit kabul edildi. Ceza kanunlarında bulunması zorunlu hükümlerden hiçbirini kapsamayan Kanun-ı Cedit yerini, 1810 tarihli Fransız Ceza Kanunu esas alınarak (Türkçeye çevrilerek) hazırlanan 1274 (9 Ağustos 1858) tarihli Ceza Kanunname-i Hümayunu'na bıraktı<sup>69</sup>.

1274 (1858) Tarihli Ceza Kanunnamesi ile modern anlamda ceza hukuku Osmanlı Devletine girmiştir ve bu kanun 1926 yılına kadar pek çok değişiklikler geçirmekle birlikte, Türk Ceza Hukukunun temeli olmuştur<sup>70</sup>.

1256 (1840) tarihli Kanun-ı Ceza'da cinsel saldırı suçuna ilişkin hiçbir hüküm yoktur. Ancak genel olarak 1256 (1840) tarihli kanununun tekrarı olan 1267 (1851) tarihli Kanun-ı Cedit, önceki hükümlere ek olarak sarkıntılık etmek (kürek veya pranga cezası), kız kaçırmak gibi suçlara yer vermiştir<sup>71</sup>. Cinsel saldırı suçu Türk Hukukunda

---

<sup>67</sup> AVCI, Mustafa, "Türk Ceza Kanunu, TCK Tasarıları ve Özellikle 2004 TCK Tasarısı'nın Genel Olarak Değerlendirilmesi", Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci Kitap, Makaleler, Görüşler, Raporlar, Türkiye Barolar Birliği Yayınları:71, Ankara 2004, s.200, 201.

<sup>68</sup> AVCI, Osmanlı Hukukunda Suçlar ve Cezalar, s.203, 204.

<sup>69</sup> ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.88; GÖKCEN, Ahmet, Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunları ve Bu Kanunlardaki Ceza Müeyyideleri, İstanbul 1989, s.13, 14; İÇEL/DONAY, s.54; AYDIN, M. Akif, s.431 ve 434.

<sup>70</sup> ARTUK/ÇINAR, s.38; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.88; ÜÇOK/MUMCU/BOZKURT, s.283.

<sup>71</sup> DÖNMEZER, Sulhi, Ceza Hukuku Özel Kısım, Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler, Filiz Kitabevi, 5. Baskı, İstanbul 1983, s.28; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.86, 87.

ilk defa 1274 (1856) tarihli Ceza Kanunname-i Hümayunu'nun ikinci babının üçüncü faslında 197-200 üncü maddeleri arasında düzenlenmiştir<sup>72</sup>.

*“197- Her kim onbir yaşından aşağı bir çocuğa fiil-i şeni icra eyler ise altı aydan ekal olmamak üzere muvakkaten hapis cezasıyla mücazat olunur.”*

*“198- Bir adam bir kimseye cebren fill-i şeni icra eder yani ırzına geçer ise muvakkaten küreğe konulur.”*<sup>73</sup>.

1274 (1858) tarihli Ceza Kanunname-i Hümayunu, 1926 yılında yürürlüğe giren 765 Sayılı TCK kabul edilinceye kadar yürürlükte kalmıştır.

### **C- Cumhuriyet Devri Ceza Hukuku (1926 Tarihli 765 Sayılı TCK )**

765 Sayılı TCK'nda düzenlenen cinsel suçlar, 1889 İtalyan Ceza Kanunu'ndan farklı bir şekilde iktibas olunmuş, bazı eklemeler yapılmış ve bazı hükümler de 1274 (1858) tarihli Ceza Kanunname-i Hümayunu'ndan alınmıştır<sup>74</sup>.

1889 İtalyan ve 1274 (1858) tarihli Ceza Kanunu'ndan bazı hükümler alan 1 Mart 1926 tarihli Türk Ceza Kanunu yürürlüğe girdiği 1 Temmuz 1926 tarihinden itibaren bugüne kadar birçok (yaklaşık 70) defa değişikliğe uğramıştır<sup>75</sup>. Yapılan değişiklikler sonucu bütünlüğünü yitiren yasa, Ceza Hukuku'nda kendini gösteren gelişmeler karşısında eskimiştir. Bu nedenle 1940 yılından beri yeni bir Türk Ceza Kanunu hazırlamak üzere Adalet Bakanlığı'nda çalışmalar yapılmıştır. Aşağıda bu

---

<sup>72</sup> DÖNMEZER, 1983, s.28; GÖKCEN, s.30.

<sup>73</sup> 1274 (1858) tarihli Kanunun ilgili maddeleri, (GÖKCEN, s.151, 152) kitabından aktarılmıştır. Ayrıca bkz. AKGÜNDÜZ, Ahmet, Mukayeseli İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No:6, Diyarbakır 1986, s.865.

<sup>74</sup> DÖNMEZER, 1983, s.42.

<sup>75</sup> AVCI, “Türk Ceza Kanunu, TCK Tasarıları ve Özellikle 2004 TCK Tasarısı'nın Genel Olarak Değerlendirilmesi”, s.203, 204.

çalışmalar (1997, 2000, Hükümet, Adalet Alt Komisyonu Tasarıları) üzerinde durulacaktır<sup>76</sup>.

5237 Sayılı TCK'nun 102 nci maddesinde düzenlenen cinsel saldırı suçu, 765 Sayılı TCK'ndaki ırza geçme (m.414, 416), ırza tasaddi (m.415, 416), sarkıntılık (m.421/c.2) ve 765 Sayılı TCK'ndaki bir kısım ağırlaştırıcı nedenlerin (m.417, 418) karşılığını oluşturmaktadır.

## **8- TCK TASARISI**

### **A- 1997 ve 2000 TCK Tasarısı**

1997 TCK Tasarısı'nda cinsel suçların "Topluma Karşı Suçlar" kısmında düzenlenmiş olması, sistematik açıdan yanlış kısımda düzenlenmiş olduğu düşüncesiyle eleştirilmiştir<sup>77</sup>. 1997 TCK Tasarısı'nda evlilik içi cinsel saldırı fiilinin geleneksel kaygılarla suç olarak düzenlenmemesi de önemli bir eksiklik olduğu düşüncesiyle eleştirilmiştir<sup>78</sup>.

1997 TCK Tasarısı'nın getirmiş olduğu suç sistematığı, 765 Sayılı TCK'na göre daha sağlamdır. Burada ırza geçme ve ırza tasaddi suçları birbirinden ayrılmıştır. Bu sistematik gelişmeye karşın, kullanılan terimler hukuk tekniği açısından aynı derecede başarılı bulunmamıştır<sup>79</sup>.

Cinsel suçlar, 1997 TCK Tasarısı'nın İkinci Kitabı'nın "Topluma Karşı Suçlar" başlıklı İkinci Kısmı'nın "Cinsel Özgürlüğe ve Edep Törelerine Karşı Suçlar" başlığını taşıyan Altıncı Bölümde yer almakta idi. Her ne kadar bölüm başlığında "Cinsel Özgürlük" terimi yer almaktaysa da, gerek aynı başlıkta bulunan "Edep Töreleri" terimi, gerekse bu bölümün Tasarı'nın sistematığı içindeki yeri yani Birinci Kısım'daki

---

<sup>76</sup> ARTUK/ÇINAR, s.45, 46; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.96.

<sup>77</sup> ARTUK/ÇINAR, s.60; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.110.

<sup>78</sup> ARTUK/ÇINAR, s.61; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.111.

<sup>79</sup> ERMAN, Gül, "Kadına Yönelik Cinsel Şiddet", Kadına Yönelik Cinsel Şiddete Karşılaştırmalı Hukukun Yaklaşımı, İstanbul Barosu Kadın Hakları Uygulama Merkezi Yayını No:1, 2002, s.20.

“Kişilere Karşı Suçlar”dan ayrılması kanun koyucunun geleneksel bakış açısının hiç de değişmediğini göstermektedir. Cinsel suçların ve aileye karşı suçların düzenlendiği bölümlerin, “Ulaşım ve Haberleşme Araçlarına Karşı Suçlar” ile “Ekonomi, Sanayi ve Ticarete İlişkin Suçlar” başlıklı bölümlerin arasında yer aldığı düşünülürse, Tasarı Komisyonu’nun bu sistematığı yerleştirirken hangi kriterleri göz önüne aldığı anlaşılammaktadır<sup>80</sup>.

1997 TCK Tasarısı’nın yeniden gözden geçirilmesi suretiyle oluşturulan ve 498 maddeden meydana gelen 2000 TCK Tasarısı, 1997 TCK Tasarısı ile paralellik arz ettiğinden 1997 TCK Tasarısı hakkında yapılan eleştiriler, 2000 TCK Tasarısı için de söz konusudur<sup>81</sup>.

#### **B- 2003 TCK Tasarısı (Hükümet Tasarısı) (12.5.2003 Tarihinde TBMM Başkanlığı’na Sunulan Tasarı)**

2003 TCK Tasarısı cüzi bazı değişiklikler dışında 2000 TCK Tasarısı’nın aynısıdır<sup>82</sup>. 2003 TCK Tasarısında cinsel suçlar “Topluma Karşı Suçlar” olarak düzenlenmiş, bölüm başlığı ise “Cinsel Bütünlüğe ve Edep Törelerine Karşı Suçlar” olarak kaleme alınmıştır. Tasarıda bu bölümde ırza geçme, ırza tasaddi, hayasızca hareketler, söz atma, sarkıntılık, cinsel taciz, müstehcenlik, fuhuş, insan kaçırma ve alıkoyma suçları düzenlenmiştir. Bu bakımdan, tasarı ile 765 Sayılı TCK’na paralel bir düzenleme getirilmiştir. 2003 TCK Tasarısında cinsel suçlar ile yine öncelikle toplum korunmakta, “Topluma Karşı Suçlar” bölümünde, alt başlıkta cinsel özgürlük ve yine edep töreleri korunmaktadır. Bu düzenleme göz önüne alındığında, öncelikli olarak korunmak istenen yararın edep töreleri olduğu görülmektedir. Eğer öncelikli olarak

---

<sup>80</sup> ERMAN, Gül, s.16-18.

<sup>81</sup> ARTUK/ÇINAR, s.63, 64; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.112, 113.

<sup>82</sup> ARTUK/ÇINAR, s.64, 65; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.113, 114.

korunmak istenen değer cinsel özgürlük olsaydı, bu suçlar, topluma karşı suçlar bölümünde değil, kişilere karşı suçlar bölümünde düzenlenirdi<sup>83</sup>.

2003 TCK Tasarısında ırza geçme suçuna ilişkin 315 inci madde ile getirilen düzenlemeye bakıldığında kocanın suçun faili olmasını engelleyen bir düzenleme olmadığı görülmektedir. Ancak 315 inci maddeye ilişkin gerekçede bu suçun failinin koca olamayacağı açıkça ifade edilmiştir<sup>84</sup>.

2003 TCK Tasarısı'nda ırza geçme, "hangi nitelikte olursa olsun bir kişiye cinsiyet organının ithalidir" şeklinde tanımlanmış ve madde gerekçesinde de anal veya oral seksin de ırza geçme olarak kabul edileceği belirtilmiştir. 2003 TCK Tasarısı'nda ırza geçme eyleminin bu şekilde genişletilmesi bir ilerlemeyi göstermesine rağmen yeterli değildir. Bu tanımla da sopa, parmak vesair araçlarla eylemin gerçekleştirilmesi halinde ırza geçme olarak kabul edilmeyeceğinden eleştirilmiştir. Suçla korunan hukuki yarar göz önüne alındığında eylemin herhangi bir araçla gerçekleştirilmesi halinin de ırza geçme olarak kabul edilmesi gerekir<sup>85</sup>.

Ceza hukuku bireyin haklarını koruyan, güvence sağlayan bir hukuk dalıdır. Dolayısıyla bir suçla korunan hukuki yarar ancak kişiye ait bir hak olabilir. Topluma zarar veren fiil aynı zamanda kişiye ait bir hakkı da ihlal ediyorsa, ancak bu takdirde ceza hukuku korunmasından yararlanmalıdır. Cinsel özgürlüğe yönelik suçlar da, kişinin cinsel tercihini serbestçe kullanmasını engellediği, cinsel özgürlüğünü ihlal ettiği için suç haline getirilmelidir. Kişinin cinsel özgürlüğünü ihlal eden fiiller aynı zamanda toplum için de zararlı olacaktır. Ancak buradan suçla toplumun korunmak istediği anlamı çıkarılmamalıdır. Ceza normunun bir eylemi suç olarak tanımlamasının amacı toplumsal savunmayı veya etik değerleri korumak değildir<sup>86</sup>.

---

<sup>83</sup> NUHOĞLU, Ayşe, "Türk Ceza Kanunu'nda ve 2002 Tasarısı'nda Cinsel Suçlar", Çetin ÖZEK Armağanı, Galatasaray Üniversitesi Yayınları 32, İstanbul 2004, s.609, 610.

<sup>84</sup> NUHOĞLU, s.617.

<sup>85</sup> NUHOĞLU, s.619.

<sup>86</sup> NUHOĞLU, s.610.

### C- Adalet Alt Komisyonunda Kabul Edilen TCK Tasarısı (Metin)

Adalet Alt Komisyonu'na kabul edilen metin, Hükümet Tasarısı'nı hemen hemen ortadan kaldıran, ceza sistemimizde önemli değişiklikler meydana getiren (ileri hükümler içeren ve yenilikler getiren) tasarıdır<sup>87</sup>.

21.10.2003 tarihinden 12.05.2004 tarihine kadar Hükümet Tasarısı üzerinde çalışılmış ve gerekçeler de düzeltilerek tasarı metni üzerinde kapsamlı değişiklikler yapılmıştır. Yapılan çalışmalar sonunda Adalet Alt Komisyonu'nun hazırladığı "*Türk Ceza Kanunu Tasarısı*", gerekçeleriyle birlikte 348 maddeden meydana gelmiştir. TBMM Adalet Komisyonunda kabul edilip görüşülmek üzere Genel Kurul'a gönderilen bu metin üzerinde, Genel Kurul'daki görüşmeler sırasında da bazı değişiklikler yapılmıştır. Metin 26.09.2004 tarihinde TBMM Genel Kurulunda kabul edilmiş ve 5237 Sayılı Kanun numarasını alarak yasalaşmış ve 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe girmiştir<sup>88</sup>.

Eski tasarılar da, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçların sistematikteki yeri itibarıyla, Türk Ceza Kanunu Genel Gerekçesinde belirtilenin aksine, bireyin korunması ikinci planda kalmıştır. Cinsel dokunulmazlığa karşı fiiller, eski tasarılar da İkinci Kitabın "Topluma Karşı Suçlar" başlığını taşıyan İkinci Kısımın Altıncı Bölümü altında düzenlenmiş idi. Buna karşılık, Komisyon da yapılan çalışmalarda, bu suçlar İkinci Kitabın "Kişilere Karşı Suçlar" başlıklı Birinci Kısımın Sekizinci Bölümünde, içerik ve sistematik bakımından yeniden tanımlanmışlardır. Bu yeni düzenlemede, kişinin vücut dokunulmazlığı ve özellikle cinsel dokunulmazlığı daha etkin bir şekilde koruma altına alınmıştır<sup>89</sup>.

Bu değişikliğe gidilmeseydi eğer cinsel suçlar, edep törelerine aykırı suçlar bölümünde düzenlenecekti; mağdur açısından kadın/kız ayrımı yapılacaktı; ırza geçme,

---

<sup>87</sup> ARTUK/ÇINAR, s.38; AVCI, "Türk Ceza Kanunu, TCK Tasarıları ve Özellikle 2004 TCK Tasarısı'nın Genel Olarak Değerlendirilmesi", s.209.

<sup>88</sup> ARTUK/ÇINAR, s.66; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.115, 116.

<sup>89</sup> TCK Adalet Komisyonu Raporu, ARTUK, Mehmet Emin/GÖKCEN, Ahmet/YENİDÜNYA, A.Caner, Gerekçeli Ceza Kanunları, Turhan Kitabevi, 8. Baskı, Ankara 2009, s.18; ÖZGENÇ, İzzet, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi Genel Hükümler, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2005, s.54.

dar anlamda cebri içerecek biçimde oldukça dar düzenlenecekti; savunmasızlık kavramı ancak mağdur buna sebep olmamışsa, yani kendi kendini savunmasız hale sokmamışsa kabul edilebilecekti; kaçtırmada mağdurlar açısından yapılan bakireliğin kaybı ölçütüne göre farklı cezalandırmaya gidilecekti; ırza geçen ile ırzına geçilen arasında evlenme gerçekleştiğinde fail ya da failler cezasız kalacaktı; evlilik içinde ırza geçme, suç olarak kabul edilmeyecekti; evlenme vaadiyle kızlık bozma suçu korunacaktı<sup>90</sup>. Eski tasarılar için öğretide yapılan tüm ağır eleştiriler neticesinde 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu ile cinsel suçlar bütünüyle değiştirilmiştir.

#### **IV- MUKAYESELİ HUKUK**

Karşılaştırmalı hukuka bakıldığında öncelikle kanunların cinsel suçlara ilişkin olarak bölüm başlıklarında cinsel özgürlüğün ön plana çıkarıldığı görülmektedir. Örneğin; İsviçre Ceza Kanunu'nda başlık, cinsel bütünlüğe (Sexuelle Integrität) karşı suçlar iken, Alman Ceza Kanunu'nda başlık, cinsel özgürlüğe karşı suçlardır. Fransız Ceza Kanunu'nda ise, kişinin bedensel veya ruhsal dokunulmazlığının ihlali bölümünde cinsel saldırılar başlığı altında düzenlenmiştir<sup>91</sup>.

#### **1- ALMAN HUKUKU**

Geniş ölçüde 1851 Prusya Ceza Kanunu'ndan etkilenen 1871 tarihli Alman Ceza Kanunu'nun "ahlaka karşı cürüm ve cünhalar" bölümü, 1860'lı yıllara kadar önemli bir değişikliğe uğramamıştır. 1973 yılında yapılan değişiklikle bölüm başlığı "cinsel özerkliğe karşı suçlar" biçiminde değiştirilmiştir<sup>92</sup>.

---

<sup>90</sup> AYDIN, Öykü Didem, "Yeni Türk Ceza Yasası'nda Cinsel Suçların Düzenleniş Biçimi", Ankara Barosu Hukuk Kurultayı, 03-07 Ocak 2006, s.286.

<sup>91</sup> NUHOĞLU, s.609.

<sup>92</sup> TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.202.

Alman Ceza Kanunu'nun bu bölümünde özellikle 1997 yılında 6 ncı Reform Kanunu ile önemli değişikliklere gidilmiştir. Dikkati çeken en köklü değişiklik, cinsel saldırı suçunun tanımında gerçekleştirilmiştir. Başlangıçta cinsel saldırı, kocaya karşı işlenmiş bir suç olarak görülmüş, daha sonra özellikle Carolina'da kadının şerefine karşı işlenmiş bir suç olarak ele alınmıştır. Bu anlayışın sonucu olarak yalnızca evli kadınlar cinsel saldırıya karşı korunmuş, özellikle fahişeler bu suçun koruma alanının kapsamı dışında bırakılmıştır<sup>93</sup>. İlk kez yakın zamanda bu suç tipinin koruduğu yarar olarak kadının cinsel özerkliğinden söz edilmiş, ancak bu anlayış değişikliğine rağmen, suç tipinde bir değişiklik yapılmamıştır. O güne kadar yapılan reformların hareket noktası, cinsel saldırıyı “evlilik dışı” cinsel ilişkiye zorlamakla sınırlı olmuştur. Bir başkasıyla evli olan kadına karşı cinsel saldırı fiilinin işlenmesi, aynı zamanda zina sayılmakta, o günün değerler düzeninde zina, cinsel saldırıya göre ahlaki açıdan daha kötü bir suç olarak nitelendirilmekteydi. 1997 yılında yapılan değişiklikle cinsel ilişkinin “evlilik dışı” olması zorunluluğu ortadan kaldırılmıştır. Öte yandan cinsel saldırı suçunda cinsel birleşme dışında kalan başka ağır cinsel davranışların da bulunduğu bilinmektedir. Bu bakımdan cinsel saldırı suçunun “cinsel birleşme” ile sınırlandırılması yerinde görülmemiş, cinsel birleşme dışında aynı ağırlığa sahip oral veya anal ilişkiler de cinsel saldırı suçu içinde ele alınmıştır (Alman CK §177). Cinsel saldırı suçunun tanımında yapılan bu değişikliğin sonucu olarak, yalnızca kadınların değil, aynı zamanda erkeklerin de bu suçun mağduru olabileceği kabul edilmiştir. Cinsel saldırı suçu bakımından yapılan bir diğer değişiklik de, suçta kullanılan araçlar bakımındandır. Değişikliğe kadar bu suçta kullanılan araçlar kanununda “şiddet veya yaşam veya sağlık konusunda hali hazır bir kötülükle tehdit etme” olarak belirtilmekteydi. Değişiklikle suçun işlenmesi bakımından başvuru diğer bir araç olarak “korumasız biçimde kendisine teslim edilen mağdurun bu durumundan yararlanmak”tan söz edilmektedir<sup>94</sup>.

Alman Ceza Kanunu'nda cinsel özgürlüğe yönelik suçlar başlığında, cinsel bakımdan istismar, cinsel saldırı, fuhşa teşvik, insan ticareti, fuhuş için aracılık,

---

<sup>93</sup> Bu anlayışın bizdeki yansımaları, fahişelere karşı işlenen ırza geçme suçunda cezanın indirilmesini öngören ve 1990 yılında 3679 Sy. Kanunla yürürlükten kaldırılan 765 Sy. TCK m.438'de görmek mümkündür.

<sup>94</sup> TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.202, 203.

hayasızca hareketler, pornografi ve kanuna aykırı fuhuş yapma suçları düzenlenmiştir. Benzer bir düzenleme İsviçre Ceza Kanunu'nda da görülmektedir. Görüleceği üzere çeşitli kanunların cinsel suçlara ilişkin bölümlerinin içeriği bakımından büyük farklılıklar olmamasına rağmen başlıkları farklıdır<sup>95</sup>.

## 2- FRANSIZ HUKUKU

Yeni Fransız Ceza Kanunu'nun 2 nci kitabı "kişilere karşı işlenen cürüm ve cünhaları" düzenlemektedir. Bu kitabın 1 inci kısmı "insanlığa karşı", 2 nci kısmı ise "vücut bütünlüğüne karşı" işlenen suçları içermektedir. Bu çerçevede 2 nci kısmın 2 nci bölümünde (m.222-4 vd.) "fiziki bütünlüğe ve psikolojik bütünlüğe saldırılar" 3 üncü alt başlıkta (m.222-22 vd.) düzenlenmektedir. Kanunun 222-22 nci maddesi, şiddet, tehdit, şaşırtma, zorlama ile işlenen tüm cinsel saldırıları içermektedir. Bunlardan ilki, cinsel saldırı suçudur (m.222-23 ile 223-26). Yeni Fransız Ceza Kanunu'nda da cinsel saldırı suçu, "genel ahlak ve adap aleyhine cürümler" başlığı altında doğrudan düzenlenmeyip, vücut bütünlüğüne ve psikolojik bütünlüğe karşı işlenen suçlar başlığı altında bir alt bölüm olarak düzenlenmiştir. Kanunun 222-23 üncü maddesine göre cinsel saldırı, cebir, şiddet, tehdit veya hile ile bir kimsenin vücuduna ne şekilde olursa olsun cinsel uzvun duhulü ile gerçekleşir. Cinsel saldırı ancak cebir, şiddet, tehdit veya hile işlenen bir suç olmaktadır. Yeni Fransız Ceza Kanunu'nda da cinsel saldırı suçunun basit hali m.222-23'de düzenlenmişken, ağırlaştırıcı nedenlere m.222-24, 25 ve 26'da yer verilmiştir. Cinsel saldırı suçunun mağdurunun erkek veya kadın olması önem taşımadığı gibi, yaş da suçun basit halinin oluşması bakımından önem taşımaz. Bunlar ağırlaştırıcı neden olarak göz önünde bulundurulmuştur<sup>96</sup>.

222-24 üncü maddede, a) cinsel saldırının sürekli bir sakatlığa veya vücudun bir organının tatiline neden olması, b) 15 yaşın altındaki bir küçüğe karşı işlenmiş olması, c) yaşı, hastalığı, sakatlığı, fiziki ya da psikolojik bir eksikliği bulunan ya da hamile olduğu açıkça görülen veya fail tarafından bilinen bir kişiye karşı işlenmesi, d)

---

<sup>95</sup> NUHOĞLU, s.609.

<sup>96</sup> TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.203.

belli derecedeki akrabalara karşı işlenmesi (bunlar, kanuni veya tabi alt soy ya da evlat edinme ilişkisi içinde bulunan veya mağdur üzerinde nüfuz sahibi olan kişilerdir), e) görevinin kendisine sağladığı yetkiyi kötüye kullanarak cinsel saldırı suçunun işlenmesi, f) asli veya ferî maddi şerik olarak birçok kişi tarafından suçun birlikte işlenmesi ve g) bir silahın korkutucu özelliğinden yararlanarak ya da silah kullanılarak suçun işlenmesi ağırlaştırıcı neden sayılmaktadır. 222-25 inci maddeye göre cinsel saldırı suçu, mağdurun ölümüne neden olduğu takdirde ceza 30 yıl ağır hapis olmakta ve ayrıca faile güvenlik gözetiminde bulunma cezası da verilmektedir. 222-26 ncı maddeye göre ise cinsel saldırı eğer işkence veya canice tatmini amacıyla işlenmişse ömür boyu ağır hapis ve güvenlik gözetimi cezası söz konusu olmaktadır<sup>97</sup>.

### 3- İTALYAN HUKUKU

İtalyan Ceza Kanunu'nda daha önce "Umumi Adaba Karşı Suçlar" kitabının 1 nci bendi olan ve "Cinsel Özgürlüklere Karşı Suçlar" başlığı altında düzenlenen 519 ncu maddedeki "Cinsel Saldırı Suçları", daha da ileri bir görüşle düzenlenerek, 15.2.1996 tarihli 66 Sayılı Kanun ile "Kişinin Bütünlüğüne Karşı Suçlar" bölümüne alınmıştır. "Bireye Karşı Suçlar" bölümünün "Şahsa Karşı Moral İhlali" üst başlığını taşıyan 605 inci maddesinde cinsel saldırı suçları tüm ayrıntıları ile düzenlenmektedir. Çünkü cinsel bütünlüğüne sahip olmak bir özgürlük olmaktan da ileri bir durumdur. Yaşam hakkı gibi kişinin bütünlüğü ile ilgili vazgeçilemez bir hak<sup>98</sup>.

İtalyan Ceza Hukuku bakımından, 15.12.1996 tarihli yasa ile İtalyan Ceza Kanunu'na dahil edilen 609/2 maddesi ile daha önce öngörülen ırza geçme-ırza tasaddi şeklindeki ayırım kaldırılmış ve her iki kavram "cinsel şiddet" kavramı altında toplanmıştır. Maddenin birinci fıkrasına göre her kim şiddet veya tehdit yahut nüfuzun kötüye kullanılması aracılığıyla bir kimseyi cinsel davranışlarda bulunmaya ya da bunlara katlanmaya zorlarsa beş yıldan on yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır. Öte yandan, eylemin gerçekleştirildiği anda mağdurun içinde bulunduğu fiziksel veya psikik

---

<sup>97</sup> TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.203, 204.

<sup>98</sup> ERMAN, Gül, s.17.

savunmasızlık durumunun kötüye kullanılarak ya da failin bir başka kimsenin yerine geçmek suretiyle mağduru kandırarak bir kimseyi cinsel davranışlarda bulunmaya ya da bunlara katlanmaya zorlayan da aynı cezaya tabidir. Nihayet, eylemin hafifliğine göre cezanın 2/3'üne kadar indirilmesi mümkündür<sup>99</sup>.

Yine kanunun 609/3 maddesinde bazı nitelikli hallere yer verilmiştir. Buna göre mağdurun on dört yaşını doldurmamış olması; suçun silah veya alkolik, narkotik, uyuşturucu veya mağdurun sağlığını ağır şekilde zarara uğratabilecek sair araç veya maddeler kullanmak suretiyle işlenmesi; suçun kıyafet değiştirerek ya da kamu görevlisi veya kamu hizmeti yükümlüsü gibi davranan bir kimse tarafından işlenmesi; eylemin kişi özgürlüğü kısıtlanmış bulunan bir kimse üzerinde işlenmesi; eylemin, üst soyu, üvey de olsa ebeveyni ya da veli-vasisi tarafından on altı yaşını doldurmamış küçük üzerinde işlenmesi durumunda ceza 6-12 yıl hapistir. Nihayet, mağdur henüz on sekiz yaşını doldurmamışsa, ceza 7-14 yıl hapistir. İtalyan CK m.609/4 küçüklerle cinsel ilişkiyi cezalandırmaktadır<sup>100</sup>.

Şikayeti düzenleyen 609/7 hükmüne göre, 609/2-3-4'deki eylemlerin takibi şikayete bağlıdır. Şikayetin geri alınması mümkün değildir. Ancak, 609/2'deki suçun mağduru on dört yaşını doldurmamış bir küçükse, fail mağdurun üvey de olsa ebeveyni ya da onunla beraber yaşayan bir kimse veyahut veli-vasisi ya da bakım, eğitim, öğrenim, nezaret, gözetim gibi sebeplerle küçüğün kendisine tevdi edilmiş olduğu bir kimse ise, eylem görevinin icrası sebebiyle bir kamu görevlisi ya da kamu hizmetlisi tarafından işlenirse, eylem, re'sen kovuşturulan diğer bir suçla bağlantılıysa, eylem on yaşını doldurmamış küçüğe karşı rızasıyla işlenmişse, re'sen kovuşturma yapılır<sup>101</sup>.

Toplu tecavüz vakalarını cezalandıran 609/8 hükmüne göre, grup halinde cinsel şiddet eylemleri işleyenler 6 yıldan 12 yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır. Bunun anlamı, 609/2'de öngörülen eylemlere, bir araya gelen birden çok kimsenin katılmasıdır. İtalyan Yargıtayı, söz konusu 'gurup'un iki kişiden dahi oluşabileceğine karar vermiştir

---

<sup>99</sup> TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.206.

<sup>100</sup> TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.206.

<sup>101</sup> TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.206.

(İtalyan Yargıtayı'nın 7.8.2001 T. ve 30826 S. Kararı). Ancak suçun hazırlanması ya da işlenmesindeki katkısı düşük öneme sahip olan şerikin cezası azaltılır. Buna karşılık, 609/3'den öngörülen ağırlaştırıcı nedenlerden birinin varlığı durumundaysa, ceza artırılır<sup>102</sup>.

## V- 765 SAYILI TCK İLE 5237 SAYILI TCK KARŞILAŞTIRMASI

İnceleme konusu suç 765 sayılı TCK'nda sekizinci bap'da "Adabı Umumiye ve Nizamı Aile Aleyhinde Cürümler" başlığı altında düzenlenmiştir. 765 Sayılı Kanun'un 414 üncü maddesi; "(1) Her kim 15 yaşını bitirmiyen bir küçüğün ırzına geçerse beş seneden aşağı olmamak üzere ağır hapis cezasına mahkum olur. (2) 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." şeklinde düzenlenmiştir.

765 Sayılı Kanun'un 415 inci maddesinde; "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." denilmektedir.

765 Sayılı Kanun'un 416 ncı maddesi; "On beş yaşını bitiren bir kimsenin cebir ve şiddet veya tehdit kullanmak suretiyle ırzına geçen veyahut akıl veya beden hastalığından veya kendi fiilinden başka bir sebepten veya kullandığı hileli vasıtalarla dolayı fiille mukavemet edemeyecek bir halde bulunan bir kimseye karşı bu fiili işliyen 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.

---

<sup>102</sup> TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.205, 206.

*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.” şeklinde düzenlenmiştir.*

765 Sayılı Kanun’un 417 nci maddesinde; *“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 düçar olanların üzerlerine hüküm ve nüfuzu olan kimseler tarafından vukubulursa kanunen muayyen olan ceza yarısı kadar artırılır.”* denilmektedir.

765 Sayılı Kanun’un 418 inci maddesi; *“(1) Yukarkı maddelerde yazılı fiil ve hareketler mağdurun ölümünü mucip olursa faile müebbet ağır hapis cezası verilir. (2) 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.”* şeklinde düzenlenmiştir.

765 Sayılı Kanun’un 421 inci maddesinde; *Kadınlara ve (...)<sup>103</sup> erkeklere söz atanlar üç aydan bir seneye ve sarkıntılık edenler altı aydan iki seneye kadar hapsolunur.”* denilmektedir

5237 Sayılı TCK’nda cinsel suçlar, 765 Sayılı TCK’ndan içerik ve sistematik olarak tamamen farklı olarak yeniden düzenlenmiştir. Öncelikle cinsel suçların düzenlendikleri yer ve dolayısıyla korudukları hukuki değer farklıdır. 765 Sayılı TCK’nda “Topluma Karşı Suçlar” kısmında, 416-424 üncü maddeleri arasında düzenlenen cinsel suçların bölüm başlığı “Adabı Umummiye ve Nizamı Aile Aleyhinde Cürümler” iken, 5237 Sayılı TCK’nda bu husus “Kişilere Karşı Suçlar” kısmında, 102-105 inci maddeleri arasında “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar” başlığı altında düzenlenmiştir. 5237 Sayılı Kanun, kişilerin cinsel dokunulmazlığını ihlal eden fiilleri, 765 Sayılı Kanun’un aksine genel ahlakı ve aile düzenini ilgilendiren ihlaller olarak

---

<sup>103</sup> Bu arada yer alan “genç” sözcüğü AYM’nin 20.3.2002 tarihli ve E.2000/39, K.2002/35 Sy. kararıyla iptal edilmiştir.

değil, kişisel değerlere yönelik tecavüzler olarak değerlendirmiştir<sup>104</sup>. 5237 Sayılı Kanun'da "Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar" bölümünde yer alan suçlar, 102 nci maddenin gerekçesinde de belirtildiği üzere, "esasen kişiye karşı işlenmiş olan suçlar olması itibarıyla, İkinci Kitabın "Kişilere Karşı Suçlar" başlıklı İkinci Kısım altında düzenlenmişlerdir." 765 Sayılı Kanun'un "Ahlak ve Adaba Karşı İşlenen Suçlar" şeklinde değerlendirdiği cinsel suçlar, 5237 Sayılı Kanun'da, kişinin vazgeçilmez ve dokunulmaz haklarına saldırı olarak değerlendirilmiş<sup>105</sup> ve böylece cinsel dokunulmazlık ve bütünlük korunmuştur<sup>106</sup>.

Bu husus basit bir yer değişikliği olmayıp, sistemde bir değişiklik söz konusudur. Bu düzenleme ile cinsel suçlar aileyi ve genel ahlakı ilgilendiren bir konu olmaktan çıkarılarak, cinselliği kişisel bir özgürlük değeri olarak gören ve toplumu ve aileyi değil, doğrudan kişinin kendisini merkeze alan ve onun özgürlüğünü ön plana çıkaran bir anlayışa geçişi göstermektedir<sup>107</sup>.

765 Sayılı TCK'nda cinsel suçların, Cürümler kitabının sekizinci babında, "Adabı Umumiye ve Nizamı Aile Aleyhinde Cürümler" başlığı altında düzenlenmesi, cinsel saldırıya maruz kalan kişinin hukuksal yararının değil, geleneksel ahlak anlayışının koruma altına alındığını açıkça göstermektedir. Cinsel saldırıya uğrayan kişi, kanun koyucu açısından ön planda tutulmamakta, eylemin toplum ahlakına verdiği zarar önemsenmektedir. 1920'li yıllarda hemen tüm dünyanın da aynı eğilimde olduğu bilinmektedir<sup>108</sup>. 5237 Sayılı TCK ile mukayeseli hukukun tarihi gelişimi de gözetilerek bireylerin korunması ön plana çıkarılmış, böylelikle kişilerin vücut dokunulmazlığını ve özellikle de cinsel dokunulmazlığı daha etkin bir şekilde korunması amaçlanmıştır<sup>109</sup>.

---

<sup>104</sup> ÜZÜLMEZ, s.1.

<sup>105</sup> ERDAL, Meryem, "Kadınlara Yönelik Devlet Kaynaklı Cinsel Şiddet", Ankara Barosu Hukuk Kurultayı, 03-07 Ocak 2006, s.215.

<sup>106</sup> ARTUÇ, Mustafa, "Cinsel Taciz Suçu", Terazi Aylık Hukuk Dergisi, S.11, Temmuz 2007, s.104.

<sup>107</sup> SEVÜK, s.246, 247; AYDIN, Öykü Didem, "Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar", HPD, s.152.

<sup>108</sup> ERMAN, Gül, s.16.

<sup>109</sup> GÜNDÜZ, Remzi/GÜLTAŞ, Veysel, 5237 Sy. Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Suçlar, Bilge Yayınevi, Ankara 2008, s.11.

765 Sayılı TCK’nda 414-424 üncü maddeler arasında düzenlenen ırza geçme, ırza tasaddi, evlenmek amacıyla kızlık bozma, sarkıntılık ve söz atma suçları yerine, 5237 Sayılı TCK’nda 102-105 inci maddeler arasında düzenlenen “Cinsel Saldırı”, “Çocukların Cinsel İstismarı”, “Reşit Olmayanla Cinsel İlişki” ve “Cinsel Taciz” kavramları getirilmiştir.

765 Sayılı TCK’nda “ırza tasaddi ve ırza geçme” olarak nitelendirilen eylemler 5237 Sayılı TCK’nda “Cinsel Saldırı” üst kavramı içerisinde düzenlenmiştir<sup>110</sup>. Ayrıca 765 Sayılı TCK’nda düzenlenen “sarkıntılık” suçu da (bazı sarkıntılık niteliğindeki davranışlar) cinsel saldırı suçuna dahil edilmiştir.

5237 Sayılı TCK’nun temel felsefesi, cinselliği bir özgürlük değeri olarak korumaya gayret etmesi ve bir aile ya da edep töresi cürümü olarak görmekten vazgeçmiş olmasıdır<sup>111</sup>. Bu nedenle de cinsel suçlarla sarsılan dengelerin evlenme ile onarılamayacağı sonucuna da varıldığından 765 Sayılı Kanun’daki 434 ncü maddeye<sup>112</sup> veya benzeri bir hükme yer verilmemiştir<sup>113</sup>. 765 Sayılı Kanun’da ırza geçme ve ırza tasaddi ile kaçırma ve alıkoyma suçlarında failin mağduru ile evlenmesi nedeniyle dava ve cezanın ertelenmesi kamuoyunda en fazla tartışılan konudur. 765 Sayılı Kanun’un 434 üncü maddesinde; evlenme halinde kamu davasının ve ceza verilmiş ise cezanın çektirilmesinin ertelenmesi öngörülmektedir. 5237 Sayılı Kanun’da bu şekildeki bir düzenlemeye yer verilmediği gibi, ayrıca cinsel saldırı suçunun nitelikli hali ile kaçırma ve alıkoyma fiillerinin eşe karşı işlenmesi halinde bu suçların oluşacağı hükme bağlanmıştır<sup>114</sup>.

---

<sup>110</sup> DÜLGER, Murat Volkan, s.548.

<sup>111</sup> AYDIN, Öykü Didem, “Yeni Türk Ceza Yasası’nda Cinsel Suçların Düzenleniş Biçimi”, ABHK, s.284.

<sup>112</sup> 765 Sy. TCK m.434’de; (1) Kaçırılan veya alıkonulan kız veya kadın ile maznun veya mahkumlardan biri arasında evlenme vukuunda koca hakkında hukuku amme davası ve hüküm verilmiş ise cezanın çektirilmesi tecil olunur. (2) Müruruzaman haddine kadar erkek tarafından haksız olarak vukua getirilmiş bir sebeple boşanmaya hükmedilirse, takibat yenilenir. Evvelce hüküm verilmiş ise ceza çektirilir. (3) Bu madde hükümleri 414,415 ve 416 ncı maddeler hakkında da caridir. (4) Evlenen maznun veya mahkum hakkında hukuku amme davasının veya cezanın tecilini müstelzim olan haller filde methali olanlar hakkında dava ve cezanın düşmesini müstelzimidir.” denilmektedir.

<sup>113</sup> MALKOÇ, Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Saldırı Suçları, 2005, s.2.

<sup>114</sup> APAYDIN, s.160.

Yine kamuoyunda tartışılan konulardan biri de eşe karşı işlenen cinsel saldırı fiilidir. 765 Sayılı TCK döneminde doktrin ve yargısal içtihatlarla göre, karısının rızası dışında onunla vajinal yolla cinsel ilişkide bulunan koca “ırza geçme” suçundan dolayı cezalandırılmıyordu. Ancak karısının rızası dışında onunla anal yolla cinsel ilişkide bulunan koca, “aile efradına karşı fena muamele” suçundan cezalandırılıyordu<sup>115</sup>. Doktrinde ve Yargıtay içtihatlarında yer alan bu baskın görüş neticesinde olsa gerek, 5237 Sayılı TCK ile cinsel saldırı fiilinin eşe karşı işlenebileceği madde metnine açıkça yazılmıştır. Ancak bu açıklama 102 nci maddenin 2 nci fıkrasında hüküm altına alınmıştır. Yani sadece cinsel saldırı fiilinin nitelikli halinin eşe karşı işlenmesi söz konusu olabilecektir. Ayrıca, cinsel saldırı suçunun bu nitelikli halinde soruşturma ve kovuşturma yapılması, mağdur eşin şikayetine bağlı tutulmuştur<sup>116</sup>.

Bu bölümde yer alan suçlar, esasen kişiye karşı işlenmiş olan suçlar olmaları itibarıyla, eski ceza kanunu sisteminde kurumsallaşmış bazı hak ve yetkilerin değişeceği görülmektedir. Reşit olmamış kızı veya oğlu mağdur olduğunda anne ve babanın veya bu çocukların vasisinin, eş mağdur olduğunda ise, diğer eşin şikayet hakkı vardı. Hatta bu kişiler kamu davasına müdahale edebiliyorlardı. Yine eşine yapılan sarkıntılık koca için hakaret suçunu oluşturuyordu. Aslında bu sonucu, suçların “Adabı Umumiye ve Nizamı Aile Aleyhinde Cürümler” bölümünde düzenlenmiş olmaları doğuruyordu. Şimdi ise bu suçlar kişiye karşı işlenen suçlardan kabul edildiğinden yukarıda bahsedilen hak ve yetkiler mağdur dışında başka bir kişi tarafından kullanılmayacaktır.

---

<sup>115</sup> 765 Sy. dönemde öğretilerde baskın görüş bu şekilde olmasına (cinsel ilişkinin gayrimeşru olmasının bir unsur olarak değerlendirilmesi) rağmen, bazı yazarlar bu görüşlerin yanlış olduğunu, uygulamanın hatalı olduğunu savunmuşlardır. Buna göre, evlilik içi ırza geçme suçunun gerçekleştirilebileceğini, ilgili maddede bu durumun aksine bir hüküm bulunmadığı savunulmuş, kadınların vücut bütünlükleri, cinsel özgürlükleri ve dolayısıyla cinsel dokunulmazlıkları evli ve evli olmayan ayrımı yapılmadan hukuk düzeni tarafından koruma altına alınmalıdır denilmiştir. Bu konu ile ilgili ayrıntılı açıklamalar için bkz. “Suçun Eşe Karşı İşlenmesi”.

<sup>116</sup> Öğretilerde, cinsel saldırı suçunun sadece nitelikli hali değil temel şeklinin de eşe karşı işlenmesi halinde de, korunan hukuki değer aynı olduğu için, eylemi gerçekleştiren eşin ceza sorumluluğu düzenlenmesi gerektiği düşüncesiyle eleştirilmiştir. Ayrıca evlilik içi nitelikli cinsel saldırının soruşturma ve kovuşturmasının şikayete bağlı tutulması da bazı yazarlarca eleştirilmiştir. Bu konu ile ilgili ayrıntılı açıklamalar için bkz. “Suçun Eşe Karşı İşlenmesi”.

Ancak küçüklerle akıl veya beden engelli olanların bir kısmı için yasal temsilciler tarafından bu hakların kullanılabilmesi gerekli ve olanaklı olabilecektir<sup>117</sup>.

765 Sayılı TCK’nda cinsel suçların düzenlendiği bölüm ve başlık nazara alındığında, bu suçlar ile genel ahlak ve aile düzeninin korunmak istendiği kabul edilmişti. Nitekim, genel adaba aykırı suçların, toplum ahlakına aykırı fiiller olduğu belirtilmiş, bu fiillerin cezalandırılması ile bir yandan kişiyi insan haysiyetine uygun yaşamaya mecbur ederek ahlakını kuvvetlendirme, diğer taraftan aile ve toplum düzenini bozabilecek hareketleri önleyerek medeniyetin temeli olan genel adabı korumanın hedeflendiği belirtilmiştir<sup>118</sup>. 765 Sayılı Kanun’un bu şekil düzenlemesi, o dönemde mevcut olan erkek egemen görüşün neticesidir. Zira kadının cinsel özgürlüğü kabul edilmemekte, kadının cinsel özgürlüğünün kocaya ya da aileye ait olduğu, dolayısıyla kadına karşı yapılan saldırının, evliyse kocasına değilse ailesine karşı yapılmış bir saldırı olduğu kabulünden hareketle bu şekilde bir düzenlemeye gidilmiştir<sup>119</sup>.

765 Sayılı TCK’nun bu suç tipine karşılık gelen hükümleri 415 vd. maddeleridir. Bu maddelerde ırza geçme ve ırza tasaddi fiili, mağdurun yaşı esas alınmak suretiyle düzenlenmişti. Buna göre 15 yaşını bitiren bir kimseye karşı ırza geçme fiilinin işlenmesi 416 ncı maddenin 1 inci fıkrasında, ırza tasaddi fiilinin işlenmesi ise 416 ncı maddenin 2 nci fıkrasında yaptırma bağlanmıştır. Suçun cezayı arttıran nedenleri, 417 ve 418 inci maddelerde düzenlenmişti<sup>120</sup>. 5237 Sayılı TCK, cinsel suçları yaptırma bağlayan maddelerin içeriğini ve kanun sistematığındeki yerini değiştirmekle yetinmeyerek, ayrıca yeni suç tanımlarına da yer vererek “ırza geçme”, “ırza tasaddi”, “sarkıntılık” kavramları yerine, mağdurun yaşını esas almak suretiyle, ergin kişiler için “Cinsel Saldırı”, ergin olmayanlar için “Cinsel İstismar” deyimlerini

---

<sup>117</sup> MALKOÇ, Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Saldırı Suçları, 2005, s.5.

<sup>118</sup> GÖZÜBÜYÜK, Abdullah Pulat, Alman, Fransız, İsviçre ve İtalya Ceza Kanunlarıyla Mukayeseli Türk Ceza Kanunu, Gözübüyük Şerhi, C. 3, Kazancı Hukuk Yayınları, 5. Baskı, İstanbul 1988, s.715.

<sup>119</sup> DÜLGER, İbrahim, Hukuk Merceği, Konferanslar ve Paneller 6, (03.01.2005-05.04.2005), Ankara Barosu Yayınları, Ankara 2006, s.560.

<sup>120</sup> 15 yaşını bitirmeyen bir küçüğe karşı ırza geçme fiilinin işlenmesi ise 414 üncü maddede, ırza tasaddi fiilinin işlenmesi ise 415 inci maddede düzenlenmişti. Suçun m.414’e ilişkin cezayı arttıran nedeni 414/2’de, m.415’e ilişkin cezayı arttıran nedeni ise 415/c.2’de bulunmaktadır.

kullanmakta ve fiilin “vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle işlenmesi”ni suçun nitelikli hali olarak düzenlemektedir.

765 Sayılı TCK, mağdurun yaşının 15’ten küçük olması durumunda, çürütülmesi olanaksız bir karine kabul etmekte ve bu yaşta olan küçüklerin ırzına geçilmesinde cebir ve şiddetin mevcut olduğunu farz etmekteydi (mefruz cebirle ırza geçme). Buna karşılık, 15 yaşından büyük olanlar bakımından maddi ve manevi cebir suçta ağırlaştırıcı neden değil, suçun unsurunu oluşturmaktaydı<sup>121</sup>.

Yine önemli bir fark ise, 765 Sayılı TCK’nun düzenlenmesine göre, mağdurun vajinasına veya anüsüne gerek cinsel organ dışında bir organ, gerekse herhangi bir cisim sokulması eylemleri ırza geçme suçunu değil, ırza tasaddi suçunu oluşturmaktaydı. 5237 Sayılı TCK’na göre tüm bunlar ve mağdurun ağızına cinsel organ sokulması cinsel saldırı suçu kapsamına alınmıştır.

765 Sayılı TCK ırza geçme suçunu tanımlamamıştır. Kavram olarak “ırza geçme” cebirle gerçekleştirilen gayrimeşru cinsel ilişki anlamı taşımaktadır. Cinsel ilişki erkeklik organının vajinal veya anal kanala, meninin mağdurun içine akmasını mümkün kılacak şekilde sokulmasıdır. Bu itibarla cinsel organın ağza sokulması veya cinsel organ dışında bir organın veya sair bir cismin vajinaya veya anüse sokulması ırza geçme sayılmaz. Bu özelliği nedeni ile fiil zorunlu olarak ancak bir erkek tarafından işlenebilirdi. Kadınlar bu suçun asli faili olamazdı. Buna karşın, suçun mağduru kadın ve erkek olabilirdi<sup>122</sup>. 5237 Sayılı TCK ile cinsel saldırı suçunun faili ve mağduru kadın ya da erkek olabilir. Fail ile mağdur farklı cinsten olabileceği gibi aynı cinsten de olabilir.

765 Sayılı TCK’nda “ırza geçme” tabiri kullanılmıştır. Irz; şan ve şeref, namus, iffet, yani temizlik demektir ve tecavüz sözcüğü kullanılır. Tecavüz; ötesine geçme, sınırı aşma, atlama, saldırma, sataşma, sarkıntılık, el uzatma, başkasının hakkına dokunma anlamlarına gelir. Bu kavram, 765 Sayılı TCK’nda “Adabı Umumiye ve Nizamı Aile Aleyhine Cürümler” başlığı altında toplanmıştır. Yani bir kadına cinsel

---

<sup>121</sup> TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.206, dn.6.

<sup>122</sup> APAYDIN, s.149.

saldırıda bulunulduğu zaman aile düzeni bozulmuş olur, genel adap bozulmuş olur ve sanık bu nedenlerle ceza alır. Kadının cinsel özgürlüğüne saldırı kavramı yoktur, kadın için böyle bir özgürlük düşünülmemiştir<sup>123</sup>.

765 Sayılı TCK döneminde ırza tecavüz, Yargıtay tarafından çok ince ayrıntılarla tanımlanmış, onun dışında kadın bedenine yapılan saldırılar, örneğin kadın vajinasına cinsel organ dışında bir organ sokmak veya sair bir cisim sokmak ırza tecavüz sayılmamıştır. Kadının cinsel özgürlüğüne yapılan bu saldırı çeşitli biçimlerde tanımlanmış idi. Irza tasaddi, eksik teşebbüs, tam teşebbüs, ırza geçme gibi. Oysa olay yani kadında meydana gelen travma aynıdır, korku aynıdır, güven kaybı aynıdır<sup>124</sup>.

765 Sayılı TCK'na göre ırza tecavüz ya da ırza tasaddi suçlarının işlenebilmesi için erkeğin bir anlamda şiddete başvurmuş olması gerekiyor. Kadının “bana tecavüz edildi” diyebilmesi için, ilaçla uyutulmak gibi iradesi zayıflatılmamışsa, direnmesi, yani bir şiddete maruz kalması, dayak yemesi gerekiyordu<sup>125</sup>.

Eski düzenlemelerde ve anlayışta; “erkek, cinsel arzularını tatmin için” ırza geçer, evlenmek için kaçırdı. Evlenirse sorun kalmazdı. Küçük kızı kaçırmak, onun özgürlüğüne yönelik bir saldırı değil aynı zamanda ana babasının ve diğer aile bireylerinin de aile değerlerine bir saldırı olarak kabul edilirdi. Bugün bu anlayışlar tümü ile terk edilmiştir<sup>126</sup>.

765 Sayılı TCK'nda bulunan ve en çok uygulama alanı olan artırıcı nedene 5237 TCK'nda yer verilmemiştir. Bu artırıcı neden 765 Sayılı TCK madde 418'de

---

<sup>123</sup> ARIN, M. Canan, “Açılış Konuşması-Kadına Yönelik Cinsel Şiddet”, Kadına Yönelik Cinsel Şiddete Karşılaştırmalı Hukukun Yaklaşımı, İstanbul Barosu Kadın Hakları Uygulama Merkezi Yayını No:1, 2002, s.10.

<sup>124</sup> ARIN, s.10, 11.

<sup>125</sup> SAYMAN, Yücel, “Açılış Konuşması”, Kadına Yönelik Cinsel Şiddete Karşılaştırmalı Hukukun Yaklaşımı, İstanbul Barosu Kadın Hakları Uygulama Merkezi Yayını No:1, 2002, s.13.

<sup>126</sup> MALKOÇ, İsmail, Açıklamalı Yeni Türk Ceza Kanunu, C.I, Malkoç Kitabevi, Ankara 2005, s.378, 379.

bulunan “*Suçun mağdurun mayubiyetini müstelzim bulunması*” durumu yani kızlık zararının bozulması halidir<sup>127</sup>.

765 Sayılı TCK döneminde ailenin düzeni ve toplum ahlakı kanun koyucu tarafından bireyin özgürlüklerine göre ön planda tutulmaktaydı. Eşini, kız kardeşini veya fürundan bir kişiyi zina halinde veya “gayrimeşru cinsi münasebette” yakalayan ve bu kişiyi ve/veya suç ortağını öldüren bir kimsenin cezasının, sekizde birine ineceği hükmü 765 Sayılı TCK’nda bulunmakta idi<sup>128</sup>.

5237 Sayılı Kanun’un temel felsefesi, cinselliği bir özgürlük değeri olarak ele almak, cinsel suçları ağırlığı ile orantılı olarak eski kanundan daha yüksek cezalarla karşılamak ve cezalandırılabilir davranış biçimlerini çeşitlendirerek korumayı genişletmek gibi görünmektedir<sup>129</sup>.

## **VI- BENZER SUÇ TİPLERİYLE MUKAYESE**

### **1- CİNSEL SALDIRI-ÇOCUKLARIN CİNSEL İSTİSMARI**

Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar başlığı altında düzenlenen bu suçta, çocuklara karşı gerçekleştirilen cinsel içerikli fiiller için “cinsel istismar” deyimini kullanılmıştır. İstismar; sömürme, yararlanma, kötüye kullanma anlamlarına gelmektedir<sup>130</sup>. Bu deyimın kullanılmasıyla çocukların cinsel bilgisizliğinden ve çocuksu masumiyetinden yararlanarak, onları cinsel yönden sömüren ve kullananların cezalandırılmak istendiği madde başlığından ve içeriğinden anlaşılmaktadır.

---

<sup>127</sup> APAYDIN, s.151.

<sup>128</sup> ERMAN, Gül, s.16.

<sup>129</sup> AYDIN, Öykü Didem, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar”, s.4.

<sup>130</sup> ARTUK, Mehmet Emin/GÖKCEN, Ahmet/YENİDÜNYA, A. Caner, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 10. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2010, s.194, 195.

Madde düzenlemesinden de anlaşılacağı üzere, suçun (m.103<sup>131</sup>) mağduru onsekiz yaşını doldurmamış olan kişi, yani çocuktur. Bu suçun mağdurunun, onbeş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan çocuk olması (m.103/1-a) ya da cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilen her türlü cinsel davranışa maruz kalan çocuk olması (m.103/1-b) gerekir.

Çocukların cinsel istismarı suçunu, cinsel saldırı suçundan ayıran temel farklılık rıza açısındanadır. Çocuk olmayan erişkin kişilere karşı gerçekleştirilen cinsel davranışa yönelik rızanın varlığı, hukuka aykırılığı ortadan kaldırmaktadır. Buna karşılık onbeş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan çocuklara karşı gerçekleştirilen cinsel davranışlar açısından rızanın varlığı hukuka aykırılığı etkilememektedir. Kanun koyucu, onbeş yaşını doldurmuş çocukların kendilerine yönelik gerçekleştirilen cinsel davranışlarda (cinsel saldırının temel şekli) rızalarını geçerli saymış; fakat onbeş yaşını doldurmuş ve fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmiş çocuklara karşı gerçekleştirilen cinsel davranışın suç teşkil edebilmesi, fiilin rıza dışında gerçekleşmesine, yani, cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilmesine bağlıdır<sup>132</sup>.

---

<sup>131</sup> 5237 Sy. TCK m.103; “(1) Çocuğu cinsel yönden istismar eden kişi, üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Cinsel istismar deyiminden; a) Onbeş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukukî 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, sekiz yıldan onbeş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. (3) Cinsel istismarın üstsoy, ikinci veya üçüncü derecede kan hısmı, üvey baba, evlat edinen, vasi, eğitici, öğretici, bakıcı, sağlık hizmeti veren veya koruma ve gözetim yükümlülüğü bulunan diğer kişiler tarafından ya da hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle gerçekleştirilmesi hâlinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza yarı oranında artırılır. (4) Cinsel istismarın, birinci fıkranın (a) bendindeki çocuklara karşı cebir veya tehdit 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) Suçun sonucunda mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması hâlinde, onbeş yıldan az olmamak üzere hapis cezasına hükmolunur. (7) Suçun mağdurun bitkisel hayata girmesine veya ölümüne neden olması durumunda, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükmolunur.” şeklinde düzenlenmiştir.

<sup>132</sup> ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2010, s.195.

Yaptırım bakımından da cinsel istismar suçunun cezası, cinsel saldırı suçunun cezasına oranla daha fazla belirlenmiştir.

## 2- CİNSEL SALDIRI-REŞİT OLMAYANLA CİNSEL İLİŞKİ

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçu 5237 Sayılı TCK'nun 104 üncü<sup>133</sup> maddesinde düzenlenmiştir. Bu suç, onbeş yaşını bitirmiş olup da onsekiz yaşını doldurmamış çocuklarla, cebir, tehdit ve hile olmaksızın cinsel ilişkiye girme fiilini cezalandırmaktadır. Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu cinsel saldırı suçundan ayıran temel özellik, bu suçun onbeş yaşını bitirmiş ve onsekiz yaşından küçük kişilere karşı işlenebilmesidir. Yani sadece, onbeş yaşını bitirmiş ve fakat onsekiz yaşını bitirmemiş kişiler reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun mağduru olabilirler.

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun en önemli özelliği ise rızanın bulunması gerekliliğidir. Bu suçun oluşabilmesi için “cebir, tehdit ve hile”ye başvurulmamış olmalıdır. Bu bakımdan değerlendirildiğinde, reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun en belirgin özelliğinin, çocuğun cinsel ilişkiye gösterdiği rıza olduğu söylenebilir<sup>134</sup>. Cinsel saldırı suçu açısından rıza ise, suçu ortadan kaldıran bir unsurdur.

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun maddi unsurunu “cinsel ilişkide bulunma” oluşturmaktadır. Cinsel ilişki gerçekleşmez ise, çocuğa karşı gerçekleştirilen cinsel içerikli hareket, çocukların cinsel istismarı suçunu (m.103) meydana getirecektir.

---

<sup>133</sup> 5237 Sy. TCK m.104; “(1) Cebir, tehdit ve hile olmaksızın, onbeş yaşını bitirmiş olan çocukla cinsel ilişkide bulunan kişi, şikâyet üzerine, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.” şeklinde düzenlenmiştir.

<sup>134</sup> TEZCAN/ERDEM, s.239.

### 3- CİNSEL SALDIRI-CİNSEL TACİZ

Cinsel saldırı suçu, cinsel taciz suçundan<sup>135</sup> da farklılıklar göstermektedir. Cinsel taciz, birey veya bireylerin cinselliklerine yönelen sözlü veya yazılı, vücuda temas içermeyen, rahatsız edici nitelikte cinsel amaçlı her türlü hareketlerdir<sup>136</sup>. Cinsel taciz suçunun karşılığını 765 Sayılı TCK m.421'deki "söz atma ve sarkıntılık suçu" (vücuda temas şeklinde gerçekleşmeyen) oluşturmaktadır. 5237 Sayılı TCK m.105'te; *"(1) Bir kimseyi cinsel amaçlı olarak taciz eden kişi hakkında, mağdurun şikâyeti üzerine, üç aydan iki yıla kadar hapis cezasına veya adli para cezasına hükmolunur. (2) Bu fiiller, hiyerarşi veya hizmet ilişkisinden kaynaklanan nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle ya da aynı işyerinde çalışmanın sağladığı kolaylıktan yararlanılarak işlendiği takdirde, yukarıdaki fıkraya göre verilecek ceza yarı oranında artırılır. Bu fiil nedeniyle mağdur işi terk etmek mecburiyetinde kalmış ise, verilecek ceza bir yıldan az olamaz."* denilmektedir. Cinsel taciz suçunda her ne kadar fiil, belirli bir kimseye yönelmişse de, vücut teması yoktur. Cinsel taciz, mağdurun bilgisine ulaşacak tarzda sözle, yazıyla veya herhangi bir işaretle (telefonla, mektupla, araya üçüncü bir kişi sokularak<sup>137</sup>) gerçekleştirilebilir. Örneğin, failin şehvet duygusuyla mağdura şarkı söylemesi<sup>138</sup>, yolda yürüyen bir kimseye şehvi amaçla bir şeyler söylenmesi, cinsel içerikli söz atılması ve bu kimsenin takip edilerek söz atmaya devam edilmesi, bıyık bükülmesi, el kol hareketlerinde bulunulması, cinsel organın gösterilmesi, mektupla cinsel ilişki teklifinde bulunulması, 105 inci madde kapsamında değerlendirilecektir<sup>139</sup>.

---

<sup>135</sup> Bu suç ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. ARTUK, Mehmet Emin, "Cinsel Taciz Suçu (TCK m.105)", Hukuki Perspektifler Dergisi, S.7, Temmuz 2006, s.70-76.

<sup>136</sup> ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2010, s.209; YENİDÜNYA, Caner, 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, Legal Hukuk Dergisi, S.33, Eylül 2005, s.3311. Vücut dokunulmazlığını ihlal niteliği taşımayan ve mağdurda rahatsızlık yaratan her türlü cinsel davranış cinsel taciz olarak değerlendirilmelidir. Bkz. TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.242. Cinsel taciz suçunun oluşabilmesi için, vücut dokunulmazlığı ihlali niteliği taşımayan bir başka deyişle cinsel saldırı boyutuna ulaşamayacak şekilde cinsel amaçlı davranışlarda bulunmak gerekmektedir. Bkz. SEVÜK, s.272.

<sup>137</sup> YENİDÜNYA, s.3312.

<sup>138</sup> YENİDÜNYA, s.3312.

<sup>139</sup> ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2010, s.205.

Madde metninden de anlaşılacağı üzere cinsel taciz suçunu cinsel saldırı suçundan ayıran temel özellik mağdurun vücuduna herhangi bir temasta bulunulmamasıdır.

#### 4- CİNSEL SALDIRI-HAYASIZCA HAREKETLER

Cinsel saldırı suçu, hayâsızca hareketler (alenen cinsel ilişki ve teşhircilik) suçundan farklılık gösterir. Toplumun cinsel nitelikteki utanç duygusunu korumak amacıyla düzenlenen TCK m.225’de; “*Alenen cinsel ilişkide bulunan veya teşhircilik yapan kişi, altı aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır*” denilmektedir. Cinsel saldırıyı oluşturan fiilin, belirli bir kimse üzerinde doğrudan doğruya gerçekleştirilmesi gerektiği gibi, aleni olması da şart değildir. Alenen hayâsızca hareketlerin ise, belli bir kimseye karşı işlenmemeleri ve aleni olarak gerçekleştirilmeleri aranır. Aleniyet, hayâsızca hareketler suçunun unsurudur. Eğer fiil belli bir kimseye karşı işlenmişse cinsel taciz oluşur<sup>140</sup>.

---

<sup>140</sup> ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2010, s.168.

## İKİNCİ BÖLÜM

### KORUNAN HUKUKİ DEĞER, SUÇUN UNSURLARI, KUSURLULUĞU ETKİLEYEN NEDENLER

#### I- KORUNAN HUKUKİ DEĞER

Kanunda suç olarak belirtilen fiillerin gerçekleştirilmesi ile hukuki değerler ihlal edilmiş olmaktadır. Gerçekte her suç bir veya birden fazla hukuki değer korunması için kabul edilmiştir. Suçlar ile birden fazla hukuki değer korunsa da, korunan değerlerden bazısı daha önemlidir ve de önemli olan bu hukuki değer göz önünde tutularak suçun kanundaki yerini almasıdır<sup>141</sup>.

Kanun koyucunun, suç tiplerine objektif veya sübjektif ölçülere göre bakması halinde, bu suçların düzenlendikleri yerler de değişmektedir. İşte bu sebeptendir ki, cinsel suçlarda kanunların bu suçları sistemleştirilme şekilleri de değişik olmaktadır. Genelde hangi fiillerin ceza koruması altına alınması gerektiği konusunda da birlik yoktur. Hangi eylemlerin suç olarak kabulü gerektiği konusunda ülkeden ülkeye, toplumdan topluma, hatta aynı toplum içerisinde zamandan zamana değişim söz konusu olabilmektedir. Bazı ülkelerde cinsel nitelikte görülen ve ceza koruması altına alınan fiiller, diğer bir ülkede bu nitelikte görülmediği gibi, korunan hukuki konu bakımından da değişik şekilde kabul edilerek, kanunların farklı yerlerinde düzenlenebilmektedir<sup>142</sup>.

Ceza kanunlarında suçların tasnifinde çeşitli kriterler uygulanmaktadır. Genellikle kabul edilen suçun hukuki konusu kriteridir<sup>143</sup>. Suçların tasnifinde, suçların özel mahiyetlerini ve niteliğini ortaya koymak ve bu suretle önemini göstermek

---

<sup>141</sup> IŞIK, s.214, 217.

<sup>142</sup> ÖNDER, Ayhan, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Filiz Kitabevi, 4. Baskı, İstanbul 1994, s.438, 439; IŞIK, s.215.

<sup>143</sup> TOROSLU, Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu, s.214.

bakımından suçun hukuki konusu kriteri uygulanmaktadır<sup>144</sup>. 765 Sayılı TCK ve 5237 Sayılı TCK da bu kriteri kabul etmiştir<sup>145</sup>. Suçun kanunda düzenlendiği yer, koruduğu hukuki değeri ön plana çıkarır. 765 Sayılı TCK’nda cinsel suçların yer aldığı 8 nci bab başlığı “Adabı Umumiye ve Nizamı Aile Aleyhinde Cürümler”dir. Böyle bir başlık altında toplanan suçlarda korunan hukuki yarar, cinsel özgürlüğe yönelik suçlarla korunması gereken hukuki yararlar aynı olamaz. Kanun koyucu burada bireyin cinsel özgürlüğünün yok edilmesini değil, genel adap ve aile düzeni gibi kavramları ön plana almıştır<sup>146</sup>.

Cinsel suçlar, 765 Sayılı TCK’nda toplumun genel ahlak ve adabını rencide ettiği düşüncesiyle “Topluma Karşı Suçlar” başlığı altında, eski deyimiyle “Adabı Umumiye ve Nizamı Aile Aleyhine Cürümler” başlığı altında ele alınmış iken, 5237 Sayılı TCK’nda bu yaklaşım değiştirilmiş, cinsel suçlarda korunması gereken değerlerin bireyin vücut bütünlüğü, kişilik hak ve özgürlüğü olduğu kabul edilmiş ve buna göre düzenleme yapılmıştır<sup>147</sup>.

Cinsel suçlar da birden fazla hukuki değeri korumaktadır. Bu nedenle bu suçlardan bazıları kişiye karşı suçlar arasında (örneğin, cinsel saldırı) bazıları da topluma karşı suçlar arasında (örneğin, hayasızca hareketler) yer almışlardır. Ancak hiç şüphesiz ki, cinsel saldırıya uğrayan kişinin menfaati, cinsel özgürlüğüne ilişkin değer, toplum bireylerinin ar ve haya duygularının incinmesinden daha önemlidir. Bu nedenlerle kanun cinsel saldırı suçunu kişiye karşı suçlar kapsamında düzenlemiştir<sup>148</sup>.

---

<sup>144</sup> TOROSLU, Nevzat, “Suçların Tasnifi Sorunu ve Taksirli Suçlar ile Kabahatler Konusunda Bazı Eğilimler”, Değişen Toplum ve Ceza Hukuku Karşısında Türk Ceza Kanunu’nun 50 Yılı ve Geleceği, İstanbul 1977, s.119.

<sup>145</sup> SEVÜK, s.245; NUHOĞLU, s.610.

<sup>146</sup> CENTEL, Nur, “Cinsel Suç Mağduru Kadının Korunması” Prof. Dr. Kenan TUNÇOMAĞ’a Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Eğitim Öğretim ve Yardımlaşma Vakfı Yayını, 1997, s.61. Cinsel suçların bazılarının koruduğu hukuki değerlerin aile ve ahlak olduğu, eski Alman ceza hukuku öğretisinde de ifade edilmiştir. ÜNVER, Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, s.1032.

<sup>147</sup> GÜVEN, Türkan, “Yeni Türk Ceza Yasası’nda Cinsel Suçların Düzenleniş Biçimi”, Ankara Barosu Hukuk Kurultayı, 03-07 Ocak 2006, s.291.

<sup>148</sup> SOYASLAN, Doğan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Yetkin Yayınları, Gözden Geçirilmiş 5. Baskı, Ankara 2005, s.170.

Cinsel suçların koruduğu yarar, kişinin cinsel bütünlüğü, cinsel seçimlerini yapabilme serbestliği olarak belirleniyor. Ülkelerin yapılarına göre aynı zamanda bu suçların kamu düzenini korumak, istismarları önlemek ve ülkede aile düzenini muhafaza olduğu da söylenmelidir. Dolayısıyla cinsel suçlar bakımından, ceza hukuku müdahalesine neden olan toplumsal değerler, ülkelere göre değişik ve buna göre söz konusu suçlara ceza kanununda verilen yerler de farklı olabilmektedir<sup>149</sup>.

Zaman içinde ceza hukukunun çağdaşlaşması sonucunda suç ve ceza siyaseti de değişikliğe uğramış ve bunun sonucunda kanunlarda “genel adap”<sup>150</sup> gibi belirsiz, soyut, öznel ve yasama tekniği açısından modası geçmiş bir kıstasa yer verilmesinden vazgeçilerek, kişi özgürlüğü ve cinsel özgürlük korunan hukuki değerler olarak öne çıkmıştır<sup>151</sup>. Aslında bu durum, cinselliğin, genel ahlak sorunu değil, bir özgürlük problemi olduğunun zaman içerisinde kabul edilmesinin doğal sonucudur<sup>152</sup>.

Günümüz çağdaş toplumun değişmiş yapısı cinsel suçların da hukuki değer<sup>153</sup> görüşünü oldukça değiştirmiş olup bu değer artık genel adap, genel ahlak, aile düzeni, geleneksel değer yargıları olmayıp, bireysel cinsel tercih hak ve özgürlüğüdür<sup>154</sup>. Çağdaş toplum yapısı ve değişen düşünce yargısıyla birlikte, cinsel ilişki ahlakının cinsel özgürlüğe üstün tutulması gerektiği görüşünden<sup>155</sup> vazgeçilerek, kişinin cinsel özgürlük ve dokunulmazlığına ilişkin değerler daha önemli olduğu ve bu sebepten dolayı

---

<sup>149</sup> DÖNMEZER Sulhi/YENİSEY, Feridun , “Ceza Hukukunun Güncel Kaynakları, Cinsel ve Cinselliğe İlişkin Suçlarda Yeni Trentler”, C. I. 1, İstanbul 2003, s.8.

<sup>150</sup> Genel adap, sosyal örf, adet ve ahlak tarafından cinsel hayata ilişkin konulan sınırlara uygun davranmak demektir. Sosyal ahlak veya genel adap bireye ve aileye ait ahlaktan ayrıdır. TOROSLU, Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu, s.351.

<sup>151</sup> YARSUVAT, Duygun, “Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Özgürlüğe karşı Suçlar” Değişen Toplum ve Ceza Hukuku Karşısında Türk Ceza Kanunu’nun 50 Yılı ve Geleceği Sempozyumu, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1977, s.679.

<sup>152</sup> TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.207.

<sup>153</sup> ÖZGENÇ, hukuki değerleri; “hukuk toplumundaki sosyal düzenin devamı için geçerliliği zorunlu olan manevi değerler” olarak açıklamaktadır. ÖZGENÇ, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınevi, Ankara 2006, s.162.

<sup>154</sup> ÜNVER, Yener, “Özellikle Cinsel Suçlar Alanında Olmak Üzere Kadımlarla İlgili Ceza Hukuku Normlarındaki Değişim ve Türkiye’deki Durum”, Adalet Yüksekokulu 20.Yıl Armağanı, İstanbul 1999, s.663.

<sup>155</sup> EREM, Faruk/TOROSLU, Nevzat, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Ders Kitabı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, No:321, Ankara 1973,

bu suçların cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar olduklarının kabulünün gerektiği belirtilmiştir<sup>156</sup>. Nitekim 5237 Sayılı TCK’nda cinsel suçlar, 765 Sayılı TCK’nun aksine “Kişilere Karşı Suçlar” başlığı altında “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar” bölümünde düzenlenmiştir. Suçun bireylere karşı işlendiğinin kabulü çok önemlidir. Ayrıca, korunan hukuki değer de genel adap ve aile düzeni değil de cinsel özgürlük olduğu açıklığa kavuşturulmuştur.

Cinsel saldırı suçu; 5237 Sayılı TCK’nda çocukların cinsel istismarı, reşit olmayanla cinsel ilişki ve cinsel taciz suçları ile birlikte “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar” başlığı altında düzenlenmiş olmakla, kişinin cinsel dokunulmazlığı koruma altına alınmış ve bu husus; “*Cinsel dokunulmazlık, kişilerin vücudu üzerinde cinsel davranışlarda bulunulması suretiyle ihlal edilir. Bu bölümde yer alan suçlarla korunan ortak hukuki değer, kişilerin cinsel dokunulmazlığıdır.*” denilmek suretiyle 102 nci maddenin gerekçesinde vurgulanmıştır.

Cinsel dokunulmazlık, kişi dokunulmazlığının bir parçası olması nedeniyle hukuki korumanın konusunu oluşturmaktadır. Zira cinsel dokunulmazlığa karşı filler kişilerin cinsi ilişkiler yönünden onurunu ihlal etmektedir. Kanun koyucu bu nedenle en geniş haliyle bu tür ihlalleri yaptırım altına almaya çalışmıştır<sup>157</sup>.

Cinsel suçlara ilişkin bu yeni düzenlemenin daha çağdaş olduğunu belirtmek gerekir. Bu haliyle erkek egemen anlayış terk edilerek bireyci anlayış kabul edilmiştir. Gerçekten cinsel özgürlük, kişinin vazgeçilmez temel hak ve özgürlüklerindedir. Kişi esas alınarak, bireye karşı işlenen bir suç olduğu kabul edilerek ve de cinsel dokunulmazlık hukuki değeri kıstas alınarak suçların düzenlenmiş olması, elbette ki günümüz çağdaş toplum yapısına daha uygundur<sup>158</sup>.

---

<sup>156</sup> SOYASLAN, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2005, s.170.

<sup>157</sup> ÜZÜLMEZ, s.1.

<sup>158</sup> DÜLGER, İbrahim, Hukuk Merceği, Konferanslar ve Paneller 6, s.560.

Nitekim Türk Ceza Kanunu'nun özgürlükçü karakteri ve bireyin sahip bulunduğu hukuki değerlerle, hak ve özgürlüklerinin güvence altına alınması noktasında göstermiş olduğu hassasiyet<sup>159</sup> sonucu bu şekilde bir düzenleme tercih edilmiştir.

5237 Sayılı TCK, cinselliği bir özgürlük değeri olarak korumaya gayret etmiş ve cinsellik içeren suçları, bir aile veya edep töresi cürümü olarak görmekten vazgeçmiştir. 5237 Sayılı Kanun'da cinsel suçlar düzenlenirken, toplumun değer yargıları değil, kişi onurunun bir parçası olan cinsel oluş ve cinsel eş seçimi özgürlüğü ile birlikte, kişinin bedensel dokunulmazlığı ve hareket özgürlüğü korunmuştur<sup>160</sup>.

Irz, namus anlamına gelmektedir ve ırza geçme kavramıyla kastedilen kocanın ya da ailenin namusunun fail tarafından yapılan eylemle kirletilmesidir. Nitekim 765 Sayılı TCK'nun sistematığı içinde bu suç tipinin yer aldığı yer ve koruduğu hukuki değer açısından bu uygun bir terim olmuştur; çünkü 765 Sayılı TCK'nda cinsel suçlar "Adabı Umumiye ve Nizamı Aile Aleyhinde Cürümler" babında düzenlenmiş ve dolayısıyla cinsel suçlarda korunan hukuki değer genel ahlak ve aile düzeni olmuştur<sup>161</sup>. Dolayısıyla 765 Sayılı TCK açısından ırza geçme kavramının kullanılması bu yasanın felsefesiyle uyum sağlamaktadır<sup>162</sup>.

5237 Sayılı TCK'nda cinsel saldırı suçu bireyin cinsel özgürlüğünü, dolayısıyla bireyin cinsel dokunulmazlığı hukuki değerini korumak amacıyla düzenlenmiştir. Bu nedenle ırza tasaddi ve ırza geçme kavramlarını yerine cinsel saldırı kavramı kullanılmıştır<sup>163</sup>.

765 Sayılı TCK bakımından da cinsel suçların cinsel özgürlüğe yönelik ve bu nedenle de burada korunan hukuksal yararın, mağdurun cinsel özgürlüğü olduğu

---

<sup>159</sup> TCK Adalet Komisyonu Raporu, ARTUK, Mehmet Emin/GÖKCEN, Ahmet/YENİDÜNYA, A. Caner, Gerekçeli Ceza Kanunları, Turhan Kitabevi, 8. Baskı, Ankara 2009, s.10. 5237 Sy. TCK, söz konusu suçları kişilere karşı işlenen suçlar arasına almak suretiyle kişi hak ve özgürlüklerine verdiği önemi vurgulamıştır. Bu konuda bkz. TCK Ad. Kom. Rap.

<sup>160</sup> AYDIN, Öykü Didem, "Yeni Türk Ceza Yasası'nda Cinsel Suçların Düzenleniş Biçimi", ABHK, s.283.

<sup>161</sup> DÜLGER, Murat Volkan, s.545.

<sup>162</sup> SEVÜK, s.245, 246.

<sup>163</sup> DÜLGER, Murat Volkan, s.546.

öğretide belirtilmiştir<sup>164</sup>. Gerçekten günümüzde cinsel suçlarla korunan hukuksal yararın artık kişinin cinsel tercihini özgürce ve serbestçe belirlemesi olduğu anlayışı yaygındır. Nitekim 5237 Sayılı TCK’nda cinsel suçlar kişilere karşı işlenen suçlar içerisinde “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar” başlığı altında düzenlenmiş ve böylece korunan hukuksal yararın cinsel özgürlük olduğu anlayışı yasal bir dayanak da kazanmıştır<sup>165</sup>.

5237 Sayılı TCK’nda düzenlenen cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar ile korunan ortak hukuki değer, genelde vücut dokunulmazlığı, özelde ise kişilerin cinsel dokunulmazlığı olduğu belirtilmektedir<sup>166</sup>. Değişen ceza hukuku anlayışı ile cinsel suçlar, cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar bölüm başlığı altında düzenlenerek cinsel özgürlük korunmuştur<sup>167</sup>.

Öğretide, cinsel saldırı suçunda (TCK m.102) vücut dokunulmazlığının ihlalden söz edilmesi, burada ihlal edilen hususun vücut dokunulmazlığı değil, bunu da içerecek şekilde cinsel dokunulmazlık olduğu gerekçesiyle eleştirilmiştir<sup>168</sup>.

Öğretide<sup>169</sup> eskiden beri savunulan cinsel dokunulmazlığa karşı suçların koruduğu hukuki değer, bireyin cinsel özgürlüğü olduğu anlayışını göstermesi bakımından, bu suçların kanunda düzenleniş yeri isabetlidir. Böylece Ceza Kanunu tarafından bireylerin cinsel özgürlüğüne yönelik eylemler cezalandırılarak koruma sağlanmıştır<sup>170</sup>.

Cinsel suçların kişilere karşı suçlar içerisinde düzenlenmiş olması yerinde olmakla birlikte, öğretide bu suçlarla korunan hukuki değer “cinsel dokunulmazlığın

---

<sup>164</sup> TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.207.

<sup>165</sup> SEVÜK, s.247.

<sup>166</sup> MALKOÇ, Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Saldırı Suçları, 2005, s.2. Kişinin cinsel dokunulmazlığına karşı olan davranışlar aynı zamanda kişinin vücut dokunulmazlığına karşı da saldırı anlamına gelir. GÜNDÜZ/GÜLTAŞ, s.10.

<sup>167</sup> SEVÜK, s.243.

<sup>168</sup> YARSUVAT/BAYRAKTAR/YÜZBAŞIOĞLU/ERDOĞAN/KOCASAKAL/AKSOY/MEMİŞ/KURT/TANSUĞ/YILMAZ, s.308.

<sup>169</sup> TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.207; NUHOĞLU, 2004, s.613.

<sup>170</sup> SEVÜK, s.247.

ihlali” olarak değil, “cinsel özgürlüğe karşı suçlar” olarak belirlenmesinin daha doğru olacağı savunulmuştur<sup>171</sup>.

Cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlarla ihlal edilen bireyin cinsel özgürlüğüdür<sup>172</sup>. Bununla kastedilen, hukukun veya örf ve adetin belirlediği sınırlar içerisinde insanın, cinsel ilişkiler yönünden kendi vücudu üzerinde serbestçe tasarruf edebilmesidir. Bu nedenle cinsel saldırıyı içeren suçların aslında kişi özgürlüklerine karşı suçlar arasında düzenlenmesinin daha doğru olduğu doktrinde savunulmuştur<sup>173</sup>.

Cinsel suçlarla korunan hukuki yarar cinsel özgürlük olduğundan, bu suç dolayısıyla şikayet ve davaya katılma hakkı anne, baba ve kardeşlere değil, cinsel özgürlüğün sahibi olan bireylere tanınmaktadır<sup>174</sup>.

Cinsel saldırı suçunda korunan hukuki değer kocanın ya da ailenin namusu değil, bireylerin cinsel özgürlüğü ve dokunulmazlıklarıdır. Burada cinsel dokunulmazlık mağdurun vücudu üzerinde gerçekleştirilen cinsel davranışlarla ihlal edilmektedir. Bu itibarla korunan hukuki değer öncelikle mağdurun cinsel özgürlüğü ve doğal olarak cinsel saldırı sonucunda etkilenecek olan fiziksel ve ruhsal bütünlüğü, dokunulmazlığıdır<sup>175</sup>.

---

<sup>171</sup> YILDIZ, Ali Kemal, 5237 Sy. Türk Ceza Kanunu Seminer Notları, Açıklamalar, Değerlendirmeler, Öğretiden Görüşler ve Yargıtay Kararları, İstanbul Barosu Yayınları, 2007, s.211.

<sup>172</sup> TOROSLU, Nevzat, Ceza Hukuku Özel Kısım, Savaş Yayınevi, Ankara 2005, s.56; ÜNVER, “Özellikle Cinsel Suçlar Alanında Olmak Üzere Kadınlarla İlgili Ceza Hukuku Normlarındaki Değişim ve Türkiye’deki Durum”, s.295.

<sup>173</sup> TOROSLU, Ceza Hukuku Özel Kısım, s.56. İtalyan öğretisinde de korunan hukuksal yararın, mağdurun kendi şahsının cinsel boyutu üzerinde serbestçe tasarruf edebilme hakkı anlamındaki “cinsel özgürlük” olduğu savunulmaktadır. Bu bakımdan mağdurenin cinsel şerefi ya da manevi bütünlüğü değil de, cinsel nitelikli bir davranışa girişme konusundaki irade özerkliği anlamındaki kişi özgürlüğü korunmaktadır. TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.207.

<sup>174</sup> MALKOÇ, Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Saldırı Suçları, 2005, s.5.

<sup>175</sup> ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2010, s.168; YENİDÜNYA, s.3285, 3286; SEVÜK, s.245, 246; ERMAN, Gül, s.17.

TCK'nun 102 nci maddesinin 4 üncü fıkrası ile suçun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerinde (m.102/5-6) ayrıca bireylerin vücut bütünlükleri ve yaşama hakları da koruma altına alınmıştır<sup>176</sup>.

## II- SUÇUN UNSURLARI

### 1- GENEL AÇIKLAMALAR

Çalışmamızda cinsel saldırı suçunun unsurlarını; “tipiklik”, “suçun maddi unsurları” [fiil (hareket), netice, nedensellik (illiyet) bağı, fail, mağdur, konu, suçun nitelikli unsurları], “suçun manevi unsurları” (kast, taksir, saik) ve “suçun hukuka aykırılık unsuru” olmak üzere dört gruba ayırarak inceleyeceğiz.

Cinsel saldırı suçunun temel şekli 5237 Sayılı TCK'nun 102 nci maddesinin 1 inci fıkrasında yer almaktadır. 102 nci maddenin 1 inci fıkrasına göre cinsel saldırı suçu, “*Cinsel davranışlarla bir kimsenin vücut dokunulmazlığını ihlâl edilmesi*”dir. 102 nci maddenin gerekçesinde “*Bu suçun oluşabilmesi için, cinsel arzuları tatmin amacına yönelik davranışlarla kişinin vücut dokunulmazlığının ihlal edilmesi gerekir.*” denilmiştir. Buna göre suçun temel şeklinde cinsel arzuların tatmini amacıyla cinsel davranışlarla bir kimsenin vücut dokunulmazlığının ihlal edilmesi yaptırıma bağlanmıştır.

Cinsel saldırı (m.102/1) aynı veya ayrı cinsiyetteki kimse üzerinde icra edilen ve fakat 102/2 nci maddede belirtilen cinsel saldırı niteliğinde olmayan, cinsel arzuları tatmin amacına yönelik, ani olarak gerçekleştirilen ya da devamlılık arz eden (765 Sayılı TCK anlamında ırza tasaddi ve fiili sarkıntılık) şehvi hareketleri ifade eder<sup>177</sup>.

---

<sup>176</sup> ARSLAN, Çetin/AZİZAĞAOĞULLARI, Bahattin, Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi, s.461.

<sup>177</sup> ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2010, s.169, 170; YENİDÜNYA, s.3288, 3289.

## 2- TİPİKLİK

Cinsel saldırı suçunda fiilin tipik olabilmesi için cinsel davranışlarla bir kişinin vücut dokunulmazlığının ihlal edilmesi gerekmektedir. Aksi takdirde başka suçlar açısından tipiklik gerçekleşecektir.

Cinsel saldırı suçunun nitelikli halinde (m.102/2) fiilin tipik olabilmesi için, cinsel davranışlarla bir kimsenin vücut dokunulmazlığını ihlal edecek fiilin, vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle işlenmesi gerekmektedir. Vücuda organ veya cisim sokulmadan gerçekleştirilen cinsel saldırı, suçun temel şekli (m.102/1) kapsamında değerlendirilecektir.

## 3- SUÇUN MADDİ UNSURLARI

### A- Genel Açıklamalar

Ceza normunda öncelikle bir suçun temel şekli tanımlanır. Bundan başka suç tipinde kanuni tarifinde eylemin temel şekline ilaveten aranan ve onun daha ağır veya daha hafif sayılmasını sonuçlayarak, cezanın artırılması veya eksiltilmesini gerektiren hallere de yer verilmektedir<sup>178</sup>.

5237 Sayılı TCK bunları suçun nitelikli unsurları (TCK m.30/2<sup>179</sup>, m.61/4<sup>180</sup>) olarak ifade etmektedir. Nitelikli unsurlar; “fiilin işleniş şekli, zamanı, yeri, failin ve mağdurun özellikleri, fail ile mağdur arasındaki ilişki, suçun konusu ve fiilin işlenmesinden güdülen amaç” başlıkları altında incelenebilir<sup>181</sup>.

---

<sup>178</sup> ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2010, s.25.

<sup>179</sup> 5237 Sy. TCK'nun “Hata” başlıklı 30 uncu maddesinde; (2) *Bir suçun daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli hâllerinin gerçekleştiği hususunda hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır.*” denilmektedir.

<sup>180</sup> 5237 Sy. TCK'nun “Cezanın Belirlenmesi” başlıklı 61 inci maddesinde; (4) *Bir suçun temel şekline nazaran daha ağır veya daha az cezayı gerektiren birden fazla nitelikli hâllerin gerçekleşmesi durumunda; temel cezada önce artırma sonra indirme yapılır.*” denilmektedir.

<sup>181</sup> ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2010, s.25.

## B- Fiil (Hareket)

5237 Sayılı TCK'nun 102 nci maddesinin 1 nci fıkrasında düzenlenen cinsel saldırı suçunun oluşabilmesi için cinsel arzuları tatmin amacına yönelik davranışlarla kişinin vücut dokunulmazlığının ihlal edilmesi gerekir. Bu suçun söz konusu olabilmesi için, failin cinsel bir davranışta bulunması gerekmektedir. Ancak, cinsel davranıştan neyin anlaşılması gerektiği açık değildir. Doktrinde bazı yazarlarca "cinsel davranış", "vücut dokunulmazlığını ihlal etmek" gibi kavramların ne anlama geldiklerinin somut olmadığı, Anayasa'nın 17 nci maddesinin de muğlak olduğu, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 7 nci maddesinde düzenlenen kanunilik ilkesi gereği bu kavramların somutlaştırılması gerektiği savunulmuştur<sup>182</sup>. Maddenin gerekçesinden anlaşılan ise, *cinsel arzuları tatmin amacına yönelik fakat cinsel ilişkiye varmayan şehvi davranışlar cinsel davranışı oluşturmaktadır*. Buna göre suçun maddi unsuru, kişinin vücudu üzerinde, rızasına aykırı olarak, cinsel arzuları tatmine yönelik olan, ancak cinsel ilişkiye varmayan cinsel davranışlarda bulunmaktır<sup>183</sup>. Cinsel davranıştan, mağdurun vücuduna temas etmek suretiyle gerçekleştirilen cinsel arzuların tatminine yönelik hareketler kastedilmektedir. Şayet cinsel davranış vücuda organ veya sair cisim sokmak suretiyle gerçekleşmişse 102/2 nci maddede düzenlenen cinsel saldırı suçunun nitelikli hali oluşur<sup>184</sup>.

---

<sup>182</sup> ÖZTÜRK, Bahri, "Cinsel Dokunulmazlığa Karşı İşlenen Suçlar", Türk Ceza Kanunu Reformu, Birinci Kitap, Toplumsal Değişim Sürecinde Türk Ceza Kanunu Reformu, Panel, 21-22 Mayıs 2004, Türkiye Barolar Birliği Yayınları:68, Ankara 2004, s.143. "Cinsel davranış" ibaresi ile ne anlaşılması gerektiğinin açık olmadığı görüşü için bkz. YARSUVAT/BAYRAKTAR/YÜZBAŞIOĞLU/ERDOĞAN/KOCASAKAL/AKSOY/MEMİŞ/KURT/TANSUĞ/YILMAZ, s.308.

<sup>183</sup> TOROSLU, Ceza Hukuku Özel Kısım, s.58. Hükümlü hakkında 765 Sy. TCK'nun 421/2. maddesi uyarınca verilip kesinleşen mahkumiyet kararında olaya uygun kabule göre; sanığın mağdurenin vücudunun muhtelif yerlerini ellemek suretiyle vücut dokunulmazlığını ihlal eden eylemin, 5237 Sy. TCK'nun 102/1. maddesinde tanımlanan cinsel saldırı suçunu oluşturacağı gözetilmeden, 105/1. maddesindeki suçu oluşturacağından bahisle yazılı şekilde hüküm kurulması yasaya aykırıdır. Yarg. 5.CD, 15.3.2006, 1930/1. GÜNDÜZ/GÜLTAŞ, s.193, 194.

<sup>184</sup> ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2010, s.169. Oluş ve kabule göre; hükümlünün olay günü evlerine gelen mağdurenin belinden tutarak sarıldığı, onun da karşı koyup tekme atması üzerine bıraktığı anlaşılmalı, hükümlünün fiilinin 5237 Sy. TCK'nun 102/1. maddesinde düzenlenen vücut dokunulmazlığını ihlal eden cinsel saldırı suçu niteliğinde olduğu ... eylemin 105/1. maddesine uyan cinsel taciz suçu kapsamında olduğunun kabulü ile yazılı şekilde yargılama yapılması yasaya aykırıdır. Yarg. 5.CD, 16.02.2006, 306/901. ARTUK, Mehmet Emin/GÖKCEN, Ahmet/YENİDÜNYA, Ahmet Caner, Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler Madde 76-131 3. Cilt, Turhan Kitabevi, Ankara 2009, s.2548, 2549.

Yargıtay 765 Sayılı TCK döneminde vermiş olduğu bir kararda; “...Bir kadın veya kızın veya erkeğin, şehveti tahrik edici bir yerini tutmak, tutturmak, kucağa oturtmak, cinsel organlarına sokma niyeti olmaksızın dokundurmak, memelerini sıkmak, yanaklarını ve dudaklarını öpüp emmek, şehvet veren diğer yerlerini sıkıştırmak gibi fiil ve hareketler, ırz ve namusa tasaddiyi kapsayan eylemlerdir” demiştir<sup>185</sup>. Bu tür filler 5237 Sayılı TCK’nun 102 nci maddesinin 1 inci fıkrası kapsamında değerlendirilmelidir.

Kanun, failin mağdurun vücuduna herhangi bir şekilde cinsel dürtülerle dokunma veya temas etmesini suçun temel şekli olarak kabul etmiştir. Failin amacı mağdurun vücuduna organını veya sair bir cismi sokmak değildir. Cinsel güdülerini birleşmeye ulaşılmaksızın tatmin etmek istemesidir<sup>186</sup>. Davranışın cinsel amaçlı olduğu hem hareketin kendisinden hem de suç kastını gösteren oluş, söz ve diğer fail davranışlarından (dokunulan yer ve dokunma şekli ve nedeninden) anlaşılacaktır<sup>187</sup>. Bazı davranışlar birden fazla anlam içerebilir. Davranışın ifade etmek

---

<sup>185</sup> Yarg. CGK, 15.4.1985, 513/218. GÜNDÜZ/GÜLTAŞ, s.198.

<sup>186</sup> SOYASLAN, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2005, s.171.

<sup>187</sup> İtalyan öğretisine göre, cinsel birleşme yanında, failin cinsel hislerinin tahriki veya tatmini aracılığıyla mağdurun cinsel özgürlüğünü kısıtlamaya uygun ve bu sonucu doğurmaya yönelik her davranış buna dahildir. Bir davranışın bu nitelikte olup olmadığı konusunda failin cinsel saiki değil, davranışın dışı yansıyan cinsellikle ilişkisi göz önünde bulundurulur. Objektif olarak bu niteliği taşımayan bir davranışın mağdur tarafından böyle algılanmış olması, o davranışın cinsel bir davranış sayılması için yeterli değildir. Örneğin, cinsel duyarlılığı anormal şekilde gelişkin bir fail için, mağdurun ayakkabısını ellemek dahi tahrik edici olabilir. Fakat böyle bir davranış objektif olarak cinsel nitelikli olarak değerlendirilemeyeceğinden, ‘cinsel davranış’ sayılmaz. Bu bakımdan, tıp, psikoloji ve hatta antropoloji ve sosyoloji bilimlerinin verilerine uygun şekilde objektif anlamda ‘erojen’, yani cinsel hisleri uyandırıcı olarak nitelendirilebilen davranışlar ‘cinsel’ sayılacak; failin normalin dışındaki özel cinsel duyarlılığının yansıması olan cinsel dürtü hareketleri ise bu kapsamda görülmeyecektir (İt. Yarg. 3.CD, 5.6.1998 T. ve 6652 S. Kararı). Buna karşılık dış görünüş olarak birden fazla anlam içeren bir davranış (söz gelimi jinekolojik muayene), ancak failin kendisini veya bir başkasını cinsel açıdan tatmin saiki varsa, cinsel davranış sayılabilir. Örneğin 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 (İt. Yarg. 3.CD, 19.02.2004 T. ve 6945 S. Kararı). Bu tür durumlarda, tıbben gerekli olmamasına rağmen doktorun müdahalesinin cinsel bölgelere yönelmesi, cebir kavramı içinde değerlendirilmelidir. Çünkü bu durumda, hastanın buna razı olmayacağını ve imkanı olsaydı bu davranışlara karşı koyacağını bilincindedir (İt. Yarg. 3.CD, 15.5.1986 T. ve 3796 S. Kararı). Yani bu durumlarda ‘mefruz rızasızlık’tan bahsedilebilir. Buna karşılık, zaten cinsel organların muayenesini gerektiren durumlarda, eylemin şüpheye yer vermeyecek şekilde cinsel amaçlı olarak nitelendirilmesi mümkün olmayacağından, cinsel saldırı suçu oluşmayacaktır. Bkz. TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.217.

istediği anlamın ne olduğu somut olaya göre değerlendirilecektir<sup>188</sup>. Failin mağdurun vücuduna organ veya cisim sokmadan şehvi nitelikte temas etmesinin yeterli olduğu, 102 nci maddenin gerekçesinde, “*Suçun oluşması için, gerçekleştirilen hareketlerin objektif olarak şehvi nitelikte bulunmaları yeterlidir; failin şehvi arzularının fiilen tatmin edilmiş olması gerekmez.*”<sup>189</sup>” denilmek suretiyle belirtilmiştir.

Suçun maddi unsurunu oluşturan hareket, suçun temel şekli bakımından cinsel davranışlarla vücut dokunulmazlığının ihlali olarak belirtilmiştir. Buna karşılık 765 Sayılı TCK’nda ırza tasaddi suçunun maddi unsurunu, cinsel ilişki derecesine varmayan ve sarkıntılık boyutlarını aşan bir biçimde cinsel arzuları tatmin amacıyla yapılan hareketler oluşturmaktaydı<sup>190</sup>. Irza tasaddi, mağdur üzerinde doğrudan işlenen, devamlılık gösteren, cinsel isteklerin doyurulmasına ya da kısıktırılmasına yönelik her türlü şehvete ilişkin davranışlardı. Sarkıntılık suçu ise, belirli bir kimseye karşı aralıklı olarak işlenen edep ve iffete dokunacak nitelikte, soyut tedirgin edici saldırılardır<sup>191</sup>.

---

<sup>188</sup> MALKOÇ, Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar, 2009, s.9.

<sup>189</sup> Meran’a göre; maddenin gerekçesinde her ne kadar, “*bu suçun oluşabilmesi için, cinsel arzuları tatmin amacına yönelik davranışlarla kişinin vücut dokunulmazlığının ihlal edilmesi gerekir.*” denilmiş ise de, madde metninden cinsel davranışların cinsel tatmin amacına yönelmesi gerektiği anlaşılabilir. Bu nedenle “cinsel davranış” kavramından failin, cinsel tatmin amacına yönelmiş olmasa da mağdurun vücudu üzerinde gerçekleştirilen, objektif olarak cinsellik ve cinsel arzuların dış dünyaya fiili olarak açıklanması veya ifade edilmesi niteliği davranışlar anlaşılması gerekir. Failin, cinsel nitelik taşıyan hareketi, cinsel arzularını tatmin amacıyla gerçekleştirilmesi suçun oluşması açısından şart değildir. Bir başka deyişle suçun oluşması için failin cinsel tatmin özel kastı ile hareket etmesi gerekmez. Cinsel davranışı, cinsel tatmin amacıyla gerçekleştirilmesine de cinsel saldırı suçu oluşur. Bkz. MERAN, Necati, Kişilere Karşı Suçlar, Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2008, s.317.

<sup>190</sup> TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.214.

<sup>191</sup> Yarg. CGK, 24.12.1990 5-343/361, Yarg. 5.CD, 10.10.1996 3006/3360. TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.215, 216. Mağdureyi boynundan yakalayan ve kendisine doğru çekerek öpmek isteyen failin mağdurenin karşı koymasına üzerine pantolonun üzerinden bacaklarını ve bluzunun üzerinden göğüslerini ellemek (Yarg. CGK, 27.2.1995 5-25/51); mağdureyi orman içine çekip üzerindeki eşofmanı dizlerine kadar indirmek ve kendi pantolonunu çıkarırken mağdurenin kaçması (Yarg. CGK, 23.3.1987 5-557/137); mağdureyi kamyonu ile تنها bir yere götüren failin, onu öpmesi, bacaklarını elleyip sıkması ve edep yerlerini tutması (Yarg. CGK, 12.11.1984 5-98/378); belediye otobüsünde ayakta seyahat etmekte olan mağdurenin arkasında bulunan failin, kadibini çıkararak kalabalık ve sıkışıklıktan yararlanmak suretiyle mağdurenin üzerine sürüp inzal olması (Yarg. CGK, 7.4.1980 5-91/150) ırza tasaddi sayılmıştı. TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.216. İtalyan uygulamasında ise mağdurla doğrudan fiziksel temasın sağlanması şart değildir; cinsel bir güdünün dışa yansıtılması niteliğindeki eylemler bu kapsamdadır. İtalyan Yargıtayına göre de cinsel saldırı suçunun biri subjektif, diğeri objektif iki unsuru vardır (İt. Yarg. 3.CD, 25.9.2003 T. ve 36758 S. Kararı). Objektif unsur, söz konusu davranışın, failin cinsel arzusunu tahrik ya da tatmin edebilecek nitelikte ve de mağdurun cinsel özerkliğini somut olayda zedeleyebilmeye elverişli olmasıdır. Subjektif unsur ise, failin şehvet amacıyla hareket etmesi, yani

Bu durumda 765 Sayılı TCK m.421'deki sarkıntılık suçu, cinsel amaçlı olarak vücuda dokunma şeklinde gerçekleştiğinde cinsel saldırı olarak değerlendirilecektir. Maddenin yerinde düzenlemesi karşısında kişinin vücuduna yönelik cinsel amaçlı davranışlar, 765 Sayılı TCK'nda eylemin sarkıntılık veya ırza tasaddi suçunu oluşturup oluşturmadığını tespit etmekte eylemde “devamlılık”ın aranması gibi ölçütlere gerek kalmadan cinsel saldırı olarak kabul edilecektir<sup>192</sup>. Bu açıdan bakıldığında cinsel saldırı suçunun temel şeklinin, 765 Sayılı TCK anlamında ırza tasaddi ve bazı sarkıntılık niteliğindeki davranışları içerdiği söylenebilir. Bedensel teması gerektiren her türlü sarkıntılık niteliğindeki davranışın bu madde anlamında cinsel saldırı oluşturup oluşturmayacağı ise, somut olaydaki tüm koşullar göz önünde bulundurulmak suretiyle gerek davranışın önemi ve gerekse yoğunluk ve süresi göz önünde bulundurularak belirlenir<sup>193</sup>. Fakat kural olarak, cinsel şehvet duygularını kısmen ve kısa süreli olarak tahrik etmeye elverişli hareketler de suçu oluşturabilir<sup>194</sup>.

5237 Sayılı TCK 102/1 inci maddesi mağdurun vücut bütünlüğünün cinsel davranışlarla ihlalini aramaktadır. Yani “bedene temas” suçun unsurudur. Buna karşılık hareketin mağdura yaptırılması halinde de (örneğin zorla ve fakat mağdurun vücuduna dokunmaksızın penisi veya vajinayı yalatma) suç işlenmiş fiziki temas gerçekleşmiş

---

hedefin cinsel arzuyu ifade eden psişik bir ruh halinin ortaya konulmasıdır. Ancak İtalyan Hukukunda da suç genel kasta tabidir; söz konusu sübjektif unsur failin saikini ifade etmeyip, eyleminin hukuka aykırılığının bilincinde olmasını belirtmektedir. Bkz. TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.216.

<sup>192</sup> SEVÜK, s.252.

<sup>193</sup> Yargıtay'ın 765 Sy. TCK döneminde sürdürdüğü uygulamaya göre eğer söz atmalar birden çok olur, sırnaşıkça hal alırsa bunların sarkıntılık olarak kabul edilmesi gerekiyordu. Tabii ki bu suçun yapısına, hareketine, tanımlara aykırı idi. Esasında sarkıntılık ancak davranışlarla, fiziki teması gerektiren davranışlarla olurken yanlış uygulama, tevali eden söz atmaları sarkıntılık olarak değerlendiriyordu. 5237 Sy. TCK'nda işte bu yaklaşım değiştirilmiştir. Yani TCK m.102/1'e dahil olan sarkıntılık, fiziki temas niteliğinde gerçekleşenler olacaktır. Yoksa eski uygulamada olduğu gibi; “söz atmalar birden çok oldu, sırnaşıkça hal aldı, tevali etti o halde sarkıntılık suçu vardır. Böylece de eylem m.102/1'e girer” şeklindeki bir kabul artık mümkün değildir. Çünkü söz atmalar 105 inci madde kapsamında değerlendirilecektir. Bkz. MALKOÇ, Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar, 2009, s.8.

<sup>194</sup> Örneğin mağdurun çeşitli organlarına dokunmak, bunların okşanması, bunlara sürünme gibi (İt. Yarg. 3.CD, 4.7.2000 T. ve 7772 S. Kararı). Yine İtalyan Yargıtayının 11.11.1996 tarihli kararına göre, buna karşı çıkmasına rağmen, mağdurun bacaklarının arasına elin sokulması da bu suçu oluşturur. Bkz. TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.217, 218

olacaktır. Mutlaka failin aktif olması ve mağdurun pasif durumda bulunması aranmayacaktır<sup>195</sup>.

Cinsel saldırı, 5237 Sayılı TCK'na göre ancak vücut dokunulmazlığının ihlali suretiyle işlenebileceğinden, yani iki kişi arasında bir vücut teması şart olduğundan, failin kendi üzerinde yapacağı şehvi fiilleri gerçekleştirme sırasında mağduru hazır bulunmaya zorlaması<sup>196</sup>; mağdurun doğrudan kendisine yönelik bir cinsel davranışta bulunmaya zorlaması; bir cinsel ilişkiyi veya cinsel davranışı seyretmeye zorlaması ya da cinsel maksatlarla bir kimseyi sadece seyretmek bu suçu oluşturmaz<sup>197</sup>. Örneğin fail, mağdura cinsel organını açtırıp karşısında masturbasyon yapsa bu suç oluşmayacaktır. Bu durum öğretide eleştirilmiştir<sup>198</sup>. Bir davranışın m.102 kapsamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceği konusunda, failin, mağduru kendisi ile mi, yoksa bir üçüncü kişi ile mi cinsel davranışa zorladığı önem taşımaz. Bunun gibi bu davranış, bizzat mağdur tarafından yapılmasına zorlama biçiminde olabileceği gibi, kendisine yönelik bir davranışta bulunmaya katlanmaya zorlama biçiminde de olabilir<sup>199</sup>. Öte yandan, failin başka iki kişiyi kendi aralarında cinsel davranışta bulunmaya zorlaması durumunda da suçun oluşup oluşmayacağı m.102 açısından tartışmalıdır<sup>200</sup>. Failin kendi cinsel organını mağdura dokundurması veya yalatması durumunda maddi temas olduğundan ve dolayısıyla suçun unsuru gerçekleştiğinden cinsel saldırı suçu işlenmiş olacaktır. Ancak öneriyi kabul etmeyen mağdurun cinsel organ ve bölgelerinin bu tepki ile yaralanması, herhangi bir madde ile kirletilmesi, rahatsız edilmesi de suçu oluşturur. Öğretide, cinsel organa bir şey sokmadan, cinsel organı tutup şöyle yaparım, böyle yaparım demek ve bu

---

<sup>195</sup> MALKOÇ, Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Saldırı Suçları, 2005, s.5.

<sup>196</sup> Fail cinsel hareketleri doğrudan kendi üzerinde gerçekleştirmektedir. Bu durumda cebir suçu (TCK m.108) söz konusu olabilir. Bkz. TOROSLU, Ceza Hukuku Özel Kısım, s.58.

<sup>197</sup> MERAN, s.318.

<sup>198</sup> TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.219; TOROSLU, Ceza Hukuku Özel Kısım, s.58.

<sup>199</sup> TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.217.

<sup>200</sup> Failin başka iki kişiyi kendi aralarında cinsel davranışta bulunmaya zorlaması durumunda dolaylı faillik yoluyla cinsel saldırı suçundan faili cezalandırmak mümkündür. Bkz. MALKOÇ, Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar, 2009, s.13; AYDIN, Nurullah, Türk Suç ve Ceza Hukuku Genel Hükümler Özel Hükümler, Ankara 2008, s.184. İtalyan CK m.609 bis'te bir kimseyi 'cinsel davranışlarda bulunmaya ya da bunlara katlanmaya zorlamak'tan açıkça bahsedildiği için, böyle bir durumda da söz konusu suç oluşacaktır. (İt. Yarg. 3.CD, 22.4.2003 T. ve 18847 S. Kararı). Bkz. TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.219.

hareketleri gerçekleştirmekle de m.102/1'deki suçun oluşacağı ifade edilmiştir. 102 nci maddenin gerekçesine göre sadece 2'inci fıkradaki halde saldırının cinsel tatmin amacına yönelik olmayabileceği belirtilmiştir. Ancak bu görüşe göre bu açıklama, kısmen ve bazı eylemler bakımından 1'inci fıkra için de geçerlidir. Zira 2'inci fıkrada “bu suçun” denerek ilk fıkradaki temel şekle gönderme yapılıyor. Bu tür bir ayırım, hem yazılıştan anlaşılmasında ve hem de “cinsel saldırı” kavramı ile uyuşmamaktadır. “Saldırı”nın mutlaka cinsel haz almak için olabileceği sonucunu çıkarmak, eski düzenlemenin ve düşüncenin aynen sürdürülmesi anlamına gelir. Örneğin, kendisini bırakmayan ya da direnen mağdurun cinsel organına bu öfke ve tepki ile eli ile ayağı ile veya bıçak ve sair aletle vurup yaralayan, boya ve kirli maddelerle saldıran failin eylemi de cinsel saldırı suçu olarak değerlendirilmelidir<sup>201</sup>.

Cinsel saldırı suçunda kullanılan vasıtalar ile mağdur üzerinde gerçekleştirilen cinsel davranışlar vücuda organ veya sair cismin sokulması fail tarafından gerçekleştirilebileceği gibi, üzerinde cebir ve tehdit kullanılarak mağdura da yaptırılabilir. Diğer bir ifadeyle tehdit edilen ya da cebire maruz bırakılan mağdurun, failin cinsel arzularını tatmin etmek zorunda bırakılması halinde de suç oluşur. Burada her ne kadar fail tarafından doğrudan mağdurun vücuduna bedeni bir temas gerçekleştirilmesede de, failin kullandığı cebir ve tehdit ile bedeni temas mağdura yaptırılmakta ve cinsel dokunulmazlığı ihlal edilmektedir. Örneğin, tehdit edilen mağdura, failin penisi veya vajinasının tutturulması, tehdit edilen mağdurun vücuduna bir cisim sokmak mecburiyetinde bırakılması veya failin mağdurun cinsel organını kendine ithal etmesi<sup>202</sup>. Fail bu fiilleri başka bir kişi vasıtasıyla da mağdur üzerinde gerçekleştirebilir. Bu durumda iştirake ilişkin hükümler (TCK m.37, 38) uygulanmalıdır<sup>203</sup>. Baskı altında başkasına karşı suç işleyen kişinin TCK m.28<sup>204</sup> gereğince ceza sorumluluğu olmaz.

---

<sup>201</sup> MALKOÇ, Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar, 2009, s.10.

<sup>202</sup> ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2010, s.173.

<sup>203</sup> ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2010, s.174, 175.

<sup>204</sup> Cebir ve şiddet, korkutma ve tehdidi düzenleyen 5237 Sy. TCK m.28/1'de; “*Karşı koyamayacağı veya kurtulamayacağı cebir ve şiddet veya muhakkak ve ağır bir korkutma veya tehdit sonucu suç işleyen*

Cinsel saldırı, cinsel davranışlarla “bir kimsenin vücut dokunulmazlığını ihlal” olarak ifade edildiğine göre, cinselliğin objektif olarak, vücutta dokunulan bölgeye göre belirlenmesi ya da nitelenmesi de olanaklıdır. Bir kadının koluna dokunmak ya da tutmak cinselliğin ifade biçimi veya şehvani bir davranışla vücut dokunulmazlığının ihlali olarak değerlendirilemeyebilir. Ancak kadının kalçasını ya da göğüs bölgesini veya belini tutmak cinsel davranışla vücut dokunulmazlığını ihlal olarak nitelendirilmelidir. Aynı şekilde bir kadını öpmek, yanağını sıkmak vb. eylemler de bu türden sayılabilir. Erkekler için bu davranışlar farklı görünüşlerde olabilir. Bir erkeğin, kalçasından yakalamak, yanağından öpmek, poposuna çimdik atmak, cinsel organını tutmak vb. eylemler cinsel nitelikli davranışlardır. Ancak somut olayda eylemin gerçekleşme şekline göre saldırı ya da bir nezaket gösterisi mi olduğu, yoksa günlük hayatta herkesin yaptığı olağan bir davranış olarak mı karşılandığı ayrı ayrı değerlendirilmelidir<sup>205</sup>. Mağdur olanın bacaklarını ve bluzunun üzerinden göğüslerini ellemek, kendisine doğru çekerek öpmek, mağdura sarılarak dudağından öpmek, göğüslerini, cinsel organını okşamak, toplu taşıma araçlarında mağdurun arkasına geçip sürtünmek bu suça örnek gösterilebilir<sup>206</sup>.

Diğer bir görüşe göre ise davranışı nitelendirme bakımından yalnızca saldırının yöneltildiği anatomik bölgeye veya kurulan bedensel temasın şiddet düzeyine bakılmamalı; olay bir bütün olarak değerlendirilmek suretiyle, bilimsel açıdan cinsel hisleri tahrik edici olarak nitelendirilebilen her fiziksel müdahale bu kapsamda görülmelidir<sup>207</sup>. Bu açıdan bakıldığında söz gelimi, cinsel amaçlı da olsa yanaktan bir kesme almak bedensel teması gerektirdiği halde cinsel saldırı sayılmaz ve olsa olsa cinsel taciz suçu (TCK m.105) çerçevesinde cezalandırılabilir. Burada önemli olan

---

*kimseye ceza verilmez. Bu gibi hâllerde cebir ve şiddet, korkutma ve tehdidi kullanan kişi suçun faili sayılır.”* denilmektedir.

<sup>205</sup> MERAN, s.317, 318. Aynı doğrultuda bkz. TOROSLU, Ceza Hukuku Özel Kısım, s.58.

<sup>206</sup> EROL, Haydar, Gerekçeli Açıklamalı ve İçtihatlı Yeni Türk Ceza Kanunu En Son Değişiklikleriyle, Ankara 2005, s.498. Benzer şekilde bkz. MALKOÇ, Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar, 2009, s.20. Saniğin, mağdurenin yanında bulunduğu sırada üzerine abanıp, sevişebileceğimiz oda yok mu diye sorup, bacaklarını ve göğüslerini tutmaya çalışması şeklindeki oluş ve kabul karşısında, fiilin bedensel temas içermesi nedeniyle sonradan yürürlüğe giren 5237 Sy. TCK’nun 102/1. maddesine uyan basit cinsel saldırı suçunu oluşturabileceği ve öngörülen cezanın ... Yarg. 5.CD, 15.12.2008, 8967/11023. MALKOÇ, Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar, 2009, s.129.

<sup>207</sup> (İt. Yarg. 3.CD, 23.9.2004 T. ve 37395 S. Kararı). Bkz. TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.218, 219.

müdahalenin şiddet derecesi değil, objektif olarak mağdurun cinsel özerkliğini zedelemeye elverişli bir nitelik taşımasıdır<sup>208</sup>.

Öpmenin cinsel saldırı suçunu oluşturup oluşturmayacağı öğretide tartışılmıştır. Eğer öpme fiili sürekli ve karşı tarafı öpülmeye zorlama niteliğinde, mağdurun rızası dışında, aynı zamanda cinsel dürtüleri tatmine yönelik ise cinsel saldırı suçunu oluşturur. Eğer öpme fiili bir sempati ifadesi ise, cinsel saldırı suçunu oluşturmaz. Eğer öpmede cinsel bir neden, bir duygu yok ve bu öpüşe mağdur rıza göstermemişse fiilin, hakaret suçunu oluşturacağı öğretide savunulmuştur<sup>209</sup>.

Seksüel hayranlık ile karşı cinse bakış cinsel saldırıyı oluşturmaz. Keza failin, mağdurun veya failin kendisi üzerinde cinsel dokunma teşkil edecek hareketleri yapması için mağdura karşı cebir icra etmesi halinde de henüz cinsel saldırı oluşmaz. Sadece cebir oluşur<sup>210</sup>.

Düzenlemenin esası, mağdurun rızası bulunmadan maddelerde açıklanan davranışlarla cinsel dokunulmazlığına saldırılmasıdır. Rızasızlığın ortaya çıkış şekli ve bu rızasızlığa rağmen işleniş şekilleri farklı olacaktır. Suçun zorlama şekilleri ile işlenmesi kadar hile ile işlenme şekilleri de görülecektir. Saldırı, rızanın olmamasını ve rızasızlığa rağmen mağdurun bedenine veya cinsel özgürlüğüne zarar verilmesini ifade etmektedir. Suçun mağduru istemediği, onaylamadığı cinsel ilişkilere ve davranışlara katlanmaya zorlanmaktadır<sup>211</sup>. Mağdurun yolda yürürken arkasından haberi olmadan

---

<sup>208</sup> (İt. Yarg. 3.CD, 28.4.2004 T. ve 19562 S. Kararı). İtalyan öğretisinde zorla öpmenin bu suçu oluşturup oluşturamayacağı tartışılmıştır. İtalyan Yargıtayına göre bu sorunun cevabı, eylemin gerçekleştiği zaman ve yer şartlarına, öpülen bölge ve öpmenin tarzı ve faille mağdur arasındaki ilişki ile şartlara göre belirlenebilir (İt. Yarg. 3.CD, 5.6.1998 T. ve 6652 S. Kararı). Soruya olumlu cevap veren içtihatlar olduğu gibi (Örneğin İt. Yargıtayının bu eylemleri ırza tasaddi kapsamında cezalandıran 1.4.1953 ve 29.5.1954 tarihli kararları), daha yakın tarihte aksine sonuca da varılmıştır (İt. Yarg. 3.CD, 22.11.1995 tarihli kararında, işverenin kendi işçisini boynundan ve yanağından iki kere öpmesi, ırza tasaddi kapsamında değerlendirilmemiştir). Bkz. TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.218, 219.

<sup>209</sup> SOYASLAN, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2005, s.174. Mağdurenin çalıştığı odaya giren sanığın onu boğazdan sıkarak duvara dayayıp dudaklarını öptüğü, mağdurenin iterek ne yapıyorsun dediğinde özür dilediği şeklindeki oluş ve kabul karşısında, fiilin bedensel temas içermesi nedeniyle sonradan yürürlüğe giren 5237 Sy. TCK'nun 102/1. maddesine uyan basit cinsel saldırı suçunu oluşturduğu ... Yarg. 5.CD, 05.5.2008, 3766/3930. MALKOÇ, Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar, 2009, s.133.

<sup>210</sup> SOYASLAN, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2005, s.172.

<sup>211</sup> MALKOÇ, Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Saldırı Suçları, 2005, s.3.

cinsel saldırıya uğramasında olduğu gibi. Fail mağdurun rızasını elde etmek için cebir, şiddet, tehdit kullanabilir veya kullanmayabilir. Ama her durumda mağdurun rızası yoktur. Keza fiil hile ile de işlenebilir. Failin cinsel arzularını tatmin eden hareketler bizzat fail tarafından yapılabileceği gibi, failin cebir ve tehdidi veya hilesi ile mağdur tarafından da yapılabilir<sup>212</sup>. Örneğin; fail yırtılmış olan pantolon cebinden cinsel organını çıkartır ve mağdurdan cebindeki bir nesneyi alması için talepte bulunur ve mağdur bilmeden ve istemeden failin cinsel organına dokunursa, bu durum cinsel saldırı suçunun temel şeklini oluşturacaktır.

Yukarıda da ifade edildiği gibi cinsel saldırı suçunda, eylem mağdurun rızası olmaksızın gerçekleştirilmektedir. Fail, bir kısım cinsel davranışlarda bulunurken, mağdurun belirli bir davranışa rıza göstermemesine rağmen failin eylemine devam etmesi durumunda fiil suç teşkil eder<sup>213</sup>. Diğer bir deyişle; TCK m.26/2<sup>214</sup> gereği kişinin rızası hukuka uygunluk nedeni olup, rızanın varlığı ceza sorumluluğunu ortadan kaldırmaktadır. Rıza kapsamı dışındaki tüm eylemlerin hukuka aykırılığı söz konusu olacağından, önce verilen rızanın eylemler devam ederken geri alınması veya daha ileri götürülmesine rıza gösterilmemesi halinde de eylem cinsel saldırı suçunu oluşturacaktır. Ceza sorumluluğunu kaldıran bir sebep olarak rıza, suçun oluşumu açısından failin işlenmesinden önce ve en geç işlendiği sırada açıklandığında etkili olur<sup>215</sup>. Gösterilen rıza eylemin devamı boyunca varlığını korumalı, cinsel davranışın gerçekleştiriliş biçimini de kapsamalıdır. Eğer başta cinsel ilişkiye verilen rızaya karşın, fail, mağdurun başlangıçta makul olarak öngörebileceği çerçevenin ötesine geçmişse, cinsel saldırı suçu oluşur. Başka bir anlatımla; cinsel davranışa maruz kalan kişi m.102/1 anlamında kişinin cinsel davranışlarına rıza göstermiş, ancak m.102/2 anlamında failin vücuduna organ sokmasına rıza göstermemişse; yani, mağdurun cinsel davranışa gösterdiği rıza, vücuda organ veya cisim sokmayı kapsamıyorsa, buna rağmen vücuda organ veya cisim

---

<sup>212</sup> SOYASLAN, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2005, s.171.

<sup>213</sup> ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2010, s.170.

<sup>214</sup> “Hakkın kullanılması ve ilgilinin rızası” başlıklı TCK m.26/2’de; “Kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez.” denilmektedir.

<sup>215</sup> SEVÜK, s.249; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.212.

sokulması durumunda, fail cinsel saldırı suçunun nitelikli haline göre (m.102/2) cezalandırılır<sup>216</sup>.

765 Sayılı TCK'nun düzenlenmesinden farklı olarak<sup>217</sup> 5237 Sayılı TCK'nun 102 nci maddesinin metninde cinsel saldırı suçunun işlenmesinde cebir, tehdit, hilenin araç olarak kullanılması veya mağdurun fiile direnemeyecek durumda olması gerektiği yazmamaktadır. Ancak maddenin gerekçesinde, "*Cinsel saldırı suçunun özelliği, bu suçu oluşturan fiillerin mağdurun iradesi dışında gerçekleştirilmesidir. Mağdura karşı cebir veya tehdit ya da hile kullanılabileceği gibi, örneğin bilincinin yitirilmesine neden olmak veya örneğin uyku hali dolayısıyla bilincinin kapalı olmasından yararlanmak suretiyle de bu suçlar işlenebilir*" denilerek, mağdurun iradesini sakatlayan veya ortadan kaldıran hallerden söz edilmiştir<sup>218</sup>. Buna göre, cinsel saldırı suçunun maddi unsuru, cebir, tehdit veya hileye başvurmak suretiyle gerçekleştirilebileceği gibi, mağdurun bilinç ve iradesini olumsuz şekilde etkileyen bir durumdan yararlanmak suretiyle de gerçekleştirilebilir<sup>219</sup>.

Rızanın olup olmadığı belirlenirken, bu suçta korunan hukuksal değer cinsel dokunulmazlık olduğu ve istenmeyen eylemin kişinin cinsel özgürlüğünü de içerecek şekilde vücuduna dokunulmaması olduğu göz önünde tutulduğunda kişinin "hayır" demesi rızanın olmadığını göstermesi bakımından yeterlidir<sup>220</sup>. Ayrıca bu saldırı

---

<sup>216</sup> SEVÜK, s.249; SOYASLAN, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2005, s.173.

<sup>217</sup> 765 Sy. Türk Ceza Kanunu'nda ırza geçme suçunda kullanılacak araçlar, "*cebir ve şiddet*" veya "*tehdit*" veya "*fiille mukavemet edemeyecek hal*" olarak belirtilmişti. Bu araçlar, mağdurun 15 yaşından küçük olması durumunda suçun ağırlaştırıcı nedeni (m.414/2) büyük olması durumunda ise unsuru oluşturuyordu (m.416/1). Bkz. TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.210, dn.30.

<sup>218</sup> ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2010, s.170; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.210, 211. *Aydın*, mağdurun cinsel davranışa rıza göstermemesinden başka, ayrıca direnç de göstermesini aramanın, çağdaş gelişmelere aykırı olduğunu düşünmektedir. Bkz. AYDIN, Öykü Didem, "Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar", HPD, s.158; AYDIN, Öykü Didem, "Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar", s.10.

<sup>219</sup> TOROSLU, Ceza Hukuku Özel Kısım, s.58, 59.

<sup>220</sup> Aksi görüş için bkz. TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.211.; AYDIN, Öykü Didem, "Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar", s.11. *Tezcan/Erdem/Önok*, rızanın olup olmadığı belirlenirken, kişinin "hayır" demesinin tek başına suçun oluşması için yeterli olmadığı düşüncesindedir. Bu anlayıştan yola çıkılırsa, isteksizlik nedeniyle cinsel davranışa rıza gösterilmemesi durumunda da bu suçun oluşacağı sonucuna varmak gerekeceğinden bu görüşün kabulünün mümkün olmayacağı görülmektedir. Buna karşılık, cebirden kaçınmanın mutlak surette imkansız olması, mağdurun eyleme fiziksel gücünün sınırlarını zorlayarak, sürekli ve enerjik biçimde karşı koyması da gerekmez. O halde

karşısında mağdurdan farklı bir direnç göstermesini beklemenin, her somut olay bakımından değerlendirilmesinin gerekliliği gözden kaçırılmamalıdır. Mağdurun ve failin direnci algılama şekli, fail ile mağdur arasındaki fiziksel güç farklılıkları, olayın gerçekleştiği zaman ve yer, cinsel saldırıya maruz kalmamak için bedensel direnç gösterilmesini anlamsız kılabılır. Bu nedenledir ki somut olayda rızanın olmadığını sözle ve hareketlerle belirtmek yeterli olabilir. Örneğin; evinde çocukları uyurken böyle bir cinsel saldırıya maruz kalan kadının bu eyleme rıza göstermediğini açıkça belirttikten sonra çocuklarının bu olaya şahit olacağı endişesiyle ayrıca faille fiziki bir mücadeleye girmediği için eyleme rıza gösterdiği sonucuna varılamaz ve bu durumda ayrıca bedensel direnç göstermesi beklenemez<sup>221</sup>.

Cinsel saldırı suçu işlenirken kullanılan araçlardan biri olan cebir (TCK m.108)<sup>222</sup>, mağdur üzerinde maddi zor kullanmaktır. Bu bakımdan cebir kavramı, mağdur üzerinde onun direncini kırarak nitelikte bulunmalıdır<sup>223</sup>. Suç işlendikten sonra, fiilin ortaya çıkmasını engellemek amacıyla mağdur üzerinde cebir kullanılması, halinde bağımsız suç oluşacaktır<sup>224</sup>. TCK m.102/4'e göre, mağdurun direncinin kırılmasının ötesinde cebir kullanılması durumunda ayrıca kasten yaralama suçundan dolayı cezaya hükmedileceği için, cinsel saldırı suçunu işlemek için mağdura karşı kullanılan cebrin mağdurun direncinin kırılmasına yetecek kadar olması gerekmektedir<sup>225</sup>. Cebre maruz kalan kişi, bu fiziki gücün oluşturduğu acıyla cinsel saldırı suçuna direnç gösteremeyecektir<sup>226</sup>.

---

mağdura yönelik olarak cebir veya tehdit veya hile kullanılmış veya mağdurun çaresiz ve savunmasız durumundan yararlanmış ise bu takdirde gerçekleşen cinsel davranışın bu suçu oluşturduğu sonucuna varılmalıdır. Ne var ki, m.102, mağdurun "savunmasız durumda olması"nın suçun unsuru olarak değil, nitelikli hali olarak kabul etmiştir

<sup>221</sup> SEVÜK, s.250; AYDIN, Öykü Didem, "Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar", HPD, s.158; AYDIN, Öykü Didem, "Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar", s.10.

<sup>222</sup> "Cebir" TCK m.108'de; "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 hükmlenir." şeklinde düzenlenmiştir.

<sup>223</sup> ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2010, s.170; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.211, 212.; SEVÜK, s.250.; YENİDÜNYA, s.3289.; AYDIN, Nurullah, s.183.

<sup>224</sup> ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2010, s.170.

<sup>225</sup> TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.212, 213. İtalyan Yargıtayına göre cebirden maksat, yalnızca mağduru istediği direnci gösterebilme imkanından yoksun bırakacak biçimde kuvvet kullanmaktan ibaret değildir.

TCK m.102/4’de bahsedilen cebrin yasal sınırı olarak 86 ncı maddenin<sup>227</sup> esas alınması gerekmektedir. Mağdur üzerinde kullanılan cebir 87 nci madde<sup>228</sup> seviyesine ulaştığı takdirde, fail ayrıca 87 nci madde uyarınca da cezalandırılmalıdır (m.102/4). Burada sorun, cebrin sınırının ne zaman aşıldığındadır. Cebir suçunu düzenleyen 108’inci maddede, kasten yaralama suçunun temel şekli, cebir suçunun unsuru sayılmıştır. Böylece failin, mağdurun vücuduna acı veren veya sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulmasına neden olan hareketleri cebir içinde sayılacak ve bu nedenle faile ceza verilmeyecektir. Bu durumda failin mağdurun direncini kırmak için kullandığı

---

Mağdurun aksi yöndeki rızasını bertaraf edecek şekilde, eylemin ‘sinsice hızlı’ bir şekilde gerçekleştirilmesi durumunda da bu koşul gerçekleşmiş sayılmalıdır (İt. Yarg. 25.5.2003 T. ve 22909 S. kararı). Örneğin, okul görevlisinin aniden bazı öğrencilerin göğüslerini ellemesi durumunda, cinsel saldırı (İtalyan Ceza Kanunu’ndaki deyimile ‘cinsel şiddet’) suçunun oluştuğu sonucuna varılmıştır (İt. Yarg. 3.CD, 1.02.2001 T. ve 3990 S. kararı). Bu bakımdan, mağdurun yardım istememiş olması, elbiselerinde yırtılma-sökülme olmaması, direnmeyi ispatlayacak şekilde vücutta yaralanmaların meydana gelmemesi, cebrin mevcut olmadığını göstermez. Buna karşılık, mağdurun eyleme rıza gösterdiğini iddia eden bir sanığın varlığında, olayı inceleyen mahkeme, suçlayıcı beyanları çok dikkatle irdeleyip inandırıcılığını sınamalıdır. Bu bakımdan, İtalyan Yargıtayının dünya çapında büyük yankı uyandıran ‘kotlu kadın’ kararında, kadın, cinsel saldırıya uğradığını; fail ise, karşılıklı rızanın bulunduğunu savunmaktaydı. İlk derece mahkemesinin mahkumiyet kararını bozan İtalyan Yargıtayı şöyle demiştir: “Fiili işbirliği olmadan, bir kimsenin üzerinden kot pantolonunu çıkarmanın neredeyse imkansız olduğu, ortak tecrübeyle sabit bir veridir; zira bu işlem, kotu giyen kişi bakımından bile oldukça zordur”. Bu gerekçeyi de dikkate alan Yargıtay, mağdurun eyleme rıza göstermiş olması gerektiğini, aksi takdirde eylemin gerçekleşmeyeceğini savunmuştur (İt. Yargıtayının 6.11.1998 tarihli kararı). Bkz. TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.212, 213

<sup>226</sup> SEVÜK, s.250, 251.

<sup>227</sup> “Kasten yaralama” suçunun düzenlendiği TCK m.86’da; “(1) Kasten başkasının vücuduna acı veren veya sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulmasına neden olan kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (2) 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, İşlenmesi hâlinde, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.” denilmektedir.

<sup>228</sup> “Neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama” TCK m.87’de; “(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, ikinci 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, ikinci fıkraya giren hâllerde sekiz yıldan az olamaz. (3) Kasten yaralamanın vücutta kemik kırılmasına neden olması hâlinde, kırığın hayat fonksiyonlarındaki etkisine göre, bir yıldan altı yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. (4) Kasten yaralama sonucunda ölüm meydana gelmişse, yukarıdaki maddenin birinci fıkrasına giren hâllerde sekiz yıldan oniki yıla kadar, ikinci fıkrasına giren hâllerde ise oniki yıldan onaltı yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.” şeklinde düzenlenmiştir.

cebir sonucu kasten insan yaralama suçunun netice sebebiyle ağırlaştırılmış halleri (m.87) gerçekleştiğinde ikinci bir suç işlenmiş sayılacak ve fail iki suçtan sorumlu olacaktır<sup>229</sup>.

Cebirin suçun icra edilmesi süresi boyunca yürütülmesi şart değildir. Suçun başlangıcında işlenmesi yeterlidir. Ayrıca mağdur ilk seksüel dokunmalardan sonra fizyolojik nedenlerle de direnme gücünü kaybedebilir. Bu durumda da cebir mevcuttur<sup>230</sup>. Bu açıdan, cebirin eylemin devamı süresince uygulanması gerekmeyip, mağdurun başlangıçtaki direncini kırmaya elverişli olarak kullanılmış olması yeterlidir<sup>231</sup>. Cebirin cinsel saldırıdan önce gerçekleşmesi gerekir ve cebir ile cinsel saldırı arasında uygun nedensellik bağı bulunmalıdır. Mağduru dövmek, boğazını sıkarak, ağzını kapatmak, ellerini ayaklarını tutmak veya bağlamak gibi hareketler maddi cebirdir<sup>232</sup>.

Cebirin doğrudan bizzat mağdur üzerinde kullanılması gerekirken tehdidin mutlaka mağdur üzerinde gerçekleştirilecek bir kötülüğe ilişkin olması aranmaz. Mağdurun yakınları üzerinde gerçekleştirilen ve bu vasıta ile mağdurun fiile rızasını sağlamayı amaçlayan cebir, mağdura karşı tehdit oluşturur ve bunun sonucu olarak mağdur üzerinde cinsel davranış gerçekleştirilmişse yine cinsel saldırı suçu oluşur<sup>233</sup>.

Cinsel davranışa rızası bulunmayan mağduru korumak için faile karşı gelen üçüncü bir kişiye yönelik olarak cebir kullanılması durumunda da cinsel saldırı suçu oluşacağı görüşü doktrinde mevcuttur<sup>234</sup>.

---

<sup>229</sup> SOYASLAN, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2005, s.174.

<sup>230</sup> SOYASLAN, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2005, s.172, 173, 174.

<sup>231</sup> TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.211, 212.

<sup>232</sup> GÜRKAN, Şeref/UGUZ, Ahmet, Yeni Ceza Yasamızda Cinsel Suçlar, Adalet Dergisi, S.27, Ocak 2007, s.255.

<sup>233</sup> ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2010, s.172; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.211, 212.

<sup>234</sup> TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.212.

Tehdit<sup>235</sup>, mağduru cinsel ilişkiye mecbur edici nitelik taşımalı, yani mağdurun iradesini baskı altına almaya elverişli olmalıdır. Tehdidin suçun işlendiği sırada cinsel davranışı gerçekleştirmek amacıyla kullanılmış olması gerekir<sup>236</sup>.

Yargıtaya göre tehdit; “kendisini veya yakınlarını ırza geçmekten daha ağır bir zarara uğratacağı hususunda meydana getirilen korkudur.” Baskı yapma, yıldırma, korkutma ve sindirme şiddet kullanılmamış ise tehdit kavramına dahildir. Tehdidin yerine getirilip getirilmeyeceği önemli değildir. Mağdur üzerinde etki yapması ve ciddi olması, mağdurun karşı koyma gücünü ortadan kaldırmaya elverişli bulunması yeterlidir. Mağdur üzerinde subjektif bir korku yaratılmalıdır<sup>237</sup>. Buna örnek olarak, fail veya bir suç ortağı tarafından mağdura şiddet gösterileceğini ya da öldürüleceğini söylemek, adli bir takibatla tehdit, gece ıssız, tehlikeli veya soğuk bir yerde bırakmakla tehdit gösterilebilir<sup>238</sup>.

Cinsel saldırı suçunun, cebir, tehdit, hile kullanılmadan, failin içinde bulunduğu durumdan yararlanmak suretiyle de işlenmesi söz konusu olabilir. Örneğin; mağdurun beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda olması; uyku hali veya direnç gösteremeyecek şekilde alkollü olması hallerinden yararlanılarak cinsel saldırı suçu işlenebilir. Mağdurun içinde bulunduğu durumdan dolayı, kişinin rıza göstermiş olması halinde dahi rızası geçerli bir rıza olmayacağı ve yine bu durumdan dolayı eyleme direnç göstermesi beklenilmeyeceğinden bu hallerde failin ceza sorumluluğu söz konusudur<sup>239</sup>. Mağdurun ruhsal ve sinirsel nedenlerle geçici olarak tutukluk veya pasif durumda olması gibi haller bu duruma örnek olarak gösterilebilir<sup>240</sup>.

---

<sup>235</sup> Tehdit, kendisi ya da yakınları bakımından cinsel saldırıdan daha büyük bir zarar uğratılacağı korkusunu meydana getirmek suretiyle mağduru cinsel saldırıya katlanmaya manen zorlamaktır. BAKICI, Sedat, Açıklamalı İçtihatlı Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler, Adalet Yayınevi, Ankara 1994, s.24.

<sup>236</sup> AYDIN, Nurullah, s.183.

<sup>237</sup> GÜRKAN/UGUZ, s.255.

<sup>238</sup> MALKOÇ, Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar, 2009, s.59.

<sup>239</sup> SEVÜK, s.251. Bkz. Aynı doğrultuda ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2010, s.172.

<sup>240</sup> MALKOÇ, Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar, 2009, s.59.

Fail tarafından kullanılan hileli vasıtalar ise, cinsel saldırıyı gerçekleştirmek için başvurulan her türlü aldatıcı hareketlerdir. Bu hareketler ile mağdur hataya düşürülmekte, kandırılmakta ve bu suretle fiile direnemeyecek bir hale getirilmektedir. Örneğin, failin, kendisini doktor olarak tanıtip mağduru muayene ediyor gibi gösterip uyuşturucu madde ile mağduru bayıltması veya mağduru hipnotizma etmesi<sup>241</sup>.

Doktrinde yeni düzenlemenin mağdurun cinsel özgürlüğünün korunması bakımından geniş imkan tanıdığını görmekte birlikte, vücuda yönelik basit müdahalelerin, cinsel arzuları tatmin amacını taşımayan, cinsel içerikli olmayan temasların ve mağdurun rızasının varlığı hakkında meydana gelebilecek şüpheli durumların önemli hukuki sorunları da beraberinde getirebileceğini; bu gibi hallerde, “hata” müessesesini düzenleyen 5237 Sayılı Kanun’un 30 uncu maddesi ile “şüphenin fail lehine dikkate alınması” prensibini gözetmenin gerekli olduğunu, aksi halde 102 nci maddenin birinci fıkrası uygulamalarının adaletsiz sonuçlara neden olabileceği ifade edilmiştir<sup>242</sup>.

### C- Netice

Cinsel saldırı suçunda, failin gerçekleştirdiği cinsel davranışların şehvi amaçla yapılmış olması yeterlidir. Ayrıca failin şehvi arzularını fiilen tatmin etmiş olması aranmaz. Bu nedenle cinsel saldırı, sırf hareket suçudur, hareketten ayrı bir neticenin gerçekleşmesi aranmaz<sup>243</sup>. Cinsel saldırı suçunun gerçekleşmesi için tek hareket yeterlidir. Ancak hareketin birden çok olması suçun birden fazla işlendiğinin kanıtı değildir. Aynı anda cinsel arzuları tatmine yönelik olmak kaydıyla aynı amaca yönelmiş

---

<sup>241</sup> ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2010, s.172, 173. Sosyal Sigortalar Kurumu Adana Bölge Hastanesinde görevli sanığın, EKG çekirmek için kendisine müracaat eden mağdureye film ve grafisinin iyi çıkması için tüm giysilerini çıkartması gerektiğini söyleyerek soyunmasını sağladıktan sonra göğüslerini ve cinsel organını tutmak suretiyle ırz ve namusuna tasaddide bulunma eyleminin 01.6.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 Sayılı TCK’nun 102/1. maddesine uyan basit cinsel saldırı suçunu oluşturduğu ... Yarg. 5.CD, 03.7.2006, 5717/6303. ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler, s.2578, 2579.

<sup>242</sup> ŞEN, s.378.

<sup>243</sup> ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2010, s.169; SOYASLAN, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2005, s.174.

hareketlerin birden çok olması suçun birden çok olması anlamına gelmez. Ancak hareketler arasında önemli bir zaman aralığı varsa iki ayrı suç sözkonusu olacaktır<sup>244</sup>.

Cinsel saldırı suçu, hareketin yapılmasıyla tamamlanan ve icrası devam etmeyen suçlardandır. Yani ani suçtur.

#### **D- Nedensellik (İllyet) Bağı**

Cinsel saldırı suçu, nedensellik bağlantısı açısından bir özellik arz etmemektedir.

#### **E- Fail**

TCK'nun 102 nci maddesinin 1 inci fıkrasında “*cinsel davranışlarla bir kimsenin vücut dokunulmazlığını ihlâl eden kişi*” denilmektedir. Bu ifadeden anlaşılacağı üzere cinsel saldırı suçunun faili kadın ya da erkek olabilir. Kanun cinsel saldırı suçunun faili bakımından herhangi bir özellik aramamıştır. Ancak failin belirli kişiler olması daha ağır cezayı gerektiren haller arasında sayılmıştır (TCK m.102/3-b, c)<sup>245</sup>.

Cinsel saldırı suçunun temel şeklinin maddi unsuru oluşturan eylemler evlilik birliği içinde eşe karşı gerçekleştirildiğinde, fail eş bu suçun (m.102/1) faili olamaz.

---

<sup>244</sup> SOYASLAN, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2005, s.174.

<sup>245</sup> 765 Sayılı TCK bakımından ise ırza tasaddi suçunun failinin ise yalnızca bir erkek olabileceği kabul edilmekteydi.

Öğretide şartlar oluştuğunda fail eşin TCK'nun 232 nci maddesindeki<sup>246</sup> kötü muamele suçunun faili olabileceği görüşü mevcuttur<sup>247</sup>.

## F- Mağdur

Suçun maddi unsurlarından biri de mağdurdur. Sadece gerçek kişiler bu suçun mağduru olabilir. Cinsel saldırı suçunda mağdurla fail arasındaki ilişkinin niteliğine göre cezanın artırılması söz konusu olabilir (TCK m.102/3-b, c).

Cinsel saldırı suçu herhangi bir kişi tarafından yaşayan kadın veya erkek herhangi bir insana karşı işlenebilir. Fail ile mağdurun aynı cinsiyette bulunmaları da mümkündür. Ölümlere yönelik cinsel saldırılar, bu suçu değil, ölümlerin hatırasına hakaret suçunu (TCK m.130/2)<sup>248</sup>, hayvanlara yönelik saldırılar ise, Hayvanları Koruma Kanunu'na aykırılığı<sup>249</sup> oluşturur. Mağdurun, kadın, erkek, genç, yaşlı, evli, dul, bekar veya bakire olması<sup>250</sup>, cinsel geçmişi, fuhuşu meslek haline getirmiş biri olması<sup>251</sup>, sosyal statüsü suçun oluşumu bakımından önemli değildir. Ancak 102 nci maddenin ilk fıkrasındaki suçun maddi unsurunu oluşturan eylemler, evlilik birliği içinde eşe karşı, diğer eş tarafından gerçekleştirildiğinde, fiile maruz kalan eş bu suçun mağduru olamaz.

---

<sup>246</sup> “Kötü muamele” suçu TCK m.232’de; “(1) Aynı konutta birlikte yaşadığı kişilerden birine karşı kötü muamelede bulunan kimse, iki aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (2) İdaresi altında bulunan veya büyütme, okutmak, bakmak, muhafaza etmek veya bir meslek veya sanat öğretmekle yükümlü olduğu kişi üzerinde, sahibi bulunduğu terbiye hakkından doğan disiplin yetkisini kötüye kullanan kişiye, bir yıla kadar hapis cezası verilir.” şeklinde düzenlenmiştir.

<sup>247</sup> MALKOÇ, Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar, 2009, s.13.

<sup>248</sup> “Kişinin hatırasına hakaret” başlıklı TCK m.130/2’de; “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.” denilmektedir.

<sup>249</sup> 24.6.2004 tarih ve 5199 Sy. Hayvanları Koruma Kanunu, RG 1.7.2004 T. ve 25509 S.

<sup>250</sup> 765 Sy. Türk Ceza Kanunu’nda ırza geçme sonucu bekaretin bozulması 417 nci maddede cezayı ağırlaştırıcı neden olarak kabul edilmiştir. Bkz. NUHOĞLU, s.618.

<sup>251</sup> Suçun mağduru kötü yolda olan bir kadın da olabilir. Bir kadın veya erkeğin kötü yolda olması onun cinsel özgürlüğe sahip olmasına engel değildir. Kötü yolda olan da vücudunu cinsel amaçları için kullanabilir. Bu konuda onun da cinsel özgürlüğü vardır. Bkz. SOYASLAN, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2005, s.171.

Buna karşılık cinsel saldırı suçunda mağdurun yaşı önemlidir. Eğer mağdur on sekiz yaşından küçükse artık cinsel saldırı suçu değil, çocukların cinsel istismarı suçu (TCK m.103) oluşur. Mağdurun on sekiz yaşından küçük olması durumunda m.102/1 değil, m.103/1 uygulanmalıdır. 5237 Sayılı TCK'nun 103 üncü maddesi 15 yaşını tamamlamamış olan çocuklar ile 15 yaşını tamamlamış olup da 18 yaşını doldurmamış olan çocuklara karşı gerçekleştirilen cinsel davranışları, 102 nci maddesi ise 18 yaşını doldurmuş olan kişilere karşı gerçekleştirilen cinsel davranışları yaptırıma bağlamaktadır.

Cinsel saldırı suçunun oluşması bakımından mağdurun yaşı önemli olduğundan, mağdurun nüfus kaydındaki yaşı ile dış görünümüne uygun yaşının birbirine uymaması durumunda, mağdurun yaşının belirlenip düzeltilmesi gerekir.

Mağdur, reşit (ergin) olan<sup>252</sup> veya reşit (ergin) kılınan bir kişidir<sup>253</sup>. Türk Medeni Kanunu'nun 11 inci maddesinde; “(1) *Erginlik onsekiz yaşın doldurulmasıyla başlar.* (2) *Evlenme kişiyi ergin kılar.*” denilmektedir. Bu durumda, Türk Medeni Kanunu'nun 124 üncü maddesi<sup>254</sup> hükümlerine göre evlenenler de onsekiz yaşından önce ergin olabileceklerdir. Ayrıca Türk Medeni Kanunu'nun 12 inci maddesinde; “*Onbeş yaşını dolduran küçük, kendi isteği ve velisinin rızasıyla mahkemece ergin kılınabilir.*” denildiğinden bu maddeye göre de kişi onsekiz yaşından önce ergin olabilecektir.

Öğretide, son olarak yürürlüğe konulan 5395 Sayılı Çocuk Koruma Kanunu'nda<sup>255</sup> onsekiz yaşından önce ergin olma veya kılınmanın çocukluk kavramını etkilemeyeceği belirtilerek, ergin kılınmanın yeterli olduğu görüşü terk edilmiştir. 5237

---

<sup>252</sup> MALKOÇ, Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar, 2009, s.13.

<sup>253</sup> MALKOÇ, Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Saldırı Suçları, 2005, s.16 ve 19.

<sup>254</sup> Türk Medeni Kanunu m.124'de; “(1) *Erkek veya kadın onyediyi yaşını doldurmadıkça evlenemez.* (2) *Ancak, hakim olağanüstü durumlarda ve pek önemli bir sebeple onaltı yaşını doldurmuş olan erkek veya kadının evlenmesine izin verebilir. Olanak buldukça karardan önce ana ve baba veya vasi dinlenir.*” denilmektedir.

<sup>255</sup> 5395 Sayılı Çocuk Koruma Kanunu'nun 3 üncü maddesinin 1 inci fıkrasının a bendinde “*Çocuk daha erken yaşta ergin olsa bile, onsekiz yaşını doldurmamış kişiyi kapsar.*” denilmektedir.

Sayılı TCK sisteminde çocuk kavramı, gerek 6 ncı madde<sup>256</sup> tanımlarında ve gerekse çocuk mevzuatında sadece yaşa dayalı olarak ifade edildiğinden, bugün onsekiz yaşından önce erginliğine karar verilenleri kapsam dışında tutmak gerekeceği görüşü mevcuttur<sup>257</sup>.

Öğretide, cinsel saldırıyı düzenleyen madde (m.102), çocukların cinsel istismarını düzenleyen madde (m.103) ile birlikte değerlendirildiğinde, cinsel saldırı suçunun sadece on sekiz yaşını tamamlamış, yani ergin olan kişilere karşı işlenebileceği görüşü mevcuttur<sup>258</sup>.

5237 Sayılı TCK'nun 102 ve 103 üncü maddeleri, 765 Sayılı TCK'nun aksine "reşit olmayan", "reşit olan" veya "reşit kılınan" gibi ifadelere yer vermeyerek mağdurun yaşını nazara alan bir düzenlemeyi öngörmesi ile 5395 Sayılı Çocuk Koruma Kanunu'nun 3 üncü maddesinin 1 inci fıkrasının (a) bendinin 5237 Sayılı Kanunu'nun 5 inci maddesiyle<sup>259</sup> birlikte değerlendirildiğinde "Çocuk; daha erken yaşta ergin olsa bile, onsekiz yaşını doldurmamış kişiyi kapsar" şeklindeki hükmü karşısında, eş dışında üçüncü şahıslar bakımından mağdurun evli veya bekar olmasına bakılmayarak nüfustaki yaş esas alınarak uygulama yapılmasının uygun olacağı düşünülmektedir<sup>260</sup>. Kanaatimizce bu durum, nüfustaki yanlış kayıtlar nedeni ile uygulama sorunları yaratabilecektir. Ülkemizde yaygın olarak kişilerin nüfusa kayıtları geç yaptırılmaktadır. Tek başına nüfus kaydının ele alınması (özellikle 18 yaşın az altında ya da az üstünde nüfus kaydının bulunması hallerinde) failin cinsel saldırı suçundan cezalandırılması gerekirken, çocukların cinsel istismarı suçundan (ya da tam tersi) cezalandırılmasına neden olabilecektir. Bu nedenle, olayın durumuna göre yaş tespiti

---

<sup>256</sup> TCK m.6'da "*Çocuk deyiminden henüz onsekiz yaşını doldurmamış kişi anlaşılır.*"denilmektedir.

<sup>257</sup> MALKOÇ, Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar, 2009, s.11 ve 55.

<sup>258</sup> TOROSLU, Ceza Hukuku Özel Kısım, s.57.

<sup>259</sup> "*Özel kanunlarla ilişki*" başlıklı TCK m.5'de; "*(1) Bu Kanunun genel hükümleri, özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlardaki suçlar hakkında da uygulanır*" denilmektedir.

<sup>260</sup> AKÇİN, İhsan, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, Yargıtay Dergisi, S.1-2, 2006, s.104.

için Adli Tıp Kurumu'nun bilgisine başvurulması uygun olacaktır. Nitekim Yargıtay da bu durumu bozma nedeni olarak görmüştür<sup>261</sup>.

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 inci 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 öğretilerde ifade edilmiştir.

Öğretilerde, cinsel saldırı suçunun hem temel şeklinde hem de nitelikli halinde korunan hukuksal değerlerin aynı olduğu ve suçun temel şeklinin de mağdur üzerinde olumsuz sonuçlar doğurabileceği (hatta daha ağır sonuçlar doğurabileceği) düşünüldüğünde ve bu suç tipinin eş tarafından işlenmesinin takibi şikayete bağlı bir suç olduğu göz önünde bulundurulduğunda, cinsel saldırı suçunun temel şeklinin eşe karşı işlenmesi durumunda da eylemi gerçekleştiren eşin ceza sorumluluğunun düzenlenmesi gerektiği savunulmuştur<sup>262</sup>.

Yine öğretilerde, m.102/2'de düzenlenen suçun eşe karşı gerçekleştirilmesi halinde soruşturma ve kovuşturma yapılmasının şikayete bağlı olması, sadece bu

---

<sup>261</sup> Kayden 1.3.1989 doğumlu olup, 2.11.1994 tarihinde nüfusa tescil edilen mağdurenin 18 yaşını bitirmesine 5 ay gibi kısa bir süre kalmış bulunmakla; mağdureye ait doğum tutanağının getirilmesi, resmi bir sağlık kuruluşunda doğmadığının anlaşılması halinde suç niteliğine etkisi bakımından, yaş tespitine esas kemik film ve grafilerinin çektilmesi, sağlık kuruluşundan rapor alınması, gerektiğinde Adli Tıp Kurumu ilgili İhtisas Kurulundan da görüş alınıp gerçek yaşının bilimsel biçimde saptanmasından sonra sanıkların hukuki durumunun tayin ve takdiri gerekirken eksik tahkikatle yazılı şekilde hükme varılması ... Yarg. 5.CD, 16.4.2008, 679/3524. MALKOÇ, Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar, 2009, s.134. Suçun oluşumuna ve niteliğini belirlemeye etkisi bakımından kardeşi ile aynı tarihte nüfusa kaydedildiği anlaşılan mağdurenin yaşı hususunda, Adli Tıp Kurumu İhtisas Kurulundan rapor alınıp, ayrıca sanıklardan Mustafa'nın 16.3.2007 tarihli kolluk beyanında geçen mağdurenin yaşının büyütülmesi için dava açılıp açılmadığı araştırılarak, dava açıldı ise getirilip incelenerek mağdurenin suç tarihindeki gerçek yaşının bilimsel biçimde saptanmasından sonra, sanıkların hukuki durumlarının tayin ve takdiri yerine, Muğla Devlet Hastanesi sağlık kurulunun raporu ile yetinilerek eksik soruşturma ile hüküm kurulması ... Yarg. 5.CD, 06.10.2008, 9420/8116. MALKOÇ, Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar, 2009, s.49.

<sup>262</sup> ÜNVER, “Türkiye’de Aile İçi Şiddetin Boyutları, Nedenleri ve Çözüm Önerileri”, s.63; ÜNVER, Yener, “Türk Ceza Kanunu’nda Tanımlanan Cinsel Suçlara Adli Tıbbi Yaklaşım”, 12. Ulusal Adli Tıp Günleri-Paneller ve Poster Sunumları, Antalya 28 Eylül-2 Ekim 2005, s.101; DÜLGER, Murat Volkan, s.558; SEVÜK, s.260.

fıkradaki halin genel olarak re'sen kovuşturulan bir suç olmasına istisna olarak kabul edilmiş bir durumdur ve bu düzenleme, maddenin birinci fıkrasında yer alan cinsel saldırı suçunun eşe karşı işlenmiş olmasını engelleyici nitelikte değildir. Kaldı ki cinsel dokunulmazlığa karşı suçların koruduğu hukuksal yarar, bireyin cinsel yaşamını özgürce düzenlemesi olarak kabul edildiğinde, eşlerden birisinin diğerinin rızasına aykırı olarak cinsel saldırı suçunun temel şekli niteliğinde eylemleri gerçekleştirmesinin suç oluşturmayacağına düşünülmemeyeceği ifade edilmiştir<sup>263</sup>.

Diğer görüş ise, Kanun koyucu cinsel saldırı suçunun temel şeklinde onsekiz yaşından büyük olmak koşuluyla fail ve mağdur açısından bir kısıtlamaya gitmemiştir. Bu nedenle cinsel saldırı suçunun nitelikli halinin eşe karşı gerçekleştirilmiş olması durumunda eylemin şikayete tabi olarak kovuşturulmasının bir sonucu olarak kanun koyucunun eşe karşı gerçekleştirilen cinsel saldırı suçunun temel şeklini cezalandırmak istemediğini belirtmiştir<sup>264</sup>.

## **G- Konu**

Cinsel saldırı suçunun konusu, saldırıya uğrayan mağdurun vücudu ve cinsel bütünlüğüdür (dokunulmazlığıdır). Bu suç tipinde, konu zarara uğradığından, bir zarar suçu söz konusudur<sup>265</sup>.

---

<sup>263</sup> YILDIZ, s.213.

<sup>264</sup> TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.209; MALKOÇ, Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar, 2009, s.60.

<sup>265</sup> ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2010, s.173.

## **H- Suçun Nitelikli Unsurları**

### ***a- Cinsel Saldırı Suçunun Vücuda Organ veya Sair Bir Cisim Sokulması Suretiyle İşlenmesi (TCK m.102/2)***

5237 Sayılı TCK m.102/2’de cinsel saldırı suçunun nitelikli hali “*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.*” şeklinde düzenlenmiştir<sup>266</sup>.

Cinsel saldırı eylemi, bireyin istemi dışında cinsel özgürlüğüne ve dokunulmazlığına yönelik olarak gerçekleştirilen en önemli saldırı türüdür<sup>267</sup>. Cinsel saldırının nitelikli haline ilişkin pek çok tanım bulunmaktadır. Örneğin; “bir kimseye istemi dışında zorla cinsel ilişkide bulunmak”<sup>268</sup> şeklinde tanımlar yapıldığı gibi, “bir erkeğin cebren bir insan üzerinde tabii veya gayri tabii şekilde cinsi münasebette bulunması”<sup>269</sup> şeklinde de tanımlanmaktadır. Bugün için daha belirgin ve kapsayıcı olması açısından eylem kısaca “bir kimseye vajinal, oral ya da anal yoldan cinsel organ ya da cisim sokulması” olarak tanımlanabilir<sup>270</sup>.

### ***aa- Cinsel Saldırı Suçunun Daha Ağır Cezayı Gerektiren Nitelikli Halinin Maddi Unsurları***

#### ***aaa- Fiil (Hareket)***

TCK m.102/2’de fiilin işleniş şeklinden dolayı eylem, birinci fıkradaki temel haline göre daha ağır cezaya tabi tutulmuştur. Birinci fıkradaki fiil “*cinsel davranışlarla*

---

<sup>266</sup> 765 Sayılı TCK’nda bu hükmün karşılığını 416 ncı maddenin 1 nci fıkrasında düzenlenen ırza geçme suçu oluşturmaktadır. Bu maddede, “*On beş yaşını bitiren bir kimsenin cebir ve şiddet veya tehdit kullanmak suretiyle ırzına geçen (...) cezalandırılır*” denmektedir.

<sup>267</sup> DÜLGER, Murat Volkan, s.546.

<sup>268</sup> DÜLGER, Murat Volkan, s.546.

<sup>269</sup> ÖNDER, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.444.

<sup>270</sup> DÜLGER, Murat Volkan, s.546.

*bir kimsenin vücut dokunulmazlığını ihlal edilmesi*”dir. Cinsel saldırı suçunun nitelikli halini düzenleyen m.102/2 ise, cinsel davranışlarla bir kimsenin vücut dokunulmazlığını ihlal edecek fiilin vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle işlenmesi durumunu cezalandırmaktadır.

Cinsel saldırı suçunun nitelikli halinin maddi unsuru “vücuda organ veya sair bir cisim sokulması”dır. Suçun maddi unsurunu oluşturan hareket, suçun nitelikli hali bakımından vücuda organ veya başkaca bir cisim sokma olarak belirtilmiştir<sup>271</sup>.

Madde gerekçesinde belirtildiği üzere bu fiilin cinsel amaçla işlenmesi aranmamaktadır. Buna göre, cinsel amacın varlığı aranmadan cinsel davranıştan söz etmenin ve ayrıca vücuda organ veya sair bir cisim sokulmasının cinsel bir davranış olarak nitelendirmenin mümkün olup olmadığı ya da bu düzenleme karşısında aslında korunan hukuksal değer cinsel dokunulmazlık değil de vücut dokunulmazlığı mı olduğu hususları açık olmaması nedeniyle öğretilerde eleştirilmiştir<sup>272</sup>. Her ne kadar maddenin tümünden ve gerekse gerekçesinden vücuda organ veya başkaca bir cisim sokulmasının, cinsel saldırı suçunun nitelikli hali olarak düzenlendiği sonucuna varılsa da, bu haliyle m.102/2’de gerçekte cinsel saldırı suçunun nitelikli halinin mi, yoksa ondan tamamen bağımsız ayrı bir suçun mu söz konusu olduğu öğretilerde tartışılmıştır<sup>273</sup>. Bu çerçevede cinsel amaç olmadan vücuda organ, söz gelimi kulağa parmak sokmanın da cinsel saldırı suçunun nitelikli halini oluşturduğu söylenebilecektir ki, bunun kabulü mümkün değildir. Kanun koyucuyu, böyle bir düzenlemeye iten neden, ırz ve namus ile bunlara saldırıyı ifade etmek üzere kullanılan ırza geçme ve tasaddi kavramlarının yerine başka bir terim bulma ve her iki kavramı da cinsel saldırı başlığı altında toplama zorunluluğudur<sup>274</sup>.

---

<sup>271</sup> Buna karşılık 765 Sayılı TCK’nda ırza geçme suçunun maddi unsurunu, erkek tenasül organının, mağdurun tenasül organına veya anüsüne kısmen veya tamamen girecek biçimde ithal edilmesi oluşturmaktaydı Yani failin, tenasül organını, mağdurun vücuduna ithal kastı ile hareket etmesi aranmaktaydı. Hareket bu kasıtlı yapılmakla birlikte ithal gerçekleşmemişse, ırza geçmeye teşebbüsten söz edilirdi. Buna karşılık, ırza tasaddi suçunda failde mağdurla cinsel ilişkide bulunma kastı aranmıyordu. TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.214, 215.

<sup>272</sup> SEVÜK, s.256.

<sup>273</sup> TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.223; SEVÜK, s.256.

<sup>274</sup> TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.223.

Gerçekte cinsel özgürlüğü hareket noktası yapan bir anlayışın, evlenmekle kişinin cinsel özgürlüğünü diğer eşe terk etmediği düşüncesinden hareketle, cinsel saldırının temel şeklinin eşler arasında işlenmesi durumuna ilişkin olarak da bir düzenleme getirmesi gerektiğinden bahisle bu durum öğretilerde eleştirilmiştir<sup>275</sup>. Oysa kanun koyucu böyle bir yola gitmemiş, eşler arasında gerçekleşen cinsel saldırıyı, yalnızca m.102/2 açısından suç olarak düzenlemiştir. Bu da, gerçekte burada nitelikli bir halin değil, tamamen bağımsız bir suçun söz konusu olduğu görüşüne üstünlük kazandırmaktadır<sup>276</sup>.

Aslında m.102/1 kapsamına giren cinsel saldırının eşe karşı işlenmesi durumunda da suçun oluşturacağı söylenebilir ise de; böyle bir yorum, m.102/2’de suçun nitelikli halinin eşler arasında işlenmesinin şikayete bağlı tutulması karşısında, temel şeklinin re’sen kovuşturulması sonucuna yol açacağından, kanun koyucunun eşler arasında gerçekleşen cinsel saldırının temel şeklini suç saymak istemediği sonucuna varılabilir<sup>277</sup>.

Cinsel saldırı suçunun nitelikli halinin maddi unsurları öğretilerde değerlendirilirken, objektif olarak cinsel arzunun açığa çıkarılması niteliği taşımayan bir davranışın örneğin cop sokmanın, cinsel saldırı suçunu oluşturmayacağı, buna göre maddenin 1 inci fıkrasındaki temel cinsel saldırı hükmü dayanak yapılarak düzenlenmiş bulunan 2 nci fıkradaki suçun oluştuğundan da söz edilemeyeceği savunulmuştur<sup>278</sup>. Bu görüşe göre, şehvi nitelik taşımayan bir davranışın mağdura acı vermesi nedeni ile yaralama suçu, süreklilik arz ediyorsa işkence ya da eziyet suçu içinde değerlendirilebileceği savunulmuştur<sup>279</sup>. Buna göre; maddede eylemin vücuda organ

---

<sup>275</sup> TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.223. Avrupa Birliğine uyum için çıkarılan bir Ceza Kanunu’nun gerekçesinde, eşler arasında gerçekleşen cinsel saldırının suç oluşturabilmesi için “*tıbbi ve doğal sınırlar*”ın aşılması gereğine işaret edilmesi eleştirilmiştir. TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.223, dn.99.

<sup>276</sup> TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.223.

<sup>277</sup> TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.223; Aynı doğrultuda bkz. HAFIZOĞULLARI, Zeki, Beşeri Cinsellik ve Yeni Türk Ceza Kanunu, Türk Hukuk Kurumu 71. Yıl Kuruluş Armağanı, Ankara 2005, s.363.

<sup>278</sup> MERAN, s.319, 320.

<sup>279</sup> MERAN, s.319, 320. Yargıtay’a göre ise, cinsel saldırı suçunun nitelikli halinde önemli olan failin saiki değil, vücuda organ veya cisim sokulup sokulmamasıdır. Sanık Zeki’nin diğer sanıklarla fikir ve eylem birliği içerisinde borcunu ödemeyen katılanı oturturmak suretiyle bira şişesini anüsüne sokmaktan ibaret eyleminin nitelikli cinsel saldırı suçunu oluşturduğu gözetilerek hakkında 5237 Sy. TCK’nun

veya sair bir cisim sokma hareketinin objektif olarak şehvi nitelik taşıması nedeniyle yapılması gerektiği anlaşılmalıdır. Burada failin cinsel tatmin amacıyla hareket etmesi değil, objektif olarak herkesin anlayabileceği, cinsel arzunun açıklanması niteliği taşıyan hareketin vücuda cisim ya da organ sokmak suretiyle yapılması söz konusudur. Aksi takdirde oral ya da anal veya vajinal bölgeye ya da 102 nci maddede, “vücuda” denilmiş olması dolayısıyla kulağa, göze ya da vücudun herhangi bir bölgesine sokulan her cisim, hareketin niteliği ne olursa olsun cinsel saldırı oluşturacaktır. Buna göre, vücudun anal ya da oral bölgesine veya vajinal bölgesine cinsel tatmin amacıyla ya da cinsel tatmin amacıyla olmasa bile, cinsel arzuyu ifade eden bir yapay aletin, cismin veya organın sokulması bu fıkradaki suçu oluşturur. Ancak suçun oluşması için failin eyleminin cinsel tatmin özel kastı ile gerçekleştirilmiş olması gerekmez. Cinsel saik ile gerçekleştirilmiş olsa bile, cinsellik niteliği olmayan bir davranışın cinsel saldırı olarak kabul edilmesinden söz edilemez. Aksi halde vücuda sokulan bir toplu iğneden bile cinsel saldırı vasıtası olarak söz edilebilecektir<sup>280</sup>.

Cinsel saldırı suçunun nitelikli halinin gerçekleşmesi için vücuda organ veya cismin sokulmuş olması gerektiği için mağdurun direnmesi veya engel başka bir neden yüzünden organ veya cismin vücuda sokulmaması durumunda m.102/2 uyarınca ceza belirlenip teşebbüs nedeniyle cezanın indirilmesi yoluna mı gidilecek, yoksa m.102/1’in uygulanması mı gerekecek konusu öğretilerde tartışılmıştır<sup>281</sup>. TCK m.102/2, m.102/1’in nitelikli hali olarak kabul edilecek olursa, bu nitelikli hal gerçekleşmediği için faili ancak m.102/1 uyarınca cezalandırmak gerekecektir. Burada basit cinsel saldırıdan bağımsız bir suça yer verildiği görüşüne göre ise böyle bir durumda m.102/2’ye göre belirlenecek cezanın teşebbüs nedeniyle indirilmesi yoluna gidilmesi gerekecektir<sup>282</sup>.

Suçun maddi unsurunu oluşturan hareket sokma olarak belirtildiğinden, kadının kendi vücuduna organ sokmaya zorlaması durumunda bu suçun

---

102/2, 102/3-d maddeleri uyarınca mahkumiyet kararı verilmesi gerekirken yazılı gerekçeyle beraatine karar verilmesi ... Yarg. 5.CD, 01.5.2008, 2420/3829. MALKOÇ, Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar, 2009, s.135, 136.

<sup>280</sup> MERAN, s.319, 320.

<sup>281</sup> Bu konu ile ilgili bkz. “teşebbüs” başlığı.

<sup>282</sup> TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.224.

oluşmayacağı sonucu ortaya çıkmaktadır. Bundan başka maddi unsurun sokma olarak belirtilmiş olması nedeniyle failin, mağduru kendi vücuduna cisim sokmaya zorlamasının da bu suçu oluşturmayacağı görüşü öğretide mevcuttur<sup>283</sup>.

Suçun bu nitelikli halinin gerçekleşmesi bakımından organ veya başkaca bir cismin vücuda sokulması gerektiği belirtilmiş ise de; bunun vücudun hangi bölgesi olduğu kanunda açıkça belirtilmemiş, buna karşılık gerekçede bu deyim, vajinal, anal veya oral yoldan vücuda organ veya başkaca bir cisim sokulmasıyla sınırlandırılmıştır<sup>284</sup>.

Bu madde anlamında organ deyimini, yalnızca erkeklik organını değil, sayılan vücut boşluklarına girebilecek, söz gelimi parmak gibi başka organları da içermektedir. Organın vücudun sayılan üç boşluğuna sokulması durumunda nitelikli hal gerçekleştiğine göre, acaba parmağın ağza sokulması durumunda da bu suçun olduğu söylenebilecek midir? Madde gerekçesine bakıldığında, cinsel arzuları tatmin etme saikiyle failin hareket etmiş olması da aranmayacağına göre, ilk bakışta bu soruya olumlu yanıt vermek gerektiği düşünülebilir. Ancak dış görünüş olarak birden fazla anlam içeren bu tür bir davranışın cinsel saldırı suçunun nitelikli hali sayılabilmesi için, failde cinsel tatmin saikinin varlığını aramak gerekmektedir<sup>285</sup>. Öğretide, cinsel amaç dışında bir kimsenin bir yerine cisim sokulmasının, gerekçede aksi yöndeki açıklamalara rağmen cinsel saldırı suçunu değil, hakaret ve kasten yaralama suçlarını oluşturabileceği düşünülmektedir<sup>286</sup>.

Suçun bu nitelikli halinin (m.102/2) maddi unsuru, vücuda vajinal, anal veya oral yoldan organ veya sair bir cismin ithal edilmesidir. Vücuda teriminin, cinsel saldırı

---

<sup>283</sup> TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.224.

<sup>284</sup> TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.224. Bunun kanunilik ilkesi açısından eleştirisi için bkz. YARSUVAT/BAYRAKTAR/YÜZBAŞIOĞLU/ERDOĞAN/KOCASAKAL/AKSOY/MEMİŞ/KURT/TANSUĞ/YILMAZ, s.308, dn.102.

<sup>285</sup> TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.224. Bu konuda ayrıca bkz. SEVÜK, s.259; TOROSLU, Ceza Hukuku Özel Kısım, s.59 vd. AYDIN da, vücuda organ veya cisim sokmanın, bizzat bir cinsel davranış olup olmadığını sormakta ve cinsel saik temeline dayalı bir düzenlemeye yer verilmesinin daha yerinde olacağına işaret etmektedir. Bkz. AYDIN, Öykü Didem, “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar”, HPD, s.158.

<sup>286</sup> HAFIZOĞULLARI, s.362 vd.

suçunun anlamını oldukça genişlettiği ve kanunilik ilkesiyle bağdaşmadığı gerekçesiyle öğretilerde eleştirilmiştir<sup>287</sup>. Kanunilik ilkesi gereği vücudun hangi bölgesi olduğu belirtilmeliydi. Maddenin gerekçesinde yazmak suretiyle kanunilik ilkesinin yerine getirildiğinden söz edilemez<sup>288</sup>.

Suçun nitelikli halinin oluşması için; vücuda penis ithal edilebileceği gibi, vajinal, anal veya oral yoldan<sup>289</sup> vibratör, cop, kalem, şişe, sopa, iğne, çivi, havuç, salatalık gibi sair cisimlerin sokulması da mümkündür<sup>290</sup>. Bir başka deyişle sadece vücuda bir organın veya sair bir cismin sokulması bu suçun oluşması için yeterlidir. Yine madde de organdan söz ettiği için parmak ile de cinsel saldırı gerçekleştirilebilir<sup>291</sup>. Mağdurun vücuduna sokulan objenin de önemi yoktur. Sair cisim, katı bir madde olabileceği gibi, sıvı da olabilir. Zira bu suç ile mağdurun maddi bir acı hissetmesi aranmadığından, cinsel dokunulmazlığın ihlali sonucunu doğuran her türlü cismin vücuda ithali suç oluşturur<sup>292</sup>.

102 nci maddenin gerekçesinde “davranışların cinsel arzuların tatmini amacına yönelik olması şart değildir” denmektedir. Zaten cisim sokma ve hatta bazı organların sokulmasıyla esasen cinsel haz duymak söz konusu olmayabilir. Önemli olan cinsel kişiliğin, kimliğin saldırı hedefi olarak alınmasıdır. 765 Sayılı Kanunda olduğu gibi, şehvi duyguların tatmini tek amaç değildir<sup>293</sup>.

Yukarıda da belirtildiği üzere cinsel saldırı suçunun (gerek temel şekli gerekse nitelikli hali) temel özelliği, eylemin mağdurun iradesi dışında gerçekleştirilmiş

---

<sup>287</sup> “Vücuda organ veya cisim sokmak” ibaresinin kanunilik ilkesi bakımından tehlikeli olduğu savunulmuştur. ÖZTÜRK, s.144.

<sup>288</sup> SEVÜK, s.257.

<sup>289</sup> *Akçin*, cinsel arzuların tatmini amacına yönelik ve bunu gerçekleştirmeye uygun ve elverişli olmayan parmak, cop veya sopanın ağza sokulması ile cinsel saldırı suçunun nitelikli halinin oluşmayacağı görüşündedir. Bkz. AKÇİN, s.111.

<sup>290</sup> *Nuhoğlu*, eylemin her hangi bir araçla gerçekleştirilmesinin bu suçu oluşturması gerektiğini savunmaktaydı. Bkz. NUHOĞLU, s.619.

<sup>291</sup> ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2010, s.174; SEVÜK, s.258. New York Ceza Yasası vajinaya parmak sokulmasını ırza geçme olarak değil, ağır cinsel saldırı olarak düzenlemiştir. Bkz. AYDIN, Öykü Didem, “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar”, HPD, s.159.

<sup>292</sup> MALKOÇ, Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar, 2009, s.56, 57.

<sup>293</sup> MALKOÇ, Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar, 2009, s.58.

olmasıdır. Bu itibarla 102 nci maddenin gerekçesinde de belirtildiği üzere suç, mağdura karşı cebir, tehdit veya hile ile gerçekleştirilebileceği gibi, örneğin bilincinin yitirilmesine neden olmak veya uyku hali dolayısıyla bilincinin kapalı olmasından yararlanmak gibi iradesini sakatlayan başka araçlarla da işlenebilir. Kanun koyucu, cebrin cinsel saldırıyı gerçekleştirmeye yetecek ölçünün ötesinde kullanılması halinde, failin ayrıca kasten yaralamadan da sorumlu tutulacağını belirtmiştir (m.102/4)<sup>294</sup>.

Kendisi ya da yakınları üzerinde ileride gerçekleştirilecek bir kötülüğün mağdura bildirilmesi şeklinde olan tehdit, mağdurun hayatına, vücut bütünlüğüne, mal varlığına veya şeref ve haysiyetine yönelik olabilir (bkz. m.106)<sup>295</sup>. Ancak bunun mağdurun cinsel saldırıya boyun eğmesini sağlayacak ciddilikte bulunması, diğer bir anlatımla, gerçekleştirileceği bildirilen bu zararın, cinsel saldırı sonucunda oluşacak zarardan daha ağır olması aranır. Ancak bu nitelikte bir tehdit, iradeyi ortadan kaldıracabileceğinden somut olayda hakim tehdidin bu nitelikte olup olmadığını araştıracaktır<sup>296</sup>. 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, Yargıtay kadını cinsel ilişki sırasında gören ve kendisi ile cinsel ilişkide bulunmaması halinde, ailesine durumu intikal ettireceğini söyleyen kişinin fiilini tehdit saymamıştır<sup>297</sup>. Öte yandan tehdidin suçun işlendiği sırada cinsel davranışı gerçekleştirmek amacıyla kullanılmış olması gerekir.

---

<sup>294</sup> ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2010, s.175.

<sup>295</sup> Tehdit suçunun düzenlendiği 5237 Sy. TCK m.106'da; "(1) 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. (2) Tehdidin; a) Silâhla, b) Kişinin kendisini tanınmayacak bir hâle koyması suretiyle, imzasız mektupla veya özel işaretlerle, c) Birden fazla kişi tarafından birlikte, d) Var olan veya var sayılan suç örgütlerinin oluşturdukları korkutucu güçten yararlanılarak, İşlenmesi hâlinde, fail hakkında iki yıldan beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. (3) Tehdit amacıyla kasten öldürme, kasten yaralama veya malvarlığına zarar verme suçunun işlenmesi hâlinde, ayrıca bu suçlardan dolayı ceza verilir." denilmektedir.

<sup>296</sup> ARTUK, Mehmet Emin/GÖKCEN, Ahmet/YENİDÜNYA, A. Caner, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Gözden Geçirilmiş Yenilenmiş 9. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2008, s.210. Aynı doğrultuda bkz. TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.213.

<sup>297</sup> Yarg. 5.CD, 16.2.1983 153/488. TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.213. Oysa İtalyan Yargıtayının tespit ettiği üzere, cebir veya tehditten maksat, mağduru karşı koyma imkansızlığında bırakacak şekilde onun iradesinin bertaraf edilmesi olmayıp, mağdurun irade özerkliğini kısıtlaması yeterlidir. Bkz. TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.213, 214.

Nitekim Yargıtay, suçun işlenmesinden sonra olanları başkasına söylemesi durumunda mağdura kendisini öldüreceğini söylemesini tehdit saymamıştır<sup>298</sup>.

Öte yandan mağdur, cebir veya tehdit dışında başka nedenlerle de cinsel davranışa karşı koyma yeteneğine sahip bulunmayabilir. Eğer mağdur cinsel davranış karşısında kendini savunmak için yeterli irade oluşturamıyor, açıklayamıyor veya gerçekleştiremiyorsa fiile direnemeyecek durumdan bahsedilir. Bu durum, örneğin mağdurun akıl veya beden hastalığından, failin hileye başvurmuş olmasından veya mağdurun çaresizliğinden kaynaklanabilir. Fiilin işlendiği sırada mevcut bulunmak şartıyla bu durumun sürekli veya geçici olması önemli değildir<sup>299</sup>.

Özellikle failin gerçekte yerine getirmeyeceğini bildiği halde, evlenme vaat ederek cinsel davranışı gerçekleştirmesinin hileli sayılıp sayılamayacağı sorulabilir. 765 Sayılı TCK’nda evlenme vaat ederek “kızlığın bozulması” ayrı bir suç olarak düzenlendiği halde (m.423<sup>300</sup>); 5237 Sayılı TCK’na bu yönde bir hüküm konulmamıştır. Cinsel davranışa mağdurun rıza göstermesini sağlamak için başvurulmuş her türlü aldatıcı davranış ve bu arada evlenme vaadine inanarak gösterilen rıza geçerli olmayacağı için cinsel saldırı suçunun oluşacağı öğretide savunulmuştur<sup>301</sup>.

Aksi görüşe göre ise, evlenme vaadi ile cinsel saldırı suçu işlenemez. Önceki uygulamada olduğu gibi 5237 Sayılı Kanun’un uygulamasında da evlenme vaadi hile sayılmayacaktır. Çünkü hilenin yöneldiği konu, fiilin şartlarına ilişkin olmalıdır. Oysa bu halde ileriye dönük, şarta bağlı bir vaat vardır. Bu ise suçun oluşumunu sağlayan şiddet veya tehdit yerine konulamaz<sup>302</sup>.

---

<sup>298</sup> Yarg. 5.CD, 03.5.2007, 156/3197. ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler, s.2583.

<sup>299</sup> TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.214.

<sup>300</sup> 765 Sy. TCK m.423’de; “(1) Her kim onbeş yaşını dolduran bir kızı alacağım diye kandırıp kızlığını bozarsa altı aydan iki seneye kadar hapsolünür. (2) Evlenme vukuu halinde dava ve ceza tecil olunur. Şu kadarki beş sene içinde koca aleyhine boşanmaya hükmolünürsa hukuku amme davası avdet eder ve evvelce ceza hükmolünmüşsa çektirilir.” denilmektedir.

<sup>301</sup> TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.214.

<sup>302</sup> MALKOÇ, Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar, 2009, s.15 ve 59.

Diğer bir aksi görüşe göre de, hileli vasıtalar kullanmak ve direncin kırılmış olması ile hileli vasıtalarla rızanın elde edilmiş bulunması farklı olduğundan, mağdura vaat edilenlerin daha sonra gerçekleştirilmemesi halinde vasitanın hileli olduğundan söz edilemez. Evlenme vaadi cinsel saldırı suçu bakımından hile olamaz; zira burada vaade rağmen mağdurda fiile rıza gösterip göstermeme iradesi yine mevcuttur<sup>303</sup>. Hile, mağdurda fiile direnemeyecek bir durum yaratmalı, buna elverişli olmalıdır. Evlenme vaadi, basit kaba yalanlar hile olarak kabul edilmemektedir<sup>304</sup>.

Manevi cebirle cinsel saldırıdan söz edebilmek için tehdidin cinsel ilişkide bulunmak amacıyla yapılması gerekir. Mağdurun tehdide karşı koyma ve tehdidi herhangi bir şekilde ortadan kaldırma olanağı bulunmamalıdır<sup>305</sup>.

### ***bbb- Fail***

Cinsel saldırı suçunun nitelikli halinde eylemin erkek tarafından kadına yönelik olarak gerçekleştirilmesi mümkün olduğu gibi kadın tarafından erkeğe yönelik olarak gerçekleştirilmesi ya da aynı cinsler arasında gerçekleştirilmesi de mümkündür.

Suçun bu nitelikli hali, vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilebileceğinden faili kadın ve erkek olabilir<sup>306</sup>.

Bir kadının bir erkeği kendisiyle cebir, şiddet, korkutma ve tehdit ile cinsel ilişkiye zorlaması halinde cinsel saldırı suçunun faili kadındır (TCK m.28)<sup>307</sup>.

---

<sup>303</sup> ÖNDER, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.461.

<sup>304</sup> GÜRKAN/UĞUZ, s.256.

<sup>305</sup> GÜRKAN/UĞUZ, s.256.

<sup>306</sup> 765 Sayılı TCK döneminde ırza geçme suçunun tanımından hareketle failin ancak bir erkek olabileceği kadının ise bu suça asli maddi fail olarak iştirak edebileceği öğretide ileri sürülmektedir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 4.6.1990 tarih ve 101/56 Sayılı kararında da ırza geçme; "aktif failin cinsel organını, diğerinin vücuduna normal veya anal yoldan menisini boşaltacak şekilde kısmen veya tamamen ithal etmesi, sokması" şeklinde tanımlanmıştır. ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2010, s.175; SEVÜK, s.256. Bu tanım esas alındığında, kadının bu suçun faili olmasına imkan yoktur. Bu nedenle kadının başka bir kadını lezbiyen ilişkiye zorlaması veya kadının bir erkeği cinsel ilişkiye zorlaması halleri ırza geçme olarak değerlendirilmemektedir. NUHOĞLU, s.615.

Bazı durumlarda failin sıfatından dolayı kovuşturmanın yapılması şikayete tabidir. Şikayetin yapılması ve fiilin gerçekleştiğinin kabulü durumunda, faile ceza verilecektir. Bu husus TCK'nun 102 nci maddesinin 2 nci fıkrasının 2 nci cümlesinde; *"bu fiilin eşe karşı işlenmesi halinde, soruşturma ve kovuşturmanın yapılması mağdurun şikayetine bağlıdır"* şeklinde ifade edilmiştir. TCK m.102/2 c.2'ye göre, suçun eşe karşı işlenmesi mümkün olduğundan eşlerden biri bu suçun faili olabilir<sup>308</sup>.

### ***ccc- Mağdur***

Cinsel saldırı suçunun nitelikli halinin mağduru cinsel saldırı suçunun temel şeklinde olduğu gibi yaşayan kadın veya erkek herhangi bir insan olabilir. Yine fail ile mağdurun farklı ya da aynı cinsiyetten olması da önemli değildir. Mağdurun çocuk olması halinde uygulanacak hüküm, 103 üncü maddenin 2 nci fıkrasıdır.

5237 Sayılı TCK'nun 102 nci maddesinin 2 nci fıkrası, 765 Sayılı TCK'nun 416 ncı maddesinden farklı olarak, mağdurun 18 yaşından büyük olmasını aramıştır. Gerçekten 5237 Sayılı TCK uyarınca, söz konusu fiil cebir, tehdit, hile ve iradeyi etkileyen başka bir araçla 15 yaşından büyük yani 18 yaşını doldurmamış mağdura karşı gerçekleştirilirse, uygulanacak hüküm çocukların cinsel istismarına ilişkin 103 üncü maddenin 2 nci fıkrasıdır. Şayet 15-18 yaşları arasındaki mağdurla cebir, tehdit ve hile olmaksızın cinsel ilişkiye girilmişse fail, 104 üncü maddeye göre cezalandırılacaktır. Bu son ihtimal, 765 Sayılı TCK'nun 416 ncı maddesinin son fıkrasında yaptırıma bağlanmıştır.

---

<sup>307</sup> SEVÜK, s.257. 12.5.2003 tarihinde TBMM'ye sunulan TCK Tasarısı'nın "Zorla ırza geçme" suçunu düzenleyen m.315/3'deki *"Bu maddede yazılı fiilin birinci fıkrada belirtilen hal ve suretlerle kendisine karşı yapılmasını sağlayan kimseye aynı ceza verilir"* hükmüne kanunda yer verilmemiştir. TCK Kadın Çalışma Grubu tarafından "TCK 2002 Tasarısı Değişiklik Talepleri"nde, bu düzenleme, *"kendisine yapılmasını sağlamak"* ifadesinin yanlış yorumlara yol açabilecek ve cinsel tecavüz mağdurunun yaşadığı şiddetten sorumlu tutulmasına sebep olabilecek son derece tehlikeli bir belirsizlik içerdiği gerekçesiyle eleştirilmiştir. Bkz. <http://www.istanbulbarosu.org.tr/merkezler>.

<sup>308</sup> 765 Sayılı TCK'nda düzenlenen haliyle kocanın ırza geçme suçunun faili olamayacağı Yargıtay kararlarında ve öğretide kabul edilmekteydi. SOYASLAN, Doğan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2. Baskı, Ankara 1997, s.298; ÖNDER, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.445. Kocanın bu suçun faili olabileceği hususunda bkz., CENTEL s.63, NUHOĞLU s.616.

5237 Sayılı TCK ile evlilik içi cinsel saldırı fiili suç olarak kabul edildiğinden cinsel saldırı suçunun nitelikli hali eşe karşı da işlenebilir. Ancak cinsel saldırı suçunun nitelikli hali eşe karşı gerçekleştirildiğinde, soruşturma ve kovuşturmanın yapılması mağdurun şikayetine bağlıdır. Böylelikle kanun koyucu cinsel saldırı fiilinin evlilik birliği içinde gerçekleşmesi halinde, aile birliğine doğrudan müdahale etmemeyi tercih etmiştir<sup>309</sup>.

### *i- Suçun Eşe Karşı İşlenmesi*

#### *(i)- Mukayeseli Hukuktaki Durum*

Kocanın karısı ile zorla cinsel ilişkide bulunması eylemi, eski hukuk anlayışı ve kuralları çerçevesinde uzun yıllar suç olarak kabul edilmemiştir. Evlilik akdinin eşlere cinsel ilişkide bulunmak hak ve yükümlülüğünü de getirdiği ve özellikle kocanın bu hakka bağlı olarak karısının rızası dışında cinsel ilişkide bulunması halinde suçlanamayacağı ileri sürülerek kocaya bir “muafiyet” tanınmıştır. Ancak, toplumsal gelişmelere paralel olarak, kadının toplumdaki ve aile içerisindeki konumunun da değişmesi, gerek özel hukuk gerekse kamu hukuku bakımından bir anlayış ve tutum değişikliğini de beraberinde getirmiştir. Önceleri aile içi ilişkilere müdahalede bulunmaktan kaçınan hukuk sistemleri, artık kadının evlilik içindeki haklarının ve statüsünün de eşit olarak korunması için gerekli düzenlemeleri benimsemekte ve gerçekleştirmektedir. Bu değişimin en önemli örneklerinden biri de evlilik içi cinsel saldırı eyleminin suç teşkil etmesi ve kocanın cezalandırılabilmesi yolunda bugün birçok ülkede yapılan yasal ya da yargısal değişiklik ve düzenlemelerdir<sup>310</sup>.

Karşılaştırmalı hukukta evlilik birliği içinde gerçekleşen cinsel saldırı suçuna yaklaşım ülkeden ülkeye farklılık göstermektedir. Buna göre eşler arasında gerçekleşen cinsel saldırı eyleminin suç sayılıp sayılmayacağı konusunda ülkeleri üçe ayırmak

---

<sup>309</sup> ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2010, s.175.

<sup>310</sup> BAFRA, Jale, “Türk Hukuku ve Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Evlilik İçi Zorla Cinsel İlişki Eyleminin Hukuki Statüsü”, İstanbul Barosu Dergisi, C.69, S.10-11-12, İstanbul 1995, s.569.

mümkündür<sup>311</sup>. Bunlardan birinci gruptakiler açık bir biçimde cinsel saldırı eyleminin evlilik birliği dışında gerçekleşmesini suç olarak düzenlemektedirler. Karı koca arasında cinsel saldırı suçunun meydana gelmeyeceğini açıkça belirtmişlerdir. İkinci gruptakiler ise bu konuda sessiz kalmakta ve sorunun çözümünü öğretti ve uygulamaya bırakmaktadırlar. Bu grupta, cinsel saldırı suçu, mağduru ve işleniş biçimine göre ele alınmıştır. Buna göre karısını olağan yoldan cinsel ilişkiye zorlayan kocanın eylemi müessir fiil veya benzeri bir suç olabilmektedir. Bu konudaki üçüncü ve son zamanlarda oluşan gruptakiler ise cinsel saldırı eyleminin evlilik birliği içinde gerçekleşmesinin suç oluşturduğunu açık bir biçimde ifade etmektedirler<sup>312</sup>. Örneğin, Kanada Ceza Kanunu'nda halen mevcut düzenleme böyledir. Kanada'da 1982 yılına kadar "kocanın evlilik içinde karısına karşı cinsel saldırı suçunu işleyemeyeceği..." hükmü ceza kanununda yer almakta idi. 1982 yılında yapılan değişiklik ile 278 inci maddede<sup>313</sup> eşlerin gerek birlikte gerek ayrı yaşamaları halinde, birbirlerine karşı cinsel saldırı nedeniyle suçlanabileceği, hükmü getirilmiştir<sup>314</sup>. Hatta bir kararda, birlikte oturlan kişiye karşı yapılan cinsel saldırınının, güven unsurunu ihlali bakımından ağır cinsel saldırı sayılacağı belirtilmiştir<sup>315</sup>.

---

<sup>311</sup> *Artuk/Gökçen/Yenidünya*; eşler arasında cinsel saldırı fiilinin suç sayılıp sayılmayacağı konusunda ceza kanunlarını iki gruba ayırarak incelemiştir. Bkz. ARTUK, Mehmet Emin, "Kadına Yönelik Cinsel İstismara Örnek Olarak Evlilik İçinde Irza Geçme ve Fücür", Kadına Yönelik Cinsel Şiddete Karşılaştırmalı Hukukun Yaklaşımı, İstanbul Barosu Kadın Hakları Uygulama Merkezi Yayını No:1, 2002, s.32; ARTUK, Mehmet Emin/YENİDÜNYA, A.Caner, "Evlilik İçinde Irza Geçme", Cumhuriyet'in 75. Yıl Armağanı, İstanbul 1999, s.58; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2010, s.176.

<sup>312</sup> DÜLGER, Murat Volkan, s.551; DÜLGER, İbrahim, Irza Geçme Suçunun Fail ve Mağdur Açısından Değerlendirilmesi, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Milenyum Armağanı, C.8, S.1-2, Konya 2000, s.228 vd.

<sup>313</sup> Kanada Ceza Kanunu'nun 271 inci maddesi, cinsel saldırı; 272 nci maddesi, silah, tehdit ve benzeri araçlar kullanmak suretiyle cinsel saldırı ve 273 üncü maddesi, ağır cinsel saldırı suçlarını düzenlemektedir. Söz konusu kanunun 278 inci maddesi eşler birlikte yaşamasalar dahi, evli eşin 271, 272 ve 273 üncü maddelere göre cezalandırılabilceğini belirtmiştirARTUK, "Kadına Yönelik Cinsel İstismara Örnek Olarak Evlilik İçinde Irza Geçme ve Fücür", s.34; ARTUK/YENİDÜNYA, s.61; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2010, s.178.

<sup>314</sup> ARTUK, "Kadına Yönelik Cinsel İstismara Örnek Olarak Evlilik İçinde Irza Geçme ve Fücür", s.34; ARTUK/YENİDÜNYA, s.61; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2010, s.178; BAFRA, s.569, 570; ÖRÜCÜ, Esin, "Karşılaştırmalı Hukukta Evlilik Birliği İçinde Irza Geçme", İstanbul Barosu Dergisi, C.66, S.1-2-3, İstanbul 1992, s.100.

<sup>315</sup> BAFRA, s.569, 570.

Açık bir biçimde cinsel saldırı eyleminin evlilik birliği dışında gerçekleşmesini suç olarak düzenleyen birinci gruptaki ceza kanunlarına örnek olarak 1.10.1992'ye kadar İsviçre CK m.187, 1991 yılına kadar Hollanda CK m.242, 1994 yılına kadar Finlandiya CK, Doğu Alman CK m.121 gösterilebilir. Amerika Birleşik Devletleri'nin 3 eyaletinde de (Alabama, Illinois, South Dakota) eşler ayrı yaşasalar da fiil suç oluşturmamaktadır. 1871 ve 1975 şekliyle Federal Alman CK<sup>316</sup> bu gruba dahildi. Federal Alman Ceza Kanunu'nda evlilik içinde meydana gelen cinsel saldırı olaylarının suç haline getirilmesi konusunda reform çalışmaları 1 Temmuz 1997 tarihinde yapılmıştır. 26.01.1998 tarihinde yapılan değişiklikle Alman Ceza Kanunu'nun 177 nci maddesinde yer alan "evlilik dışı" ibaresi metinden çıkarılarak eşe karşı yapılan rıza dışı cinsel ilişki eylemi cinsel saldırı suçu kapsamına alınmıştır<sup>317</sup>.

Hollanda'da 1991 yılında yapılan değişiklik öncesi, Hollanda Ceza Kanunu'nun 242 nci maddesine göre evlilik cinsel saldırıya engeldir. Hollanda Temyiz Mahkemesi 1988 yılında verdiği bir kararda cinsel saldırının evlilik birliği içerisinde gerçekleşmiş olması nedeniyle Ceza Hukukunun kapsamına girmediği fakat fiilin 246 ncı maddedeki ahlaka aykırı müessir fiil suçunu oluşturacağını çünkü bu suç için kanunun evlilik dışı olması şartını aramadığını belirtmiştir<sup>318</sup>.

Cinsel saldırı eyleminin evlilik birliği içinde gerçekleşmesi konusunda suskun kalarak bu konuya hiç değinmeyen, sorunun çözümünü öğretti ve uygulamaya bırakan ikinci gruptaki ceza kanunlarına örnek olarak 1930 İtalyan CK m.519, 1810 Fransız CK m.332, Danimarka CK m.216, 217, Norveç CK m.192, Polonya CK m.168, Meksika CK m.265, Şili CK m.361 ve İspanyol CK m.429, 1989'da, yapılan değişikliğe kadar

---

<sup>316</sup> 15.7.1992 şekliyle Federal Almanya Ceza Kanunu m.177/1, "cebir kullanmak veya vücut veya hayat bakımından halen mevcut bir tehlikeyle tehdit etmek suretiyle evlilik dışında cinsel ilişkide bulunmaya bir kadını mecbur eden... cezalandırılır" hükmüne yer vermiştir. ARTUK, "Kadına Yönelik Cinsel İstismara Örnek Olarak Evlilik İçinde Irza Geçme ve Fücur", s.33; ARTUK/YENİDÜNYA, s.60; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2010, s.177; DÜLGER, Murat Volkan, s.552.

<sup>317</sup> ARTUK, "Kadına Yönelik Cinsel İstismara Örnek Olarak Evlilik İçinde Irza Geçme ve Fücur", s.32, 33; ARTUK/YENİDÜNYA, s.59, 60; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2010, s.176, 177; DÜLGER, Murat Volkan, s.551, 552; SEVÜK, s.259.

<sup>318</sup> ÖRÜCÜ, s.97-98.

Belçika CK m.375/1<sup>319</sup> (23.12.1980 değişikliği) gösterilebilir<sup>320</sup>. Bu grup düzenlemelerinde suç tipinin yasal tanımında söz konusu eylemin ayrıca belirtilmemiş olması bunun evlilik birliği içinde gerçekleşmeyeceği anlamına gelmez aksine suçun faili açısından bir ayırım yapılmamış olması bu suçun eşe karşı da işlenebileceğini gösterir<sup>321</sup>. 765 Sayılı TCK'nun ırza geçmeye ilişkin maddelerinde de bu suçun evlilik birliği içinde işlenip işlenemeyeceği belirtilmemiştir.

İtalya'da Yargıtay 1976 ve 1982 yıllarında verdiği kararlarda evlilik içi cinsel saldırının suç teşkil edeceğini kabul etmiştir<sup>322</sup>.

Fransa'da ise 1980 yılında ceza yasasının 332 nci maddesinin değiştirilmesinden sonra konu öğretide tartışılmış ve eylemin suç olduğu görüşü yaygınlaşmıştır. Ardından 1990 tarihli bir kararında Fransız Yargıtayı eşler arasındaki zorla cinsel ilişkiyi cinsel saldırı olarak nitelendirmiştir<sup>323</sup>. Fransız Yargıtay 11 Haziran 1992 ve 26 Eylül 1994 tarihli kararlarında “evlilik hayatının içtenliği içerisindeki cinsel ilişkilere eşlerin razı oldukları hususundaki karine, aksi delil mevcut olduğunda geçerli olmaz” yolunda kararlar vermiştir<sup>324</sup>.

Cinsel saldırı eyleminin evlilik birliği içinde gerçekleşmesini açıkça suç olarak düzenleyen modern ceza kanunlarına örnek olarak; İsviçre Ceza Kanunu'nun değişik 190 ıncı maddesinin 1 inci fıkrası (bu madde 21.6.1991 tarihli kanunla değişmiş olup 1.10.1992'de yürürlüğe girmiştir) “her kim bir kadını tehdit ederek, cebir kullanarak, psikolojik baskı altına alarak veya karşı koyamaz bir hale getirerek kendisiyle cinsel

---

<sup>319</sup> 31.5.1995 şekliyle Belçika Ceza Kanunu'nun m.375/1, “her ne suretle ve hangi vasıta ile olursa olsun rıza göstermeyen bir kimseye cinsel uzvun ithali cinsel saldırı cürmünü teşkil eder” hükmüne yer vermiştir. ARTUK, “Kadına Yönelik Cinsel İstismara Örnek Olarak Evlilik İçinde Irza Geçme ve Fücür”, s.33; ARTUK/YENİDÜNYA, s.60; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2010, s.177.

<sup>320</sup> ARTUK, “Kadına Yönelik Cinsel İstismara Örnek Olarak Evlilik İçinde Irza Geçme ve Fücür”, s.33; ARTUK/YENİDÜNYA, s.59; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2010, s.176; DÜLGER, Murat Volkan, s.551, 552.

<sup>321</sup> DÜLGER, Murat Volkan, s.552.

<sup>322</sup> BAFRA, s.571.

<sup>323</sup> BAFRA, s.571.

<sup>324</sup> ERMAN, Gül, s.21.

ilişkide bulunmaya mecbur ederse on seneye kadar hürriyeti bağlayıcı cezaya mahkum olur” demektedir. Maddenin 2 nci fıkrası, fiilin kovuşturulmasını eşlerin birlikte yaşaması halinde şikayete bağlı tutmuştur<sup>325</sup>.

İsviçre Ceza Kanunu’nda yapılan değişiklik sonucunda cinsel saldırı suçunu düzenleyen 190 ıncı maddesinin ikinci paragrafında “fail mağdurun eşi ise ve onunla aynı çatı altında yaşıyorsa fiil talep ve şikayet üzerine kovuşturulacaktır” ifadesiyle evlilik birliğinde cinsel saldırı kabul edilmiştir. Yeni Fransız Ceza Kanunu’nun cinsel saldırı suçuna ilişkin 222-23 üncü maddenin birinci fıkrasında “her ne şekilde olursa olsun” tabiri kullanılmakla suçun sınırları son derece genişletilmiş, dolayısıyla evlilik birliğindeki zora dayalı cinsel ilişkiler cinsel saldırı olarak kabul edilmiştir<sup>326</sup>.

Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği’nde hem 1926 hem de 1960 tarihli Ceza Kanunlarında cinsel saldırıda kocanın failliği kabul edilmiş, fiil üçüncü bir kişinin fiilinden farklı görülmemiştir. Gerek hakimlerde ve gerekse yazarlarda her türlü cinsel özgürlüğe karşı saldırının insan haysiyetine ve ayrıca sosyalizme karşı yapılmış olduğu; sosyalist hukuk anlayışında evliliğin kadının cinsel özgürlüğünü sınırlamadığı, kocaya böyle bir hak vermediği düşüncesi hakimdir<sup>327</sup>.

Hırvatistan Ceza Kanunu’nda da evlilik içi zorla cinsel ilişki cinsel saldırı olarak düzenlenmiş olup, kovuşturulması şikayet koşuluna bağlanmıştır<sup>328</sup>.

Amerika Birleşik Devletleri’nde ise durum, eyaletler bazında değişiklik göstermektedir. ABD’deki cinsel saldırı tanımı genel olarak “erkeğin bir kadınlakarısıyla değil” rızası olmaksızın cinsel ilişkide bulunması olarak tanımlanmaktaydı. Buna göre evlilik kurumu kocalara, karılarına cinsel saldırıda bulunma açısından

---

<sup>325</sup> ARTUK, “Kadına Yönelik Cinsel İstismara Örnek Olarak Evlilik İçinde Irza Geçme ve Fücür”, s.33; ARTUK/YENİDÜNYA, s.60; ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2010, s.177; DÜLGER, Murat Volkan, s.552.

<sup>326</sup> DÜLGER, İbrahim, Irza Geçme Suçunun Fail ve Mağdur Açısından Değerlendirilmesi, s.229, 230.

<sup>327</sup> DÜLGER, İbrahim, Irza Geçme Suçunun Fail ve Mağdur Açısından Değerlendirilmesi, s.229.

<sup>328</sup> SEVÜK, s.259.

“lisans” sağladığı gibi bu eylemden dolayı yargılanmalarına da “muafiyet” sağlamaktaydı<sup>329</sup>.

Amerika Birleşik Devletleri’nde 1977 yılından itibaren 20 eyaletten fazlasında ayrı yaşayan, 22 eyalette ve Washington mıntikasında ise, birlikte yaşayan eşler arasında gerçekleşen cinsel saldırı fiillerinin cezalandırılacağı kabul edilmiştir. Böylece evli kadının cinsel özgürlüğü evli olmayan gibi koruma altına alınmıştır<sup>330</sup>. Bu eyaletlerden Florida<sup>331</sup>, Georgia, Kansas, Maine, Massachusetts, Nebraska, New Jersey, New York<sup>332</sup>, Oregon, Vermont ve Wisconsin Michigan eyaletlerinde cinsel saldırı suçunun evlilik içi ya da dışı olması arasında herhangi bir fark görmemelerine karşın; California, Connecticut, Delaware, Hawaii, Iowa, Minnesota, New Hampshire, Pennsylvania, Washington, West Virginia ve Wyoming eyaletleri evlilik birliğinde gerçekleşen cinsel saldırıyı ayrı bir şekilde düzenlemiştir. Yine ABD’de yirmi beş eyalette evlilik birliği içinde gerçekleşen cinsel saldırı kabul edilmekle birlikte kapsamı daraltılmış, kocanın cezalandırılabilmesi ancak evlilik birliğinin sona erme aşamasına gelmesi halinde mümkün olabileceğine yer verilmiştir. Evliliğin sona erme aşamasından anlaşılması gereken nedir ve ne zaman evlilik sona erme aşamasına gelmiş olacaktır. Bunu belirlemede, bazı eyaletlerde mahkemece eşlerin ayrı yaşamalarına karar verilmesi, bazılarında eşlerin fiilen ayrı yaşamaları ve evliliğin sona erdirilmesi için ya da ayrı yaşamaya karar verilmesi için yetkili makamlara başvurmuş olmaları, bazılarında da fiilen ayrı yaşama kıstası kabul edilmiştir. Örneğin Idaho, New Mexico, Oklahoma ve Texas eyaletlerinde eşlerin ayrı yaşamaları ya da eşlerden birinin ayrı yaşamak veya ayrılığa yönelik hukuki bir adım atması şartı aranırken, Alaska, Arizona,

---

<sup>329</sup> DÜLGER, Murat Volkan, s.553.

<sup>330</sup> ARTUK, “Kadına Yönelik Cinsel İstismara Örnek Olarak Evlilik İçinde Irza Geçme ve Fücür”, s.33, 34; ARTUK/YENİDÜNYA, s.60, 61; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2010, s.177; DÜLGER, İbrahim, Irza Geçme Suçunun Fail ve Mağdur Açısından Değerlendirilmesi, s.229, 230; BAFRA, s.570, 571.

<sup>331</sup> Florida’da, kanuni bir düzenleme olmamakla beraber, bir yargı kararı, karısı ile birlikte yaşayan erkeğin cinsel saldırı ile itham edilebilmesine olanak tanımıştır. BAFRA, s.570, 571.

<sup>332</sup> New York temyiz mahkemesi bir davada, evlilik içi ve dışı cinsel saldırı arasında fark gözetilmesinde makul bir neden göremediğinden yasayı anayasaya aykırı bulmuştur (1984) BAFRA, s.571.

Colorado, Iowa, Maine, Mississippi ve Montana eyaletlerinde ise eşlerin fiilen ayrı yaşıyor olmaları yeterli görülmüştür<sup>333</sup>.

Amerika Birleşik Devletleri'nde bir kez evlenen kadın, kocası ile cinsel ilişkiyi reddetme hakkına sahip değildir. Bu gerekçeye dayalı yargılamadan bağışıklık 1970'lerde; kadın hareketi üyeleri eş olmaktan kaynaklanan muafiyeti kaldırmak için ve bu kararı tüm kadınları cinsel saldırının nitelikli haline karşı eşit olarak korumadığı sebebiyle tartışana kadar; dokunulmazlığını korumuştur<sup>334</sup>.

Amerika Birleşik Devletleri'nde 5 Temmuz 1993 tarihinde evlilik birliği içinde gerçekleşen cinsel saldırının nitelikli hali 50 eyaletin bir bölümünde cinsel suçların düzenlendiği yasalarda suç olarak kabul edilmiştir. Bunlardan 17 eyalette ve Kolombiya Bölgesinde cinsel saldırı yargılamasına ilişkin kocalara tanınmış hiçbir muafiyet bulunmamaktadır<sup>335</sup>. Ancak geri kalan 33 eyalette hala kocalara tanınmış yargılamadan bağışıklıklar bulunmaktadır<sup>336</sup>. Kadın, çokça incinmişse (düşünsel/fiziksel olarak zarara uğramış, baygın düşmüş...) ve yasal olarak rıza göstermeyecek durumda ise, koca bu 33 eyaletin pek çoğunda yargılamadan muaf tutulmaktadır<sup>337</sup>.

Bu yargılama bağışıklıkları ABD hukuku açısından şunu göstermektedir; evlilik birliği içinde gerçekleşen cinsel saldırı, bu eylemin diğer türlerine göre hala daha hafif bir suç olarak nitelendirilmektedir. Dolayısıyla, bu saldırı hareketi diğerlerine göre daha az kınanmayı gerektiren bir harekettir ve kadınlarının kocalarının mülkleri olduğu ve evlilik sözleşmesinin zorla yapılan cinsel ilişkiye bir yetki belgesi verdiği görüşü bu eyaletler açısından hala geçerliliğini korumaktadır<sup>338</sup>.

---

<sup>333</sup> DÜLGER, İbrahim, Irza Geçme Suçunun Fail ve Mağdur Açısından Değerlendirilmesi, s.229, 230.

<sup>334</sup> DÜLGER, Murat Volkan, s.554.

<sup>335</sup> Bu eyaletler şunlardır: New Jersey, New York, Colorado, North Carolina, North Dakota, Florida, Georgia, Oregon, Indiana, Texas, Utah, Vermont, Massachusetts, Wisconsin, District of Columbia, Montana, Nebraska. Ayrıca federal yasaların geçerli olduğu durumlarda da kocalar açısından tanınmış bir muafiyet bulunmamaktadır. Bkz. DÜLGER, Murat Volkan, s.554; dn.39.

<sup>336</sup> Bunlardan Connecticut, Iowa, Minnesota ve West Virginia'da ise söz konusu muafiyetler evlilik dışı yaşanan birlikteliklere kadar genişletilmiştir. Bkz. DÜLGER, Murat Volkan, s.554, dn.40.

<sup>337</sup> DÜLGER, Murat Volkan, s.554.

<sup>338</sup> DÜLGER, Murat Volkan, s.554.

İngiltere’de eşlerin hakim kararı ile ayrı yaşamaları veya hakimin ayrı yaşayan karısını taciz etmemesine ilişkin olarak koca hakkında ihtiyati tedbir kararı alması durumunda, kocanın karısı üzerinde cebir, şiddet veya tehdit kullanarak gerçekleştirdiği cinsel ilişki suç sayılmıştır. Birlikte yaşayan eşler arasında zorla gerçekleştirilen anal ilişki ırz ve namusa tasaddi cürmünü oluşturmaktadır<sup>339</sup>. İngiltere’de 1991 yılının Kasım ayından itibaren birlikte yaşayan eşler arasında da cinsel saldırı fiilleri suç olarak kabul edilmiştir<sup>340</sup>.

İngiltere’de çok uzun yıllar boyunca cinsel saldırı suçunun evlilik birliği içinde gerçekleşmesi hali suç olarak kabul edilmemekteydi. Konu defalarca yargı önüne gitmesine rağmen İngiliz mahkemeleri bu konuda söz konusu eylemin “Common Law”a göre suç oluşturmadığını belirtmekteydi. Ancak kamuoyunda bu konudaki yeni düşüncelerin etkisiyle oluşan baskılar ve toplumsal ihtiyaçlar neticesinde, cinsel saldırı eyleminin evlilik birliği içinde gerçekleşmesinin de cinsel saldırı suçunu oluşturacağı kabul edilmiştir<sup>341</sup>. İngiltere’de, 1990 tarihli iki Yüksek Mahkeme kararıyla eşe karşı gerçekleştirilen cinsel saldırı suç sayılmıştır<sup>342</sup>.

Kocanın karısıyla zorla cinsel ilişkide bulunmasının cinsel saldırı suçu oluşturmayacağı görüşü, eski bir Common Law kaidesi olan, “bir koca karısının ırzına tecavüzü nedeniyle suçlanamaz” hükmüne dayanmaktadır. Bu görüş taraftarlarına göre, evlilik kocaya cinsel ilişkide bulunmak konusunda bir hak ve muafiyet sağlamaktadır. Bu nedenle Common Law’dan etkilenen İskoçya ve İngiliz hukukunun etkisindeki ülkelerde evlilik içi zorla cinsel ilişki suç sayılmamıştır. Ancak son yıllarda İskoçya’da

---

<sup>339</sup> ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2010, s.177, 178.

<sup>340</sup> ÖRÜCÜ, s.90-105, 95-97.

<sup>341</sup> ÖRÜCÜ, s.95, 96. R. V. R. Davasında Lordlar Kamarası adına kararı yazan Lord Keith of Kinkel, İskoç Hukukundaki bu konudaki gelişmelere de atıfta bulunarak, günümüzde artık kadının evlenmekle birey olma özelliğinin kaybolmadığını ve bunun doğal sonucu olarak kocasının malı olmadığını çok açık bir biçimde ifade etmiştir. “...modern çağda evliliğin artık kadının kocasına itaat etmesi gereken bir mal olduğu görüşüne dayanan bir sözleşme olarak değil, eşitler arası bir ortaklık olarak görülmesidir.” Bkz. ÖRÜCÜ, s.95, 96.

<sup>342</sup> SEVÜK, s.259.

bazı davalarda bu görüş ihtiyaçlara cevap vermekten uzak olduğu gerekçesiyle eleştirilmiştir<sup>343</sup>.

İngiliz hukukunun etkisi altında bulunan ülkelerden Avustralya’da bazı eyaletlerde, İngiltere’den önce “kocanın muafiyeti” kavramı kaldırılmıştır (1980 yılının başında). Hatta 1989 Queensland Yasası zor ve şiddet kullanılarak elde edilen rıza ile yapılan cinsel ilişkiyi de koca için suç saymıştır (m.347). Güney Avustralya’da 1976 da evlilik içi cinsel saldırı muafiyeti kısmen kaldırılmıştır. Cinsel saldırı olayının cismi zarara yol açması, ahlaka aykırı bir davranış olması, diğere tarafı küçük düşürücü olması ya da bunların oluşabileceğine dair bir tehdit taşıması gibi koşullar aranmıştır. Fakat bunlar da eleştirilerek cinsel saldırının zaten zor ve şiddet içerdiği ve küçük düşürücü olduğu savunulmuştur<sup>344</sup>. Avustralya’nın New Sout Wales eyaletinde 1990 tarihli yeni Ceza Kanunu ile kocanın da bu suçu işleyebileceği kabul edilmiştir. Batı Avustralya ve Queensland eyaletlerinde de benzer düzenlemeler yapılmıştır<sup>345</sup>.

İrlanda’da da hukuk reform komisyonu şayet varsa, böyle bir muafiyetin kaldırılmasını tavsiye etmiştir. İsrail hukukunda 1980 yılındaki bir davada İngiliz hukukundaki muafiyetin İsrail’de yaşayan Musevi inançlı kişiler için geçerli olamayacağı sonucuna varılmıştır. Yeni Zellanda’da 1985 yılında Suçlar Yasası ile kocanın muafiyeti kaldırılmıştır. 1983 yılındaki bir Adalet Bakanlığı raporunda “-evlilik muafiyeti- evli kadın diğere kadınlara nispetle, vücut ve kişilik açısından eşit korunma hakkına sahip değildir, anlamına gelir.” denilmiştir<sup>346</sup>.

İsrail Hukukunda kocanın karısıyla zorla cinsel ilişki kurma hakkının bulunmadığı, bu hareketin kadının onurunu zedeleyeceği kabul edilmiştir<sup>347</sup>.

---

<sup>343</sup> BAFRA, s.570.

<sup>344</sup> BAFRA, s.571.

<sup>345</sup> DÜLGER, İbrahim, Irza Geçme Suçunun Fail ve Mağdur Açısından Değerlendirilmesi, s.229.

<sup>346</sup> ÖRÜCÜ, s.95-102.

<sup>347</sup> ARTUK, “Kadına Yönelik Cinsel İstismara Örnek Olarak Evlilik İçinde Irza Geçme ve Fücür”, s.34; ARTUK/YENİDÜNYA, s.61; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2010, s.178.

Yukarıda yapılan açıklamalar doğrultusunda, evlilik içi rıza dışı cinsel ilişkinin suç olarak düzenlenmesinin gerekip gerekmediği, bizim hukuk sistemimizde tartışıldığı gibi, diğer ülkelerin hukuk sistemlerinde de en çok tartışılan konulardan olmuştur<sup>348</sup>.

### ***(ii)- 765 Sayılı TCK Dönemindeki Durum***

765 Sayılı TCK döneminde evlilik birliği içinde cinsel saldırı suçunun eşler arasında işlenip işlenemeyeceği hususu tartışmalıdır. 765 Sayılı TCK döneminde doktrin ve uygulamada kocanın cinsel saldırı suçunun faili olamayacağı belirtilmiştir. Bu dönemdeki yerleşik görüşe göre, evlilik birliği eşlere cinsel ilişkide bulunmak hak ve yükümlülüğünü getirmekte ve kocanın bu hakka dayalı olarak karısının rızası dışında cinsel ilişkide bulunması suç teşkil etmemektedir<sup>349</sup>.

765 Sayılı TCK döneminde evlilik içinde, kocanın karısının rızası dışında vajinal yolla cinsel ilişkiye girmesi eyleminin suç olmayacağı çeşitli gerekçelerle öğretilmiş ve savunulmuştur. Evlilik içi gerçekleştirilen zorla cinsel ilişkinin evlilik birliğinin amacına uygun olduğu için suç oluşturmayacağı ileri sürülmüştür<sup>350</sup>. Buna göre, cinsel saldırı suçu ancak gayrimeşru cinsel ilişkide söz konusu olabileceğinden, evlilikte ise cinsel ilişki meşru olduğundan koca karısının rızası dışında onunla cinsel ilişkide bulursa dahi cinsel saldırı suçu oluşmayacaktır<sup>351</sup>.

765 Sayılı TCK’nda cinsel ilişkinin evli olmayan kişiler arasında olması gerektiğine dair açık ya da zımni bir ifade bulunmamaktadır. Cinsel saldırı suçlarının tanımında “karı-koca olmama” gibi bir ibare yer almamasına rağmen, kocanın bu suçun faili olamayacağı ve aile ilişkilerine müdahalenin doğru olmadığı düşüncesi hakimdir. Bu görüşe göre evlilik kocaya karısının vücudu üzerinde tasarruf etmek yetkisini verir.

---

<sup>348</sup> SEVÜK, s.259.

<sup>349</sup> ARTUK, “Kadına Yönelik Cinsel İstismara Örnek Olarak Evlilik İçinde Irza Geçme ve Fücür”, s.32; ARTUK/YENİDÜNYA, s.58.

<sup>350</sup> DÖNMEZER, 1983, s.59; ÖNDER, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.445.

<sup>351</sup> DÖNMEZER, 1983, s.59, 60; BAKICI, s.9; TUNA, Yalçın, Irza Geçme, Adalet Dergisi, Y.46, S.5, Ankara 1955, s.466, 469 ve 470. Aynı doğrultuda bkz. SOYASLAN, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 1997, s.298.

Evliliğin amaçlarından biri de, bir ailenin kurulması ve soyun devamının sağlanması olduğundan, bu amaca vasıta olan cinsel ilişki meşrudur. Evlilik taraflara cinsel ilişkide bulunma konusunda karşılıklı hak ve yükümlülükler tanır. Ancak tarafların böyle bir hakkı olsa bile, bunu her durumda ve zorla gerçekleştirmeye çalışmak hakkın kötüye kullanılması demektir. Bütün haklarda olduğu gibi bu hakkın da kötüye kullanılmasına izin verilemez. Bir hakkın kötüye kullanılmasını kanun korumaz. Evliliğin amacına hizmet etmeyecek surette karının rızası dışında meydana gelebilecek cinsel ilişkileri kanun korumaz ve dolayısıyla bu fiiller suç teşkil eder<sup>352</sup>. Kişilerin evlenmekle cinsel özgürlükleri sona ermez. Eşler ayrı ya da birlikte yaşıyor olsalar da birinin diğerini maddi veya manevi cebirle cinsel ilişkiye zorlaması cezalandırılmalıdır. Aksi düşünce yanlış ve haksız uygulamalara neden olmaktadır<sup>353</sup>.

765 Sayılı TCK’nda ırza geçme (cinsel saldırı) suçunun düzenlendiği 414 ve 416 ncı maddelerinde fail ve mağdura ilişkin olarak “her kim” ve “bir kimse” ifadeleri kullanılmaktadır. Buna göre söz konusu suç tipiyle ilgili olarak yasal tanımında “karı ve koca” açısından bir belirleme yapılmadığı ve bu statüde olanlar için bir hukuka uygunluk sebebi düzenlenmediği için evlilik birliği içinde gerçekleşen rıza dışı cinsel ilişkinin de ırza geçme (cinsel saldırı) suçunu oluşturduğunun düşünülmesi gerekirdi<sup>354</sup>.

Yukarıda da belirtildiği üzere aslında 765 Sayılı TCK’nun 416 ncı maddesindeki düzenleme açısından evlilik birliği içinde eşler arasında gerçekleşen ırza geçme (cinsel saldırı) eyleminin suç olarak kabul edilmesini ve failin cezalandırılmasını engelleyen bir durum söz konusu değildir<sup>355</sup>. 765 Sayılı TCK’nun düzenlenmesi

---

<sup>352</sup> ARTUK, “Kadına Yönelik Cinsel İstismara Örnek Olarak Evlilik İçinde Irza Geçme ve Fücür”, s.34, 35; ARTUK/YENİDÜNYA, s.61, 62; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2008, s.217; BAFRA, s.572.

<sup>353</sup> DÜLGER, İbrahim, Irza Geçme Suçunun Fail ve Mağdur Açısından Değerlendirilmesi, s.233.

<sup>354</sup> DÜLGER, Murat Volkan, s.554.; Aksi görüş için bkz. ERMAN, Gül, s.21.; SOYASLAN, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 1997, s.298; DÖNMEZER, 1983, s.59; ÖZDEN, Cevdet, “Irza Geçme Cürmü”, Adalet Dergisi, C.66, S.1-2-3, 1992, s.1173; TUNA, s.470.; ÖNDER, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.445.

<sup>355</sup> ARTUK, “Kadına Yönelik Cinsel İstismara Örnek Olarak Evlilik İçinde Irza Geçme ve Fücür”, s.41, 42; ARTUK/YENİDÜNYA, s.66.; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2008, s.217; NUHOĞLU, s.616. Aynı doğrultuda bkz. SELÇUK, Sami, Karşıoylarımız: Hukukumuzda Tartışılan Hükümler ve İçtihatlar, Der. Cengiz OTACI, Ankara Turhan Kitabevi, 2001, s.433-438; KIRBIYIK, Şerife, Irza Geçme Cürmü ve Benzer Suçlardan Ayrımı, Sözkese Matbaacılık, Ankara 2001,

açısından evlilik birliği içinde gerçekleşen cinsel saldırının suç sayılmamasının nedeni, öğretideki yanlış görüşler ve hatalı uygulamalardır<sup>356</sup>. 765 Sayılı TCK açısından uygulamanın ve öğretideki baskın görüşün bu olmasına karşın, kocanın karısının rızası olmadan cinsel ilişkide bulunma hakkının bir sınırı olduğu, bu sınırın aşılmasıyla hakkın kötüye kullanılması durumunda kocanın sorumluluğunun söz konusu olacağı belirtilmektedir. Bu görüşe göre, eşler arasındaki cinsel ilişkinin vajinal yoldan gerçekleştirilmemesi evlilik için gerekli olan cinsel ilişki kavramının dışında kalmakta, anal yolla gerçekleştirilen cinsel ilişki hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmemekte ve böylelikle eylem suç oluşturmaktadır<sup>357</sup>. Müelliflere göre<sup>358</sup>, karısı ile 416 ncı maddede gösterilen şartlarla anal yoldan cinsel ilişkide bulunan kocanın 765 Sayılı TCK'nun 478 inci maddesindeki<sup>359</sup> aile bireylerinden birine rahim ve şefkatle bağdaşmayacak bir biçimde fena muamele suçunu işlediği kabul edilmektedir. Yargıtay da öğretideki bu yöndeki görüşü kabul etmekte ve cinsel saldırı eylemi nasıl gerçekleşirse gerçekleşsin bu eylemi cinsel saldırı suçu olarak kabul etmemektedir. Bu ise artık terk edilmiş ve özellikle de kadınları ikinci sınıf varlıklar olarak gören eski bir düşünce sisteminin ürünüdür<sup>360</sup>. Bir başka görüşe göre ise, eğer cinsel ilişkinin anal yoldan yapılması istenir ve bunun için cebir kullanılırsa o zaman cebren ırza geçme (cinsel saldırı) suçu gerçekleşir<sup>361</sup>.

Eski bir kararında yukarıdaki fikirlerle aynı düşüncede olduğunu ifade eden Yargıtay, daha sonraki kararlarında da evli olduğu mağdurun iradesine karşın manevi

---

s.54-59; KARAKAŞ, Fatma, “Evlilik İçi Cinsel Tecavüz Bağlamında, Kadına Yönelik Cinsel Şiddet ve AİHM'nin Yaklaşımı”, Humanite, S.6, Haziran-Temmuz 2004, s.121.

<sup>356</sup> ARTUK, “Kadına Yönelik Cinsel İstismara Örnek Olarak Evlilik İçinde Irza Geçme ve Fücür”, s.41, 42; ARTUK/YENİDÜNYA, s.66.

<sup>357</sup> DÜLGER, Murat Volkan, s.555.

<sup>358</sup> DÖNMEZER, s.59; ÖNDER, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.445; TUNA, s.469.

<sup>359</sup> Aile efradına karşı fena muameleyi düzenleyen 765 Sy. TCK m.478; “(1) Yukarıki maddede beyan olunan haller haricinde ailesiyle birlikte yaşayan on iki yaşından aşağı bir çocuğa veya aile efradından birine rahim ve şefkatle kabili telif olmayacak surette fena muamelelerde bulunan şahıs otuz aya kadar hapsedilir. (2) Bu fena muamele neseben ve sıhren usul ve fîrudan biri aleyhine vaki olursa ceza üç aydan üç seneye kadardır. (3) Bu muameleyi karı kocadan biri öbürü aleyhine yapmış ise takibat icrası mutazarrırın şikayetine bağlıdır. Mutazarrır küçük ise evlenmeden evvel üzerine hakkı velayet veya vesayeti olanlar da şikayette bulunabilir.” şeklinde düzenlenmiştir.

<sup>360</sup> DÜLGER, Murat Volkan, s.556.

<sup>361</sup> SOYASLAN, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 1997, s.298.

zorla anal ilişkide bulunan sanığın eyleminin aile bireylerine kötü muamele suçunu oluşturduğu kanaatindedir. Nitekim Yargıtay CGK verdiği bir kararda “ırza geçmede cinsel ilişkinin meşru olmaması gerekir..., böyle bir cezalandırma TCK’nun 434 üncü maddesini ortadan kaldıracak ve yasanın bütünlüğünü bozacaktır. Ceza Kanunu’nun 434 üncü maddesinin varlığı, kocanın bu tür fiillerinin zorla ırza geçme suçunu oluşturmayacağına bir göstergesidir..., 434 üncü maddeyi kabul ederek aile kurmayı teşvik eden kanun koyucunun amacına aykırı olup, aile bütünlüğünü bozacaktır...” demektedir<sup>362</sup>. Doktrinde, bu düşünce yerinde bulunmamıştır<sup>363</sup>.

Yargıtay’ın 1994 tarihli bir kararında<sup>364</sup> “Evli olduğu mağdurun iradesine karşın manevi zorla, ters (anal) ilişkide bulunan sanığın eylemi aile bireylerine karşı kötü muamele suçunu oluşturur.” diyerek yerel mahkemenin kararını oy çokluğuyla onaylamıştır. Ancak, 4. Ceza Dairesi Başkanı Sami Selçuk bu karara karşı oy vermiş ve karşılaştırmalı hukuktan örnekler vererek, dört sayfa tutarında ayrıntılı bir muhalefet şerhi yazmıştır. Sami Selçuk bu şerhinde: “*Irza geçme suçu kamu ahlaki sınırları içinde 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 için de aynı şey söz konusudur. Cinsel ilişkiye razı olmayan eş karşısında, öbür eşin yalnızca ayrılma ya da boşanma istemeye hakkı*

---

<sup>362</sup> Yargıtay CGK’nun 26.1.1996 tarih ve 4/191-251 Sayılı Kararı. ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2008, s.218.

<sup>363</sup> ARTUK, “Kadına Yönelik Cinsel İstismara Örnek Olarak Evlilik İçinde Irza Geçme ve Fücür”, s.35; ARTUK/YENİDÜNYA, s.62, 63; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2008, s.218, 219. Çünkü 765 Sayılı TCK’nun 434 üncü maddesi uyarınca, ırza geçme, ırza tasaddi, kız ve kadın kaçırma vb. suçlar bakımından faille mağdur arasında gerçekleştirilen evlenme, devam etmekte olan kovuşturmayı ortadan kaldırıcı ya da verilmiş olan cezanın infazını durdurucu bir etkiye sahiptir. Ancak bu hükmün kabulü, evlilik içinde ırza geçmenin suç sayılmamasının gerekçesi olamaz. 434 üncü maddenin esas amacı, çeşitli fiillerle namus ve şerefi ihlal edilmiş olan kadının uğradığı zararın giderilmesi amacıyla evlenmeyi kolaylaştırma ve evlenme gerçekleştikten sonra da, kovuşturma ya da cezanın infazı dolayısıyla bu evlilik birliğinin devamını zorlaştırmamadır. Halbuki devam etmekte olan evlilik birliği sırasında kocanın karısı üzerindeki ırza geçme eylemlerine, bu hüküm dolayısıyla müdahale etmeme amacı aşmaktadır. ARTUK, “Kadına Yönelik Cinsel İstismara Örnek Olarak Evlilik İçinde Irza Geçme ve Fücür”, s.35; ARTUK/YENİDÜNYA, s.62, 63; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2008, s.218, 219.

<sup>364</sup> Yarg. 4.CD, 1994/2788E., 1994/6217K. SELÇUK, Sami, Karşı Oy Yazısı, Yargıtay Kararları Dergisi, C.20, S.11, s.1847-1852.

*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”<sup>365</sup> diyerek maddi ya da manevi zor kullanmadan, fakat gönülsüz olarak anal yolla gerçekleştirilen cinsel ilişkinin 765 Sayılı TCK’nun 478 inci maddesini, maddi veya manevi zorla (tehdit) işlenen vajinal ya da anal cinsel ilişkinin ırza geçme (cinsel saldırı) suçunu oluşturduğu (TCK m.416/1) yargısına vararak, geleneksel görüşlerden ve yerleşik yargı kararlarından ayrılmaktadır<sup>366</sup>.*

Evlilik birliği içerisinde eşlerden birinin de cinsel saldırı suçunun faili olabileceken Yargıtay bu yönde karar vermemiştir. Evli olan tarafların, birbirlerinden cinsel ilişkiyi talep hakları bulunmakla birlikte, bu haklarını karşı tarafın olumsuz iradesine rağmen zorla elde etme yetkilerinin varlığı kabul edilemez. Böyle bir zorlamayı, aile bireylerine kötü muamele ya da müessir fiil olarak değerlendirmenin de imkanı yoktur. Çünkü bu durumda cinsel özgürlük ihlal edilmiş, cinsel onur zedelenmiştir. Evliliğin, eşlerin birbirleri karşısında cinsel özgürlüğünü ortadan kaldırdığı düşünülemez<sup>367</sup>.

Öğretide, suçun failinin koca olamayacağına ilişkin gerekçelerden hiçbiri tatmin edici bulunmamış, evlilik içi zorla cinsel ilişki evlilik kurumunun amacına uygun değil, aksine aykırı olduğu, evlilik birliğinin eşlerin birbirine karşı zor kullanmaları konusunda bir hak yarattığı düşüncesinin kabul edilemez olduğu, Kanunda kocanın suçun faili olmasını engelleyen bir hüküm veya ifade de mevcut olmadığı gibi cinsel saldırı suçu ile korunan hukuki yararın cinsel özgürlük olduğu kabul edildiğinde meşru ya da gayrimeşru bütün ilişkilerde cinsel saldırının söz konusu olabileceğinin kabul edilmesi gerektiği savunulmuştur<sup>368</sup>. Ceza Kanunu’nun 478 inci maddesi aile bireylerine, dolayısıyla kocanın karısına fena muamelesini cezalandırmaktadır. Sadece

---

<sup>365</sup> SELÇUK, Karşı Oy Yazısı, s.1847-1852.

<sup>366</sup> ARTUK, “Kadına Yönelik Cinsel İstismara Örnek Olarak Evlilik İçinde Irza Geçme ve Fücür”, s.37; ARTUK/YENİDÜNYA, s.66; BAFRA, s.572, 573.

<sup>367</sup> DÜLGER, İbrahim, Irza Geçme Suçunun Fail ve Mağdur Açısından Değerlendirilmesi, s.235.

<sup>368</sup> NUHOĞLU, s.616.

anal yolla gerçekleştirilen ilişki değil, zorla gerçekleştirilen vajinal ilişkinin de bu kapsamda düşünülebileceği ileri sürülebilir. Bu ihtimalde Ceza Kanunu'nun 478 inci maddesi uyarınca koca hakkında hükmedilecek ceza ırza geçme (cinsel saldırı) suçundan dolayı hükmedilecek cezadan oldukça hafiftir, ancak mukayeseli hukukta da kocanın suçun faili olması halinde cezanın daha hafif olacağı kabul edilmektedir<sup>369</sup>.

Evlilik içinde gerçekleşen cinsel saldırı olaylarının cezalandırılmaması hususunda dayanılan gerekçelerden biri de, evliliğin, dolayısıyla ailenin bir özel yaşam alanı olması ve bu ilişki içinde geçenlerin başkalarını ve ceza kanunlarını ilgilendirmemesidir. Ancak bu görüş, şiddetin evliliğin doğal bir parçası olmaması, aynı zamanda evliliğin şiddet uygulama ehliyeti de vermemesi nedeniyle eleştirilmiştir<sup>370</sup>.

Boşandığı karısının rızası dışında onunla cinsel ilişkide bulunan koca, cinsel saldırı suçunu işlemiş olur. Eşler hakkında ayrılık kararı verilmiş ve cinsel saldırı fiili ayrı yaşayan kadına karşı işlenmiş ise, ayrılık, evlik bağına yok etmediğinden, tarafları evliliğin yüklerinden kurtarmadığından cinsel saldırı suçunun oluşmayacağı öğretide savunulmuştur<sup>371</sup>.

Başka erkek veya erkeklerin karısına cinsel saldırıda bulunulmasını kolaylaştıran koca, cinsel saldırı suçunun şeriki olarak kabul edilmiştir. Örneğin, kocanın karısını başka bir erkekle cinsel ilişkiye zorlaması halinde iştirak hükümlerinin uygulanacağı kabul edilmiştir<sup>372</sup>. Yine kocanın karısı ile başka kişiler önünde cinsel ilişkide bulunması halinde, fiil cinsel saldırı suçunu oluşturmaya dahi, doktrinde müessir fiil veya fena muamele olarak kabul edilmesi gerekeceği görüşü hakimdir<sup>373</sup>.

---

<sup>369</sup> NUHOĞLU, s.616, 617.

<sup>370</sup> ARTUK, "Kadına Yönelik Cinsel İstismara Örnek Olarak Evlilik İçinde Irza Geçme ve Fücür", s.35, 36; ARTUK/YENİDÜNYA, s.63; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2008, s.219.

<sup>371</sup> ARTUK, "Kadına Yönelik Cinsel İstismara Örnek Olarak Evlilik İçinde Irza Geçme ve Fücür", s.36; ARTUK/YENİDÜNYA, s.63, 64; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2008, s.219. Aksi fikirde olan müellifler de vardır. DÖNMEZER, 1983, s.61, dn.33.

<sup>372</sup> ARTUK, "Kadına Yönelik Cinsel İstismara Örnek Olarak Evlilik İçinde Irza Geçme ve Fücür", s.36; ARTUK/YENİDÜNYA, s.64; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2008, s.220; DÖNMEZER, 1983, s.61; ÖNDER, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.446.

<sup>373</sup> ÖNDER, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.446.

Cinsel ilişki karının sağlığına zarar verecek nitelikte ise (örneğin, kocanın frengili olması gibi) nikahın varlığı nedeniyle cinsel saldırı suçunun değil, TCK'nun 456 ncı maddesindeki "her kim ... bir kimsenin sıhhatini ihlale ... sebep olursa ..." hükmüne dayanılarak kasten müessir fiil suçunun oluşacağı öğretilmiştir<sup>374</sup>. Doktrinde, kadının ağır bir hastalık geçirmesi halinde kocanın fiili cinsel saldırı suçunu oluşturmaya dahi 478 inci maddenin uygulanabileceği de savunulmuştur<sup>375</sup>. Buna karşılık doktrinde, bu şekilde gerçekleşen cinsel ilişki, diğer eşin sağlığına zarar verecek nitelikte ise, cinsel saldırı suçunun oluşacağı savunulmuştur<sup>376</sup>. Örneğin AIDS gibi ölümcül ve cinsel ilişki sonucu mutlak bulaşma özelliği olan bir hastalığa sahip kocasıyla cinsel ilişkide bulunmasının kadın için bir görev olduğu; aynı şekilde döl yollarında iltihaplanma olan ya da mutad kanama dönemindeki bir kadının cinsel ilişki ile hem acı çekmesi hem rahatsızlığının ilerlemesi pahasına, hatta hamile bir kadının hamileliğinin son dönemlerinde belki de çocuğunu kaybetme pahasına kocanın cinsel ilişki isteğini yerine getirme yükümlülüğünden söz edilemez. Toplumdaki genel ahlak kuralları ve hemen hemen bütün dinler tarafından yasaklanan anal yolla cinsel ilişkiye mağdurun katlanma zorunluluğu bulunduğu ileri sürülemez<sup>377</sup>. Cinsel ilişki doğal olarak evliliğin gereklerinden birisidir. Fakat fiziki ya da ruhi koşullar ne olursa olsun bu gereğe uyulması her iki taraftan da beklenemez. Bu nedenle evlilik cinsel ilişkiye katlanma yükümlülüğü tanımaz. Eşlerden birinin diğerinin cinsel ilişki isteklerini yerine getirmemesi, sürekli olarak cinsel ilişkiden kaçınması halinde yapılacak olan şey zorla cinsel ilişkide bulunmak değil, evliliğin yüklediği görev ve sorumlulukları yerine getirmemesi nedeniyle Türk Medeni Kanunu'na göre boşanma davası açma hakkından yararlanmak olmalıdır<sup>378</sup>.

---

<sup>374</sup> TUNA s.470.

<sup>375</sup> ÖNDER, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.445.

<sup>376</sup> SOYASLAN, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 1997, s.298.

<sup>377</sup> DÜLGER, İbrahim, Irza Geçme Suçunun Fail ve Mağdur Açısından Değerlendirilmesi, s.233.

<sup>378</sup> DÜLGER, İbrahim, Irza Geçme Suçunun Fail ve Mağdur Açısından Değerlendirilmesi, s.233; BAFRA, s.572.

Doktrindeki birçok görüşe göre<sup>379</sup>, evli kadının vücut bütünlüğü<sup>380</sup> de evli olmayanlarınkı kadar koruma altına alınmalıdır; bu hukukun görevidir. Karısına karşı müessir fiilde bulunan kocanın müessir fiil suçundan yargılanıp da karısının rızası dışında cinsel ilişkide bulunan kocanın cinsel saldırı suçunun faili sayılmaması, failin cezasız kalması ve bunun hukuk düzeni tarafından hoş görülmesi bir çelişki olarak değerlendirilmiştir. 765 Sayılı TCK hükümlerinde (m.416) aksine bir anlam veya ibare taşımadığı için evlilik içi zorla cinsel ilişki olaylarına uygulanmalarına hiçbir engel bulunmamaktadır. Ceza kanunlarımıza göre müessir fiilden daha ağır bir suç teşkil eden cinsel saldırı fiiline katlanması hiç kimseden istenemez<sup>381</sup>. Kadının bedenine karşı gerçekleştirilen saldırılar; saldırı nereden gelirse gelsin, bu ister hiç tanımadığı bir insan, ister erkek arkadaşı, ister birlikte yaşadığı kişi isterse de evli olduğu kocası olsun, ceza hukuku tarafından korunmalı ve ceza kanununda suç tipi olarak düzenlenmelidir<sup>382</sup>. Cinsel saldırı suçunun koruduğu hukuksal yarar, kişinin cinsel yaşamını istediği gibi düzenleme özgürlüğünü koruduğuna göre, bu konuda evliliği kabul etmiş eş açısından istisnai bir durum yaratılamaz<sup>383</sup>. Dünyadaki gelişme ve değişimler karşısında Türk toplumunun ve hukuk sisteminin duyarsız kalması beklenemez. Kadını küçük düşüren, ruhen ve bedenen hırpalayan, vücut bütünlüğüne ve dokunulmazlığına, cinsel kimliğe karşı şiddet teşkil eden bu eyleme karşı kadının sırf faille evli olması nedeniyle

---

<sup>379</sup> ARTUK, “Kadına Yönelik Cinsel İstismara Örnek Olarak Evlilik İçinde Irza Geçme ve Fücür”, s.36, 37; ARTUK/YENİDÜNYA, s.64, 65; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2008, s.220-222; CENTEL, s.63; NUHOĞLU, s.618; ÜNVER, Yener, “Türkiye’de Aile İçi Şiddetin Boyutları, Nedenleri ve Çözüm Önerileri”, Suçla Mücadele Bağlamında Türkiye’de Aile İçi Şiddet - Ülke Çapında Kriminolojik – Viktimolojik Alan Araştırması ve Değerlendirmesi, Beta Yayıncılık, İstanbul 2004, s.62, 63; ÜNVER, “Özellikle Cinsel Suçlar Alanında Olmak Üzere Kadınlarla İlgili Ceza Hukuku Normlarındaki Değişim ve Türkiye’deki Durum”, s.322, 323; DÜLGER, İbrahim, Irza Geçme Suçunun Fail ve Mağdur Açısından Değerlendirilmesi, s.233 ve 235; DÜLGER, Murat Volkan, s.556; ÖRÜCÜ, s.90-105; BAFRA, s.573.

<sup>380</sup> Evlilik içinde eşlerden birisinin cinsel ilişkiyi istememesi durumunda diğer eşin sadece ayrılık ya da boşanmayı isteme hakkı vardır. Günümüzde kadının nikahla cinsel ilişkiyi kabul ettiği konusunda geri alınmaz bir irade beyanında bulunmuş sayıldığı anlayışı, kadının evlenmekle kocasına, kendi vücudu üzerinde dilediği gibi hareket etme yetkisi tanıdığına ilişkin geleneksel görüş artık terk edilmiştir. Kadın evlenmekle vücut bütünlüğü üzerindeki hakkını kaybetmemiştir. ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2008, s.220, 221.

<sup>381</sup> ARTUK, “Kadına Yönelik Cinsel İstismara Örnek Olarak Evlilik İçinde Irza Geçme ve Fücür”, s.36, 37; ARTUK/YENİDÜNYA, s.64, 65; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2008, s.220-222; CENTEL, s.63; BAFRA, s.573.

<sup>382</sup> DÜLGER, Murat Volkan, s.556.

<sup>383</sup> YILDIZ, s.217.

korunmasız bırakılması hukuka mantığına ve suç teorisine aykırı düşmektedir. Devlet bütün bireylerini ayrımsız olarak korumakla yükümlüdür<sup>384</sup>. 765 Sayılı TCK’nda cinsel saldırı suçu ile ilgili olarak karşılaştırmalı hukukta bazı kanunlarda olduğu gibi (örneğin, İsviçre CK m.187/1)<sup>385</sup> fiilin evlilik dışında işlenmesinin şart olduğuna ilişkin bir ibare yer almamaktadır (bkz. 765 Sayılı TCK<sup>386</sup> m.416)<sup>387</sup>. Bu durum, fiilin evlilik içinde işlenmesinin de yaptırıma bağlandığının kanıtını oluşturur<sup>388</sup>.

765 Sayılı TCK’nun yürürlükte olduğu dönemde Yargıtay, erkek eşin cinsel saldırı suçunun faili olamayacağı, kadının ağır hastalık geçirmesi veya anal yolla cinsel ilişkide bulunulması durumunda, aile efradına kötü muamele suçunun (m.478) oluşacağını belirtmekteydi. Bu görüşten hareket edildiğinde, cebir kullanmak suretiyle de olsa, vajinal yolla gerçekleştirilen cinsel ilişkinin suç oluşturmadığı sonucu çıkmaktaydı. Bir görüşe göre<sup>389</sup> evlilik ilişkisi, kocaya karısının vücudu üzerinde cinsel tasarrufta bulunma hakkı verdiği için vajinal yolla gerçekleşen cinsel ilişki bu suçu oluşturmazdı; kadını ilişkiye zorlamak için başvurulacak araçlar bir başka suçu, örneğin etkili eylem suçunu oluşturuyorsa ancak bu suçtan dolayı fail cezalandırılabilirdi. Buna karşılık cinsel ilişki anal yolla gerçekleşmiş ise, aile bireyelerine fena muamelede

---

<sup>384</sup> BAFRA, s.573.

<sup>385</sup> Yine İngiltere’de (1976) Cinsi Suçlar Tadil Kanunu m.1’de ırza geçme, bir kadınla rızası olmadan hukuka aykırı olarak cinsi münasebette bulunmak olarak tanımlandığı halde, buradaki hukuka aykırılık (unlawful) kavramının evlilik dışı anlamına gelip gelmeyeceği tartışılmıştır. Amerikan Hukuk Enstitüsünce 1985’de hazırlanan Federal Model Ceza Yasası’na göre de erkeğin ırza geçme suçunu işlemiş sayılmasının bir koşulu da, söz konusu kadının kendi karısı olmamasıdır. Bkz. ÖRÜCÜ, s.95-102.

<sup>386</sup> 765 Sy. Türk Ceza Kanunu’nda evlilik içi ırza geçmeyi cezalandıran özel bir hüküm bulunmamakla birlikte, genel hükümler içerisinde bunun aksine bir ibare de mevcut değildir. 765 Sy. TCK m.416, zorla ırza geçme suçunu, 15 yaşını bitirmiş bir kişinin cebir, şiddet veya tehdit kullanmak suretiyle ırza geçmesi... olarak tarif etmiştir. Irza geçme suçunun asli unsurları cinsel ilişki ve kasttır. Bkz. BAFRA, s.572.

<sup>387</sup> Evlilik birliği içinde gerçekleşen ırza geçme hadisesinin 765 Sy. TCK’nun sistemine göre suç sayılmaması, Türkiye’nin taraf bulunduğu Birleşmiş Milletler Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi’ne de aykırılık teşkil etmektedir. Bkz. RG 14 Ekim 1985, Sy. 18898.

<sup>388</sup> ARTUK, “Kadına Yönelik Cinsel İstismara Örnek Olarak Evlilik İçinde Irza Geçme ve Fücür”, s.36, 37; ARTUK/YENİDÜNYA, s.64, 65; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2008, s.220-222.

<sup>389</sup> EREM, s.1851; EREM, Faruk/TOROSLU, Nevzat, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 6. Baskı, Ankara 1994, s.318; SOYASLAN, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2005, s.298; DÖNMEZER, no. 35; ÖNDER s.455

bulunma suçunu oluştururdu<sup>390</sup>. Ancak 765 Sayılı TCK, cinsel ilişkinin “evlilik dışı” olması biçiminde bir zorunluluk öngörmediği için, koca tarafından rıza dışı vajinal veya anal yolla gerçekleştirilen cinsel ilişkinin cinsel saldırı suçunu oluşturacağı doktrinde birçok yazar tarafından belirtilmiş, evlilik içinde cinsel saldırının özel olarak düzenlenmesi gerektiği ifade edilmiştir<sup>391</sup>.

Evlilik hakkında yukarıda söylenen hususların nişanlanma için bir önemi yoktur. Evliliğin kendisine yüklediği sorumluluklarla yükümlü olmayan nişanlı bir kızın, vajinal yolla gerçekleştirilse dahi, rızası dışında gerçekleştirilen fiilin mağduru ve fiili gerçekleştiren nişanlının cinsel saldırı suçunun faili olduğu açıktır<sup>392</sup>.

Sonuç olarak, 765 Sayılı TCK döneminde doktrinde hakim görüşün cinsel saldırı suçunun oluşabilmesini cinsel ilişkinin gayrimeşru olmasına bağladığı, evliliğin kadına cinsel ilişkiye rıza gösterme görevi yüklediği, nikah devam ettikçe cinsel saldırı suçunun oluşamayacağı şeklinde olduğunu belirtebiliriz. Bu görüş karının rızası dışında gerçekleşen ve evliliğin amacına hizmet etmeyecek cinsel ilişkileri fena muamele saymaktadır. Yargıtay da, kararlarında gerekçeleri belirtmese dahi aynı sonuca varmaktadır<sup>393</sup>.

---

<sup>390</sup> TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.208.

<sup>391</sup> ARTUK, “Kadına Yönelik Cinsel İstismara Örnek Olarak Evlilik İçinde Irza Geçme ve Fücur”, s.36, 37; ARTUK/YENİDÜNYA, s.64, 65; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2008, s.220-222; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.208, CENTEL, s.63; NUHOĞLU, s.616-618; ÜNVER, Yener, “Türkiye’de Aile İçi Şiddetin Boyutları, Nedenleri ve Çözüm Önerileri”, Suçla Mücadele Bağlamında Türkiye’de Aile İçi Şiddet - Ülke Çapında Kriminolojik – Viktimolojik Alan Araştırması ve Değerlendirmesi, Beta Yayıncılık, İstanbul 2004, s.62, 63; ÜNVER, “Özellikle Cinsel Suçlar Alanında Olmak Üzere Kadımlarla İlgili Ceza Hukuku Normlarındaki Değişim ve Türkiye’deki Durum”, s.322, 323; DÜLGER, İbrahim, Irza Geçme Suçunun Fail ve Mağdur Açısından Değerlendirilmesi, s.233 ve 235; DÜLGER, Murat Volkan, s.556; ÖRÜCÜ, s.90-105; BAFRA, s.573.

<sup>392</sup> ARTUK, “Kadına Yönelik Cinsel İstismara Örnek Olarak Evlilik İçinde Irza Geçme ve Fücur”, s.36; ARTUK/YENİDÜNYA, s.64; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2008, s.220.

<sup>393</sup> ARTUK, “Kadına Yönelik Cinsel İstismara Örnek Olarak Evlilik İçinde Irza Geçme ve Fücur”, s.36; ARTUK/YENİDÜNYA, s.64; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2008, s.220.

***(iii)- 5237 Sayılı TCK Dönemindeki Durum***

Karşılaştırmalı hukuktaki ve öğretideki bu modern görüşler, 5237 Sayılı TCK’nda cinsel suçlara ilişkin düzenlemeler yapılırken etkili olmuştur. Böylelikle, cinsel saldırı suçu, 5237 Sayılı TCK’nun kişilere karşı suçlar kısmında “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar” başlığı altında düzenlenmiş ve cinsel saldırı suçuyla korunan hukuksal değer bireyin cinsel özgürlüğü ve dolayısıyla bireyin cinsel dokunulmazlığı olduğu cinsel saldırı suçunun düzenlendiği 102 nci maddenin gerekçesinde açık bir biçimde ifade edilmiştir. Cinsel saldırı suçu düzenlenirken, kocanın, ailenin vb. diğer üçüncü kişilerin namusları değil bireyin cinsel dokunulmazlığı koruma altına alınmıştır. Bu düzenleme evlilik birliği içinde gerçekleşen cinsel saldırı eylemlerinin nitelikli hallerinin de suç oluşturduğunun kabul edilmesinde etkili olmuştur<sup>394</sup>.

Türk Ceza Hukuku öğretisinde baskın görüşün yukarıda aktarıldığı biçimde olmasına rağmen, özellikle karşılaştırmalı hukuktan etkilenen bazı yazarlar, konuya ilişkin görüşlerini bu modern sistemlerin etkisinde oluşturmuşlar ve konuya çok farklı bir açıdan yaklaşmışlardır. Bu yazarlar, modern ülkelerin hukuk sistemlerinde cinsel suçlarla korunan hukuksal değer değişime uğradığını, cinsel saldırı suçunda korunan hukuksal değer bireyin cinsel özgürlüğü ve dolayısıyla cinsel dokunulmazlığı olduğunu belirtmişlerdir. Dolayısıyla bu yazarlar evlilik birliği içinde gerçekleşen cinsel saldırı eylemlerinin de bireyin cinsel özgürlüğünü ihlal etmesi nedeniyle suç olarak kabul edilmesi gerektiğini ifade etmişlerdir<sup>395</sup>.

---

<sup>394</sup> DÜLGER, Murat Volkan, s.556, 557.

<sup>395</sup> DÜLGER, Murat Volkan, s.556. Bu konuda bkz. ARTUK, “Kadına Yönelik Cinsel İstismara Örnek Olarak Evlilik İçinde Irza Geçme ve Fücür”, s.36, 37; ARTUK/YENİDÜNYA, s.64, 65; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2008, s.220-222; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.208, CENTEL, s.63; NUHOĞLU, s.616-618; ÜNVER, Yener, “Türkiye’de Aile İçi Şiddetin Boyutları, Nedenleri ve Çözüm Önerileri”, Suçla Mücadele Bağlamında Türkiye’de Aile İçi Şiddet - Ülke Çapında Kriminolojik – Viktimolojik Alan Araştırması ve Değerlendirmesi, Beta Yayıncılık, İstanbul 2004, s.62, 63; ÜNVER, “Özellikle Cinsel Suçlar Alanında Olmak Üzere Kadınlarla İlgili Ceza Hukuku Normlarındaki Değişim ve Türkiye’deki Durum”, s.322, 323; DÜLGER, İbrahim, Irza Geçme Suçunun Fail ve Mağdur Açısından Değerlendirilmesi, s.233, 235; DÜLGER, Murat Volkan, s.556; ÖRÜCÜ, s.90-105; BAFRA, s.573.

765 Sayılı TCK'nda evli ya da evli olmayan ayrımı yapılmamasına rağmen öğretide ve uygulamada böyle bir ayırım yapılması ve yanlış görüş ve uygulamanın yerleşmesi nedeniyle 102 nci maddenin 2 nci fıkrasının 2 nci cümlesinde ceza muhakemesi hukukuna ilişkin bir düzenleme yapılarak cinsel saldırı eyleminin nitelikli halinin evlilik birliği içinde gerçekleşmesi halinde bunun takibi şikayete bağlı bir suç olduğu belirtilmiştir. Böylelikle İsviçre Ceza Kanunu'nda yapılan düzenlemede olduğu gibi 5237 Sayılı TCK açısından da evlilik birliği içerisinde gerçekleşen cinsel saldırı eyleminin nitelikli halinin suç olduğu açık bir biçimde düzenlenmiştir<sup>396</sup>.

Hiçbir şekilde eşlerden birinin diğerini istemi dışında zor kullanarak cinsel ilişkiye girmesi kabul edilemez. 5237 Sayılı TCK'nun yürürlüğe girdiği 1 Haziran 2005 tarihinden itibaren evlilik birliği içinde gerçekleşen bu tür eylemler artık suç olarak kabul edilmekte ve bu tür bir eylemi gerçekleştiren eş suç işlemiş olmaktadır. Özellikle bedensel açıdan daha güçsüz olan ve korunması gereken kadınlar açısından bu düzenleme çok yerinde olmuştur. Dolayısıyla 5237 Sayılı Kanun'un 102 nci maddesi kadının birey olarak bedensel ve düşünsel özgürlüğü açısından çok önemi bir ilerlemedir; bu maddedeki düzenleme ile evli kadın bedeni üzerinde hak sahibi olabilmıştır<sup>397</sup>.

Bu suç açısından fail ya da mağdurun cinsiyetine ilişkin bir ayırım yapılmadığı için evlilik birliği içinde gerçekleşen cinsel saldırı suçunun nitelikli hali açısından failin veya mağdurun erkek ya da kadın olması mümkündür<sup>398</sup>.

TCK m.102/2'de düzenlenen suçla korunan hukuksal yararın cinsel özgürlük olduğu kabul edilince, suçun mağdurunun failin eşi olmasının da suçun oluşması bakımından bir etkisinin bulunmaması gerekir<sup>399</sup>. Zira evlilik ilişkisi bir eşi diğerinin hakimiyeti altındaki bir nesne konumuna düşürmez; karşı taraftan cinsel bir davranış

---

<sup>396</sup> DÜLGER, Murat Volkan, s.557.

<sup>397</sup> DÜLGER, Murat Volkan, s.558.

<sup>398</sup> DÜLGER, Murat Volkan, s.557.

<sup>399</sup> TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.209. *Hafizoğulları*, kadın olan eşin diğer eşin vücuduna organ sokması mümkün olmadığına göre, erkek eşin, cinsel ilişkide bulunmaya hakkı olmayan kişilerle eş tutularak cezalandırılmasını eşitlik ilkesine aykırı bulmaktadır. Bkz. HAFIZOĞULLARI, s.363.

talep etme ya da onun buna katlanmasını bekleme hakkı vermez; cebir, tehdit kavramının da yabancılarla eşler arasındaki ilişki bakımından farklı biçimde anlaşılması düşünülemez. Ne var ki, m.102/2’de yer verilen düzenleme birçok yönden sorun yaratmaktadır. Öncelikle cinsel saldırı suçunun temel şekli açısından da (m.102/1) eşlerin suçun faili olup olmayacağı belirsizdir. Eşler arasında işlenen cinsel saldırı suçunun şikayet üzerine kovuşturulacağına ilişkin düzenlemenin sistematik açıdan yeri, suçun temel şekli bakımından eşlerin suçun faili olmayacakları sonucunu doğurmaktadır. İkinci olarak 102 nci maddenin gerekçesinde yer verilen *“Evlilik birliği, eşlere sadakat yükümlülüğünün yanı sıra, karşılıklı olarak birbirlerinin cinsel arzularını tatmin yükümlülüğü de yüklemektedir. Buna karşılık evlilik birliği içinde bile, cinsel arzuların tatminine yönelik talepler açısından tıbbi ve hukuki sınırların olduğu muhakkaktır. Bu sınırların ihlali suretiyle eş üzerinde gerçekleştirilen ve cinsel saldırı suçunun nitelikli halini oluşturan davranışlar ceza yaptırımını gerekli kılmaktadır”* biçimindeki açıklamalardan, eşler arasında zora dayalı da olsa *“normal”* yolla (tıbbi ve hukuki sınırlar içerisinde) gerçekleşen davranışların suç oluşturmayacağı sonucu ortaya çıkmaktadır. Üçüncüsü, evlilik içi cinsel saldırı suçunun nitelikli halinin soruşturma ve kovuşturmasının şikayete bağlı tutulması, çoğu durumda bu suçların kovuşturmasını fiilen olanaksız hale getirmektedir<sup>400</sup>.

5237 Sayılı TCK’nun 102 nci maddesinin 2 nci fıkrasının son cümlesi evlilik içi cinsel saldırıyı suç saymakta fakat bunu takibi şikayete bağlı tutmaktadır<sup>401</sup>. Takibin şikayete bağlı olmasını mağdurun kolluk kuvvetlerine başvurmasını, tanık göstermesini adli tıba başvurmasını, özetle şikayet konusunda ciddi bir ısrar göstermesini zorunlu kılmaktadır. Oysa var olan toplumsal değerler, gelenekler ve başta eğitimsizlik şikayetçi olma konusunda ısrarın güçlüğü göstermektedir<sup>402</sup>.

---

<sup>400</sup> TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.209. Aynı doğrultuda bkz. HAFIZOĞULLARI, s.363.

<sup>401</sup> Takibi şikayete bağlı eşe karşı nitelikli cinsel saldırı suçunda müştekinin hükümden sonra verdiği 13.6.2008 ve 15.9.2008 günlü dilekçeleri ile şikayetinden vazgeçtiği anlaşıldığından, 5237 Sy. TCK’nın 73/6. maddesi gereğince sanıktan vazgeçmeyi kabul edip etmediği sorularak sonucuna göre karar verilmesi lüzumu ... Yarg. 5.CD, 23.9.2008, 6847/7921. GÜNDEL, Ahmet, 5237 Sayılı TCK’da Cinsel Saldırı-Cinsel İstismar-Cinsel Taciz-Rızaen Irza Geçme-Hürriyeti Kısıtlama-Alıkoyma-Fuhuş ve Müstehcen Yayın Suçları, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2009, s.34.

<sup>402</sup> MELİK, Devran, “Türk Ceza Kanunu Tasarısı Hakkında Görüş”, Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci Kitap, Makaleler, Görüşler, Raporlar, Türkiye Barolar Birliği Yayınları:71, Ankara 2004, s.245. *Yurtcan*

5237 Sayılı TCK'nun düzenlemesinde cinsel saldırı suçunun eşe karşı gerçekleştirilmesinin şikayete bağlı olarak kovuşturulması sorunlara yol açacak niteliktedir. Sadece Türkiye'de değil bütün Dünyada özellikle evli kadınların maruz kaldıkları cinsel suçları yetkili organlara bildirmelerinde bir çekingenlik bulunmaktadır. Kolluk ve mahkemelerin bu konudaki tutumları da eleştirilere konu olmaktadır<sup>403</sup>.

Eşe karşı gerçekleştirilen zorla cinsel ilişki zaten bir şiddeti içermektedir. Bu eylemin şikayete tabi kılınmasının sonucu olarak eşe karşı bu defa şikayetin geri alınması konusunda baskı ve şiddet uygulanması söz konusu olacak ve bu durum bir kısır döngü haline gelecektir. Yani şiddet yeni şiddete neden olabilecektir<sup>404</sup>.

765 Sayılı TCK döneminde, öğretilerde evlilik içi ırza geçmeye ilişkin özel bir düzenlemeye yer verilmesi ve ırza geçme suçunun bir ağırlaştırıcı nedeni olarak düzenlenmesi gerektiği belirtilmekteydi<sup>405</sup>. TCK'nun bu düzenlemesi evliliğin, kişinin cinsel dokunulmazlığına saldırıyı meşru hale getirmesini diğer bir deyişle evliliğin hukuka aykırılığı ortadan kaldırdığı anlayışını önlemek bakımından yerinde olmuştur. Kanun koyucu, eş üzerinde gerçekleştirilen ve cinsel saldırı suçunun nitelikli halini oluşturan davranışlar için 5237 Sayılı Ceza Kanunu'nda böyle bir düzenlemeye giderek tartışmalara son vermiştir. Ancak, cinsel saldırı suçunun bu nitelikli halinde soruşturma ve kovuşturma yapılması, mağdur eşin şikayetine bağlı tutulmuştur<sup>406</sup>.

Cinsel saldırı suçunun nitelikli hali, eşlerin birbirine yönelik cinsel saldırıları bakımından da geçerli olmakla birlikte, bu durumda soruşturma ve kovuşturma mağdur

---

ise, cinsel saldırı suçunun eşe karşı işlenmesinin şikayete tabi tutulmuş olmasını şikayet kavramının temeline uygun olarak değerlendirmiştir YURTCAN, s.208.

<sup>403</sup> YILDIZ, s.218.

<sup>404</sup> YILDIZ, s.218.

<sup>405</sup> ARTUK, "Kadına Yönelik Cinsel İstismara Örnek Olarak Evlilik İçinde Irza Geçme ve Fücür, s.41, 42; ARTUK/YENİDÜNYA, s.67, 68; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2008, s.217-222. *Ünver*'de bu durumun ya diğer cinsel suçlardan ayrı bir maddede ve daha ağır bir ceza yaptırımını içeren bir suç tipi şeklinde veya cinsel suçların ağırlaştırıcı nedeni olarak düzenlenmesi gerektiğini belirtmektedir. Bkz. ÜNVER, "Özellikle Cinsel Suçlar Alanında Olmak Üzere Kadınlarla İlgili Ceza Hukuku Normlarındaki Değişim ve Türkiye'deki Durum", s.323.

<sup>406</sup> SEVÜK, s.260.

olan eşin şikayeti üzerine yapılacaktır. TCK m.102/2 c.2 anlamında “eş” deyimini, Medeni Kanun’a göre geçerli biçimde kurulmuş olan evlilik birliği içinde bulunan kişileri ifade ettiğinden, evlilik dışı veya imam nikahına dayalı olarak birlikte yaşayan kişiler arasında gerçekleşen cinsel saldırı suçunun nitelikli hali bakımından kovuşturma re’sen yapılır. Burada üzerinde durulması gereken önemli bir sorun da, eşlerden birisinin, diğer eşi, bir üçüncü kişi ile cinsel ilişkide bulunmaya zorlaması durumunda da şikayet koşulunun geçerli olup olamayacağıdır. TCK m.102/2 c.2’de “*bu filin eşe karşı işlenmesi*”nden söz edildiğine göre, suçun gerek cebir ve gerekse cinsel davranış unsurlarının her ikisinin birlikte eş tarafından gerçekleştirilmesi gerekir. Dışarıdan bir kişinin suça iştiraki söz konusu ise, eş suçun faili, azmettiren veya yardım edeni olsa bile, kovuşturmanın re’sen yapılması gerekir<sup>407</sup>.

Evlilik mahkeme kararıyla sona ermiş ise, eşler daha sonra birlikte yaşıyor olsalar dahi, rıza dışı gerçekleştirilen cinsel ilişki cinsel saldırı suçunun nitelikli halini oluşturacaktır.

Cinsel saldırı suçunun eşe karşı işlenmesinin cezalandırılması, Türk Hukuku için bir yeniliktir. Bu düzenleme, suç ve ceza politikası açısından uygun olduğu kadar, cinsel suçların temeli kişinin cinsel özgürlüğüne saldırı oluşturduğu, bu nedenle cezalandırılması gerektiği açısından da doğru bir sonuçtur<sup>408</sup>.

### ***b- TCK m.102/3’de Düzenlenen Cinsel Saldırı Suçunun Daha Ağır Cezayı Gerektiren Nitelikli Halleri***

Türk Ceza Kanunu’nun 102 nci maddesinin 3 üncü fıkrası cinsel saldırı suçunun ağırlaştırıcı nedenlerini göstermektedir<sup>409</sup>. Bu hallerin varlığı halinde suçun

---

<sup>407</sup> TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.225.

<sup>408</sup> YURTCAN, s.208.

<sup>409</sup> Öztürk, 102 nci maddede iki ayrı düzenleme olduğu için “suçun” ağırlaştırıcı nedenlerinden söz ederken hangi suçun kastedildiğinin anlaşılmadığı görüşündedir. Bkz. ÖZTÜRK, s.144.

işlenmesindeki ve mağdurun direncini kırmadaki kolaylık ve failin mağdur üzerinde nüfuz ve güce sahip olması göz önünde tutularak ağırlaştırıcı neden uygulanmaktadır<sup>410</sup>.

TCK m.102/3'de sayılan nedenler mağdurun gereğince ve yeterince direnmesini engelleyen nedenlerdir. Bununla birlikte başka bir nedenle bu direnç kırılmış ve bu bentteki şiddet nedenlerinden biri fail tarafından gerçekleştirilmemiş olabilir. Ancak, failin kendisinin fiili sebebi ile gerçekleşen bu direnç kırılmasını bilmesi halinde yine de arttırma nedeni uygulanacaktır. Diğer bir ifade ile mağdurun direnemeyecek bir hale düştüğünü görüp bilerek suçu işleyen, eylemi nitelikli şekilde işlemiş kabul edilecektir<sup>411</sup>.

Bu nedenlerin eylemden önce fail tarafından bilinip bilinmemesi her zaman aranmayabilir. Ancak, failin icra hareketlerine başladıktan sonra durumu anlaması ve bu kolaylıklardan yararlanması aranacaktır. Yani bir anlamda nedensellik bağının kurulması gerekir<sup>412</sup>.

TCK m.102/3'ün bentlerinde yer alan daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hallerden birden fazlasının aynı eylemde varlığı durumunda ceza bir kez yarı oranında arttırılacaktır. TCK m.61 uyarınca ceza alt sınırdan uzaklaşarak arttırılmalıdır<sup>413</sup>.

---

<sup>410</sup> SEVÜK, s.265, 266.

<sup>411</sup> MALKOÇ, Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar, 2009, s.68.

<sup>412</sup> MALKOÇ, Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar, 2009, s.68.

<sup>413</sup> MALKOÇ, Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar, 2009, s.47, 68. Manisa Ruh Sağlığı ve Hastalıkları Hastanesi Sağlık Kurulunca düzenlenen 09.02.2006 tarihli raporda mağdurenin beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda olup olmadığı konusunda yeterli açıklık bulunmadığı halde eyleme 102/3-a maddesi uygulanmış ise de, sanığın olay sırasında silah da kullandığı, bu durum aynı madde ve fıkırdaki ağırlaştırıcı neden kabul edildiği ve her iki ağırlaştırıcı nedenin birlikte gerçekleşmesi halinde dahi cezada bir kez artırım yapılması gerektiğinden ve uygulamada da bu şekilde yapıldığından anılan rapordaki noksanlık sonuca etkili görülmemiş... Yarg. 5.CD, 29.01.2007, 2006/12173-2007/314. MALKOÇ, Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar, 2009, s.68. 5237 sayılı Yasanın 102/2. Maddesine göre tayin edilen temel cezanın failin ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı birden fazla kişi tarafından işlenmesi nedeniyle 102/3-a-d maddesi gereğince sadece bir kez artırılarak uygulama yapılması suretiyle bulunacak sonuç ceza 765 sayılı TCK'nın tatbikiyle verilecek netice cezaıyla aynı olsa dahi 31 ve 33. Maddelerine göre 5237 sayılı TCK'nın 53. Maddesinin daha lehe olacağı gözetilmeden, 102/3-1-d maddelerinin ayrı ayrı uygulanarak cezanın iki kez ½ oranında artırılması suretiyle lehe yasa karşılaştırma ve değerlendirilmesi yapılarak yazılı şekilde hüküm kurulması ... Yarg. 5.CD, 06.12.2007, 12509/9672. GÜNDEL, s.37.

102 nci maddenin 3 üncü fıkrasının bentlerindeki ağırlaştırıcı nedenlerle 5 ve 6 ncı fıkralardaki netice sebebiyle ağırlaşmış hallerin aynı eylemde birlikte bulunması durumunda sorun TCK m.61 kapsamında tek bir temel cezaya hükmedilerek çözülmelidir<sup>414</sup>.

5237 Sayılı TCK cinsel saldırı suçunun cezasını, mağdurun özelliğine (m.102/3-a), fail ve mağdurun ilişkisine (m.102/3-b, c), kullanılan vasıtaya ve fiilin yapılış şekline (m.102/3-d) göre artırmıştır<sup>415</sup>.

***aa- Suçun Beden veya Ruh Bakımından Kendisini Savunamayacak Durumda Bulunan Kişiyeye Karşı İşlenmesi (TCK m.102/3-a)***

Burada suçun temel şekline nazaran mağdurun belirli özelliklere sahip olması cezanın arttırılmasını gerektiren nitelikli unsur sayılmıştır. “beden veya ruh bakımından kendini savunamayacak durumda bulunma” mağdurun cinsel saldırı suçuna karşı koyma olanağını ortadan kaldıracak nitelikte olmalıdır. Söz konusu halin, devamlı ya da geçici olması önemli değildir; önemli olan, bu durumun fiilin işlendiği sırada mevcut olması<sup>416</sup> ve mağdurun beden veya ruh sağlığının fiile direnme serbestisini ortadan kaldırmış olmasıdır<sup>417</sup>. Yargıtay 5. CD’nin konuyla ilgili 5.2.2007 tarih ve 605/577 Sayılı kararında, kayden 1909 doğumlu olan mağdurun, yaşlı olması sebebiyle beden veya ruh bakımından kendini savunamayacak durumda bulunduğu ve bu sebeple fail hakkında 102/3-a hükmünün uygulanması gerektiği ifade olunmuştur<sup>418</sup>.

---

<sup>414</sup> MALKOÇ, Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar, 2009, s.47.

<sup>415</sup> Soyaslan ağırlaştırıcı nedenleri fiilden ve şahıstan kaynaklanan sebepler olarak ikiye ayırmaktadır. SOYASLAN, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2005, s.176 vd.

<sup>416</sup> TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.225.

<sup>417</sup> ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2010, s.179; YENİDÜNYA, s.3295.

<sup>418</sup> ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler, s.2580.

Beden hastalığında, mağdur ahlaki olmadığını bildiği cinsel saldırıya karşı, fiziki olarak direnme imkanına sahip değildir<sup>419</sup>. Beden hastalığı kişinin felçli olması, iç hastalıklar dolayısıyla bünyesinin çok zayıf olması şeklinde karşımıza çıkabilir. Mağdurun sağır, dilsiz veya görme engelli olması da fiile direnci önemli ölçüde azalttığı takdirde bu kapsamda değerlendirilebilir<sup>420</sup>.

Ruh bakımından kendini savunamayacak durumda olma, mağdurun savunma imkanını tamamen ortadan kaldıracak nitelikte akıl hastalığının olmasına bağlıdır. Bu ihtimalde mağdur eylemin ahlaki anlamını anlayamamaktadır. Mağdurun saflığı, deneyimsizliği suçun işlenmesinde failin iradeyi yanıltmada faydalanabileceği bir durum olmakla birlikte, tek başına iradeyi büsbütün kaldıran bir hal sayılmayacağından fıkra kapsamı dışındadır<sup>421</sup>.

Mağdurun beden veya ruh bakımından cinsel saldırı fiiline direnemeyecek durumda olması, fiil işlenmeden önce fail tarafından bilinmelidir<sup>422</sup>. Fail, bu konuda kuşkulu olduğu durumlarda bu nitelikli unsur açısından da olası kasttan sorumlu tutulabilir (TCK m.21/2)<sup>423</sup>.

Mağdurun kendisini savunamayacak durumda olması, bedensel veya ruhsal bir hastalıktan ileri gelmiş olabileceği gibi, engelli olmasından da ileri gelmiş olabilir. İster geçici ister kalıcı olsun, gerçek anlamda bir hastalık teşkil etmemekle birlikte mağdurun eyleme geçerli bir rıza göstermesi ya da direnmesi imkanını tümüyle ya da kısmen ortadan kaldıran tüm durumlar madde kapsamındadır. Mağdurun kendisini savunma olanağını ortadan kaldıran durumun ortaya çıkmasında kusurlu olup olmadığı nitelikli halin uygulanması bakımından önem taşımaz; önemli olan mağdurun savunmasız

---

<sup>419</sup> ÖNDER, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.459, 460.

<sup>420</sup> ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2010, s.180; YENİDÜNYA, s.3295.

<sup>421</sup> ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2010, s.180; YENİDÜNYA, s.3295. *Sevük'e* göre, mağdurun anlama ve kavrama yeteneğindeki eksiklik, herkesin sözüne inanma gibi hallerin varlığı da mağdurun ruh bakımından kendini savunamayacak durum olarak değerlendirilmelidir. SEVÜK, s.266.

<sup>422</sup> ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2010, s.180; YENİDÜNYA, s.3295; SEVÜK, s.266.

<sup>423</sup> ÖNDER, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.460; MERAN, s.322.

durumda olmasıdır; bu durumun bizzat fail tarafından yaratılmış olması önemli değildir<sup>424</sup>.

Direncin bulunmaması bazen geçici durumlar (uyuşturucu, ilaç, alkol, geçici heyecan veya şok halleri) için söz konusu olabilir. Nedenin suç anında var olması yeterli olup, devamlı olmasına gerek yoktur. Direnememe durumuna sokan etken (uyuşturucu, ilaç, alkol), ister mağdur tarafından meydana getirilmiş olsun ister fail tarafından gerçekleştirilsin suçun oluşumunu engellemeyecektir<sup>425</sup>.

Her ne kadar maddede açıkça belirtilmiş değil ise de; failin mağdurun savunmasız durumundan yararlanmış olması gerektiği için, bu durumun suçun işlenmesini mümkün kılması veya en azından kolaylaştırması aranır. Bundan başka nitelikli halin uygulanabilmesi için, failin kastının, mağdurun savunmasız durumda bulunduğuna yönelik olması da gerekir<sup>426</sup>.

Doğal uyku yönünden sorun tartışmalıdır. Bir anlayış somut olaya göre bir karara varmak gerektiğini savunmaktadır. Yargıtay uykuda bulunmak halinin mağdurun mukavemet iktidarsızlığını içerdiğine karar vermiştir<sup>427</sup>.

Kol veya bacağı kesik olan kişinin fiile karşı savunmada bulunması olanaksız olduğu gibi, bedeninde henüz gerçekleşmiş bir ameliyattın dikişleri bulunan kimsenin de direnmede bulunması olanaksızdır. Mağdurun ağır kalp rahatsızlığının olması da savunmada bulunmasına engel olabilir. Bunun yanında zeka geriliği bulunan kimseye karşı gerçekleştirilen eylem bu bendin uygulanmasını gerektirir<sup>428</sup>. Mağdura ilaç içirerek ya da mağduru sarhoş ederek mağdurun uyumasından, baygın olmasından veya

---

<sup>424</sup> TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.225, 226.

<sup>425</sup> MALKOÇ, Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar, 2009, s.69. *Sevük*'e göre, mağdur iradi sarhoşluk veya uyuşturucu madde kullanmış olduğu durumlarda cinsel saldırıya maruz kalırsa, failin sorumluluğunu tespitinde bu ağırlaştırıcı nedenin uygulanıp uygulanmayacağı somut olayda değerlendirilmelidir. SEVÜK, s.266.

<sup>426</sup> TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.225, 226. İtalyan Yargıtayı da, burada salt savunmasız bir kimseyle cinsel ilişkiye girmenin değil, bir kuvvet farkının kötüye kullanılmasıyla zayıf durumdaki mağdurun cinsel davranışa sevk edilmesinin cezalandırıldığını bildirmektedir (İtalyan Yargıtay'ının 5.2.1998, 1346 Sy. Kararı). Bkz. TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.225, 226.

<sup>427</sup> TOROSLU, Ceza Hukuku Özel Kısım, s.60, 61.

<sup>428</sup> MERAN, s.322.

bedenini kontrol edememesinden yararlanarak cinsel saldırı fiilinde bulunulması durumunda bu bent uygulanır<sup>429</sup>.

Anestezi altındaki birine karşı bu suçu işlemek ağırlaştırıcı nedenin uygulanmasını gerektirir. Eylemi gerçekleştiren fail doktor ise olaya iki ağırlaştırıcı nedenin (102/3-a, b) uygulanması gerektiğinden ve ancak bir kere uygulama yapılabileceğinden TCK m.61 uyarınca ceza alt sınırdan uzaklaşarak belirlenmelidir<sup>430</sup>.

Akıl hastaları yapılan fiilin anlamını algılayacak yeterlilikte olmadıklarından ve çoğu zaman kendilerinde psikolojik direnme gücü olmayacağından akıl hastalarına karşı yapılan cinsel saldırı suçunda faile verilecek ceza m.102/3-a'ya göre arttırılmalıdır<sup>431</sup>.

Akıl hastalarında psişik direnme gücü olmadığı için fail bundan istifade ederek kendisiyle cinsel ilişkide bulunmaktadır. Görünürde mağdurun rızası vardır. Ancak fail mağdurun psişik eksikliğinden istifade etmektedir. Eksikliğini kötüye kullanmaktadır. Akıl hastalığı mağduru geçici veya devamlı olarak direnme imkanından alıkoymaktadır<sup>432</sup>.

Eğer mağdur akıl hastası ise ve bu akıl hastası algılama yeteneğini tamamen yitirmiş bir kişi ise yani maruz kaldığı fiilin anlam ve sonuçlarını kavrayacak durumda değil, fiilen ve fikren direnmesi söz konusu değil ise cinsel saldırı suçunun oluştuğunu kabul etmek gerekir. Zira hukuken herhangi bir irade veya rıza beyanı gösteremeyecek olan bu nitelikteki mağdurun asıl olarak rızasızlığını kabul etmek gerekmektedir<sup>433</sup>.

Bağırarak, yardım istemek, failin geldiğinin görülmesi, duyulması karşısında tedbir almak direnme anlamında olduğundan<sup>434</sup>; görme özürlü veya sağır ve dilsizlere

---

<sup>429</sup> EROL, s.498.

<sup>430</sup> MALKOÇ, Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar, 2009, s.69, 70.

<sup>431</sup> Bkz. SOYASLAN, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2005, s.179.

<sup>432</sup> SOYASLAN, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2005, s.179.

<sup>433</sup> MALKOÇ, Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar, 2009, s.14, 15.

<sup>434</sup> OTACI, Cengiz, Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı İşlenen Suçlar, Ankara 2000, s.27.

karşı cinsel saldırının olması halinde, mağdur kendini savunamayacak durumda sayılmalıdır. Mağdur, içinde bulunduğu bir elemenden dolayı ruh bakımından kendini savunamayacak durumda olabilir. Tüm bu hallerin varlığının tespiti bir uzman tarafından yapılmalıdır<sup>435</sup>.

765 Sayılı TCK m.416/1’de fiilin akıl veya beden hastalığından dolayı fiile direnemeyecek mağdura karşı işlenmesinden söz edilmektedir. 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’ndaki bu düzenleme “akıl hastalığı” gibi bir ölçüt getirmediğinden, 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu’ndaki düzenlemeye nazaran daha kapsamlıdır. 765 Sayılı TCK m.416/1’de düzenlenen failin fiilinden başka sebepten dolayı fiile direnemeyecek bir halde bulunan mağdura karşı bu fiilin işlenmesi hali de bu madde kapsamında ele alınmalıdır<sup>436</sup>.

***bb- Suçun Kamu Görevinin veya Hizmet İlişkisinin Sağladığı Nüfuz Kötüye Kullanılmak Suretiyle İşlenmesi (TCK m.102/3-b)***

Burada fail ile mağdur arasındaki bazı ilişkilerin varlığı cezayı artırıcı nitelikli unsur sayılmıştır. Kanun koyucu, failin kamu görevinin veya hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanması halinde daha ağır ceza öngörmektedir<sup>437</sup>. Kamu görevlisi veya mağdurla aralarındaki hizmet ilişkisi dolayısıyla hüküm ve nüfuz sahibi olan kimselerin (örneğin amir veya işveren<sup>438</sup>), bu konumlarını (özellikle de mağdur üzerindeki otoritelerini) kötüye kullanarak mağdurun direncini daha kolay kırmaları ve cinsel saldırı suçunu işlemeleri mümkündür<sup>439</sup>. Nitekim resmi ya da özel kurumların genel müdür, müdür veya yöneticilerinin veya özel teşebbüs sahiplerinin buralarda

---

<sup>435</sup> SEVÜK, s.266.

<sup>436</sup> SEVÜK, s.266.

<sup>437</sup> ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2010, s.180. Öğretide kamu görevinin sağladığı nüfuzun kötüye kullanılması halinin düzenlenmemesi, bir eksiklik olarak belirtilmiştir. Bkz. SOYASLAN, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 4.Baskı, Ankara 2002, s.364.

<sup>438</sup> TOROSLU, Ceza Hukuku Özel Kısım, s.61.

<sup>439</sup> ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2010, s.180. ÖNDER, Ayhan, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.474, 475. Aynı doğrultuda bkz. TOROSLU, Ceza Hukuku Özel Kısım, s.61; MALKOÇ, Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar, 2009, s.71.

çalışanlar üzerinde hüküm ve nüfuz sahibi oldukları, örneğin çalışanların terfi veya tayin veya görevlerinden uzaklaştırılma imkanını ellerinde bulundurdukları veya ücretlerini yükseltme ya da izin verebilme gibi çeşitli yetkiler kullandıkları açıktır<sup>440</sup>. Aynı şekilde kamu görevlilerinin de, kamu görevlisi olmalarından kaynaklanan nüfuzu suiistimal etmeleri eylemin işlenişi bakımından mağdurun direncini azaltacağından bu nitelikli unsur kabul edilmiştir<sup>441</sup>. Örneğin gözüaltına alınan veya cezaevine konulan sanığın orada görevli personel tarafından cinsel saldırıya uğramasında olduğu gibi<sup>442</sup>.

Bu nitelikli halin uygulanması için failin kamu görevlisi olması tek başına yeterli olmayıp, aynı zamanda bunun sağladığı nüfuzun da kötüye kullanılması arandığından, failin yerine getirdiği kamu görevinin suçun işlenmesinde özel bir kolaylık sağlaması ve kamu görevi nedeniyle mağdur üzerinde egemenlik kurabilecek durumda olması zorunludur<sup>443</sup>.

Hizmet ilişkisi gereği mağdur üzerinde egemenlik kurabilecek durumda olan kişilerin işlediği cinsel saldırı bu nitelikli hal kapsamına girer. Hizmet ilişkisinin bir kamusal veya özel bir kuruma bağlı olarak yerine getirilmesi önemli olmadığı gibi, ücretli veya ücretsiz, geçici veya sürekli olması da önemli değildir. Önemli olan fail ile mağdur arasında hizmet ilişkisinden kaynaklanan bir bağımlılık ilişkisinin bulunması ve failin de bu ilişkinin sağladığı kolaylıktan yararlanarak suçu işlemesidir<sup>444</sup>.

Görev sınırlarını aşan ya da görevle ilgili bulunmayan her türlü davranış suçun, nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle işlenmesi olarak nitelendirilmelidir<sup>445</sup>.

Fail, eğitim ve öğretim görevi ile yükümlü kişi olabileceği gibi, mağdurla veya mağdurun yanında oturduğu bir yakınıyla veya mağdurun içinde bulunduğu yatılı bir

---

<sup>440</sup> ÖNDER, Ayhan, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.474, 475. Aynı doğrultuda bkz. MALKOÇ, Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar, 2009, s.72.

<sup>441</sup> ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2010, s.181; YENİDÜNYA, s.3296.

<sup>442</sup> SOYASLAN, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2005, s.179.

<sup>443</sup> TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.226.

<sup>444</sup> TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.226.

<sup>445</sup> MERAN, s.323.

kurumla hizmet ilişkisi içinde bulunabilir. Önemli olan bu görevin ve hizmet ilişkisinin sağladığı kolaylıkla fiili işlemiş olmasıdır<sup>446</sup>.

Fail, gerçekte olmadığı halde nüfuzunun varlığı konusunda mağduru kandırarak ilişkiyi sağlarsa, ilişkinin kurulması bakımından mağdurun iradesini etkileyen baskı meydana geldiğinden bu durumda da nitelikli halin uygulanması gerektiği öğretide savunulmuştur<sup>447</sup>.

Bir kamu görevlisinin daha önce işini yaptığı ya da yanında çalıştırdığı kişiye cinsel saldırı fiilini gerçekleştirmiş olması durumunda bu bent hükmü uygulanmaz<sup>448</sup>.

### ***cc- Suçun Üçüncü Derece Dahil Kan veya Kayın Hısımlığı İlişkisi İçinde Bulunan Bir Kişiye Karşı İşlenmesi (TCK m.102/3-c)***

Mağdurla fail arasında 5237 Sayılı TCK'nun 102/3-c maddesinde belirtilen derecede akrabalık ilişkisinin bulunması, cezayı artırıcı bir nitelikli unsur sayılmıştır. Gelenek-görenek ve akrabalık ilişkileri, mağdur üzerinde hüküm ve nüfuz kullanma imkanını ortaya çıkarabilir. Bu gibi hallerde hem fiilin işlenmesi kolaylaşmakta, hem de mağdurun direnci daha kolay kırılabilir. Aynı evde oturmasalar bile ağabeyin kardeşi, amca ve dayının yeğeni, failin kendisinden küçük amca, dayı, hala, teyzesi üzerinde nüfuz ve hakimiyeti örnek olarak gösterilebilir<sup>449</sup>.

---

<sup>446</sup> SEVÜK, s.267.

<sup>447</sup> MALKOÇ, Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar, 2009, s.72.

<sup>448</sup> MERAN, s.323. İtalyan öğretisine göre, hizmet ilişkisi artık mevcut olmamakla birlikte, bu ilişkiden doğmuş olan saygıdan ileri gelen korku, çekinme duygusu devam etmekte ise, nitelikli hal uygulanmalıdır. TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.226.

<sup>449</sup> ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.181, 182; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.226; TOROSLU, Ceza Hukuku Özel Kısım, s.61; YENİDÜNYA, s.3297; SEVÜK, s.267. Davanın konusu olayda, şüpheli ... Ersin'in baldızı olan müşteki Hamide'nin evine giderek, müştekiyi dudak ve boynundan öpmek suretiyle cinsel saldırı eyleminde bulunduğu iddia edilmesi ... 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 takibinin de şikayete bağlı olmayıp re'sen kovuşturmaya tabi bulunduğu anlaşılması karşısında, TCK'nun 102/3-c maddesine uyan eylemle ilgili açılan davada, iddianamenin, müştekinin şikayetinden vazgeçtiğinden bahisle iaadesi kararına vaki itiraz üzerine, itirazın kabulü yerine, reddine dair kararda isabet bulunmadığı

765 Sayılı TCK m.417’de de öngörülen bu nitelikli halin kapsamı 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda akrabalık ilişkisine dayanarak cezayı ağırlaştırıcı nedenlerin kapsamının daraltılması yönündeki genel eğilime aykırı olarak oldukça genişletilmiştir. 765 Sayılı TCK m.417’de yakın akraba olarak üstsoy ile veli ve vasiden söz edilmiş iken<sup>450</sup>; 5237 Sayılı TCK m.102/3-c “*üçüncü derece dahil kan veya kayın hısımlığı ilişkisi içinde bulunan bir kişi*”den söz etmektedir. Öte yandan nitelikli halin uygulanması bakımından 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu’ndan farklı olarak bu kişilerin mağdur üzerinde “*hüküm ve nüfuz sahibi olmaları*” gibi bir zorunluluk aranmamıştır.

102/3-c’de sözü edilen hısımlık ilişkisi Medeni Kanun’a göre (m.17 vd.) belirlenecektir<sup>451</sup>. Medeni Kanun’un 18 inci maddesinde “*Kayın hısımlığı, kendisini meydana getiren evliliğin sona ermesiyle ortadan kalkmaz.*” denildiğinden, evlilik sona erse bile diğer eşin m.102/3-c kapsamındaki yakınlarına karşı işlenen eylemlerle suçun bu nitelikli hali oluşacaktır<sup>452</sup>.

#### ***dd- Suçun Silahla veya Birden Fazla Kişi Tarafından Birlikte İşlenmesi (TCK m.102/3-d)***

Faile cesaret vererek suçun icrasını kolaylaştırdığı ve üzerinde ciddi korku meydana getirdiği mağdurun direncini kırdığı için cinsel saldırı suçunun silahla

---

... Yarg 5.CD, 10.2006, 8647/7632. ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler, s.2563.

<sup>450</sup> Burada soybağının düzgün olup olmaması önemli olmadığı gibi, kan veya kayın hısımlığı olması da önem taşımıyordu. Bununla birlikte hüküm, yalnızca üstsoyun altsoya karşı işlediği suçlar bakımından uygulanıyordu. Bkz. ÖNDER, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.472.

<sup>451</sup> Mağdure ile sanığın akrabalık ilişkisini gösteren onaylı aile nüfus kayıt tabloları getirilmeden 5237 sayılı Yasanın 102/2. maddesi ile tayin olunan cezanın, 102/3-c maddesi ile artırılması ... Yarg. 5.CD, 13.10.2008, 9129/8308. GÜNDEL, s.34.

<sup>452</sup> Boşanma durumunda diğer eşe karşı suçun işlenmesi halinde nitelikli bir hal söz konusu olmayacak iken onun yakınlarına karşı nitelikli halin oluşmasını *Malkoç* çelişki olarak değerlendirmiştir. Bkz. MALKOÇ, Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar, 2009, s.73, 74.

işlenmesi cezanın arttırılmasını gerektiren fiilin işleniş tarzıyla ilgili nitelikli bir unsurdur<sup>453</sup>.

Suçun silahla işlenmiş olmasının nitelikli hal sayılmasının altında yatan düşünce, söz konusu aracın mağdurun yaşamı, vücut bütünlüğü ve özgürlüğü bakımından ortaya çıkardığı tehlikedir<sup>454</sup>.

5237 Sayılı TCK yalnızca cinsel saldırı suçunda değil, birçok suçta, suçun silahla işlenmesini nitelikli hal saymaktadır. 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda her suç için uygulanabilir genel bir silah tanımı verilmiş değildir. 5237 Sayılı TCK m.6-f yalnızca silahın türlerini göstermektedir<sup>455</sup>.

Silahın tanımı 5237 Sayılı TCK'nun 6 ncı maddesinin 1 inci fıkrasının (f) bendinde yapılmıştır. Buna göre silah deyiminden “1. Ateşli silâhlar, 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. Cinsel saldırı suçunun bunları kullanmak suretiyle işlenmesi halinde failin cezası arttırılacaktır.

Fiilin işlenmesi sırasında mağduru etkileyecek biçimde bu araçlardan birinin kullanılmış olması, örneğin, tabanca teşhir edilerek fiilin işlenmesi hükmün uygulanması için yeterlidir. Suçun silahla işlenmesi bu şekilde anlaşılmalıdır. Yani, silahın somut olayın başından sonuna kadar kullanılmasına gerek yoktur. Silahın nitelikli unsur sayılmasının nedeni mağdur üzerinde korkutucu etki yaparak, onun direncini kırıp, suçun işlenmesini kolaylaştırmasındandır. Bu bakımdan örneğin, silahın görünecek biçimde kılıf içinde bulunması nitelikli unsurun uygulanmasına engel teşkil etmez. Gerçeğine çok benzeyen kuru sıkı veya oyuncak tabanca da somut olayda kişinin

---

<sup>453</sup> ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2010, s.182; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.146; YENİDÜNYA, s.3297.

<sup>454</sup> TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.146.

<sup>455</sup> TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.145, 146.

direncini ortadan kaldıracak şekilde teşhir edilmişse bu nitelikli unsur uygulanmalıdır<sup>456</sup>. Kullanılan bir aracın silah sayılabilmesi bakımından önemli olan somut olayda aracın kullanma biçiminden ortaya çıkan tehlike olduğundan kullanılanın silah sayılıp sayılamayacağı konusunda somut olayın özellikleri göz önünde bulundurulur. Bu nedenle psikolojik açıdan mağduru korkutmaya elverişli olması nedeniyle gerçek bir silah görüntüsü uyandıran oyuncak tabanca veya boş tabanca, işlenen suçun niteliğine ve somut olayda kullanım biçimine bağlı olarak silah sayılabilir<sup>457</sup>.

Her ne kadar silah kavramı Ateşli Silahlar ve Bıçaklar Hakkındaki Kanun'da kullanılmış ise de, bu düzenlemenin amacı tamamen farklı olduğu için, Türk Ceza Kanunu'nun nitelikli hal saydığı silahı, yalnızca bu kanunla sınırlı olarak ele alma olanağı yoktur. Bu kanunda öngörülen silahlar, TCK açısından da kullanılması nitelikli hal sayılır ise de; Türk Ceza Kanunu'nun, kullanılmasını nitelikli hal saydığı silah, Ateşli Silahlar ve Bıçaklar Hakkındaki Kanun'a göre daha geniş bir anlam içermektedir. Buna göre silah denildiğinde bundan anlaşılması gereken, somut olayda objektif niteliğine ve kullanma biçimine göre önemli yaralanmaya yol açabilen saldırı ve savunmaya yarayan her türlü teknik araçtır. Yalnızca mekanik değil, aynı zamanda kimyasal araçlar da silah kavramına girmektedir. Aracın, etkisini, vücudun dışından mı, yoksa içerisinden mi gösterdiği de önem taşımaz. Bu tanıma göre silah kavramına her şeyden önce ateşli silahlar girmektedir. Ateşli silahtan anlaşılması gereken ise, namluya dokunulduğunda içindeki barutun ateşlenmesi sonucu mekanik olarak mermiyi etkileyen her türlü silahtır. Bu anlamda silahın kullanmaya elverişli olmasına gerek yoktur. TCK anlamında silahla, Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ve Diğer Aletler Hakkındaki Kanun anlamında silah kavramları da burada birbirinden ayrılmaktadır. Bu bakımdan örneğin mekanizması mermiyi ateşlemeye elverişli olmayan bir tabanca, bu kanun anlamında silah sayılmaz ise de, suçun işlenmesinde kullanılması durumunda cezanın ağırlaştırılması sonucuna yol açabilir. Ateşli silahlar yanında Ateşli Silahlar ve Bıçaklar Hakkında Kanun kapsamına giren diğer araçlar da Ceza Kanunu uygulamasında silah

---

<sup>456</sup> ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.182.

<sup>457</sup> TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.147, 148; MALKOÇ, Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar, 2009, s.74.

sayılır. Buna göre bu kanunun 1 inci maddesine göre ”bıçak” ve “salt saldırı ve savunmada kullanılmak üzere özel olarak yapılmış bulunan diğer aletler” ile kanunun 4 üncü maddesine göre “kama, hançer, saldırma, şişli baston, sustalı çaka, pala, kılıç, kasatura, süngü, sivri uçlu ve oluklu bıçaklar, topuz, topuzlu kamçı, boğma teli ve zinciri ve muşta” TCK uygulamasında nitelikli hal sayılan silah kapsamına girerler<sup>458</sup>.

Aracın “saldırı ve savunma aracı” olarak kullanılması zorunluluğu nedeniyle, vücudun bölümleri de silah kavramının dışında kalır. Bu nedenle yumruk, elin kenarı, çıplak ayak veya diz, TCK uygulamasında silah sayılmazlar. Suçun işlenmesinde “hayvanın” araç olarak kullanılması durumunda da suç silahla işlenmiş sayılmaz. Bir aracın TCK anlamında silah sayılması için, aynı zamanda bunun “taşınabilir” olması da gerekir. Kimyasal etkili araçlar ile gaz tabancası veya göz yaşartıcı gaz spreyi gibi gaz etkili araçlar da TCK uygulamasında silah kabul edilmelidir. Bu tür araçların ateşli silah sayılıp sayılmayacağı tartışmalı olmakla birlikte, her halde TCK uygulamasında bir aracın silah sayılabilmesi için ateşli silah olmasına gerek olmadığından bu araçlar da silah sayılmalıdır<sup>459</sup>.

Nitelikli halin gerçekleşmesi bakımından silah, suçun cebir veya tehdit unsurunu gerçekleştirmek için kullanılmış olabilir<sup>460</sup>.

Suç tamamlandıktan sonra tehdit veya başka herhangi bir suçun işlenmesi sırasında kullanılan silah, ağırlaştırıcı halin uygulanma nedeni olarak kabul edilemez<sup>461</sup>.

5237 Sayılı TCK’nun 102 nci maddesinde suçun “birden fazla kişi tarafından birlikte” işlenmesi de daha fazla ceza gerektiren bir nitelikli unsur sayılmıştır. Maddede

---

<sup>458</sup> TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.146, 147.

<sup>459</sup> TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.147.

<sup>460</sup> TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.227. Bkz. SOYASLAN, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2005, s.177; MALKOÇ, Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar, 2009, s.74. Oluş ve kabule göre; hükümlünün irza geçme eylemini 5237 Sayılı TCK’nun 6/f maddesine göre silahtan sayılan “bıçak” ile tehdit etmek suretiyle işlediği, bu nedenle 5237 Sayılı Yasanın 102/2. maddesi uyarınca tayin olunan cezanın 102/3-d maddesi ile arttırılması gerektiği gözetilmeden lehe yasanın belirlenmesi ... Yarg. 5.CD 12.6.2006, 5524/5332. ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler, s.2563. Mahkemece, sanığın eylemini av tüfeği ile tehdit ederek gerçekleştirdiği kabul edildiği halde, 5237 sayılı TCK’nın 102/3-d maddesinin tartışılmaması ... Yarg. 5.CD, 23.01.2007, 13952/154.

<sup>461</sup> MERAN, s.325.

belirtildiği üzere faillerin en az iki kişi (iki asli fail) olması gerekir. Suçun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesinden, suçun icra hareketlerinin müşterek fail olarak sorumluluğu gerektirecek şekilde gerçekleştirilmiş olması anlaşılır. Bu nedenle cinsel saldırının bir başkasını azmettirerek veya yardım eden sıfatıyla iştirak ederek işlenmesi halinde, söz konusu nitelikli unsurdan ötürü cezada artırım yapılmayacaktır<sup>462</sup>. Fıkırdaki yer alan “birlikte” teriminin ifade ettiği anlam ise, birden fazla kişinin cinsel saldırı suçunu işlerken beraberce hareket etmeleridir. Birden çok kişinin suçun işlenmesinden önce aralarında anlaşmış olmaları şart değildir<sup>463</sup>.

En az iki kişinin suça birlikte fail olarak (TCK m.37/1)<sup>464</sup> katılmış olmaları gerekli ise de, bunların hepsinin cinsel saldırıda bulunması gerekli değildir. Bu yüzden birlikte faillerden birisi, suçun cebir unsurunu, diğeri ise cinsel davranış unsurunu gerçekleştirdiğinde de<sup>465</sup> bu nitelikli hal uygulanır<sup>466</sup>.

Failin gerçek kastını ve varmak istediği sonucu bilerek, suçun işlenmesi sırasında mağdurun el ve ayaklarını tutmak gibi maddi davranışlarda bulunmaksızın,

---

<sup>462</sup> ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.182, 183; YENİDÜNYA, s.3297, 3298; SEVÜK, s.267; MALKOÇ, Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar, 2009, s.75. Nitelikli halin uygulanması için birden fazla kişinin “birlikte” suçu işlemesi gerektiğinden söz edildiği için, azmettiren ve yardım edenler bu sayıya dahil değildir. Bkz. TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.227. Aynı doğrultuda bkz. TOROSLU, Ceza Hukuku Özel Kısım, s.62. Diğer sanık mağdurun pantolon ve külotunu çıkartıp arkasına geçerek iki dakika kadar sürütürerek basit cinsel istismar suçunu işlediği sırada bulunan, mağdurun başını tutarak direncini kırmak suretiyle suç birlikte gerçekleştiren 5237 Sayılı TCK’nun 37/1 maddesi gereğince fail olarak sorumlu tutulması gerektiği gözetilmeden, aynı yasanın 39/2 maddesi uyarınca cezadan indirim yapılması bozmayı gerektirmiştir. Yarg 5.CD, 18.9.2006, 5223/6921. MERAN, s.326. Sanık Ahmet Yıldırım’ın, mağdurenin yanında bulunan tanığı zorla sanık Şükrü Kaplan’ın sevk ve idaresindeki arabadan dışarı çıkardıktan sonra mağdurenin yanına oturarak bileklerini tutmak, sanık Mustafa Çelik’in ise olay mahallinde bulunup olası müdahalelere engel olmak amacıyla gözcülük yapmak, tanık Fatma Yılmaz’ın olay mahallinden uzaklaşmasını temin ettikten sonra da diğer sanıklara katılmak suretiyle, fiili sanık Şükrü ile birlikte işledikleri bu surette müşterek fail oldukları gözetilmeden 5237 Sayılı TCK’nun 37. maddesi yerine 39. maddesi ile uygulama yapılması ... Yarg. 5.CD, 14.02.2007, 12760/1099. ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler, s.2582.

<sup>463</sup> ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.183; YENİDÜNYA, s.3297, 3298.

<sup>464</sup> “Faillik” 5237 Sy. TCK m.37’de; “(1) Suçun kanunî tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştiren kişilerden her biri, fail olarak sorumlu olur.” şeklinde düzenlenmiştir.

<sup>465</sup> Bu durumda her iki suç ortağının suçun işlenişine yaptıkları katkı, suçun icrası açısından birbirini tamamlayıcı niteliktedir. Dolayısıyla, her iki suç ortağı, suçun işlenişinde ortak bir hakimiyet kurmaktadır. MERAN, s.327.

<sup>466</sup> TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.227; SOYASLAN, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2005, s.177, 178; MALKOÇ, Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar, 2009, s.75; MERAN, s.325.

ancak olası müdahalelere engel olmak ve mağdur üzerinde korku yaratarak direncinin kırılmasında etkili olmak üzere olay yerinde gözcülük yapan her bir suç ortağı da fail olarak kabul edilip cinsel saldırı suçunun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi kapsamında düşünülecektir<sup>467</sup>.

Nitelikli halin uygulanabilmesi için cinsel saldırı suçunun tamamlanmış olması da aranmaz. Suç teşebbüs aşamasında kalsa dahi söz konusu nitelikli unsur uygulama alanı bulur<sup>468</sup>.

Mağdurun direncinin kırılmasında sağladığı kolaylık nedeniyle kabul edilmiş olan<sup>469</sup> bu nitelikli halin gerçekleşmesi için birden fazla kimselerin aynı mağdura yönelik eylemde bulunmaları aranır. Mağdurlar ve failer birden fazla ise ve her bir fail diğer bir mağdura cinsel saldırı da bulunmuşsa nitelikli unsur uygulanmaz. Failer aynı yerde ve zamanda mağdura cinsel saldırıda bulunmuşlarsa, ayrıca birbirlerinin fillerine yardım etmiş olmaları aranmaksızın ağırlaştırıcı neden uygulanır<sup>470</sup>. Bu durumda ağırlaştırıcı nedenin uygulanacağı Yargıtay kararlarında da kabul edilmektedir.

Birden fazla kişiyi oluşturanlardan birinin davranışlarını yönlendirme yeteneğine sahip bulunmaması, nitelikli unsurun uygulanmasına engel değildir (örneğin kişinin 15 yaşından küçük ya da akıl hastası olması)<sup>471</sup>. Birden fazla kişiden birisinin ceza sorumluluğunun bulunmaması, diğer fail için suçun birlikte işlenmesinden doğan ağırlaştırıcı nedenin uygulanmasını engellememesi TCK m.40/1’de “... *Suçun işlenişine iştirak eden her kişi, diğerinin cezalandırılmasını önleyen kişisel nedenler göz önünde*

---

<sup>467</sup> AKÇİN, s.120.

<sup>468</sup> ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.183; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.227; ÖNDER, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.471; YENİDÜNYA, s.3298; MALKOÇ, Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar, 2009, s.77; MERAN, s.326.

<sup>469</sup> TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.227. Aynı doğrultuda bkz. ÖNDER, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.470; SOYASLAN, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2005, s.178.

<sup>470</sup> ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.183; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.227; YENİDÜNYA, s.3298; NUHOĞLU, s.624; SEVÜK, s.267.

<sup>471</sup> ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.183; YENİDÜNYA, s.3298; MALKOÇ, Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar, 2009, s.75. Aynı doğrultuda bkz. MERAN, s.325.

*bulundurulmaksızın kendi kusurlu fiiline göre cezalandırılır” şeklinde hüküm altına alınmıştır.*

#### **4- SUÇUN MANEVİ UNSURLARI**

##### **A- Genel Açıklamalar**

Suçun manevi unsuru, failin mağdurun rızası olmadığını bilerek veya mağdurun rızasını cebirle elde ederek mağdurun vücudu üzerinde birtakım cinsel hareketler yapmasıdır<sup>472</sup>.

Cinsel saldırı suçunun temel şekli (m.102/1), cinsel davranışın vücuda organ veya sair cisim sokulması şeklinde olmaması ve kastın da bir kimse üzerinde cinsel arzuları tatmin amacına yönelmesi bakımından 102/2 nci maddede düzenlenen cinsel saldırı suçunun nitelikli halinden ayrılır<sup>473</sup>.

##### **B- Kast**

Kast, TCK'nun 21 inci maddesinde; *“(1) Suçun oluşması kastın varlığına bağlıdır. Kast, suçun kanun tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir. (2) Kişinin, suçun kanuni tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen, fiili işlemesi halinde, 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.”* denmektedir. Böylece TCK, bir suçun gerçekleşmesi bakımından esas manevi unsuru “kast” olarak belirlemiş, ardından kast ve olası kast kavramlarının

---

<sup>472</sup> SOYASLAN, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2005, s.357. Kocanın bu suçun faili olabileceği hususunda bkz. CENTEL, s.63; NUHOĞLU, s.616.

<sup>473</sup> YENİDÜNYA, Caner, 5237 Sy. Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, Legal Hukuk Dergisi, s.33, Eylül 2005, s.3287.

tanımını yapmış, ayrıca kastlı suçların olası kastla işlenmesi halinde cezanın indirileceğine dair hüküm kurmuştur.

TCK'nun düzenlemesine göre, kasten işlenebilen suçlar kural olarak hem doğrudan hem de olası kastla işlenebilir. Bununla beraber, suçun kanuni tanımında “bilerek”, “bildiği halde”, “bilmesine rağmen” gibi ibarelere yer verilmişse, söz konusu suç ancak doğrudan kastla işlenebilir. Suç tipinde eylemin belli bir amaç veya saikle işlenmiş olmasının arandığı hallerde de fiil, olası kastla işlenemeyeceğinden, cinsel saldırı suçu, olası kastla işlenemez<sup>474</sup>.

Cinsel saldırı suçunun olası kastla işlenip işlenemeyeceğini tartışmak gerekir. Olası kast durumunda suçun kanuni tanımında yer alan unsurlardan birinin somut olayda gerçekleşebileceği öngörülmesine rağmen, kişi fiili işlemektedir. 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 sürtünmeye çalışırken bir başkasının da vücuduna dokunabileceğini öngörerek fiili gerçekleştirirse olası kasttan söz edilebilir<sup>475</sup>.

Cinsel saldırı suçunun olası kastla da işlenebileceği görüşüne göre, faildeki kastın, suç tipinin objektif nitelikteki tüm unsurlarına (cinsel davranışa, vücut dokunulmazlığının ihlaline, davranışa mağdurun rıza göstermediğine) yönelik olması aranır. Bu konuda failin yanılması kastı ortadan kaldırır<sup>476</sup>.

### **C- Taksir**

Hukuki anlamda taksir, neticenin fail tarafından öngörülebilir (tahmin edilebilir) olduğu halde öngörülmemesi, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı

---

<sup>474</sup> ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.466.

<sup>475</sup> SEVÜK, s.253.

<sup>476</sup> TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.219.

davranarak onu hiç düşünmemesi, aklına getirmemesi (şuursuz taksir, bilinçsiz taksir) şeklinde ortaya çıkabileceği gibi, öngörülen neticenin gerçekleşmesinin istenmemesine rağmen harekete devam edilmesi şeklinde de (şuurlu taksir, bilinçli taksir, öngörülü taksir) olabilir<sup>477</sup>.

5237 Sayılı TCK'nun 22 nci maddesinin 2 ve 3 üncü fıkralarında taksir ve bilinçli taksirin tanımına yer verilmiştir. Bilinçli taksir halinde, taksirli suçun cezası artırılır. Buna göre; *“(2) Taksir, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun kanunî tanımında belirtilen neticesi öngörülmeyerek gerçekleştirilmesidir. (3) Kişinin öngördüğü neticeyi istememesine karşın, neticenin meydana gelmesi hâlinde bilinçli taksir vardır; bu hâlde taksirli suçla ilişkin ceza üçte birden yarısına kadar artırılır.”*

TCK'nun bu düzenlemesi karşısında cinsel saldırı suçu taksirle işlenemez<sup>478</sup>.

#### **D- Saik**

Kural olarak bütün suçlarda bulunması gerekli olan kast (genel kast), bazı durumlarda suçun oluşması için yeterli değildir. Bu durumlarda suç tipinde kişinin kastı dışında ayrıca belli bir saikle, amaçla hareket etmesi (özel kast) arandığından saik veya amacın yokluğu suçun unsurunun yokluğu anlamına geleceğinden suç oluşmayacaktır. Saik, bazen suçun temel şeklinin (m.102/1) gerçekleşmesi açısından aranan bir unsurdur. Bazı hallerde de saik, suçun nitelikli şekli açısından aranan bir unsur olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu anlamda failin saiki cezayı artıran bir sebep olabileceği gibi, indiren bir sebep de olabilir<sup>479</sup>.

Kasten işlenebilir suçlardan olan cinsel saldırı suçunun temel şekli, genel kastın yanında, özel kastın da (saik) arandığı bir suç tipidir. Bu suçta aranan özel kast,

---

<sup>477</sup> ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.479, 480 ve 511.

<sup>478</sup> GÜRKAN/UGUZ, s.250.

<sup>479</sup> ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.470, 471.

madde metninde yer almamış bunun yerine madde gerekçesinde “*bu suçun cinsel arzuları tatmin amacına yönelik davranışlarla işlenebileceği*” şeklinde ifade edilmiştir.

Buna göre suçun oluşabilmesi için failin hareketlerinin dış görünüşü itibariyle şehvi nitelikte bulunması gerektiği gibi, failde, ayrıca cinsel arzuları tatmin amacı olmalıdır. 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<sup>480</sup>.

Öğretide, cinsel saldırı suçunun gerek temel ve gerekse nitelikli biçiminde failin aynı zamanda cinsel arzularını tatmin etmek amacıyla hareket etmiş olmasının gerekmeceği savunulmuştur. Buna göre, her ne kadar gerekçede cinsel saldırı suçunun temel şekli bakımından ayrıca failde cinsel arzuları tatmin amacı olması gerektiği; buna karşılık cinsel saldırı suçunun nitelikli hali için davranışın cinsel arzuları tatmin amacına yönelik olmasının aranmayacağı belirtilmiş ise de; suçun temel şekli için aranmayacağı yönündeki bir açıklama dayanaksız olarak değerlendirilmiştir. Her iki durumda da davranışın objektif olarak cinsel nitelik taşıması yeterli olup, failin bu davranışının saikinin ne olduğunu araştırmaya gerek yoktur. Bu nedenle örneğin mağduru toplum içinde küçük düşürmek amacıyla hareket edilmiş olması durumunda da cinsel saldırı suçunun oluşacağı savunulmuştur<sup>481</sup>.

Madde metninde suçun işlenmesinde özel kastın arandığına; saike önem verildiğine ilişkin hiçbir ifade bulunmamasına rağmen, madde gerekçesinde bu suçun cinsel arzuları tatmin amacına yönelik davranışlarla işlenebileceği belirtilmiştir. Öğretide de bu suçun cinsel arzuları tatmin amacı biçimindeki özel kastla işlenebileceği kabul edilmektedir<sup>482</sup>. Madde metninde yer almayan bir unsurun, maddenin

---

<sup>480</sup> ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2010, s.184; YENİDÜNYA, s.3291; SEVÜK, s.252.

<sup>481</sup> TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.219, 220. Aynı doğrultuda bkz. YILDIZ, s.213, 214; OTACI, Cengiz, Kanun Hazırlık Çalışmalarının Bağlayıcılığı, Güncel Hukuk, S.26, Şubat 2006, s.58; ÜNVER, “Türk Ceza Kanunu’nda Tanımlanan Cinsel Suçlara Adli Tıbbi Yaklaşım”, s.101-102. Karşı görüş için bkz. ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2010, s.184; YENİDÜNYA, s.3291; SEVÜK s.252, ÜZÜLMEZ, s.2.

<sup>482</sup> ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2008, s.227; ÜZÜLMEZ, s.2; YENİDÜNYA, s.3291.

gerekçesinde bir koşul olarak öngörölmüş olması öğretide eleştirilmiştir. Buna göre, eğer kanun koyucu maddedeki suç açısından amaca ya da saike önem vermek istiyor ve bu durumu bir unsur olarak kabul ediyorsa bunu madde içerisinde belirtmesi gerekirdi. Zira esas olan kanun metni olduğuna ve gerekçe yorum açısından önemli olmakla birlikte, kanun metni yerine geçemeyeceğine göre, kanunun gerekçesiyle suçun unsurlarına ilişkin belirli koşullar öngörölmesi mümkün değildir<sup>483</sup>. Yine; söz gelimi cinsel taciz suçunda (TCK m.105) kanun koyucu tarafından bu yönde bir belirlemeye yer verilmiştir. Eğer cinsel saldırı suçunun temel şekli açısından da amaç suçun işlenişinde unsur olarak aranmak isteniyordu ise, aynı şeyin burada da yapılması gerekirdi. Buna göre, cinsel saldırı suçunun temel şekli açısından da madde metninde “cinsel arzuları tatmin” amacına yer verilmiş olmadığından, suçun manevi unsurunun gerçekleşip gerçekleşmediğini belirlerken genel kast yeterli olmalı bunun dışında eylemin cinsel arzuları tatmin amacıyla gerçekleştirilmiş olması aranmamalıdır. Somut olayda failin, objektif olarak cinsel nitelikteki davranışlarla vücut dokunulmazlığını ihlal etmesi ve bu davranışları bilerek ve isteyerek gerçekleştirmesi yeterli olup; ayrıca cinsel nitelikli davranışları, cinsel arzuları tatmin amacıyla gerçekleştirilmesi gerekli değildir<sup>484</sup>. Failin dış dünyaya yansıyan ve mağdura uyguladığı hareketlerin ve davranışlarının objektif olarak bakıldığında cinsel nitelikli ve mağdurun vücuduna temas eder şekilde olması durumunda suç oluşacaktır. Failin “cinsel arzularını tatmin” amacı ile hareket ettiğini tespit de failin beyanı dışında oldukça güçtür<sup>485</sup>.

---

<sup>483</sup> OTACI, Kanun Hazırlık Çalışmalarının Bağlayıcılığı, s.58; ÜNVER, “Türk Ceza Kanunu’nda Tanımlanan Cinsel Suçlara Adli Tıbbi Yaklaşım”, s.101-102; YILDIZ, s.213, 214.

<sup>484</sup> YILDIZ, s.213, 214.

<sup>485</sup> GÜRKAN/UGUZ, s.250.

## **E- Cinsel Saldırı Suçunun Daha Ağır Cezayı Gerektiren Nitelikli Halinin (TCK m.102/2) Manevi Unsurları**

### ***a- Genel Açıklamalar***

102/2 nci maddedeki suç tipinde maddi unsur, vücuda organ veya sair bir cisim sokulması olup, kast da bu tür fiilin icrasına yöneliktir. Cinsel saldırı fiilinin nitelikli halinde failin belirli bir saikle hareket etmesi aranmaz.

### ***b- Kast***

TCK m.102/1’de düzenlenen suçun temel şekli ile m.102/2’de düzenlenen nitelikli hali arasındaki fark, failin kastı bakımındandır. TCK m.102/2’de düzenlenen cinsel saldırı suçunun nitelikli hali açısından failin vücuda organ veya sair cisim soktuğunu bilmesi ve istemesi kastı oluşturur<sup>486</sup>.

Cinsel saldırı suçunun nitelikli halinde, neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerinin olası kastla işlenmesi mümkündür (TCK m.21/2)<sup>487</sup>.

### ***c- Taksir***

Suçun aşağıda inceleyeceğimiz neticesi sebebiyle ağırlaşmış halleri yönünden de manevi unsura değinecek olursak, cinsel saldırı sonucunda meydana gelen bu daha ağır ve başka neticelerden sorumlu tutulabilmesi için failin bu neticeler bakımından en azından taksirle hareket etmiş olması aranır (TCK m.23). Bununla birlikte eğer fail, eyleminin daha ağır neticelerini öngörmüş ve bunları kabullenmiş ise, artık olası kastı söz konusu olduğundan meydana gelen ağır neticeden ayrıca sorumlu tutulacaktır<sup>488</sup>.

---

<sup>486</sup> ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2010, s.184; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.219.

<sup>487</sup> YENİDÜNYA, s.3293.

<sup>488</sup> ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2010, s.184.

#### *d- Saik*

Vücuda organ veya cisim sokulması yönünden, cinsel arzuların tatmini amacı aranmaz. Failin her hangi bir nedenle, mağduru aşağılamak, intikam almak, korkutmak gibi amaçlarla hareket etmesi durumunda da cinsel saldırının nitelikli hali gerçekleşir. Burada önemli olan fiilin niteliği itibariyle cinsellik taşımasıdır. Bu nedenle, örneğin, kavga sırasında bir kimsenin diğerinin vücut boşluğuna bir cisim saptırması, cinsel saldırı kapsamında değerlendirilemez. Bu durumda diğer şartları da bulunmak şartıyla yaralama (TCK m.86) suçuna ilişkin hükümler uygulanır<sup>489</sup>.

Cinsel saldırı suçunun nitelikli halinin oluşabilmesi için de davranışların objektif olarak cinsel nitelik taşıması gereklidir. Vajina ve anüse yönelik organ veya diğer bir cismin sokulması eylemlerinde, cinsel nitelik kural olarak var olmakla birlikte, ağza yönelik eylemlerde bu cinsel niteliğin saptanması gerekir<sup>490</sup>.

Vajinal veya anal yoldan mağdura organ veya sair cisim sokulması halinde eylemin cinsel içerikli olduğu hususunda şüphe yoktur. Buna karşılık kişinin sağlığını bozmak veya hayatına son vermek için zorla ağızdan katı veya sıvı maddelerin verilmesi halinde eylem cinsel nitelikte olmadığından cinsel saldırı suçu oluşmaz<sup>491</sup>.

5237 Sayılı TCK m.102/2'deki eylemden dolayı failin sorumluluğu ancak kastı halinde söz konusudur. Failin kastı, kişinin vücuduna organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle cinsel dokunulmazlığını ihlale yönelik olmalıdır. Ancak, cinsel saldırı suçunun temel şeklinin aksine, m.102/2'de tanımlanan nitelikli halin oluşabilmesi için, gerçekleştirilen davranışın cinsel arzuları tatmini amacına yönelik olması şart değildir. Cinsel arzuları tatmin amacıyla değil de, mağduru küçük düşürmek için eylemin gerçekleştirilmesi halinde de bu suç oluşur. Örneğin; fail tarafından kişiyi

---

<sup>489</sup> ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2010, s.184.

<sup>490</sup> YILDIZ, s.216.

<sup>491</sup> ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2010, s.184.

aşağılamak amacıyla kişinin vücuduna anal yoldan şişe sokulması halinde cinsel saldırının nitelikli hali (m.102/2) gerçekleşecektir<sup>492</sup>.

5237 Sayılı TCK m.102/1’de tanımlanan suçun aksine, bu fıkrada tanımlanan suçun oluşabilmesi için, gerçekleştirilen davranışın her zaman cinsel arzuların tatmini amacıyla, başka bir ifade ile cinsel amaçlı olarak yapılması şart değildir. Cinsel bölgelerin seçilmesi halinde sokma cinsel arzuların tatmini dışında bir amaçla yapılsa da saldırı gerçekleştiğinden suç oluşur. Zaten suçların “cinsel saldırı” olarak isimlendirilmesi, sadece şehvet hissinin tatmini esastan hareket edilmediğini de göstermektedir<sup>493</sup>.

Öğretide, TCK’nun bu düzenleniş şekliyle cinsel arzuları tatmini amacına yönelik olmasının aranmamasının, uygulamada sorunlara yol açacağı görüşü mevcuttur<sup>494</sup>. 765 Sayılı TCK’nda da ırza geçme suçunun oluşması için de failin cinsel arzularını tatmin etmeyi amaçlamış olması şart değildi. Ancak 765 Sayılı TCK döneminde ırza geçme “aktif failin cinsel organını, diğerinin vücuduna normal veya anal yoldan menisini boşaltacak şekilde kısmen veya tamamen ithal etmesi, sokması”<sup>495</sup> olarak tanımlandığı için, bir başka deyişle erkek cinsel organının suçta kullanılması gerektiği için sorun oluşturmuyordu. Ancak eylemin cinsel arzuları tatmini amacına yönelik olması aranmayınca m.102/2’de “vücuda” ve “bir organ veya sair bir cisim” denildiği için; bir kimsenin ağzına cop veya şişe sokulması örneğinde cinsel saldırının nitelikli halinin gerçekleştiğinden söz etmek gibi bir durumla karşı karşıya kalınacaktır. Bu düzenleniş şekliyle, kanun koyucu durumu uygulamaya ve öğretiye bırakmış olmaktadır ki, bu hal de kanunilik ilkesine aykırılık oluşturacaktır. Uygulamada, bu sorunu çözmek için, failin m.102/2’den sorumluluğu için organın vücuda anal, vajinal ya da oral yoldan sokulmasında cinsel arzuları tatmini amacı aranmayacak, yine bir cismin vajinal ya da anal yoldan sokulmasında da cinsel arzuları tatmini amacı aranmayacak ancak bir cismin oral yoldan sokulmasında maddenin tümü

---

<sup>492</sup> SEVÜK, s.258. Aynı doğrultuda bkz. TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.220

<sup>493</sup> MALKOÇ, Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar, 2009, s.61.

<sup>494</sup> SEVÜK, s.258, 259.

<sup>495</sup> CGK 04.06.1990, 5/101-156, bu karar için bkz. OTACI, Cengiz, Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı İşlenen Suçlar, s.59-61.

değerlendirilerek cinsel amaçlı olması aranacaktır. Cinsel saldırı suçu ile korunan hukuksal değer in cinsel dokunulmazlık olduğu göz önünde tutulduğunda maddenin sair bir cismin oral yoldan sokulmasında cinsel arzuları tatmin amacı aranmalıydı<sup>496</sup>.

Mağdurun vücuduna organ sokulması ile herhangi bir cisim sokulması arasında fark yoktur. Ancak organ sokanın cinsel güdülerini tatmin etmek istediği, buna karşılık cisim sokanın cinsel güdülerini tatmin etmek istemesi gibi kin, intikam güdülerini de tatmin etmek istemesi şüphesizdir. Kanun, güdü tatmini açısından fark gözetmemiştir<sup>497</sup>.

## 5- SUÇUN HUKUKA AYKIRILIK UNSURU

### A- Hukuka Uygunluk Sebepleri

5237 Sayılı TCK'nun "Genel Hükümler" in düzenlendiği Birinci Kitabının, "Ceza Sorumluluğunun Esasları" başlıklı İkinci Kısımının, "Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Nedenler" başlıklı İkinci Bölümünde, 24 – 34 maddeleri arasında "Hukuka Uygunluk Sebepleri" ve "Kusurluluğu Ortadan Kaldıran ve Azaltan Sebepler" bir arada düzenlenmiştir<sup>498</sup>.

5237 Sayılı TCK'nda Hukuka uygunluk sebebi olarak; Kanun hükmünü yerine getirme (görevin ifası) (m.24/1), meşru savunma (m.25/1), hakkın kullanılması (m.26/1) ve ilgilinin rızası (m.26/2) yer almaktadır.

Bu suçta genel hukuka uygunluk nedenleri olan kanun hükmünü yerine getirme, meşru savunma, hakkın kullanılması hukuka aykırılığı ortadan kaldıracı bir etki doğurmaz. Bununla birlikte bu suçla korunan hukuksal yarar, cinsel özgürlük olduğu ve

---

<sup>496</sup> SEVÜK, s.258, 259.

<sup>497</sup> SOYASLAN, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2005, s.176.

<sup>498</sup> Bu bölümün "Hukuka Uygunluk Nedenleri" ve "Kusurluluğu Etkileyen Nedenler" diye ikiye ayrılması gerektiği Meclis Alt Komisyonu'nda görevli bulunan akademisyenler (Ahmet Gökçen, İzzet Özgenç, Adem Sözüer) tarafından önerilmiş fakat bu husus alt komisyonca benimsenmemiştir. Doktrinde de bu düzenlenmenin yapılmasının daha doğru olacağı yönünde görüşler bulunmaktadır. Bu görüş için bkz. ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.525 vd.

bu da üzerinde serbestçe tasarruf edilebilecek bir nitelik taşıdığı için mağdurun cinsel davranışa gösterdiği rıza bu suçta hukuka aykırılığı ortadan kaldırır<sup>499</sup>.

TCK'nun 24 üncü maddesinin 1 inci fıkrasında: “(1) Kanunun hükmünü yerine getiren kimseye ceza verilmez.” denilmektedir. Bu hukuka uygunluk nedeninde failin yararlanabileceği bir durum söz konusu değildir. Çünkü kanun emrini yerine getirenin, görevini ifa edenin cinsel duygularını tatmin ederek bu görevini yerine getirmesi hukuka uygunluk nedeni olarak korunamaz.

TCK'nun 25 inci maddesinin 1 inci fıkrasında: “(1) Gerek kendisine ve gerek başkasına ait bir hakka yönelmiş, gerçekleşen, gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak olan haksız bir saldırıyı o anda hal ve koşullara göre saldırı ile orantılı biçimde defetmek zorunluluğu ile işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilmez.” denilmektedir<sup>500</sup>. Bu hukuka uygunluk nedeninde de failin yararlanabileceği bir durum söz konusu değildir. Çünkü meşru savunma belirtildiği gibi haksız bir saldırıdan kurtulmak için yapılan savunmadır. Bu savunma, cinsel duyguları tatmin şekline dönüştürülerek yapılırsa hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilemez.

TCK'nun 26 ncı maddesinin 1 inci fıkrasında: “Hakkını kullanan kimseye ceza verilmez.” denilmektedir<sup>501</sup>. Bu suç açısından hakkın kullanılması da bir hukuka uygunluk nedeni olarak karşımıza çıkmamaktadır. Kaldı ki m.102/2'de eşe karşı gerçekleştirilen cinsel davranışlar eşin rızası dışında gerçekleştirilmişse cinsel saldırı olarak değerlendirilmiş ancak bu durumda soruşturma başlatılması mağdur eşin şikayetine tabi tutulmuştur. Böylece bu düzenleme ile evlilikte eşlerin cinsel ilişkiyi yerine getirmesinin bir hak olarak görülmesinin önüne geçilmek istenilmiştir. Kanunun müdahale ettiği kısım m.102/2'de belirtilen fiillerin rıza dışı gerçekleştirilmesidir. Madde 102/1'deki fiillerin eş açısından yerine getirilmesi de hakkın kullanılması kapsamında olmayıp, sadece aile mahremiyetine kanunun bu aşamada gerçekleştirilen fiiller açısından müdahale etmek istememesinden kaynaklanmaktadır. Kanun, eşler

---

<sup>499</sup> TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.220.

<sup>500</sup> 765 Sy. Türk Ceza Kanunu'nda meşru savunmanın kabul edilebilmesi için, saldırının “nefse veya ırza yönelik olması” gerekmektedir.

<sup>501</sup> 765 Sy. Türk Ceza Kanunu'nda bu hukuka uygunluk sebebine yer verilmemişti.

arasında gerçekleşen bu tür fiilleri cezalandırma yoluna gitmemiştir. Bunun nedeni de belirttiğimiz gibi hakkın kullanılmasından değil, aile mahremiyetine girmek istememesinden kaynaklanmaktadır.

## **B- Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak İlgilinin Rızası (TCK m.26/2)**

TCK'nun 26 ncı maddesinin 2 nci fıkrasında “(2) Kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı ceza verilmez” denilmektedir. Madde gerekçesinde ise; “Maddenin ikinci fıkrasında ilgilinin rızası hukuka uygunluk nedeni düzenlenmiştir. Söz konusu hukuka uygunluk nedeninin varlığı için, rızanın kişinin üzerinde mutlak surette tasarrufta bulunabileceği bir hakka ilişkin olması gerekir. Keza, kişinin bu hakla ilgili olarak rıza açıklamaya ehil olması gerekir” denilmektedir. Madde gerekçesinden de anlaşıldığı üzere “rıza” fiili baştan itibaren hukuka uygun hale getirdiği için ortada bir suç yoktur<sup>502</sup>.

İlgilinin rızasından anlaşılması gereken, suçla korunan hukuki yararın sahibi, ihlale rıza gösterdiğinde, bu rızanın hukuka aykırılık unsuruna etkide bulunması ve fiili hukuka uygun hale getirmesidir<sup>503</sup>.

İlgilinin rızasının fiili hukuka uygun hale getirebilmesi; “suç konusu üzerinde mağdurun serbestçe tasarruf hakkına sahip olması”, “rıza ehliyet” ve “rızanın açıklanması” şartlarının varlığına bağlıdır<sup>504</sup>. Rıza beyanı, açık veya zımni, yazılı veya sözlü olabilir. Fakat rıza, mutlaka suçtan önce veya suçun icra hareketlerinin devam ettiği esnada gösterilmelidir. Rızanın suçun işlendiği sırada geri alınması, geri alma

---

<sup>502</sup> ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.584; Aynı şekilde bkz. ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2010, s.170.; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.210, 211.; AYDIN, Öykü Didem, “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar”, HPD, s.158; AYDIN, Öykü Didem, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar”, s.10.

<sup>503</sup> İÇEL, Kayıhan/AKINCI, Fusun/ÖZGENÇ, İzzet/SÖZÜER, Adem/ MAHMUTOĞLU, Fatih S./ÜNVER, Yener, İçel Suç Teorisi, 2. Kitap, İstanbul 2000, s.179; ÖNDER, Ayhan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, C. II-III, İstanbul 1992, s.209 vd.

<sup>504</sup> ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.585.

anından itibaren fiili hukuka aykırı hale getirir<sup>505</sup>. Suçtan sonra gösterilen rıza geçerli değildir. Fiili suç olmaktan çıkarmaz<sup>506</sup>. Failin hareketinden sonra verilen rızaya, icazet denir. İcazet hukuka aykırı fiili hukuka uygun hale getirmez<sup>507</sup>.

Aksi görüşe göre; baştan rızası olmamakla birlikte mağdur, kendisine karşı yapılan cinsel davranışa sonradan izin vermiş veya rızası olduğunu açıklamış veya rıza göstermemesine rağmen, daha sonra şikayetinden feragat etmiş veya vazgeçmişse, suç oluşmayacak ve/veya cezai sorumluluk doğmayacaktır<sup>508</sup>.

Mağdurun rızasının bulunmaması, bir cezalandırılabilme koşulu değildir. Suçun ögesidir. Bu nedenle eylemin gerçekleştirildiği sırada rızanın bulunmaması gerekir. Eyleme sonradan rıza gösterilmesi suçu ortadan kaldırmaz. Ancak, cinsel saldırı suçunun eşe karşı işlenmesi halinde şikayet bir kovuşturma koşulu olarak maddede öngörülmüş olduğundan, mağdurun sonradan eyleme rıza göstermesi ve şikayetçi olmaması suçun kovuşturulmasını önleyecektir<sup>509</sup>.

Bunun yanında, herhangi bir tepki gösterilmemiş olması, her zaman rızanın varlığını göstermez. Karşı koymama çeşitli nedenlerden kaynaklanabilir. Korku, saygı, aldatılmış olma vs. Bununla beraber fiile karşı koyma imkanı bulunmasına rağmen karşı konulmamış olması, duruma göre zımni rıza olarak kabul edilebilir<sup>510</sup>.

---

<sup>505</sup> DÖNMEZER, Sulhi/ERMAN, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, C.II, 12. Baskı, İstanbul 1999, no.751; ÖNDER, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.212 vd.; TANER, Tahir, Ceza Hukuku Umumi Kısım, 3. Baskı, İstanbul 1955, s.435; İÇEL/AKINCI/ÖZGENÇ/SÖZÜER/MAHMUTOĞLU/ÜNVER, s.184 vd.; SOYASLAN, Doğan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3. Baskı, Ankara 2005, s.365 vd.

<sup>506</sup> DEMİRBAŞ, Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 4. Baskı, Ankara 2006, s.295; HAKERİ, Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, TCK Haziran 2009 Değişiklikleri İşlenmiş ve Yeni Anayasa Mahkemesi Kararları Eklenmiş ve Yargıtay İçtihatlarıyla Genişletilmiş 8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2009, s.257; CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide/ÇAKMUT, Özlem, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu İle İlgili Mevzuata Göre Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş 4. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2006, s.320.

<sup>507</sup> DÖNMEZER/ERMAN, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C.II, no.744; İÇEL/AKINCI/ÖZGENÇ/SÖZÜER/MAHMUTOĞLU/ÜNVER, s.185; SOYASLAN, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.365 vd.

<sup>508</sup> ŞEN, s.378.

<sup>509</sup> MERAN, s.318.

<sup>510</sup> EREM, s.2357.

Kişilerin rızası dışında gerçekleştirilen cinsel saldırı fiilleri suç teşkil eder. Bu nedenle, cinsel davranışlara maruz kalanın bu tür davranışlara rıza göstermesi fiilin hukuka aykırılığını ortadan kaldırır<sup>511</sup>.

Mağdurun vücudu üzerinde gerçekleştirilen cinsel arzuları tatmine yönelik davranışların hukuka aykırı olması için, bu davranışlar mağdurun rızası dışında gerçekleştirilmiş olmalıdır<sup>512</sup>. Mağdurun geçerli bir rızasının varlığı durumunda eylem hukuka uygun olacağından, cinsel saldırı suçunun oluşması da mümkün olmayacaktır<sup>513</sup>.

Her suç bakımından hukuka uygunluk sebebi teşkil etmeyen ilgilinin rızası, cinsel saldırı suçunda kural olarak bir hukuka uygunluk sebebidir. Kişilerin kendi vücutları (cinsel özgürlükleri) üzerinde özgürce tasarrufta bulunabilecekleri konusunda herhangi bir kuşku yoktur.

Cinsel saldırı, ifade ediliş şeklinden de anlaşıldığı gibi, bir “saldırı”dır. Madde metninde ayrıca bu kavram dolaylı olarak “bir kimsenin vücut dokunulmazlığını ihlal” biçiminde ifade edilmiştir. “İhlal” söz konusu hakka saygı gösterilmemesi, saldırıda bulunulması ya da hakkın çiğnenmesi ile olabilir. Eyleme rıza gösterilmesi, hak sahibinin, hakkın kullanılmasını, vücut üzerinde tasarrufta bulunulmasını kabul etmesi anlamına gelir. Dolayısıyla mağdurun rızasının olduğu durumda suç oluşmaz<sup>514</sup>.

Kanun koyucu hükümde, mağdurun rızası konusuna değinmemiş, hangi iradeyi sakatlayan durumlarda cinsel saldırı suçunun oluşacağına ilişkin düzenlemeye yer vermemiş ve bu şekilde bireyin cinsel özgürlüğü üzerinde geniş bir koruma alanı oluşturularak, mağdurun isteği veya bilgisi dışında vücut bütünlüğüne yönelik olarak yapılan her türlü cinsel davranışın cezalandırılması amaçlanmıştır<sup>515</sup>.

---

<sup>511</sup> ÜZÜLMEZ, s.2.

<sup>512</sup> TOROSLU, Ceza Hukuku Özel Kısım, s.59.

<sup>513</sup> YILDIZ, s.213.

<sup>514</sup> MERAN, s.318.

<sup>515</sup> ŞEN, s.376, 377.

Cinsel davranışla vücut dokunulmazlığının ihlali fiilinin suç sayılabilmesi için mağdurun rızasını ortadan kaldıran veya yok sayan nedenin somut olayda objektif açıdan kabul edilebilir olması gerekir. Ancak iradeyi bozan sebebin suçun unsuru sayılabilmesi için, mutlak şekilde mağdurun irade özgürlüğünü ortadan kaldırmasına veya mağdurun cinsel saldırıya karşı direncinin sürekli ve kararlı nitelik taşımasına ihtiyaç bulunmamaktadır. Asıl olan, mağdurdaki iradesizlik olgusunun objektif ve kabul edilebilir olarak iradeyi etkileyen sebeplerden dolayı etkilenmesi ve direncin kırılmasıdır<sup>516</sup>.

Bu kapsamda, cinsel içerik taşıyacak şekilde rızası dışında mağdura dokunulması, vücudunun bir yerine ellenmesi, saçının veya yanaklarının kısa veya uzun süreli olarak okşanması cinsel saldırı suçunun temel şeklini oluşturacaktır. Bu suçun meydana gelebilmesi için, failin mağdur üzerinde doğrudan doğruya veya dolaylı olarak kuvvet kullanmasına, baskı yapmasına, mağduru korkutmasına, onu etkisiz hale getirmesine gerek bulunmamaktadır. Failin bu gibi davranışlarıyla cinsel saldırı suçu oluşabileceği gibi, mağdurun sadece rızasının bulunmaması veya mağdurun haberi olmaksızın cinsel arzuları tatmin amacına yönelik cinsel içerik taşıyacak biçimde vücut dokunulmazlığının rızası dışında ihlal edilmesi de cinsel saldırı suçunun gerçekleşmesi için yeterlidir. Böylece yeni düzenleme ile kanun koyucu tarafından bireyin cinsel özgürlüğünün dokunulmazlığı ve bu konudaki mutlak tasarruf yetkisinin cinsel özgürlüğün sahibi bireye ait olduğu vurgulanmıştır<sup>517</sup>.

### **III- KUSURLULUĞU ETKİLEYEN NEDENLER**

#### **1- GENEL AÇIKLAMALAR**

5237 Sayılı TCK'nun "Genel Hükümler" in düzenlendiği Birinci Kitabının, "Ceza Sorumluluğunun Esasları" başlıklı İkinci Kısımının, "Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Nedenler" başlıklı İkinci Bölümünde, 24 – 34 maddeleri arasında

---

<sup>516</sup> ŞEN, s.377.

<sup>517</sup> ŞEN, s.377.

“Hukuka Uygunluk Sebepleri” ve “Kusurluluğu Ortadan Kaldıran ve Azaltan Sebepler” bir arada düzenlenmiştir. Yukarıda hukuka uygunluk sebeplerinden bahsedildi. Hukuka uygunluk sebepleri dışında kalan bu bölümdeki düzenlemeler, kusurluluğu etkileyen nedenlerdir.

Kusurluluğu etkileyen hallerin varlığı halinde kişi suç teşkil eden eylemden ya hiç sorumlu tutulmamakta ya da sorumluluğu azalmaktadır. Kusurluluğu etkileyen nedenleri; yaş küçüklüğü (m.31), akıl hastalığı (m.32), sağır ve dilsizlik (m.33), geçici nedenler, alkol ve uyuşturucu madde etkisinde olma (m.34), cebir veya şiddet ya da ağır bir korkutma veya tehdit dolayısıyla kişinin irade yeteneğinin etkilenmesi (m.28), mücbir sebep, kaza ve tesadüf, zorunluluk (zaruret) hali (m.25/2), hukuka aykırı ve fakat, bağlayıcı emrin yerine getirilmesi (m.24/2-4), haksız tahrik (m.29), çeşitli hata halleri (m.30/3, 4) olarak belirtmek mümkündür.

Aşağıda kusurluluğu etkileyen hallerden; diğerleri inceleme konumuz suç açısından bir özellik arz etmediğinden yani cinsel saldırı suçu için de kusurluluğu etkileyen haller söz konusu olduğundan, sadece haksız tahrik üzerinde durulacaktır.

## **2- HAKSIZ TAHRİK**

5237 Sayılı TCK m.29’da; “(1) 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.” denilmektedir. Haksız tahrik, şartları gerçekleştiğinde her suç ve herkes hakkında uygulanma olanağı bulunabileceğinden hem suç, hem de kişi

bakımından genel bir hükümdür<sup>518</sup>. Ancak inceleme konumuz suç açısından haksız tahrik hükümleri uygulama alanı bulmaz. Yargıtay'ın görüşü de bu yöndedir<sup>519</sup>.

## ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

### CİNSEL SALDIRI SUÇUNDA NETİCESİ SEBEBİYLE AĞIRLAŞMIŞ HALLER, CİNSEL SALDIRI SUÇUNUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ, SORUŞTURMA USULÜ VE YAPTIRIM

#### I- CİNSEL SALDIRI SUÇUNDA NETİCESİ SEBEBİYLE AĞIRLAŞMIŞ HALLER (TCK m.102/5, 102/6)

##### 1- GENEL AÇIKLAMALAR

Belirli bir suçun oluşması için yeterli olan neticenin dışında daha ağır veya başka bir neticenin gerçekleşmesi dolayısıyla cezanın artırılmasını gerektiren suçlara netice sebebiyle ağırlaştırılmış suçlar denir<sup>520</sup>.

Cinsel saldırı suçunun neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış halleri; 1- Mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması hali (m.102/5), 2- mağdurun bitkisel hayata girmesi veya ölümü hali (m.102/6). Bu hallerin varlığı daha ağır ceza ile cezalandırılmayı gerektirmektedir. 765 Sayılı TCK'nun 418 inci maddesinde düzenlenen Yargıtay tarafından kızlık zarının yırtılması halinde uygulanan "*filin mağdurun mayubiyetini*

---

<sup>518</sup> ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.650.

<sup>519</sup> Zorla ırza geçme ve yağma suçlarında haksız tahrik hükümlerinin uygulanmasının mümkün bulunmadığı halde haksız tahrik nedeniyle cezadan indirim yapılmak suertiyle noksan ceza tayini ... Yarg. 5.CD, 29.3.2006, 3527/2731. GÜNDEL, s.52.

<sup>520</sup> HAKERİ, s.210.

*müstelzim bulunması*” hali öğretide<sup>521</sup> ve kadın sivil toplum kuruluşlarınınca eleştirilmiş, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda da bu hükme yer verilmemiştir<sup>522</sup>.

Kişi cinsel saldırı suçunu işlerken eylemi, kastettiği neticeden başka, mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması ve mağdurun bitkisel hayata girmesi veya ölümü gibi bir neticeye neden olmaktadır. Meydana gelen bu ağır neticeye failin cinsel saldırı fiilinin sebebiyet vermesi gerekir. Bu durumda faili bu neticelerden sorumlu tutabilmek için, netice sebebiyle ağırlanmış suçlar dolayısıyla sorumluluk için aranan koşulların gerçekleşmesi gerekir. TCK m.23’e göre<sup>523</sup>, cinsel saldırı suçunun failinin bu neticelerden sorumlu tutulabilmesi; failin, bu neticeler bakımından en azından taksirle hareket etmesine bağlıdır. Failin bu ağır neticelerin ortaya çıkacağını öngördüğü durumlarda ise, meydana gelen ağır netice açısından fail olası kastla hareket ettiği için bu ağır neticelerden sorumlu tutulacaktır<sup>524</sup>.

## **2- SUÇUN SONUCUNDA MAĞDURUN BEDEN VEYA RUH SAĞLIĞININ BOZULMASI (TCK m.102/5)**

Fıkra metninde “cinsel saldırı sonucunda mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması” netice sebebiyle ağırlanmış bir hal olarak ayrıca düzenlenmiştir. Mağdurun beden ve ruh sağlığının bozulması ile gerçekleşen cinsel saldırı fiili arasında nedensellik bağlantısı bulunmalıdır<sup>525</sup>.

---

<sup>521</sup> NUHOĞLU, s.627, 628.

<sup>522</sup> SEVÜK, s.268.

<sup>523</sup> 5237 Sy. TCK’nun “*Neticesi sebebiyle ağırlanmış suç*” başlıklı 3 üncü maddesinde; (1) *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.*” denilmektedir.

<sup>524</sup> SEVÜK, s.268.

<sup>525</sup> ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.185; YENİDÜNYA, s.3299. Aynı doğrultuda bkz. TOROSLU, Ceza Hukuku Özel Kısım, s.62. Travma sonrası stres bozukluğu ve major depresif bozukluğun, 5237 Sayılı TCK’nun 102/5 maddesinde belirtilen beden ve ruh sağlığının bozulmasını ihtiva edip etmediği ve mağdurenin dosya içinde mevcut Elazığ Ruh Sağlığı ve Hastalıkları Hastanesince verilen 08.02.2000 tarihli raporu da değerlendirilerek, bu bozukluğun 1998 yılında meydana gelen ırza geçme olayına bağlı olup olmadığı, Adli Tıp Kurumunun ilgili ihtisas dairesinden sorularak,

Hastalığın bizzat failden geçmiş olması koşulu aranmaz. Cinsel saldırı suçunun işlenmesi esnasında kullanılan araçlardan veya cinsel saldırı suçunun işlendiği ortam koşullarından doğan bulaşıcı hastalıklarda da uygulama alını bulur<sup>526</sup>. Failin cinsel saldırı eylemi nedeniyle mağdurun yatırdığı yerin bulaşıcı hastalığa sahip bir kişiye ait olması nedeniyle mağdurun AIDS, Frengi, hepatit gibi bir hastalığa yakalanmış olması durumunda da bu bent uygulanır. Çünkü madde metninde “suçun sonucunda” mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulmasından söz edilmiştir. Bu anlatım biçimi suçun işleme sürecindeki tüm evreleri ifade eder<sup>527</sup>.

Burada neticesi itibarıyla ağırlaşan bir suç mevcut olduğundan 23 üncü maddede yazılı koşul, gerçekleşmiş olmalıdır. Cinsel saldırı, suçun niteliği itibarıyla bir zorlama içerdiğinden fiil esnasında meydana gelen ekimozlar, basit sıyrıklar, basit yaralar cebrin doğal sonuçları içerisinde yer aldığından bu fıkra hükmü uygulanmaz.

---

sonucuna göre sanığın hukuki durumunun tayin ve tespiti gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi ... Yarg. 5.CD 2006/13952-2007/154. ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler, s.2561, 2562. Adli Tıp Kurumu 6.İhtisas Kurulu'nun 15.7.2006 tarihli raporunda mağdurede travma sonrası stres bozukluğu denilen “ağır nöroz bozukluğu” tespit edildiği ve mağduresi bulunduğu olayda durumunun 5237 sayılı TCK.nun 102/5. maddesine mümas bulunduğu bildirilmekle birlikte aynı rapora dosya kapsamına göre mağdurenin cinsel ilişki sırasında bilincinin yerinde olmadığı, bir maddenin etkisi altında olduğu, ilişkiye katkısının bulunmadığı gibi duyarlılık göstermediği, farkında olmadığı ve iradesi dışında tezahür ettiği, 01.7.2004 tarihinde meydana geldiği kabul edilen irza geçmeye ait bilgi ve görüntülere 2005 yılı Ağustos ayında basında ve internet ortamında yer verilmesi üzerine mağdure tarafından uzun süre sonra fiilin öğrenildiği ve belirlenen ruhsal bozulmaya ait bulguların Adli Tıp Kurumu tarafından olaydan çok sonra 29.5.2006 ve 12.6.2006 tarihlerinde tespit edildiği dikkate alınarak suç ile bulgular arasında illiyet bağı olup olmadığının, ruhsal bozulmaya olayın basın ve yayın yoluyla duyurulmasının, mağdureye ait başka özel nedenlerin ya da sanığın fiili dışında sair etkenlerin katkı sağlayıp sağlamadığının, ruhsal araz belirlenmesi durumunda bunun sürekli ve kalıcı olup olmadığının açığa kavuşturulması gerektiği halde bunlara yer verilmediği nazara alınarak Adli Tıp Kurumu Genel Kurulundan bu hususlar ile doğrudan olaya bağlı 5237 sayılı TCK.nun 102/5. maddesine uygun ruhsal bozulma var ise 765 sayılı TCK.nun 418/2. maddesinin uygulanma olasılığı nedeniyle bunun mağdurenin sıhhatine büyük bir nakisa irası niteliğinde olup olmadığını gösteren mütalaa alındıktan sonra uygulama yapılması gerektiğinin gözetilmemesi ... Yarg. 5.CD 09.6.2008, 3957/6094. Dominant mevzuat ve içtihat bankası. Mağdurenin dosya içinde mevcut ... Eğitim ve Araştırma Hastanesince verilen 02/11/2006 tarihli raporu da değerlendirilerek söz konusu raporda zikredilen depresif anksiyöz duygulanımların meydana gelen cinsel saldırı olayına bağlı olup olmadığı, 5237 TCK'nın 102/5. maddesinde belirtilen beden veya ruh sağlığının bozulmasını ihtiva edip etmediği hususunun Adli Tıp Kurumunun ilgili İhtisas Kuruluna sorularak, sonucuna göre hüküm tesis edilmesi gerektiğinin gözetilmemesi ... Yarg. 5.CD, 22.01.2008, 2007/11586, 2008/161. Dominant mevzuat ve içtihat bankası.

<sup>526</sup> KIRBIYIK, s.174; MERAN, s.332.

<sup>527</sup> MERAN, s.332.

Keza neticesi sebebiyle ağırlaşmış bir suçtan bahsedilebilmesi için, en azından suçun temel şeklinin tamamlanmış olması aranmalıdır. Yargıtay'ın kararları da bu yöndedir<sup>528</sup>.

Öğretide her cinsel saldırı, doğal olarak mağdur üzerinde ruhsal bir çöküntü meydana getireceğinden, bu nitelikli halin madde hükmünde yer almasını anlaşılabilir olduğu ifade edilmiş<sup>529</sup> ayrıca *Suçun sonucunda mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması* ifadesinin tartışmaya açık olduğu, cinsel saldırı suçunun temel şeklinde kabul edilebilir olmakla birlikte, cinsel saldırı suçunun nitelikli halinde kişinin *beden veya ruh sağlığının* bozulmaması gibi bir olasılığı düşünmenin pek mümkün görünmediği belirtilmiştir<sup>530</sup>. Bu nedenle cinsel saldırının doğasından kaynaklanan bedeni rahatsızlıklar dışındaki bir hastalığın ortaya çıkması durumunda bu ağırlaştırıcı neden uygulanmalıdır.

Fıkra metninde düzenlenen husus, işlenen fiil neticesinde meydana gelen kalıcı bir ruhsal bozukluktur. Fiile maruz kalan kişinin insanların içine karışmaktan korkması, evlilikten veya karşı cinsle bir arada olmaktan soğuması ve bu hususların devamlılık arz etmesi, kalıcı bir nitelik taşıması gerekir<sup>531</sup>.

Öğretide, cinsel saldırının doğal sonuçlarından biri olan ruh sağlığının bozulması halinin, suçun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hali olarak düzenlenmesi yerinde bulunmamış<sup>532</sup>; ancak cinsel saldırı sonucunda, cinsel saldırının doğasından kaynaklanan bedeni rahatsızlıklar dışında, bir takım hastalıkların ortaya çıkmasının ağırlaştırıcı neden olarak tespiti yerinde bulunmuştur<sup>533</sup>.

Adli tıp uzmanlarına göre kalıcı bir ruhsal bozukluğun bulunup bulunmadığı konusu kişiden kişiye değişmektedir. Bununla birlikte iki ila altı ay arasında devam

---

<sup>528</sup> ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.185.

<sup>529</sup> ÖZTÜRK, s.144. *Öztürk*, Tüm cinsel saldırı suçlarında psikolojik travma olacağından, bu psikolojik bozukluğun ölçüsünün ne olduğunu, bu fıkra ile akıl hastalığının mı kastedildiğini sorgulamış ve bu durumun kanunilik ilkesi bakımından, üzerinde durulması gereken bir konu olduğunu değerlendirmiştir. ÖZTÜRK, s.144.

<sup>530</sup> YILDIZ, s.219, 220.

<sup>531</sup> ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.186.

<sup>532</sup> ÖZTÜRK, s.144; YILDIZ, s.219, 220.

<sup>533</sup> YENİDÜNYA, s.3299.

eden tedaviye rağmen iyileşme gerçekleşmemişse ruhsal bozukluğun varlığı kabul edilmelidir. Bu süreler geçtikten sonra kişi eskiden olduğu gibi hayatını devam ettiriyorsa, bu fıkra hükmü uygulanmaz<sup>534</sup>.

Öğretide baskın görüş “kızlığın bozulması”nı 5237 Sayılı TCK m.102/5 anlamında “beden sağlığının bozulması” olarak nitelendirilemeyeceğidir<sup>535</sup>.

Beden sağlığının bozulması bakımından “kızlık zararının bozulması” durumunda, yukarıda ruhsal bir hastalık meydana getirmediği sürece sadece kızlık zararının bozulması bu fıkranın uygulanması için yeterli değildir. Ancak bu durumda suçun temel şekline ilişkin ceza alt sınırdan uzaklaşarak belirlenmelidir<sup>536</sup>.

Kızlık zararının bozulması, beden sağlığının bozulmasını gerektiren bir hal olarak öngörülmemiştir. Ancak kızlık zararının bozulmuş olması toplumdaki değer yargıları ve mağdurun suç sonrasındaki hayatını etkileyecek bir durum olması nedeniyle ruhsal sağlığının bozulmasına yol açmışsa bu bent kapsamında değerlendirilebilir<sup>537</sup>.

Yargıtay 5.CD'nin 10.04.2006 tarih ve 2706/3034 sayılı kararında; “*sanık hakkında 5237 Sayılı Kanun'un 102/5 inci maddesinin uygulama olasılığı dikkate alınarak, kızlığı bozulan mağdurenin suçun sonucunda beden veya ruh sağlığında bozulma olup olmadığının, Adli Tıp Kurumu ilgili ihtisas dairesinden görüş alınarak belirlenmesi gerekir*” denilerek aynı husus vurgulanmıştır<sup>538</sup>.

---

<sup>534</sup> ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.186.

<sup>535</sup> Bkz. ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.186; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.228; MALKOÇ, Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar, 2009, s.84; MERAN, s.332.

<sup>536</sup> ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.186. Kızlık zararının bozulması durumunun mağdurun sağlığının bozulmasına yol açmadığı belirlense bile TCK m.61 kullanılarak verilecek ceza alt sınırın üstünde belirlenmelidir. Bkz. MALKOÇ, Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar, 2009, s.85.

<sup>537</sup> MERAN, s.332; MALKOÇ, Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar, 2009, s.84.

<sup>538</sup> ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.186. “... sanık ... mağdurenin cinsel organına parmağını sokarak kızlığını bozduğu anlaşılmakla; sanığın eylemi 5237 Sayılı TCK'nun 102/2. maddesinde tanımlanan vücuda organ sokma niteliğinde ... 102/5 maddesinin uygulama koşulları olup olmadığının araştırılmaması ...” Yarg. 5.CD, 21.9.2006, 6774/7134. ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler, s.2604.

Uygulamada cinsel saldırıya maruz kalan her mağdur açısından 102 nci maddenin 5 inci fıkrasının uygulanması ihtimalinden dolayı Adli Tıp kurumundan rapor aldırıldığı, hatta bazen bu raporun aldırılmamış olması sebebiyle iddianamelerin kabul edilmediği görülmektedir<sup>539</sup>. Burada kalıcı bir etkinin varlığı araştırıldığına göre, işlenen fiilin ağırlığı ve soruşturmanın gelmiş olduğu aşama göz önüne alınarak Adli Tıp Kurumundan Rapor, kovuşturma safhasında da aldırılabilir. Rapor alınacak süreyi beklemek amacıyla davanın açılması geciktirilmemelidir<sup>540</sup>.

102 nci maddenin 5 inci fıkrasının uygulandığı hallerde, ceza bir defa daha arttırılmayacak, önceki fıkralardaki hususlar dikkate alınarak, 5 inci fıkradaki alt ve üst sınırlar arasında bir cezaya hükmedilecektir<sup>541</sup>.

---

<sup>539</sup> 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 174/1.maddesine dayanılarak 5237 sayılı TCK'nun 102/5.maddesi gereğince suçun sonucunda mağdurenin beden veya ruh sağlığının bozulup bozulmadığı hususunda Adli Tıp Kurumundan rapor alınmadığı gerekçesiyle iddianamenin iade edilemeyeceği, Antalya Adli Tıp Şube Müdürlüğünün düzenlediği raporun kovuşturma aşamasında toplanan diğer kanıtlarla birlikte ele alınıp, yetersiz görülmesi halinde mahkemesince Adli Tıp Kurumundan suçun mağdure üzerindeki etkisine göre mütalaa alınmasının mahkemenin görevi olduğu nazara alınarak itirazın kabulü yerine yazılı şekilde reddine karar verilmesi ... Yarg. 5.CD, 10.4.2008, 3616/3408. Dominant mevzuat ve içtihat bankası.

<sup>540</sup> ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.186, 187. *Artuk/Gökçen/Yenidünya*, her olayda mutlaka Adli Tıp Kurumundan rapor aldırılmasının mecburiyetinin bulunmadığını, bu yola ancak somut olayın durumuna göre, böyle bir rapora ihtiyaç olan hallerde müracaat edilebileceğini, ayrıca mağdurun rızası dışında, zorla doktordan sağlık raporu aldırılmasının kabul edilemeyeceğini, aksi davranışın, Anayasa'nın 17 inci maddesinde yer alan "*hiç kimse insan onuruyla bağdaşmayan bir muameleye tabi tutulamaz*" hükmüne aykırı olacağını ifade etmiştir. ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.186, 187.

<sup>541</sup> ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.187. Sanık hakkında nitelikli cinsel saldırı suçundan eylemine uyan TCK'nun 102/2 ve 102/5. maddeleriyle sırası ile ayrı ayrı uygulama yapılarak sonuç cezanın belirlenmesi gerekirken doğrudan 102/5. maddesi ile hüküm kurulması sonuca etkili görülmediğinden bozma nedeni yapılmamıştır. Yarg. 5.CD, 07.7.2008, 4131/7405. MALKOÇ, Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar, 2009, s.120. 5237 Sy. Yasanın 102'. Maddesinin uygulanması sırasında temel cezanın üst sınırının 12 yılı geçemeyeceği ve aynı yasanın 102/5. maddesinde oran belirtilmediği halde tayin olunan cezanın ½ oranında arttırılmasına karar verilmesi, yasaya aykırıdır. Yarg. 5.CD, 8.02.2006, 171/722. GÜRKAN/UGUZ, s.195. Sanığın eylemine uyan 5237 Sy. Yasanın 102/2, 102/3-a, 102/5 ile 43. maddeleri sırasıyla ayrı ayrı uygulama yapılarak sonuç cezanın belirlenmesi ve zincirleme biçiminde kasten işlediği nitelikli cinsel saldırı suçunun neticesi sonucu gerçekleşen ve sorumluluğu için en az taksir derecesinde bir kusurunun bulunması gereken TCK'nun 5. maddesinin 5. fıkrasındaki suçun ağırlaştırılmış halinin teselsül edemeyeceği, zincirleme biçiminde gerçekleşen eylemlerin 102/5. maddeden önceki fıkralardaki hallerin olması nedeniyle 43. maddesi uyarınca yapılacak arttırmanın 102/5. madde ile tayin edilen ceza üzerinden değil bu maddenin tatbikinden önce bulunan ceza miktarı üzerinden yapılması ve 102/5. maddesiyle belirlenen cezaya eklenmesi gerektiğinin gözletilmemesi ... Yarg. 5.CD, 5.11.2007, 8636/8096. MALKOÇ, Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar, 2009, s.146. Oluşa uygun olarak sanığın işlediği kabul edilen kendini savunamayacak durumda olan mağdureye yönelik müteselsil nitelikli cinsel saldırı suçuna uyan 5237 sayılı TCK.nun 102/2 ve 102/3-a maddeleri uyarınca verilen ceza, temel cezanın teşdiden

765 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda netice yüzünden cezanın ağırlaştırmasını gerektiren durumlar, *fiilin bir marazın bulaşması sonucuna yol açması*<sup>542</sup>; *mağdurun sağlığında önemli bir eksikliğe neden olması*; *maluliyete*<sup>543</sup> ve *mayubiyete* (ayıplı duruma gelme)<sup>544</sup> yol açması olarak belirtilmişti. Buna karşılık 5237 Sayılı TCK, tüm bu durumları içerecek biçimde netice yüzünden cezanın ağırlaştırılmasını gerektiren nitelikli hal olarak “beden ve ruh sağlığının bozulması”ndan söz etmektedir<sup>545</sup>.

Her cinsel saldırının doğal olarak mağdurda psikolojik travmaya yol açtığı göz önünde bulundurulursa, mağdurun ruh sağlığının “bozulması” konusundaki ölçünün ne olduğu sorulabilir. “Sağlığın bozulması” deyimini kasten yaralama suçunun maddi unsurunu oluşturan seçimlik hareketlerden “sağlığı bozma” deyimini ile aynı anlamda kullanılmıştır. Böyle olunca da, süresi ne olursa olsun cinsel saldırı mağdurda patolojik durum ortaya çıkarmış veya böyle bir patolojik durum önceden varsa bunu artırmış ise, nitelikli halin uygulanması gerektiği öğretide savunulmuştur<sup>546</sup>. Öte yandan “sağlığın bozulması” aynı zamanda kasten yaralama suçunun da seçimlik hareketlerinden birisi olduğuna göre, mağdurun direncinin ortadan kaldırılmasını sağlayacak ölçünün ötesinde cebir kullanılması nedeniyle hem m.102/4 uyarınca failin kasten yaralama suçundan dolayı cezalandırılmasının ve hem de m.102/5 uyarınca cinsel saldırı suçunun cezasının

---

belirlenmesi ve diğer artırım nedeniyle 10 yılı geçse dahi, suçun sonucunda ruh sağlığının bozulmasından dolayı hakkaniyet gereği neticenin ağırlığına göre tayin edilen cezanın 102/5. maddesi gereğince bir miktar daha artırılması, zincirleme biçimde kasten işlediği eylemi neticesi gerçekleşen TCK.nun 102. maddesinin 5. fıkrasındaki suçun ağırlaşmış hali teselsül edemeyeceğinden 43. maddesi uyarınca yapılacak artırımın 102/5. madde ile tayin edilen ceza üzerinden değil bu maddenin tatbikinden önceki fıkralara göre bulunan ceza miktarı üzerinden yapılarak elde edilen artırım tutarının cezaya eklenmesi ve bu sıraya uyularak sonuç cezanın belirlenmesi yerine 102/5. maddenin uygulama dışı bırakılması ... Yarg. 5.CD, 07.4.2008,2442/3308. Dominant mevzuat ve içtihat bankası

<sup>542</sup> Eğer fail kendisinde bu hastalığın bulunduğunu bilmesine rağmen, suçu işlemişse, bu takdirde ağırlaştırıcı neden uygulanmayıp, ırza geçme ile birlikte kasten etkili eylemden dolayı failin cezalandırılması gerekir (örneğin AIDS). Bkz. TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.227, dn.115. Aynı doğrultuda bkz. DÖNMEZER, no.99.

<sup>543</sup> Tedavisine olanak bulunmayan ve organların görevini yapmasını engelleyen her türlü durum maluliyet sayılırdı. Bkz. ÖNDER, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.477.

<sup>544</sup> Yargıtay, özellikle cinsel ilişki sonucunda kızlık zarının bozulmuş olmasını mayubiyet olarak nitelendirmekteydi. Bu görüş, cinsel ilişki sonucu hamile kalmış olup da doğum sezeryanla gerçekleştiği için kızlığı bozulmamış olan mağduru ayıplı saymamak sonucuna yol açıyordu. Bkz. TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.228, dn.118.

<sup>545</sup> TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.228.

<sup>546</sup> TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.228, 229.

ağırlaştırılmasının, “*filin ağırlığıyla orantılı cezaya hükmolunacağı*” yönündeki ilke ile (TCK m.3/1<sup>547</sup>) bağdaştırılmayacağından öğretilde eleştirilmiştir<sup>548</sup>.

Suçun sonucunda mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması halinde, daha ağır bir ceza öngörülmekle birlikte, mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulduğuna ilişkin ölçüt uygulamaya bırakılmıştır. Her cinsel saldırı suçunda doğal olarak mağdurun psikolojik bir travmaya maruz kaldığı göz önünde tutulduğunda, somut olayda mağdurun ruh sağlığındaki bozukluğun tespiti için hakim uzman görüşünden yararlanacak, belki de uygulamada yaralama suçlarında olduğu gibi kısa süreli, geçici gibi ölçütlere gerek duyulacaktır<sup>549</sup>.

Failin bu neticeden dolayı sorumlu tutulabilmesi için bu netice bakımından failde taksir düzeyinde bir kusurun bulunması gerekir. Nitelikli halin uygulanması bakımından bu netice, cebir işleminin uygulanmasından ileri gelmiş olabileceği gibi, cinsel davranıştan da ileri gelmiş olabilir<sup>550</sup>.

Burada genellikle zührevi hastalıkların bulaştırılması söz konusudur. Ancak başka bir hastalığın bulaşması halinde de bu ağırlaştırıcı neden uygulanır. Cinsel saldırıdan kaynaklanan ve cezanın artırılmasına neden olan hastalık ruhsal bozukluklar şeklinde de ortaya çıkabilir<sup>551</sup>.

Mağdurun sakat kalması, hasta olması, sağlığının düzen tutmaması, akli dengesinin bozulması, vücudunun fonksiyonlarını yerine getirmemesi, cinsel bölge ve organların travmatik etkilenmeleri sonucu cinsel ilişkiye girememesi veya çok zorlukla

---

<sup>547</sup> 5237 Sy. TCK'nun “*Adalet ve kanun önünde eşitlik ilkesi*” başlıklı 3 üncü maddesinde; “(1) Suç işleyen kişi hakkında işlenen filin ağırlığıyla orantılı ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunur.” denilmektedir.

<sup>548</sup> TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.228, 229.

<sup>549</sup> SEVÜK, s.253.

<sup>550</sup> TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.229.

<sup>551</sup> TOROSLU, Ceza Hukuku Özel Kısım, s.62.

girebilmesi, çocuk yapma kabiliyetini kaybetmesi ve çocuk düşürülmesi bu bent kapsamında değerlendirilecektir<sup>552</sup>.

Cinsel saldırı sonucu mağdurun hamile kalmış olması ve bu nedenle hamilelik sorunları yaşaması da beden sağlığının bozulması demektir. Kaldı ki bu bir istenmeyen hamilelik durumunu da kazanırsa aynı zamanda ruh sağlığının bozulmasından da söz edilecektir<sup>553</sup>.

### **3- SUÇ SONUCU MAĞDURUN BİTKİSEL HAYATA GİRMESİ VEYA ÖLMESİ (TCK m.102/6)**

“*Bitkisel hayat*” deyimi, “*beyin ölümü*”nden farklıdır. Aradaki fark, bitkisel hayata giren kişilerin iyileşerek normale dönebilmesidir. Buna karşılık cinsel saldırı, mağdurda beyin işlevlerinin geri dönülmez biçimde ortadan kalkması sonucuna yol açmış ise, bu takdirde cinsel saldırı sonucu “*ölüm*” meydana gelmiş sayılacaktır.

Burada neticesi sebebiyle ağırlaşmış bir suç söz konusu olduğundan, failin bitkisel hayat veya ölüm neticesini istememiş, ancak yapılan hareketin bu sonucu doğurmuş olması aranır<sup>554</sup>. Ölüm neticesi ile cinsel saldırı arasında doğrudan illiyet bağı bulunmalıdır<sup>555</sup>. Dolayısıyla illiyet (örneğin, cinsel saldırı sonrasında mağdurun intihar etmesi) yeterli değildir. Bitkisel hayat veya ölümün muhakkak cinsel saldırı sonucunda (örneğin, cinsel organlardaki harabiyet) gerçekleşmesi aranmaz. Failin fiili işlemek için kullandığı vasıtalar (cebir, şiddet) dolayısıyla bitkisel hayat veya ölüm meydana

---

<sup>552</sup> SOYASLAN, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2005, s.180; MALKOÇ, Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar, 2009, s.81.

<sup>553</sup> MALKOÇ, Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar, 2009, s.81.

<sup>554</sup> ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.187; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.229; DÖNMEZER, no.98; EREM, Faruk, Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler, C. II, Ankara 1993, s.1866; ÖNDER, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.475, 476; SOYASLAN, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2005, s.180; YENİDÜNYA, s.3299; MALKOÇ, Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar, 2009, s.88.

<sup>555</sup> ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.187; TOROSLU, Ceza Hukuku Özel Kısım, s.63; YENİDÜNYA, s.3300; MALKOÇ, Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar, 2009, s.88.

geldiğinde de fıkra hükmü uygulanır. Ayrıca fıkranın uygulanması için cinsel saldırının tamamlanmış olması gerekmez<sup>556</sup>.

Mağdurun bitkisel hayata girmesi veya ölmesi, neticesi sebebiyle ağırlaşmış haller olduğundan bu fıkra da, 5237 Sayılı TCK'nun 23 üncü maddesinde yazılı koşulun da gerçekleşmesi aranır<sup>557</sup>. Yani failin bu netice bakımından da taksir derecesinde bir kusurunun bulunması gerekir (TCK m.23)<sup>558</sup>. Her ne kadar TCK m.23'de ağır netice bakımından "en azından" taksir derecesinde kusur bulunması gerektiği belirtilmiş ve bununla ağır neticenin kasten de gerçekleştirilmiş olabileceği vurgulanmak istenmiş ise de; ölüm neticesine yönelik olarak da failde kast varsa, fail, cinsel saldırı suçu yanında ayrıca (yerine göre nitelikli) kasten insan öldürme suçundan dolayı da (TCK m.81<sup>559</sup> vd.) cezalandırılır. Özellikle cinsel saldırı suçu işlendikten sonra suçun ortaya çıkmaması için mağdur öldürülmüşse, hem cinsel saldırı hem de nitelikli kasten insan öldürme suçundan dolayı (TCK m.82-h) faile ceza verilir ve bu durumda m.102/6 uygulanmaz. Ölüm neticesi, fiile, yani cebir kullanılmasına, cinsel davranışa ve eğer cinsel saldırı suçunun nitelikli hali söz konusu ise, organ ve cisim sokulmasına bağlı olarak meydana gelmiş olmalıdır. Bunun sonucu olarak failin mağduru öldürdükten sonra ona yönelik cinsel saldırıda bulunması durumunda nitelikli hal uygulanmaz. Bu durumda yerine göre (nitelikli) kasten öldürme ve ölümlere saygı duygusuna aykırı bir suç (TCK m.130/2) söz konusu olur<sup>560</sup>. Bunun gibi, eğer mağdur cinsel ilişki sonucu hamile kalmış, ancak çocuk düşürme veya doğum sırasında ölmüş

---

<sup>556</sup> ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.187; YENİDÜNYA, s.3300.

<sup>557</sup> ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.187; YENİDÜNYA, s.3300.

<sup>558</sup> TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.229. Bkz. ÖNDER, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.477; MALKOÇ, Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar, 2009, s.88.

<sup>559</sup> "Kasten öldürme" 5237 Sy. TCK'nun 81 inci maddesinde; "(1) Bir insanı kasten öldüren kişi, müebbet hapis cezası ile cezalandırılır." şeklinde düzenlenmiştir. Kasten öldürme suçunun nitelikli halleri ise 5237 Sy. TCK m.82'de; "(1) Kasten öldürme suçunun; a) Tasarlayarak, b) Canavarca hisle veya eziyet çektirerek, c) Yangın, su baskını, tahrip, batırma veya bombalama ya da nükleer, biyolojik veya kimyasal silâh kullanmak suretiyle, d) Üstsoy veya altsoydan birine ya da eş veya kardeşe karşı, e) Çocuğa ya da beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı, f) Gebe olduğu bilinen kadına karşı, g) Kişinin yerine getirdiği kamu görevi nedeniyle, h) Bir suçu gizlemek, delillerini ortadan kaldırmak veya işlenmesini kolaylaştırmak amacıyla, i) Kan gütme saikiyle, j) Töre saikiyle, İşlenmesi hâlinde, kişi ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası ile cezalandırılır." şeklinde düzenlenmiştir.

<sup>560</sup> TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.229, 230. Bkz. ÖNDER, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.476; MALKOÇ, Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar, 2009, s.88.

ise, bu takdirde gerçekleşen ölüm neticesinden dolayı faili sorumlu tutmak mümkün değildir. Yine cinsel saldırı suçunun mağdurunun intihar etmesi durumunda, intihar, mağdurun kendisinin verdiği bir karara dayandığı ve bu yüzden neticenin objektif olarak faile isnad edilebilmesi söz konusu olamayacağı için, fail ölüm neticesinden sorumlu olmaz<sup>561</sup>. Failler birden fazla olup da, cebir hareketini yalnızca birisi gerçekleştirmiş ve diğeri yalnızca mağdurla cinsel ilişkiye girmiş ise, netice bakımından taksir düzeyinde kusuru olan tüm fail ve suç ortakları gerçekleşen ağır neticeden dolayı sorumlu tutulur<sup>562</sup>. Suçun teşebbüs aşamasında kalmış olması halinde de bu nitelikli hal uygulanır<sup>563</sup>.

Kastın aşılması sonucu mağdurun ölmesi ya da bitkisel hayata girmesi, taksirle işlenen bir suç değildir. Çünkü ölüme neden olan cinsel saldırı eylemi bilerek ve istenerek işlenmiştir. İrade edilen eylem öldürme değil, cinsel saldırıdır. Kastı aşan sonuç ise iradenin dışında kalmıştır. Bunun yanında ölüm sonucunun yaralama eyleminden hemen sonra meydana gelmesi gerekmez. Ölüm sonucu bir süre sonra da meydana gelmiş olsa da, arada nedensellik ilişkisi kurulabilmesi maddenin uygulanabilmesi için yeterlidir<sup>564</sup>.

## II- SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ

### 1- GENEL AÇIKLAMALAR

Ceza normundaki suç tanımına nispetle tipik olmayan haller, ceza kanunlarının genel kısmında teşebbüs, iştirak ve suçların içtimaı başlıları altında ayrıca

---

<sup>561</sup> TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.230; MALKOÇ, Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar, 2009, s.89. Bkz. DÖNMEZER, no.99.

<sup>562</sup> TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.230. Aynı doğrultuda bkz. MALKOÇ, Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar, 2009, s.89.

<sup>563</sup> MALKOÇ, Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar, 2009, s.89.

<sup>564</sup> MERAN, s.318.

düzenlenmekte, böylece bütün suç tipleri için geçerli genel hüküm niteliğini almakta ve cezalandırma mümkün olmaktadır<sup>565</sup>.

## 2- TEŞEBBÜS

### A- Kavram

Teşebbüs; 5237 Sayılı TCK'nun, 35 inci maddesinde "Suça Teşebbüs" başlığı altında; "(1) Kişi işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaz ise teşebbüsten dolayı sorumlu tutulur. (2) Suça teşebbüs halinde fail, meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığına göre, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine onüç yıldan yirmi yıla kadar, müebbet hapis cezası yerine dokuz yıldan onbeş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Diğer hallerde verilecek cezanın dörtte birinden dörtte üçüne kadarı indirilir." şeklinde düzenlenmiştir.

Teşebbüs suç yoluna giren ve elverişli hareketlerle suçun doğrudan doğruya icrasına başlayan failin elinde olmayan nedenlerle suç tipinin objektif nitelikteki unsurlarını kısmen veya tamamen gerçekleştirilememesidir<sup>566</sup>.

Cinsel saldırı suçunun temel şekli, yukarıda incelediğimiz üzere tek hareketle işlenebileceği gibi (cinsel davranışlarla bir kimsenin vücut dokunulmazlığını ihlal), birden fazla hareketle de işlenebilir (örneğin suçun işlenmesi sırasında cebir kullanılması). Ancak suç, cinsel saldırıyı oluşturan hareketin gerçekleştiği anda tamamlanır. Bu bakımdan, sırf hareket suçu niteliğindeki cinsel saldırı suçunda, icra hareketlerinin kısımlarına ayrılabilirdiği hallerde teşebbüs gerçekleşir. Bu takdirde teşebbüs bakımından icra hareketleri henüz tamamlanmamıştır<sup>567</sup>.

---

<sup>565</sup> ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.714. Bkz. ÖNDER, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.390.

<sup>566</sup> ÖZTÜRK, Bahri/ERDEM, Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, Yeni Türk Ceza Kanunu'na Göre Yenilenmiş 10. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2008, s.279.

<sup>567</sup> ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.231; YENİDÜNYA, s.3293.

Öğretide, cinsel saldırı suçunun temel şekline teşebbüsün mümkün olduğu ifade edilmiştir. Örneğin, kişi cinsel arzularını tatmin amacına yönelik davranışlarına katlanması ve direnmemesi amacıyla, mağduru tehdit edebilir, mağdura cebirde bulunabilir. Ancak, tehdide veya cebire rağmen, kişinin elinde olmayan sebeplerle, örneğin mağdurun direnmesi veya kaçması nedeniyle, vücudu üzerinde cinsel arzuların tatmini amacına yönelik davranışlar gerçekleştirilmemiş olabilir. Bu durumda cinsel saldırı suçu teşebbüs aşamasında kalmıştır ve 102 nci maddenin birinci fıkrası hükümlerine göre cezalandırılacak ve fakat suç teşebbüsü aşamasında kaldığı için, 102 nci maddeye göre 61 inci maddedeki usul ve sıra takip edilerek belirlenecek cezada, 35 inci madde hükmüne istinaden indirim yapılacaktır<sup>568</sup>.

Cinsel saldırı suçunun temel şeklinde teşebbüs, icra hareketleri kısımlara bölünebileceğinden mümkün olduğu görüşüne göre; TCK m.35/1’de “*doğrudan doğruya icraya başlama*” ölçütü kabul edildiğinden işlenmek istenen cinsel saldırı suçuyla belirli bir yakınlık ve bağlantı içindeki hareketlerin yapılması durumunda suçun icrasına başlanılmış sayılacaktır. Ayrıca yapılan hareketlerin de bu suçu işlemek için uygun hareketler olması gerekmektedir<sup>569</sup>.

Aksi görüşe göre, cinsel saldırı suçunun neticesi harekete bitişik olduğundan, yani mağdurun vücudu üzerinde cinsel davranışın gerçekleştirilmesiyle suç meydana geleceğinden, suçun icra hareketlerinin kısımlara bölünebilmesi mümkün olmayacağından bu suç (TCK m.102/1) birkaç istisna dışında teşebbüse müsait değildir<sup>570</sup>. Cinsel saldırı suçunun temel şeklinde, eğer fail bir kısım icra hareketlerine başlayıp da şehvi nitelik taşıyan hareketleri gerçekleştirilememişse, cinsel saldırı suçuna teşebbüs edildiği de ileri sürülebilir. Cinsel arzuları tatmin amacını taşıyan herhangi bir hareketin icra edilmesiyle suç gerçekleşmiş olacağından, suçun tamamlanması

---

<sup>568</sup> ÖZGENÇ, Aktaran, MALKOÇ, Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar, 2009, s.23.

<sup>569</sup> SEVÜK, s.253.

<sup>570</sup> ŞEN, s.378.

bakımından failin cinsel arzularını fiilen tatmin edip etmediğine bakılmayacağından, bu suçun teşebbüse müsait olmadığı belirtilmektedir<sup>571</sup>.

Bununla birlikte cinsel arzusunu tatmin amacıyla cinsel saldırı suçunun temel şeklini işlemeyi hedefleyen failin icra hareketleri, bu amacına ulaşmak için mağduru etkisiz hale getirdiği veya haberi olmayan mağdura tam müdahale edeceği sırada üçüncü kişinin engellemesinden dolayı elinde olmayan sebeplerle yarıda kalabilir. Bu halde, failin cinsel saldırı suçunun temel şeklini teşebbüs ettiğinden bahsedilebilecektir<sup>572</sup>.

Yine aksi görüşe göre, cinsel saldırı niteliği taşıyan hareketlerin gerçekleştirilmesi ile suç tamamlandığından cinsel saldırı suçunun temel şeklinin teşebbüse elverişli olmadığı savunulmuştur<sup>573</sup>.

Cinsel saldırı suçunun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hali olan “mağdurun vücuduna organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle işlenmesi” açısından teşebbüs sorununa da temas edilecek olursa bu konuda öğretilerde farklı görüşler mevcuttur. TCK’nun 102 nci maddenin ikinci fıkrasında, birinci fıkrada düzenlenen suça nazaran ayrı ve bağımsız bir suç tanımı bulunmayıp, suçun temel şekline nazaran daha ağır cezayı gerektiren nitelikli bir unsura yer verilmiştir. Bu husus madde gerekçesinde açıkça vurgulanmıştır. Dolayısıyla nitelikli halin sair bir nedenle gerçekleşmemesi halinde, teşebbüsten bahsedilemez. Çünkü kanuni düzenlemede, nitelikli halin gerçekleşmediği durumlar, suçun temel şekli olarak tayin ve tespit edilmiştir. Bu nedenle, somut olayda şayet fail, mağdurun vücuduna organ veya sair cisim sokmak istemiş ve fakat elinde olmayan bir sebeple bu sokma olgusunu gerçekleştirememiş ise, temel cezayı 102 nci maddenin ikinci fıkrasına istinaden değil, birinci fıkrasına istinaden belirlemek gerekir. Ancak bu durumda unsurları varsa suçun temel şekli ve 61

---

<sup>571</sup> ŞEN, s.378.

<sup>572</sup> ŞEN, s.379.

<sup>573</sup> MERAN, s.318.

inci maddedeki esaslar dikkate alınarak (alt sınırdan uzaklaşmak suretiyle) ceza belirlenmelidir<sup>574</sup>.

TCK'nun 102 nci maddesinin ikinci fıkrasındaki cezanın alt sınırı ile birinci fıkrasındaki cezanın üst sınırı aynıdır. Öğretide, bu tercih, mağdurun vücuduna organ veya sair cisim sokulmak istenmiş ve fakat elde olmayan bir sebeple bu sokma olgusunun gerçekleştirilmemiş olması halinde, 102 nci maddenin ikinci fıkrasındaki nitelikli halden dolayı hüküm kurulmasını ve buna bağlı olarak, 5237 Sayılı TCK'nun teşebbüse ilişkin hükümlerinin uygulanmasını önlemek amacıyla yapıldığı ifade edilmiştir<sup>575</sup>.

Mağdurun vücuduna organ veya sair cisim sokulmak suretiyle cinsel saldırı suçu işlemek istenilmiş ve fakat elde olmayan bir sebeple bu sokma olgusunun gerçekleştirilmemiş olması halinde, 102 nci maddenin ikinci fıkrasındaki nitelikli halden dolayı hüküm kurulması ve buna bağlı olarak, 5237 Sayılı TCK'nun teşebbüse ilişkin genel hükümlerinin uygulanması gerektiği kabul edildiğinde, ceza adaleti bakımından çelişkili sonuçlar ortaya çıkacaktır. Şöyle ki, eski anlayışa göre, ırza tecavüz suçuna “tam teşebbüs” değil, “eksik teşebbüs” mümkündür. 5237 Sayılı TCK'nun sisteminde bu ayırım olmadığı için; bu durumda, eski anlayışın bir yansıması olarak, 35 inci maddenin ikinci fıkrasında öngörülen indirim azami oranda gerçekleştirmek gerekecektir. 102 nci maddenin ikinci fıkrasına göre temel cezayı 7 yıl hapis cezası olarak belirlediğimizi ve 35 inci maddenin ikinci fıkrasındaki azami haddinden indirim yaptığımızı düşündüğümüzde vereceğimiz ceza 2 yılın altına (1 yıl 9 aya) inecektir. Diğer bir çelişki ise, cinsel saldırı sonucunda mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması halinde karşımıza çıkmaktadır. Kişi hakkında 102 nci maddenin birinci fıkrasına istinaden ceza tayin edersek, suçu tamamlanmış kabul edeceğiz ve beşinci fıkradaki nitelikli halin gerçekleşmesi halinde ceza 10 yıldan az olmayacaktır. Buna karşılık, 102 nci maddedeki nitelikli hale teşebbüs'ü kabul ettiğimizde, 61 inci maddedeki ceza tayinine ilişkin sıra göz önünde bulundurulduğunda, 102 nci maddenin

---

<sup>574</sup> ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2008, s.231.

<sup>575</sup> ÖZGENÇ, Aktaran, MALKOÇ, Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar, 2009, s.24.

beşinci fıkrasına istinaden belirlenecek temel cezadan teşebbüs dolayısıyla (TCK m.35/2) indirim yapmamız gerekecektir<sup>576</sup>.

Öğretideki diğer görüşe göre, bu suçun gerek temel ve gerekse nitelikli biçimine teşebbüs mümkündür<sup>577</sup>. Öğretideki aksi görüş, Cinsel saldırı suçunu elverişli hareketlerle doğrudan icraya başlayıp da elinde olmayan nedenler yüzünden suçun tamamlanmaması (mağdurun vücuduna organ ve sair bir cismi sokulamamışsa) durumunda eylem teşebbüs halinde kaldığından failin teşebbüs nedeniyle sorumlu tutulacağını savunmuştur<sup>578</sup>. Burada failin kastı, organ ve cisim sokmaya yönelik olduğu halde, engel bir neden yüzünden neticeye ulaşmamıştır. Böyle bir durumda failin m.102/2 anlamında cinsel saldırı suçunun nitelikli haline teşebbüsten dolayı cezalandırılması gerekir<sup>579</sup>. Yargıtay'ın görüşü de bu yöndedir<sup>580</sup>.

---

<sup>576</sup> ÖZGENÇ. Aktaran, MALKOÇ, Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar, 2009, s.24, 25.

<sup>577</sup> TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.220, 221. Örneğin, arabayla mağduru eve bırakmakta olan failin izlemesi gereken olağan yoldan ayrılıp تنها bir bölgede durması, kızın bulunduğu arka koltuğa geçmesi, cinsel yaklaşımda bulunma arzusunu içeren sözler sarf etmesi, kızın kaçmaya başlaması üzerine takibe geçmesi olayında, İtalyan Yargıtayı teşebbüs hükümlerini uygulamıştır (İt. Yarg. 3.CD, 28.5.2001 T. ve 21577 S. Kararı). Diğer bir olayda, failin bir silahla, fahişe olan mağdureyi korunmalı cinsel ilişki karşılığında korunmaksızın cinsel ilişkide bulunma teklifini kabul etmeye zorlamak için tehdit etmesi de, teşebbüs hükümleri çerçevesinde cezalandırılmıştır (İt. Yarg. 3.CD, 17.12.2004 T. ve 48521 S. Kararı). Bkz. TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.220, 221.

<sup>578</sup> TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.220, 221. SEVÜK, s.261; SOYASLAN, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2005, s.174, 175; MALKOÇ, Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar, 2009, s.22, 27 ve 63; MERAN, s.321.

<sup>579</sup> TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.219. İtalyan Yargıtayına göre, fiziksel bir temas henüz gerçekleştirilmiş olmasa bile, o ana kadarki eylemlerden 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 arzusunu içeren sözler sarf etmesi, kızın kaçmaya başlaması üzerine takibe geçmesi olayında, İtalyan Yargıtayı teşebbüs hükümlerini uygulamıştır (İt. Yarg. 3.CD, 28.5.2001 T. ve 21577 S. Kararı). Diğer bir olayda, failin bir silahla, fahişe olan mağdureyi korunmalı cinsel ilişki karşılığında korunmaksızın cinsel ilişkide bulunma teklifini kabul etmeye zorlamak için tehdit etmesi de, teşebbüs hükümleri çerçevesinde cezalandırılmıştır (İt. Yarg. 3.CD, 17.12.2004 T. ve 48521 S. Kararı). Bkz. TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.220, 221.

<sup>580</sup> 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 ölü çıkar dirin çıkmaz, boşuna debelenme" diyerek kucaklayıp yatak odasına taşıdığı, bu sırada mağdurenin komşuların duymasını sağlamak için oda kapısının camını kırıp yüksek sesle yardım istediği sanığın mağdureyi yatağa yatırıp üzerine çıktığı ve kendi fermuarını açtığı, müştekinin ciddi olarak direnmesi ve kapıya gelen komşuların bağırması üzerine eylemini tamamlayamadan bırakmak zorunda kaldığı anlaşılan sanığın, söz ve davranışları ile açığa vurduğu kastına ve tıbbi raporlara göre; eyleminin vücuda organ sokmak suretiyle cinsel saldırı suçuna kalkışma niteliğinde bulunduğu gözetilmeden basit

102 nci maddenin 2 nci fıkrasının teşebbüse elverişli olduğu görüşüne göre, failin amacını gösteren davranışlar sergilediği anda yakalanması ya da mağdurun direnci veya herhangi bir başka nedenle failin amacını gerçekleştirememesi (organ veya cismin girmemesi) halinde suç teşebbüs aşamasında kalmıştır. Örneğin, cinsel saldırı gerçekleştireceğini bildiren söz ve davranışlarda bulunmak, mağduru soymaya başlamak, soyunması için zorlamak, prezervatif takarak hazırlanmak hallerinde suça teşebbüs edilmiş kabul edilmelidir<sup>581</sup>. Örneğin cinsel birleşme istediği kadının üzerinden elbisesini çıkarmaya çalışan failin, birisinin durumu görmesi üzerine olay yerinden uzaklaşması halinde icra hareketleri kesildiği için teşebbüs mevcuttur. Yine, fail cinsel güdülerini tatmin etmek amacıyla mağduru yere yatırmaya çalışırken birinin imdada yetişmesi ile fiili yarıda bırakması halinde fiil, cinsel saldırıya teşebbüsü oluşturacaktır<sup>582</sup>. Bu nedenle, organ veya cisim sokma eylemlerinin, mağdura temas etmeden kesilmeleri halinde eylem m.102/1 kapsamında değerlendirilmesi gerektiği savunulmaktadır<sup>583</sup>.

Failin icra hareketleri kişinin vücuduna anal ya da vajinal yoldan cinsel organının sokulmasına yönelik olup da iktidarsızlığı nedeniyle icra hareketlerini tamamlayamaması durumunda işlenemez suç<sup>584</sup> değil, teşebbüs hükümleri uygulanmalıdır<sup>585</sup>. Her ne kadar suça teşebbüste kullanılan aracın suçun kanuni tanımında öngörülen fiili meydana getirmeye elverişli olması gerekse de elverişlilik sadece kullanılan araç bakımından değil, suçun konusu da dahil olmak üzere bütün fiil yönünden bulunmalıdır. Bu nedenle fail “elverişli hareketler”de bulunarak icraya

---

cinsel saldırı suçu olarak kabulü ile yazılı şekilde hüküm kurulması ... Yarg. 5.CD, 22.01.2008, 2007/11586, 2008/161. Dominant mevzuat ve içtihat bankası.

<sup>581</sup> MALKOÇ, Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar, 2009, s.22, 27 ve 63; SOYASLAN, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2005, s.176, 177.

<sup>582</sup> SOYASLAN, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2005, s.174-177.

<sup>583</sup> MALKOÇ, Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar, 2009, s.63.

<sup>584</sup> TCK işlenemez suçlar hakkında bir hüküm ihtiva etmemektedir. TCK'nun 35 inci maddesinin incelenmesinden konu ve vasıta bakımından nisbi imkansızlık halinde failin teşebbüsten cezalandırılması sonucuna varmak gerekir. Bkz. ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.753. Fail tarafından gerçekleştirilmek istenildiği halde, suçun maddi konusunun bulunmaması veya kullanılan araçların elverişsiz olması nedeniyle işlenemeyen fiile, işlenemez suç (elverişsiz teşebbüs) denmektedir. Bkz. ÖZTÜRK/ERDEM, s.298.

<sup>585</sup> TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.221; SEVÜK, s.261. Aynı doğrultuda bkz. MALKOÇ, Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar, 2009, s.28; MERAN, s.321.

başlamış, ancak iktidarsızlığı nedeniyle suçu tamamlayamamışsa teşebbüsten dolayı sorumlu tutulacaktır<sup>586</sup>.

Cinsel saldırı suçunun nitelikli haline teşebbüsün mümkün olduğu görüşüne göre, failin iktidarsız olması nedeniyle organını vücuda sokamaması, cinsel amaçla üretilmiş olan ya da olmayan bir cismi vücuda sokmakta zorlanması, mağdurun karşı koyması gibi, failin saldırısını elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaması (cismi veya organı sokamaması) durumunda 2 nci fıkrada öngörülen suç teşebbüs aşamasında kalmıştır<sup>587</sup>.

Teşebbüs nedeniyle cezada yapılacak indirim açısından, failin o ana kadar yapmış olduğu hareketlerin suçun konusu olan cinsel özgürlük bakımından yarattığı tehlike göz önünde bulundurulacaktır<sup>588</sup>.

Eksik ve tam teşebbüs ayrımı kalktığı için olayı değerlendiren hakim alt ve üst sınırlar arasında yapacağı indirimi yapılan hareketin ulaştığı gerçekleşme aşamasıyla birlikte, “meydana gelen zarar ve tehlikenin ağırlığına” göre belirleyecektir<sup>589</sup>.

102 nci maddenin, neticesi sebebiyle ağırlaşmış halleri düzenleyen hükümlerindeki suçlara teşebbüsün mümkün olmadığı uygulamada kabul edilmiştir<sup>590</sup>.

Kanımızca, 102 nci maddenin ikinci fıkrasında, birinci fıkrada düzenlenen suça nazaran ayrı ve bağımsız bir suç tanımı bulunmadığından, suçun temel şekline nazaran daha fazla cezayı gerektiren nitelikli bir unsura yer verildiğinden, cinsel saldırı suçunun nitelikli haline teşebbüs hükümleri uygulanmamalıdır. 102 nci maddenin ikinci fıkrasında cinsel saldırı suçunun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hali düzenlendiği yani ikinci fıkrada ayrı bir suç düzenlenmediği hususu, madde gerekçesinde de açıkça vurgulanmıştır. Bu nedenle, somut olayda mağdurun vücuduna organ veya sair cisim

---

<sup>586</sup> SEVÜK, s.261.

<sup>587</sup> MERAN, s.321; MALKOÇ, Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar, 2009, s.27.

<sup>588</sup> TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.221.

<sup>589</sup> MALKOÇ, Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar, 2009, s.63.

<sup>590</sup> MALKOÇ, Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar, 2009, s.63.

sokmak isteyip de elinde olmayan nedenlerle eylemini gerçekleştiremeyen fail için temel ceza 102 nci maddenin ikinci fıkrasına göre değil, 102 nci maddenin birinci fıkrasına göre belirlenmelidir. Ancak, bu durumda cezayı alt sınırdan uzaklaşarak belirlemek gerekir. Kanuni düzenlemede, nitelikli halin gerçekleşmediği durumlar, suçun temel şekli olarak tayin ve tespit edildiğinden, cinsel saldırı suçunun nitelikli haline teşebbüs hükümlerinin uygulanamayacağı görüşüne katılmaktayız.

## **B- Gönüllü Vazgeçme**

Gönüllü vazgeçme, 5237 Sayılı TCK'nun 36 ncı maddesinde; *“(1) Fail, suçun icra hareketlerinden gönüllü vazgeçer veya kendi çabalarıyla suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini önlerse, teşebbüsten dolayı cezalandırılmaz. Fakat tamam olan kısım esasen bir suç oluşturduğu takdirde, sadece o suça ait ceza ile cezalandırılır.”* şeklinde tanımlanmıştır.

Gönüllü vazgeçmeden söz edilebilmesi için suçun teşebbüs aşamasına ulaşmış olması gerekir. Fiil henüz hazırlık hareketleri aşamasında ise TCK m.36 uygulama alanı bulmaz<sup>591</sup>.

Fail hakkında, gönüllü vazgeçme hükümlerinin uygulanabilmesi için, failin eyleminden neticeyi gerçekleştirebilecek durumda olmasına rağmen hür, serbest bir ortamda gerçekleşmiş olan, herhangi bir dış etkiye maruz kalmayan iradesiyle vazgeçmesi gerekir. Eğer fail icra hareketlerine başladıktan sonra, harici sebeplerle yapmayı planladığı fiili işleminin mümkün olmadığını görerek fiili icradan vazgeçerse failin bu vazgeçmesi ihtiyari olmadığından, fail hakkında teşebbüse ait hükümler uygulanır<sup>592</sup>.

Cinsel saldırı suçunun icra hareketlerine başladıktan sonra gönüllü olarak icra hareketlerinden vazgeçen veya kendi çabalarıyla suçun tamamlanmasını engelleyen fail,

---

<sup>591</sup> ÖZTÜRK/ERDEM, s.293.

<sup>592</sup> ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.746.

bu suça teşebbüsten dolayı cezalandırılmaz. O ana kadar yapılan hareketler başka bir suç oluşturuyorsa, yalnızca o suçtan dolayı failin cezalandırılması yoluna gidilir<sup>593</sup>. Örneğin fail, silah zoruyla mağdura cinsel saldırıda bulunmak istese, fakat mağdurun yalvarmalarına dayanamayarak vazgeçerse, fail, vazgeçtiği cinsel saldırı suçundan cezalandırılmaz; ancak, elindeki silah ruhsatsız ise, ruhsatsız silah taşımaktan cezalandırılır. Cezasızlık, yalnızca teşebbüs aşamasında kalan suç bakımından söz konusu olup, aynı anda gerçekleşen ve tamamlanan başka suçlar varsa, bunlar açısından gönüllü vazgeçme hükümleri uygulanmaz<sup>594</sup>.

Burada üzerinde durulması gereken, cinsel saldırı suçunun nitelikli halinden gönüllü vazgeçen failin bu suçun temel biçiminden dolayı cezalandırılıp cezalandırılmayacağıdır. Tamamen farklı nitelikte olmasına rağmen, m.102/2, ilk fıkradaki suçun nitelikli hali olarak düzenlendiğinden, faili suçun temel şekli olan m.102/1'den dolayı cezalandırmak gerekir<sup>595</sup>. Örneğin; fail cinsel ilişkide bulunmak isterken vazgeçerse, o zamana kadarki eylemler cinsel saldırının temel şeklini oluşturabilir<sup>596</sup>.

Örneğin m.102/2 nci fıkradaki suçu işlemeye başlayan ve mağdurun elbiselerini çıkarıp kastını açıklayan fail kendiliğinden veya mağdurun ağlaması ya da yalvarması üzerine vazgeçerse işlemeyi kastettiği cinsel saldırı suçunu doğrudan icraya başladıktan sonra gönüllü vazgeçmiştir. O zamana kadarki eylemler m.102/1 deki suçları oluşturur. Zira beden teması vardır. Ancak 2 nci fıkradaki suça teşebbüsten

---

<sup>593</sup> TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.221; ÖZTÜRK/ERDEM, s.293; SEVÜK, s.253. TCK'nın 35. maddesine göre, sanık Abdullah hakkında teşebbüs hükümlerinin uygulanabilmesi için, işlemeyi kastettiği nitelikli cinsel saldırı suçunu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamamasının gerektiği, dosya kapsamına ve olay yerinin özelliklerine göre mağdurenin vücuduna organ veya sair cisim ithal etmesini engelleyen mağdurenin aşılabilir mukavemeti dışında harici bir engelin bulunmadığından, sanığın suçun icra hareketlerinden gönüllü vazgeçtiğinin kabul edilmesi gerektiği, bu durumda sabit ve tamam olan eyleminin TCK'nın 36. maddesi karşısında 102/1. maddeye uyan basit cinsel saldırı suçunu oluşturacağı gözetilmeden, nitelikli cinsel saldırıya teşebbüsten cezalandırılmasına karar verilmesi ... Yarg. 5.CD, 01.6.2009, 3381/6645. Dominant mevzuat ve içtihat bankası.

<sup>594</sup> ÖZTÜRK/ERDEM, s.293.

<sup>595</sup> TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.221.

<sup>596</sup> SEVÜK, s.253.

değil, şikayetin varlığı halinde 1 inci fıkrada yazılı cinsel saldırı suçundan sorumlu olacaktır<sup>597</sup>.

İştirak halinde işlenen suçlarda gönüllü vazgeçme 5237 Sayılı TCK'nun 41 inci maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre; “(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.*”

İştirak halinde işlenen suçlarda, kural olarak sadece gönüllü vazgeçen suç ortağı, gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanır. Gönüllü vazgeçme nedeniyle suçun işlenmemesi halinde diğer ortaklar teşebbüs hükümlerine göre sorumlu tutulur. Bununla birlikte suç, gönüllü vazgeçenin gösterdiği gayreti dışında başka bir sebeple işlenmemiş olabilir. Gönüllü vazgeçenin vazgeçmesine ve suçun tamamlanmaması veya neticenin gerçekleşmemesi için bütün çabasına rağmen, suç diğer ortaklar tarafından işlenirse bu durumlarda da gönüllü vazgeçen suç ortağı gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanabilir<sup>598</sup>.

Gönüllü vazgeçen suç ortağı, suçun işlenmemesi için elinden gelen bütün gayreti göstermiş buna rağmen cinsel saldırı suçu işlenmişse, örneğin cinsel saldırı suçunun işlenmesi sırasında mağdurun hareket etmesini önlemek suretiyle yardımda bulunarak suçun icrasını kolaylaştıran kişi bundan vazgeçip, icra hareketlerinde bulunana önlemeye çalışmış olmasına rağmen suç işlenmiş olsa da gönüllü vazgeçen suç ortağını, gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanacaktır. Ancak, bu durumda, suç ortağının gönüllü vazgeçme anına kadar gerçekleştirdiği fillerin bağımsız bir suç oluşturması durumunda, bu suçtan dolayı sorumlu tutulacaktır<sup>599</sup>.

---

<sup>597</sup> MALKOÇ, Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar, 2009, s.64.

<sup>598</sup> ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.748; ÖZTÜRK/ERDEM, s.297. Bunun için suç ortağının, teşebbüs için nedensellik değeri taşıyan katkısını geriye etkili biçimde ortadan kaldırması gerekir. ÖZTÜRK/ERDEM, s.297.

<sup>599</sup> SEVÜK, s.255, 256.

### 3- İŞTİRAK

İştirak, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun Birinci Kitap, "Ceza Sorumluluğunun Esasları" başlıklı ikinci kısımda, dördüncü bölümde 37 - 41 inci maddeler arasında "Suça İştirak" başlığı altında düzenlenmiştir.

Suça iştirak, "*faillik*" yanında "*suç ortaklığı*" (şerikliği) da içeren üst bir kavramdır<sup>600</sup>. "*Faillik*"<sup>601</sup> de kendi içinde *tek başına faillik, birlikte faillik, dolaylı faillik* ve *yan faillik* olarak dörde; "*suç ortaklığı*" ise *azmettirme*<sup>602</sup> ve *yardım etme*<sup>603</sup> olarak ikiye ayrılır. Birden fazla kişinin tipikliğin gerçekleşmesine katılması durumunda önce faillik ve suç ortaklığı birbirinden ayrılmalı ve daha sonra da faillik ve suç ortaklığı içerisinde bunun görünüş biçimi belirlenmelidir<sup>604</sup>.

Fiilin iştirak halinde işlenmiş olması için birden fazla fail tarafından yapılmış suç sayılan hareketlerin bulunması, bu hareketlerin nedensellik değeri taşıması, şerikler

---

<sup>600</sup> ÖZGENÇ, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi Genel Hükümler, 2005, s.495.

<sup>601</sup> 5237 Sy. TCK m.37'de; "(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." denilmektedir.

<sup>602</sup> 5237 Sy. TCK m.38'de; "(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." denilmektedir.

<sup>603</sup> 5237 Sy. TCK m.39'da; "(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." denilmektedir.

<sup>604</sup> ÖZTÜRK/ERDEM, s.316.

arasında iştirak iradesinin bulunması ve bütün suç ortakları için aynı olan suçun icra hareketlerine başlanmış olması gerekmektedir<sup>605</sup>.

Cinsel saldırı suçu iştirak bakımından özellik arz etmez. İştirake ilişkin genel hükümler uygulanır.

Suç tipinde öngörülen cinsel davranışlarla vücut dokunulmazlığını ihlal eden kişi bu suçun faili olarak sorumlu olur. Cinsel davranışı gerçekleştiren birden fazla kişi söz konusu ise, bunların her biri birlikte fail sayılırlar. Burada “*bizzat işlenebilen bir suç*” söz konusu olmadığı için, şayet birden fazla kişiden bazısı cebir hareketini gerçekleştirmiş, bazısı ise cinsel saldırıyı gerçekleştirmiş ise, bunların tümünün birlikte fail olarak cezalandırılması ve cezanın da m.102/2-d uyarınca artırılması gerekir<sup>606</sup>.

Suçun kanuni tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştiren kişilerden her biri, fail olarak sorumlu olur (TCK m.37). Suçun kanuni tanımında öngörülen cinsel davranışlarla bir başkasının vücut dokunulmazlığını ihlal eylemini gerçekleştiren kişi fail olup; suçun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi durumunda, bu kişilerin her biri müşterek fail olarak sorumlu tutulacaktır. *Müşterek faillikte, birlikte suç işleme kararının yanı sıra, fiil üzerinde ortak hakimiyet kurulduğu için, her bir suç ortağı fail statüsünde olup, ortak hakimiyetin kurulup kurulmadığının saptanmasında suç ortaklarının suçun icrasındaki rolleri ve katkılarının taşıdığı önem göz önünde bulundurulur*<sup>607</sup>. Örneğin; cinsel saldırı suçunu işlemek isteyen suç ortaklarından birinin cebir veya tehdit kullanarak mağdurun direncini kırdığında, diğerinin de kişiye cinsel

---

<sup>605</sup> ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.754.

<sup>606</sup> TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.223. Aynı doğrultuda bkz. SEVÜK s.255. 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'nın 37. maddesi kapsamında fail olarak katılmış olmasından dolayı haklarında bu suçun nitelikli hali olan 102/3-d maddesi ile birlikte aynı Yasa'nın 43/1. maddesinin de uygulanması gerektiğinin gözetilmemesi ... Yarg. 5.CD, 08.4.2009, 2540/4415. Dominant mevzuat ve içtihat bankası. 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'nın 37/1. maddesi kapsamında müşterek fail olarak katıldığı gözetilmeyerek yazılı şekilde hüküm kurulması ... Yarg. 5.CD, 15.4.2008, 650/3485. Dominant mevzuat ve içtihat bankası.

<sup>607</sup> Bkz. 5237 Sy. TCK m.37 gerekçesi.

saldırı suçunda bulunması halinde, her iki suç ortağının suçun işlenişine yaptıkları katkı, suçun icrası açısından birbirini tamamlayıcı niteliktedir. Dolayısıyla, her iki suç ortağı, suçun işlenişinde ortak bir hakimiyet kurduğu için, suçun faili olarak cezalandırılacaktır<sup>608</sup>.

Bu suça iştirakin şekilleri olan azmettirme ve yardım etme mümkündür. Suç ortaklarının azmettiren veya yardım eden olarak sorumluluğu için iştirakte bağlılık kuralı gereği, suçun tamamlanmış veya en azından teşebbüs aşamasına varmış olması gerekir (TCK m.40/3). Bir suçun failine, onun haberi olmaksızın, tek taraflı iradeyle, failin cinsel saldırı suçunu işlenmesine başlamadan önce, örneğin mağdurun içkisine ilaç katarak yardım eden kişi müşterek fail olarak değil, yardım eden olarak sorumlu tutulur<sup>609</sup>.

Mağdurun bir yere kapatılması ve saldırının gerçekleştirilmesi durumunda dışarıda bekleyip gözcülük yapmak suretiyle içerdekilerin eylemlerinin gerçekleştirilmesini sağlayan ortak da fail sayılacaktır. Suç ortaklarının suçtaki iştirak katkılarının karşılıklı olarak birbirlerini tamamladığı durumlarda da müşterek faillik vardır<sup>610</sup>.

Cinsel saldırı suçunun nitelikli halinde kişinin, kendi iktidarsız olduğundan, mağdurun vücuduna organ sokulması için bir başkasını araç olarak kullanmak suretiyle gerçekleştirebilmesi söz konusu olabileceğinden dolaylı faillik mümkündür<sup>611</sup>. Kişi

---

<sup>608</sup> SEVÜK, s.255; MALKOÇ, Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar, 2009, s.34.

<sup>609</sup> SEVÜK, s.255.

<sup>610</sup> MALKOÇ, Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar, 2009, s.34. Sanık Ahmet Y.'nin, mağdurun yanında bulunan tanığı zorla sanık Şükrü'nün sevk ve idaresindeki arabadan dışarı çıkardıktan sonra mağdurun yanına oturarak bileklerini tutmak, sanık Ahmet Ç.'nin demağdurun başına bastırarak arabanın içinden çıkmasına engel olmak ve diğer yanına oturarak bileklerini tutmak, sanık Mustafa'nın ise olay mahalinde bulunup olası müdahalelere engel olmak amacıyla gözcülük yapmak, tanık Fatma'nın olay mahalinden uzaklaşmasını temin ettikten sonra da diğer sanıklara katılmak suretiyle, fiili sanık Şükrü ile birlikte işledikleri bu surette müşterek fail oldukları gözetilmeden 5237 Sayılı TCK'nun 37. maddesi yerine 39. maddesi ile uygulama yapılması ... Yarg. 5. CD, 14.02.2007, 12760/1099.

<sup>611</sup> SEVÜK, s.262.

cinsel saldırı suçunu kusur yeteneğine sahip olmayan bir kimseyi araç olarak kullanmak suretiyle de gerçekleştirebilir (TCK m.37/2)<sup>612</sup>.

Organ veya cismin, fail veya ortağı tarafından değil de, zorlanan üçüncü bir kişiye ya da mağdura sokturulması durumunda da yaptırın failer dolaylı faillik yoluyla sorumlu olurlar<sup>613</sup>.

## 4- İÇTİMA

### A- Genel Açıklamalar

Türk Ceza Kanunu'nun genel gerekçesinde de belirtilmiş olduğu üzere; *“Ceza hukukun temel kurallarından biri, ‘kaç tane fiil varsa o kadar suç, kaç tane suç varsa o kadar ceza vardır’ şeklinde ifade edilmektedir. Bunun istisnaları, suçların içtimaı bölümünde belirlenmiştir. Bu istisnalar dışında, işlenen her bir suçla ilgili olarak ayrı ayrı cezaya hükmedilecektir”* Buradan Türk Ceza Kanunu'nun suçların içtimaı konusunda benimsediği kuralın gerçek içtima kuralı olduğu ifade edilebilir<sup>614</sup>.

Suçların içtimasında, birden çok suçun tek failde birleşmesi, toplanması meselesi incelenmektedir<sup>615</sup>. Toplanmanın değişik şekilleri vardır: a- Fail tek fiille birkaç suç işlemiş olabilir (fikri içtima, eğer tek bir fiille birden fazla farklı suç işlenmişse, farklı neviden fikri içtima, TCK m.44, tek bir fiille aynı suç birden fazla kişiye karşı işlenmişse, aynı neviden fikri içtima, TCK m.43/2), b- Failin işlediği bir suç, diğer suçun unsur veya ağırlaştırıcı nedenini teşkil edebilir (bileşik suç, TCK m.42), c- Fail kanunun aynı hükmünü birkaç defa ihlal etmesine rağmen bu tek suç sayılabilir (zincirleme suç, TCK m.43/1), d- Fail birkaç hareketle birkaç suç işleyebilir (cezaların toplanması, CGTİHK m.99).

---

<sup>612</sup> SEVÜK, s.255.

<sup>613</sup> MALKOÇ, Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar, 2009, s.63.

<sup>614</sup> ÖZGENÇ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2007, s.493.

<sup>615</sup> YÜCE, Turhan Tufan, Ceza Hukuku Dersleri, C. I, Manisa 1982, s.374.

Türk Ceza Kanunu'nda içtima ilişkili kurallar, Birinci Kitabın, Birinci Kısımının, Beşinci Bölümünde "Suçların İçtima" başlığı altında; 42 nci maddede "Bileşik Suç", 43 üncü maddede "Zincirleme Suç", 44 üncü maddede ise "Fikri İçtima" şeklinde düzenlenmiştir. Suçların içtima konusunda cinsel saldırı açısından fikri içtima halleri zincirleme suç ve bileşik suç önem arz etmektedir. Bu bakımdan aşağıda fikri içtima halleri, bileşik suç ve zincirleme suçla ilişkin değerlendirmelerde bulunulacaktır.

Tek bir hareket, birden fazla suç tipini ihlal etmesi nedeniyle birden fazla suçu oluşturabileceği gibi (fikri içtima); birden fazla hareket de tek bir suçu oluşturabilir. Fail tarafından birden fazla suç işlenmesi durumunda kural, her bir suçtan dolayı verilecek cezanın toplanmasıdır (cezaların içtima). Suçların içtima ise, cezaların içtima kurallarının uygulanmasının bir istisnasını oluşturur. Ortada birden fazla ihlal bulunmasına rağmen, kanun faile yalnızca tek bir suçtan dolayı ceza vermekle yetinir. Buradan da anlaşılacağı üzere, suçların içtimandan söz edilebilmesi için, birden fazla suçun mevcut olması gerekir<sup>616</sup>.

## **B- Fikri İçtima**

Fikri içtima failin bir fiil ile kanunun çeşitli hükümlerini veya aynı hükmünü ihlal etmesi halinde söz konusu olur (TCK m.43/2, m.44)<sup>617</sup>.

Aynı neviden fikri içtima Türk Ceza Kanunu'nun zincirleme suçla ilişkin düzenlemenin yer aldığı 43 üncü maddenin 2 nci fıkrasında düzenlenmiştir. Maddede; "(2) Aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlenmesi durumunda da, birinci fıkra hükmü uygulanır." denilmektedir.

Farklı neviden fikri içtima Türk Ceza Kanunu'nun 44 üncü maddesinde düzenlenmiştir. Maddede "(1) İşlediği bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet veren kişi, bunlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılır."

---

<sup>616</sup> ÖZTÜRK/ERDEM, s.304.

<sup>617</sup> ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.795.

denilmek suretiyle böyle hallerde failin nasıl cezalandırılacağına ilişkin esas gösterilmiştir.

Cinsel saldırı suçunu işleyen failde ayrıca eziyet etme kastı da varsa, cinsel saldırı ve eziyet suçu (TCK m.96<sup>618</sup>) bakımından fikri içtima hükümleri uygulanır<sup>619</sup>.

Mağdura yapılan şantaj neticesinde cinsel saldırıda bulunulması 102 nci maddede anlamında suç sayılacaktır. Eğer şantaj veya tehdit fiili mağdurun rızasını ortadan kaldırmayacak derecede olursa, burada cinsel saldırı suçuna teşebbüsten değil, sadece tehdit veya şantaj suçunun varlığından bahsedilebilecektir. Tehdit veya şantaj fiili mağdurun rızasını bertaraf ettiğinde ise, cinsel saldırı suçunun icra hareketleri başlamış olacaktır. Faili neticeye ulaşamazsa, 102 nci maddenin ikinci fıkrası bakımından cinsel saldırı suçunun nitelikli haline teşebbüsten ve netice gerçekleştiğinde de cinsel saldırı suçunun nitelikli halinden sorumlu tutulacaktır<sup>620</sup>.

### C- Bileşik Suç

Bileşik suç (mürekkep suç); 5237 Sayılı TCK'nun 42 nci maddesinde; *“(1) Biri diğerinin unsurunu veya ağırlaştırıcı nedenini oluşturması dolayısıyla tek fiil sayılan suça bileşik suç denir. Bu tür suçlarda içtima hükümleri uygulanmaz.”* denilmek suretiyle ifade edilmiştir.

---

<sup>618</sup> “Eziyet” 5237 Sy. TCK m.96’da; *“(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, İşlenmesi hâlinde, kişi hakkında üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.”* şeklinde düzenlenmiştir.

<sup>619</sup> SEVÜK, s.261, 262.

<sup>620</sup> ŞEN, s.377.

Bileşik suç iki ayrı suçtan oluşur. Bu suçlardan biri diğerinin ya unsuru ya da nitelikli hali ise, bileşik suç vardır ve böyle bir durumda faile yalnızca diğer suçu unsur veya nitelikli hal olarak bünyesine alan suçtan dolayı ceza verilir<sup>621</sup>.

Cinsel saldırı suçlarında cebir unsur olduğundan, fail cebirden dolayı ayrıca cezalandırılmayacaktır. Bu durum tehdit açısından da geçerlidir<sup>622</sup>. Cebir<sup>623</sup>, cinsel saldırıya karşı kişinin direncini kırarak ölçüde olmalıdır. Mağdur üzerinde bu sınırı aşan bir cebir gerçekleştirilmişse (diğer bir ifadeyle TCK'nun 86/1 inci maddesini aşar tarzda cebir kullanılmışsa) fail, cinsel saldırı suçunun yanı sıra ayrıca kasten yaralamadan dolayı da (TCK m.87) cezalandırılır (TCK m.102/4)<sup>624</sup>. Bir başka deyişle cinsel saldırı ve kasten yaralama suçunda gerçek içtima söz konusu olur<sup>625</sup>.

Suçun işlenmesinde cebri unsur olarak aramayan, ancak cinsel saldırı suçu mağdurun iradesi dışında gerçekleşeceğinden, failin cebir kullanmak suretiyle mağdurun direncinin kırılabileceğini öngören kanun koyucu cinsel saldırı suçunda kullanılan cebrin ölçüsünü “*mağdurun direncinin kırılmasını sağlayacak ölçünün ötesinde*” diyerek belirlemektedir<sup>626</sup>. Mağdurda oluşan yaralama belirtilerine göre TCK m.86 veya m.87 uyarınca cezalandırmayı gerektirecektir<sup>627</sup>.

---

<sup>621</sup> ÖZTÜRK/ERDEM, s.310.

<sup>622</sup> ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2010, s.190; YENİDÜNYA, s.3285, 3294.

<sup>623</sup> Cebir, (TCK m.108) bir kimsenin iradesini etkileyerek yapmak istediğinden başka bir hareketi yapmasına sebep olacak biçimde maddi zor kullanmaktır.

<sup>624</sup> ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2010, s.191; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.221; YENİDÜNYA, s.3285, 3294. 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 mağdur direncinin kırılmasını sağlayacak ölçünün ötesinde cebir kullanılması durumunda kişi ayrıca kasten yaralama suçundan dolayı cezalandırılır, hükmü karşısında, sanığın mağdureyi yaralama eyleminin cinsel saldırı suçunun zor unsuru ya da 102/4. maddesi kapsamında kalıp kalmadığı hususu karar yerinde tartışılmadan kasten yaralamak olarak kabulü ile 86/2-3. Maddelerine göre hüküm kurulması ... Yarg. 5.CD, 21.9.2006, 6774/7134. ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler, s.2562, 2563.

<sup>625</sup> SEVÜK, s.264.

<sup>626</sup> SEVÜK, s.264.

<sup>627</sup> MERAN, s.331.

Öğretide, mağdurun direncinin kırılması konusunda ölçünün ne zaman aşıldığını belirlemenin kolaylıkla mümkün olmadığı göz önünde bulundurulursa, düzenlemenin uygulamada sorunlara neden olacağı ve hukuksal güvenliği sarsacağı görüşü mevcuttur<sup>628</sup>.

Öğretide, mağdurun direncinin kırılmasını sağlayacak ölçünün ötesinde cebrin kullanılıp kullanılmadığının nasıl saptanacağını belirsiz olması konusunda, cinsel istismara ilişkin düzenlemede (m.103/5<sup>629</sup>) yer alan yöntemin takip edilerek *kasten yaralama suçunun sonucu nedeniyle ağırlaşmış hallerinin gerçekleşmesi durumu ayrıca kasten yaralama suçundan dolayı cezalandırmayı gerektirir* şeklinde bir düzenleme yapılması gerektiği ifade edilmiştir<sup>630</sup>.

Öğretide, çocukların cinsel istismarı suçunda, ayrıca kasten yaralama suçundan da ceza verilebilmesi için, bu suçun ağır şekli aranmaktayken, yetişkinlerde mağdurun direncinin kırılmasını sağlayacak ölçünün daha hafif kalmasının çelişki olduğunu ve bu dengesizliğin adaletsizlik yarattığı savunulmuştur<sup>631</sup>.

Mağduru razı etmek için yaralama yapılmış ise cebrin sınırı aşılmış, böylece cinsel saldırı ve yaralama suçları işlenmiş olur. Bu durumda maddi içtima hükümleri uygulanır<sup>632</sup>.

Mağdurun kendisini teslim etmesinden sonra yapılan sadistçe hareketler cinsel saldırıyı oluşturmaz, derecesine göre hafif veya ağır yaralama fiilini oluşturur. Bu durumda fail iki suçtan sorumlu olur<sup>633</sup>. Yine, mağdurun direnmesine kızarak daha fazla

---

<sup>628</sup> TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.221. Aynı doğrultuda bkz. HAFIZOĞULLARI, Beşeri Cinsellik, s.364 vd. *Toroslu* da kullanılan cebrin hangi halde mağdurun direncinin kırılmasını sağlayacak ölçünün ötesinde olduğunu belirlemenin kolay olmadığı görüşündedir. Bkz. TOROSLU, Ceza Hukuku Özel Kısım, s.62.

<sup>629</sup> 5237 Sy. TCK m.103/5'de; "*Cinsel istismar için başvurulacak cebir ve şiddetin kasten yaralama suçunun ağır neticelerine neden olması hâlinde, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır*" denilmektedir.

<sup>630</sup> YILDIZ, s.219.

<sup>631</sup> Bkz. MALKOÇ, Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar, 2009, s.79.

<sup>632</sup> SOYASLAN, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2005, s.173.

<sup>633</sup> SOYASLAN, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2005, s.172.

ve artan şiddette mağdura vurması failin kastının yaralama suçuna yöneldiğini göstermektedir<sup>634</sup>.

Bir suçun işlenmesi için diğer bir suç da işlenmiş olabilir. Bu halde gerçek içtima hükümlerinin uygulanması gerekir<sup>635</sup>. Cinsel sadır suçu işlenirken mağdurun konut dokunulmazlığı ihlal edilmişse, fail ayrıca TCK'nun 116 ncı maddesinden<sup>636</sup> sorumlu tutulacaktır<sup>637</sup>. Failin cinsel amaçla hürriyetinden yoksun bıraktığı mağdur üzerinde (TCK m.109<sup>638</sup>), cinsel saldırı işlemesi halinde gerçek içtima kuralları uygulanır<sup>639</sup>. Yani, fail cinsel saldırı suçu ile birlikte kişi özgürlüğünden yoksun bırakma suçundan dolayı da cezalandırılır ve suçun cinsel amaçla işlenmesi nedeniyle de verilecek TCK m.109/5 gereğince artırılır<sup>640</sup>.

---

<sup>634</sup> MERAN, s.330.

<sup>635</sup> ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.807, 808.

<sup>636</sup> 5237 Sy. TCK'nun "Konut dokunulmazlığının ihlali" başlıklı 116 ncı maddesi; "(1) Bir kimsenin konutuna, konutunun eklentilerine rızasına aykırı olarak giren veya rıza ile girdikten sonra buradan çıkmayan kişi, mağdurun şikâyeti üzerine, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (2) Evlilik birliğinde aile bireylerinden veya konutun birden fazla kişi tarafından ortak kullanılması durumunda bu kişilerden birinin rızası varsa, yukarıdaki fıkra hükmü uygulanmaz. Ancak bunun için rıza açıklamasının meşru bir amaca yönelik olması gerekir. (3) Birinci fıkra kapsamına giren fiillerin, açık bir rızaya gerek duyulmaksızın girilmesi mutad olan yerler dışında kalan işyerleri ve eklentileri hakkında işlenmesi hâlinde, altı aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezasına hükmolunur. (4) Fiilin, cebir veya tehdit kullanılmak suretiyle ya da gece vakti işlenmesi hâlinde, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur." şeklinde düzenlenmiştir.

<sup>637</sup> ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2010, s.192; YENİDÜNYA, s.3294.

<sup>638</sup> "Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma" suçu 5237 Sy. TCK m.109'da; "(1) Bir kimseyi hukuka aykırı olarak bir yere gitmek veya bir yerde kalmak hürriyetinden yoksun bırakan kişiye, bir yıldan beş yıla kadar hapis cezası verilir. (2) Kişi, fiili işlemek için veya işlediği sırada cebir, tehdit veya hile kullanırsa, iki yıldan yedi yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. (3) Bu suçun; a) Silâhla, b) Birden fazla kişi tarafından birlikte, c) Kişinin yerine getirdiği kamu görevi nedeniyle, d) Kamu görevinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle, e) Üstsoy, altsoy veya eşe karşı, f) Çocuğa ya da beden veya ruh bakımından kendini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı, İşlenmesi hâlinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza bir kat artırılır. (4) Bu suçun mağdurun ekonomik bakımdan önemli bir kaybına neden olması hâlinde, ayrıca bin güne kadar adli para cezasına hükmolunur. (5) Suçun cinsel amaçla işlenmesi hâlinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek cezalar yarı oranında artırılır. (6) Bu suçun işlenmesi amacıyla veya sırasında kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış hâllerinin gerçekleşmesi durumunda, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır." şeklinde düzenlenmiştir.

<sup>639</sup> ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2010, s.192; YENİDÜNYA, s.3294; SEVÜK, s.262.

<sup>640</sup> TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.222.

TCK m.102’de belirtilmese bile failin mağduru, kendisiyle ilişkiye girmediği takdirde öldüreceği veya bir zarara uğratacağı şeklinde tehdit ederek cinsel saldırıya karşı koymaya zorlaması durumunda TCK m.106’daki tehdit suçu nedeniyle ayrıca cezaya hükmedilmez. Burada söz konusu olan tehdit suçun ögesi olarak kabul edilebilir<sup>641</sup>. Cebir ve tehdide bu suçta araç olarak başvurulduğu için, bileşik suç (TCK m.42) söz konusudur ve ayrıca cebir (TCK m.108) veya tehdit suçundan (TCK m.106) dolayı faile ceza verilemez<sup>642</sup>.

TCK m.106/3’e göre; tehdit amacıyla kasten öldürme, kasten yaralama veya malvarlığına zarar verme suçunun işlenmesi hâlinde, ayrıca bu suçlardan dolayı ceza verilir. Suçun temel şeklinde hayat, vücut ve malvarlığına zarardan bahisle tehdidin işlenmesinden söz eden kişinin, kasten öldürme, kasten yaralama veya malvarlığına zarar verme suçunu tehdit amacıyla işlemesi hâlinde ayrıca bu suçlardan cezalandırılması TCK m.106/3’de öngörülürken, tehdit amacıyla cinsel saldırı suçunun işlenmesi halinde cinsel saldırı suçundan ayrıca cezalandırılmaması öğretide eleştirilmiştir<sup>643</sup>. Bu görüşe göre, m.106/3’e göre gerçek içtima uygulanacak suçlar arasında, diğer suçlar sayıldığına göre cinsel saldırı suçunun da sayılması gerekirdi. Bu hükmün gerekçesinde, kişi, tehdidinin ciddiliğini vurgulamak için, öldürme veya yaralama ya da mala zarar verme suçlarını işlerse bu suçlardan dolayı da cezaya hükmedileceği belirtildiğine göre, cinsel dokunulmazlığa yönelik bir saldırı gerçekleştireceğinden söz eden kişinin de “tehdidinin ciddiliğini vurgulamak için” cinsel dokunulmazlığa karşı bir suç işlemesi olasılığı vardır. Üstelik tehdidin, mağduru malvarlığı itibariyle büyük bir zarara uğratacağından veya sair bir kötülük edeceğinden bahisle yapılması, cinsel dokunulmazlığına yönelik bir saldırı gerçekleştireceğinden bahisle yapılmasına nazaran daha az cezayı gerektirmektedir. Bütün bu nedenlerin

---

<sup>641</sup> MERAN, s.330, 331. 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 ... Yarg. 5.CD, 03.5.2007, 156/3197. ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler, s.2583.

<sup>642</sup> TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.221. Aynı doğrultuda bkz. HAFIZOĞULLARI, Beşeri Cinsellik, s.364 vd. *Toroslu* da kullanılan cebirin hangi halde mağdurun direncinin kırılmasını sağlayacak ölçünün ötesinde olduğunu belirlemenin kolay olmadığı görüşündedir. Bkz. TOROSLU, Ceza Hukuku Özel Kısım, s.62.

<sup>643</sup> SEVÜK, s.262, 263.

yanında ihlal edilen hukuksal değerler karşılaştırıldığında da TCK m.106/3'de tehdit suçuyla malvarlığına zarar verme suçunda gerçek içtima hükümlerinin uygulanıp da tehdit suçuyla cinsel dokunulmazlığa karşı olan suçlardan cinsel saldırı suçunda gerçek içtimanın uygulanmaması eleştirilmiştir<sup>644</sup>.

Cinsel dokunulmazlığına yönelik bir saldırı gerçekleştireceğinden söz etmek tehdit suçunun unsuru olmakla birlikte, fail tehdit suçunu gerçekleştirdikten sonra cinsel saldırı suçunu işlerse gerçek içtima kuralları uygulanmalıdır<sup>645</sup>.

Tehdit, cinsel saldırı, yağma gibi bir başka suçun unsuru veya nitelikli hali olarak öngörülmüşse, bileşik suçtan söz edilir; buna karşılık tehdit suçu yanında bileşik suç ilişkisine girmeyen bir başka suç da gerçekleşmişse gerçek içtima kuralları uygulanacaktır<sup>646</sup>.

TCK m.148'de<sup>647</sup> düzenlenen yağma suçu açısından tehdidin, kişiyi, kendisinin veya yakınının hayatına, vücut veya cinsel dokunulmazlığına yönelik bir saldırı gerçekleştireceğinden bahisle yapılması halinde; mal alındıktan yani hırsızlık suçu tamamlandıktan sonra, bunu geri almak isteyen kişiye karşı gerçekleştirilen cinsel

---

<sup>644</sup> SEVÜK, s.262, 263.

<sup>645</sup> SEVÜK, s.263. Tehdit konusu kötülüğün gerçekleşip gerçekleşmemesi önemli değildir. Fail tehdit fiilini işledikten sonra tehdit konusu olan kötülüğü gerçekleştirirse, bu kötülük suç teşkil ettiği takdirde her bir fiilden ayrı ayrı ceza tayin edilir. Bkz. ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2008, s.291. Failin, tehdit konusu şeyi hemen gerçekleştirmesi durumunda, ayrıca tehdit suçundan dolayı ceza verilip verilmeyeceği konusunda *Tezcan/Erdem/Önok*'a göre, tehdit ileriye dönük bir zarara uğratma amacı güttüğünden, zararın da gerçekleştirilmesi durumunda, yalnızca gerçekleşen bu suçtan dolayı failin cezalandırılması yerinde olur. TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.263, 264.

<sup>646</sup> TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.263, 264.

<sup>647</sup> 5237 Sy. TCK m.148'de; "(1) Bir başkasını, kendisinin veya yakınının hayatına, vücut veya cinsel dokunulmazlığına yönelik bir saldırı gerçekleştireceğinden ya da malvarlığı itibarıyla büyük bir zarara uğratacağından bahisle tehdit ederek veya cebir kullanarak, bir malı teslim veya malın alınmasına karşı koymamaya mecbur kılan kişi, altı yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (2) Cebir veya tehdit kullanılarak mağdurun, kendisini veya başkasını borç altına sokabilecek bir senedi veya var olan bir senedin hükümsüz kaldığını açıklayan bir vesikayı vermeye, böyle bir senedin alınmasına karşı koymamaya, ilerde böyle bir senet hâline getirilebilecek bir kağıdı imzalamaya veya var olan bir senedi imha etmeye veya imhasına karşı koymamaya mecbur edilmesi hâlinde de aynı ceza verilir. (3) Mağdurun, herhangi bir vasıta ile kendisini bilmeyecek ve savunamayacak hâle getirilmesi de, yağma suçunda cebir sayılır." denilmektedir.

saldırı halinde de yağma ve cinsel saldırı suçları bakımından gerçek içtima söz konusudur<sup>648</sup>.

Eğer fail cinsel saldırıda bulunduğu kimseyi, olayı başkasına söylememesi için tehdit etmişse fiil tehdit suçunu oluşturur.

İşkence suçunun (TCK m.94) cinsel saldırı biçiminde işlenmesi durumunda, TCK m.94/3'de<sup>649</sup> suçun "*cinsel taciz biçiminde*" gerçekleşmesi nitelikli hal olarak düzenlendiğinden; buna karşılık "*cinsel saldırı biçiminde*" gerçekleşmesine nitelikli hal olarak yer verilmediğinden failin ayrıca bu suçtan dolayı da cezalandırılması yoluna gidilir<sup>650</sup>.

Kanunun sistematığıne baktığımızda, kanun koyucunun bazı suçlarda, m.102/4 veya m.106/3'de olduğu gibi gerçek içtimanın uygulanacağını madde metninde göstermeyi tercih ettiğini görüyoruz. Bu nedenle işkence suçunda gerek ihlal biçimi ve gerekse ihlal edilen hukuksal değer göz önüne alındığında, işkence suçunda da fiilin cinsel saldırı şeklinde gerçekleşmesi halinde ayrıca cinsel saldırı suçundan da cezalandırılacağına madde metninde belirtilmemesi öğretide eleştirilmiştir<sup>651</sup>.

5237 Sayılı TCK'nun 77/1 inci maddesine göre, cinsel saldırıda bulunma, siyasal, felsefi, ırkî veya dinî saiklerle toplumun bir kesimine karşı bir plân doğrultusunda sistemli olarak işlenirse, insanlığa karşı suç oluşturur. TCK m.42/1'e göre; burada bileşik suç söz konusu olup, suçu oluşturan araç suç olan cinsel saldırıdan dolayı ayrıca ceza verilmez<sup>652</sup>.

---

<sup>648</sup> SEVÜK, s.263.

<sup>649</sup> "*İşkence*" suçu 5237 Sy. TCK m.94'de; "(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 (3) Fiilin cinsel yönden taciz şeklinde gerçekleşmesi hâlinde, on yıldan onbeş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur." şeklinde düzenlenmiştir.

<sup>650</sup> TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.222; SEVÜK, s.263, 264; MALKOÇ, Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar, 2009, s.33. Aksi görüş için bkz. AYDIN, Nurullah, s.186.

<sup>651</sup> SEVÜK, s.264.

<sup>652</sup> SEVÜK, s.264.

## D- Zincirleme Suç

Zincirleme suç (müteselsil suç), 5237 Sayılı TCK'nun 43 üncü maddesinde; *“(1) Bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda bir kişiye karşı aynı suçun birden fazla işlenmesi durumunda, bir cezaya hükmedilir. 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. Mağduru belli bir kişi olmayan suçlarda da bu fıkra hükmü uygulanır. (2) Aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlenmesi durumunda da, birinci fıkra hükmü uygulanır<sup>653</sup>. (3) Kasten öldürme, kasten yaralama, işkence, (...)”<sup>654</sup> ve yağma suçlarında bu madde hükümleri uygulanmaz.”* şeklinde düzenlenmiştir.

İşlenen birden fazla suç arasında zincirleme suç ilişkisinin bulunması durumunda, bu ilişkiye giren suçların sayısı ne olursa olsun, tek bir suçtan dolayı ceza verilir, fakat bu ceza TCK m.43/1’de gösterilen oranda artırılır. Cezada yapılacak artırma açısından zincirleme suç ilişkisine giren suçlardan hangisi daha ağır cezayı gerektiriyorsa, o suç göz önüne alınır<sup>655</sup>.

5237 Sayılı TCK'nun 43 üncü maddesinde; *“(3) Kasten öldürme, kasten yaralama, işkence ve yağma suçlarında bu madde hükümleri uygulanmaz.”* denilmektedir. Suç politikası gereğince, kasten öldürme, kasten yaralama, işkence ve yağma suçları bakımından zincirleme suç hükümlerinin uygulanmasına bir istisna getirilmiştir. 5237 Sayılı TCK'nun 43 üncü maddesinin 3 üncü fıkrası 5377 Sayılı Kanunla değiştirilmeden önce, “cinsel saldırı, çocukların cinsel istismarı” suçları da zincirleme suçun istisnaları arasında yer almıştı<sup>656</sup>. Ancak 5377 Sayılı Kanunun 6 ıncı maddesi ile bu iki suç tipi madde kapsamından çıkarılmış bulunmaktadır. Bu değişiklik madde gerekçesinde; *“Zincirleme suç halinde, kişiye bu suçların her*

---

<sup>653</sup> Bu fıkranın son cümlesi 29.6.2005 tarih 5377 Sy. Kanununun 6.maddesi ile eklenmiştir.

<sup>654</sup> Burada yer alan “cinsel saldırı, çocukların cinsel istismarı” ibaresi 29.6.2005 tarih 5377 Sy. Kanununun 6.maddesi ile metinden çıkarılmıştır.

<sup>655</sup> ÖZTÜRK/ERDEM, s.309, 310.

<sup>656</sup> *Sevük*, eylem her gerçekleştiğinde kişinin cinsel dokunulmazlığı zarar göreceğinden ve her eylem mağdurun maruz kaldığı psikolojik travmayı arttıracığından, her cinsel saldırı eyleminin ayrı değerlendirilmesinin yerinde olduğu görüşündedir. Bkz. SEVÜK, s.254.

*birinden dolayı ayrı ayrı değil, bir ceza verilmekte ve fakat ceza artırılmaktadır. Ancak, cinsel saldırı ve çocukların cinsel istismarı suçlarının aynı kişiye karşı müteaddit defa işlenmesi halinde gerçek içtima hükümlerinin uygulanması gerektiği yönündeki düzenleme, başta Yargıtay olmak üzere hakim ve savcılarda ispat sorunu ve ölçüsüz ceza miktarlarının ortaya çıkması bakımından ciddi endişelere neden olmuştur. Bu endişeleri gidermek amacıyla, maddenin üçüncü fıkrasında yer alan “cinsel saldırı, çocukların cinsel istismarı” ibaresi metinden çıkarılmıştır.” şeklinde açıklanmıştır<sup>657</sup>.*

Cinsel saldırı suçunun, bir suç işleme kararıyla aynı mağdur üzerinde belirli aralıklarla tekrarı halinde zincirleme suç (TCK m.43) durumu ortaya çıkar. Ancak farklı mağdurlara karşı cinsel saldırıda bulunmuşsa, her bir mağdur bakımından ayrı suç oluşur<sup>658</sup>. Zincirleme şeklinde gerçekleşen cinsel saldırı suçlarında, 102 nci maddenin 5 veya 6 ncı fıkrasındaki neticesi sebebiyle ağırlanmış hallerin gerçekleşmesi durumunda 43 üncü maddeye göre yapılacak artırımın ne şekilde yapılacağı hususu öğretide tartışmalıdır. Bu ihtimalde teselsül hükümlerine göre ceza artırımının neticesi sebebiyle ağırlanmış haller bakımından uygulanması mümkün değildir. Artırım suçun temel şekli ya da nitelikli halleri açısından yapılmalıdır<sup>659</sup>. Nitekim Yargıtay 5.CD 16.4.2007 tarihli kararı ile “Sanıklar Murat ve Mustafa ’nın zincirleme biçiminde işledikleri cinsel saldırı suçunun neticesi sonucu gerçekleşen ve sorumlulukları için en az taksir derecesinde bir kusurlarının bulunması gereken TCK’nun 102. maddesinin 5. fıkrasındaki suçun ağırlanmış halinin teselsül edemeyeceği, zincirleme şeklinde gerçekleşen eylemlerin 102/5 maddeden öncekilerin olması nedeniyle 43. madde uyarınca yapılacak arttırmanın 102/5 madde ile tayin edilen ceza üzerinden değil bu maddenin tatbikinden önce bulunan ceza miktarı üzerinden yapılması ve bulunan miktarın 102/5. madde ile

---

<sup>657</sup> ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.812, 813.

<sup>658</sup> YENİDÜNYA, s.3294.

<sup>659</sup> ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2010, s.191, 192.

*tayin olunan cezaya eklenmesi gerektiği gözetilmeyerek fazla ceza tayini ...” şeklinde hüküm kurmuştur<sup>660</sup>.*

Cinsel saldırı oluşturan davranışın ardı ardına birkaç kez tekrarlanmış olması suçun da birden fazla olduğu anlamına gelmez; ancak bu davranışlar arasına kastın yenilendiğini gösteren bir zaman aralığı girmiş ise, her bir cinsel saldırı suçundan dolayı failin ayrı ayrı cezalandırılması yoluna gidilir<sup>661</sup>. Bu durumda suç işleme kararında birlik bulunup bulunmamasına göre zincirleme suç kuralları (TCK m.43) uygulanmalıdır. Her ne kadar TCK m.43/3’te cinsel saldırı suçunda zincirleme suç kurallarının uygulanmayacağı doğrultusunda bir düzenlemeye yer verilmiş idi ise de; değişik aralıklarla işlenen birden fazla cinsel saldırı suçunun sayısının belirlenmesindeki güçlük göz önünde bulundurularak 5377 sayılı kanunla yapılan değişiklikle cinsel saldırı suçu açısından da zincirleme suç kurallarının uygulanmasına olanak sağlanmıştır<sup>662</sup>. Buna karşılık vücuda organ veya başkaca bir cisim sokmak suretiyle gerçekleştirilen cinsel saldırı (TCK m.102/2), cinsel saldırının nitelikli hali olarak düzenlendiğinden ve bir suçun temel şekli ile nitelikli hali arasında zincirleme suç kurallarının uygulanmasına bir engel bulunmadığından (TCK m.43/1), aynı suç işleme kararına dayanarak aynı kişiye yönelik cinsel saldırı suçunun temel şekli ve nitelikli hali gerçekleştirildiğinde zincirleme suç kuralları uygulanabilir<sup>663</sup>.

TCK m.43/1’e göre, bir suçun temel şekli ile daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli halleri aynı suç sayıldığından, kişi aynı suç işleme kararıyla bir

---

<sup>660</sup> Yarg. 5.CD, 16.4.2007, 1657/2861. ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler, s.2573-2576.

<sup>661</sup> Sanığın sabit kabul edilen eylemlerini 5237 sayılı Yasa’nın 43. maddesinde belirtildiği şekilde “farklı zamanda” değil, aynı zamanda gerçekleştirdiği, bu itibarla olayda zincirleme suç hükümlerinin uygulama olanağının bulunmadığı gözetilmeden maddenin tatbiki suretiyle fazla ceza tayini ... Yarg. 5.CD, 03.05.2010, 2009/14703, 2010/3231. Dominant mevzuat ve içtihat bankası. Seçimlik hareketli suçlardan olan nitelikli cinsel saldırı suçunu işlediği kabul olunan sanıklardan Ömer’in, mağdurenin cinsel organına önce parmağını daha sonra da penisini ithal etmek suretiyle gerçekleşen eyleminde; zincirleme suçun değişik zamanlarda birden fazla işlenmesi şartı bulunmadığı gözetilmeksizin, teselsül hükümleri uygulanmak suretiyle sanıklara fazla ceza tayini ... Yarg. 5.CD, 02.12.2008, 11972/10675. Dominant mevzuat ve içtihat bankası.

<sup>662</sup> TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.222. İtalyan Yargıtayı bu tür durumlarda, örneğin yere fırlatılan kızın art arda birçok cinsel birleşmeye zorlanmasında, zincirleme suç hükümlerini uygulamaktadır. Ancak bunun için her bir cinsel saldırı suçunun mağdurunun aynı kişi olması zorunludur.

<sup>663</sup> TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.222.

kişiyeye karşı önce m.102/1 anlamında cinsel saldırı suçunun temel şeklini işler, daha sonra m.102/2 anlamında cinsel saldırının nitelikli hali olan vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle cinsel saldırı suçunu işlerse, bu durumda zincirleme suç kuralları uygulanabilir<sup>664</sup>.

Eylemden anlaşılması gereken, tek bir hareket değil tek eylem bütünlüğünü oluşturan ve belirli bir zaman ve yerde meydana getirilen hareketlerdir. Birden fazla bölgenin ellenmesi, sıkıştırılması veya okşanması aynı zaman diliminde ve art arda yapılıyorsa hareket çok olmakla birlikte eylem tektir<sup>665</sup>.

### III- SORUŞTURMA USULÜ VE YAPTIRIM

Suçun temel şeklinin soruşturulması mağdurun şikayetine tabidir<sup>666</sup>. Suçun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli halinde (filin vücuda organ veya sair cisim sokulmak suretiyle işlenmesi halinde) ise, eşler arasında gerçekleşen cinsel saldırı suçunun nitelikli hali dışında, soruşturma re'sen yapılacaktır. Cinsel saldırının nitelikli hali evlilik birliği içinde gerçekleşmişse, suçun soruşturulması ve kovuşturulması mağdur eşin şikayetine bağlıdır.

Şu halde; suçun temel şekli (m.102/1) ve nitelikli halinin evlilik birliği içinde işlenmesi (m.102/2) dışında; daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hallerin (m.102/2, m.102/3) ve neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerin (m.102/5, m.102/6) varlığı durumunda soruşturma re'sen yapılacaktır.

TCK sisteminde bir suç eğer şikayete bağlı ise madde veya fıkrada bunun açıkça ifade edildiğini görürüz. Eşe karşı işlenen cinsel saldırı suçunun nitelikli halinde

---

<sup>664</sup> SEVÜK, s.254.

<sup>665</sup> MALKOÇ, Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar, 2009, s.30, 31 ve 95. Seçimlik hareketli suçlardan olan nitelikli cinsel saldırı suçunu işlediği kabul olunan sanıklardan Ömer'in, mağdurenin cinsel organına önce parmağını daha sonra da penisini ithal etmek suretiyle gerçekleşen eyleminde, zincirleme suçun değişik zamanlarda birden fazla işlenmesi şartı bulunmadığı gözetilmeksizin ... Yarg. 5.CD, 2.12.2008, 11972/10675. MALKOÇ, Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar, 2009, s.31.

<sup>666</sup> 765 Sy. Türk Ceza Kanunu'nda ırza tasaddi suçunun takibi mağdurun şikayetine tabi değildir, bu suçtan dolayı soruşturma ve kovuşturma re'sen yapılmaktaydı.

m.102/5'te öngörülen neticesi sebebiyle ağırlaşmış haller de varsa, kovuşturmanın şikayet üzerine mi, yoksa re'sen mi yapılacağı konusunda kanunda kovuşturmanın şikayete bağlı olduğu açıkça öngörülmediği için kovuşturmanın re'sen yapılması gerekmektedir<sup>667</sup>. Yine, eşe karşı işlenen cinsel saldırı suçunun m.102/3'de öngörülen cinsel saldırı suçunun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hallerinde de takibin şikayete bağlı olduğu açıkça fıkra yazmadığı için, saldırının şikayete bağlı olmadığı sonucuna varmak gerekir<sup>668</sup>.

Cinsel saldırı suçunun temel şeklinin şikayete tabi olarak soruşturulması ve kovuşturulmasının kabul edilmesinin sonucu olarak, “uzlaşma” olanağı bulunmaktaydı. 06.12.2006 tarih ve 5560 Sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun'un (RG:19.12.2006, Sayı 26381) 24 üncü maddesi ile CMK'nın 253 üncü maddesinde yapılan değişiklik gereğince, “(3) Soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlı olsa bile ... cinsel dokunulmazlığa bağlı suçlarda, uzlaştırma yoluna gidilemez.” hükmü getirilmiştir. Böylelikle, daha öncesinde eleştiriye<sup>669</sup> konu olan cinsel dokunulmazlığa karşı suçlarda ve bu bağlamda cinsel saldırı suçunun temel şeklinde de uzlaşma kurumu uygulanmayacaktır.

TCK m.102/1'de düzenlenen cinsel saldırı suçunun temel şeklinin yaptırımı, iki yıldan yedi yıla kadar haptir. 2 nci fıkra da yer alan cinsel saldırı eyleminin nitelikli halinin yaptırımı yedi yıldan oniki yıla kadar haptir. Suçun 3 üncü fıkra da belirtilen şekillerde işlenmesi halinde faile verilecek ceza yarı oranında artırılır. Suçun işlenmesi sırasında mağdurun direncinin kırılmasını sağlayacak ölçünün ötesinde cebir kullanılması durumunda faile cinsel saldırı suçunun yanı sıra ayrıca kasten yaralama suçunun cezası da verilir. Bu durumda her iki ceza ayrı ayrı infaz edilir. Cinsel saldırı

---

<sup>667</sup> TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.231.

<sup>668</sup> MALKOÇ, Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar, 2009, s.35, 36.

<sup>669</sup> Şikayete bağlı olması nedeniyle uzlaşma kapsamında olduğu göz önünde bulundurulduğunda (mülga m.73/8), hapis cezası ağır olan bir suçun niçin uzlaşma kapsamında olduğunu anlamak mümkün olmadığı gibi, uzlaşmanın söz konusu olabilmesi açısından mağdurun uğradığı zararın “ödenmesi veya giderilmesi” koşulunun bu suçlar bakımından nasıl gerçekleşeceği, bu bağlamda söz gelimi failin mağdurla evlenmesinin “zararı giderme” sayılıp sayılmayacağı ciddi tartışma konusudur. Öte yandan cinsel saldırının temel şeklinin veya nitelikli halinin söz konusu olup olmadığı, dolayısıyla suçun uzlaşma kapsamına girip girmediğinin henüz daha “soruşturma evresinde” kim tarafından hangi ölçüye göre belirleneceği de belirsiz kalmaktadır. Bkz. TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.231.

suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hali olan, cinsel saldırı neticesinde mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulmasına neden olunması halinde, fail on yıldan az olmamak üzere hapis cezası ile cezalandırılır. Burada kanun koyucu cezanın alt sınırını belirtmiş olmasına rağmen üst sınırını düzenlememiştir. 5237 Sayılı TCK'nun 49 uncu maddesine göre, "sürelî hapis cezası, kanunda aksi belirtilmeyen hallerde bir aydan az, yirmi yıldan fazla olamaz". Buna göre, cinsel saldırı suçunun 102/5 inci maddede belirtilen şekilde gerçekleşmesi halinde, faile verilecek ceza on yıldan yirmi yıla kadar haptir. Cinsel saldırı sonucunda mağdurun bitkisel hayata girmesi veya ölümü halinde, fail ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası ile cezalandırılacaktır<sup>670</sup>.

Öğretide, cinsel saldırı suçunun temel şeklinin şikayete bağlı bir suç olarak düzenlenmesinin, suçun koruduğu hukuki yarar ve fiilin ağırlığı dikkate alındığında şikayet kavramı ile bağdaşmadığı savunulmuştur<sup>671</sup>. Buna göre cinsel saldırı suçunda, kişinin cinsel özgürlüğünün ihlali nedeniyle, doğrudan kendisine yönelik bir suç olduğu, fakat toplum içinde, cebir yoluyla kişinin cinsel özgürlüğünün ihlal edilmesi, toplumu da yakından ilgilendiren bir fiil olduğundan cinsel saldırı suçunun re'sen kovuşturulan bir suç olması gerektiği ve kanun koyucunun bu konudaki tercihinin doğru olmadığı savunulmuştur<sup>672</sup>.

5237 Sayılı TCK'nun 102 nci maddesinin 1 inci fıkrasında düzenlenen cinsel saldırı suçunun temel şeklinde, mağdurun şikayet etmesi koşulunun aranması, madde metninde iki yıldan yedi yıla kadar hapis cezası öngörüldüğü nazara alındığında, suçun takibini zorlaştıracağı ve mağdurun şikayet etmemesi konusunda baskı altında tutulmasına neden olacağı düşüncesiyle öğretide eleştirilmiştir<sup>673</sup>.

Aksi görüşe göre ise, cinsel saldırı suçunun temel şeklini oluşturan vücut dokunulmazlığının ihlali tarzında işlenen fiilin soruşturulma ve kovuşturulmasının şikayete bağlı kılınmasının amacı mağduru daha fazla korumaktır. Cinsel suçlarda çoğu

---

<sup>670</sup> ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2010, s.193.

<sup>671</sup> YURTCAN, s.208.

<sup>672</sup> YURTCAN, s.208.

<sup>673</sup> APAYDIN, s.158.

zaman mağdur kendisini topluma teşhir etmek istememekte, yaşadığı olayı gizlemek veya sorunu başkalarına duyurmadan çözmek istemektedir. Bu nedenle soruşturma ve kovuşturmanın şikayete bağlı kılınmasının uygun olduğu savunulmaktadır<sup>674</sup>.

---

<sup>674</sup> SOYASLAN, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2005, s.170.

## SONUÇ

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun "Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar" başlığı altında düzenlenen "Cinsel Saldırı Suçu" (TCK m. 102), getirdiği yeni kavramlar ve düzenlemeler ile 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'ndan farklı olarak, topluma karşı işlenmiş suçlar arasından çıkartılarak, kişilere karşı işlenen suçlar arasında "Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar" başlığı altında düzenlenmiştir. Eski düzenlemede "Adabı Umummiye ve Nizamı Aile Aleyhinde Cürümler" başlığı altında yer alan bu suç, her ne kadar toplumun değer yargılarını doğrudan ilgilendirse de, suçun mağduru dikkate alındığında, "Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar" kavramının tercih edilmesi oldukça isabetli olmuştur. Kanun koyucunun bu düzenlenmesi ile korunan hukuki değer öncelikle mağdurun haklarıdır. Başka bir anlatımla, toplumun mağduriyetinden ziyade, suça maruz kalan kişinin mağduriyeti ön plana çıkartılmıştır. Özellikle failin mağdur ile suç sonrası evlenmesi suretiyle cezadan kurtulması hususunun yeni düzenlemede yer almayışı, kanun koyucunun suça bakış açısının toplumun günümüzde ilkel sayılabilecek bakış açısı ile sınırlı kalmadığının, inceleme konusu suça çağdaş ceza hukuku normları çerçevesinde yaklaştığının en belirgin yansımasıdır. Doktrinde TCK m. 102'de düzenlenen suç ve sistematığının bir takım eleştirilere maruz kaldığı, konu hakkında birçok görüş ayrılığı olduğu görülebilecektir. Düzenleme hakkında birçok görüş ayrılığı mevcut iken, maddenin düzenlendiği yer ve başlığı, hemen hemen ortak görüş ile olumlu olarak telaffuz edilmiştir. Kanun koyucu, bu suçun içeriğini ve kanun sistematığındeki yerini değiştirmekle birlikte yeni suç tanımlarına da yer vererek, mağdurun yaşını esas almak suretiyle, ergin kişiler için "Cinsel Saldırı", ergin olmayanlar için "Cinsel İstismar" deyimlerini kullanmıştır. Böylelikle ırza geçme - ırza tasaddi şeklindeki ayırım kaldırılmış ve her iki kavram cinsel saldırı kavramı altında toplanmıştır. Bu düzenleme ile doğrudan kişinin cinsel dokunulmazlığı, dolayısıyla vücut dokunulmazlığı ve cinsel özgürlüğü koruma altına alınmak istenmiştir.

Düzenlemenin en dikkat çeken ve birçok tartışmaya konu olan yönü, suçun nitelikli halinin ayrı bir madde ile düzenlenmemiş olmasıdır. 5237 sayılı TCK'nun başkaca suçlara ilişkin düzenlemelerinde, suçun nitelikli hali ayrı bir madde olarak düzenlenmiş olmasına rağmen, cinsel saldırı suçunda aynı madde başlığı altında

düzenlenmiştir. Suçun temel şekli ile nitelikli halinin aynı madde altında yer alması, özellikle teşebbüs ve failin fiili gerçekleştirmesindeki amaç kavramları açısından eleştirilere neden olmuştur.

Doktrinde ve yüksek mahkeme kararlarında, cinsel saldırı suçunun nitelikli halinde teşebbüs hükümlerinin uygulanması gerektiği görüşü savunulmaktadır. 5237 sayılı TCK'daki düzenlemede ise, vücuda organ ya da sair cisim sokulması eyleminin gerçekleşmesi ile suçun nitelikli halinin gerçekleşeceği belirtilmiş olmaktadır. Bu durumda, vücuda organ ya da sair cisim sokulmadan gerçekleşen cinsel dokunulmazlık ihlali, nitelikli cinsel saldırı suçuna teşebbüs olmayıp, suçun temel şeklini oluşturmaktadır. Kanaatimizce, 102 nci maddenin ikinci fıkrasında, birinci fıkrada düzenlenen suça nazaran ayrı ve bağımsız bir suç tanımı bulunmadığından, suçun temel şekline nazaran daha fazla cezayı gerektiren nitelikli bir unsura yer verildiğinden, cinsel saldırı suçunun nitelikli haline teşebbüs hükümleri uygulanmamalıdır. 102 nci maddenin ikinci fıkrasında cinsel saldırı suçunun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hali düzenlendiği yani ikinci fıkrada ayrı bir suç düzenlenmediği hususu, madde gerekçesinde de açıkça vurgulanmıştır. Bu nedenle, somut olayda mağdurun vücuduna organ veya sair cisim sokmak isteyip de elinde olmayan nedenlerle eylemini gerçekleştiremeyen fail için temel ceza 102 nci maddenin ikinci fıkrasına göre değil, 102 nci maddenin birinci fıkrasına göre belirlenmelidir. Ancak, bu durumda cezayı alt sınırdan uzaklaşarak belirlemek gerekmektedir. Kanuni düzenlemede, nitelikli halin gerçekleşmediği durumlar, suçun temel şekli olarak tayin ve tespit edildiğinden, cinsel saldırı suçunun nitelikli haline teşebbüs hükümlerinin uygulanamayacağı görüşüne katılmaktayız.

Eleştirilerde dikkati çeken bir diğer husus, failin amacının cinsel dokunulmazlığa saldırı niteliği taşıyıp taşımadığının tespiti ile ilgilidir. Suçun nitelikli halinin ayrı bir madde ile düzenlenmesi gerektiğini savunan müelliflerin birçoğu, vücut dokunulmazlığına karşı yapılan saldırıların tümünün cinsel dokunulmazlığa da saldırı niteliği taşımadığı görüşündedir. İlk bakışta bu yöndeki eleştirilerin makul olabileceği düşünülse de, kanun koyucunun madde başlığını cinsel dokunulmazlık kavramı altında düzenlemesi, failin cinsel dokunulmazlığa karşı mı yoksa bu amacı taşımadan sadece

vücut dokunulmazlığına karşı mı gerçekleştirildiğinin belirlenerek cezalandırılmasının amaçladığı görülebilecektir. Bu açıdan değerlendirildiğinde, düzenleme ile korunmak istenen hukuki değer kişinin cinsel dokunulmazlığı olduğuna göre, cinsel dokunulmazlığın ihlali niteliğini taşımayan ve cinsel organ ya da cinsel dürtüler için temas edilen vücudun sair bölgelerine gerçekleştirilen hareketler dışında vücuda organ ya da sair cisim sokulmasının, cinsel saldırı olarak değerlendirilmeyeceği de ortadadır. Kanaatimizce, suçun nitelikli halini oluşturan vücuda organ ya da sair cisim sokulması fiili, özellikle kişinin cinsel organına ve cinsel amaçla saldırıya maruz kalabilecek bölgelerine yönelik olduğu takdirde cinsel saldırı niteliği taşıyacaktır. Suçun düzenlendiği yer ve başlığı dikkate alındığında, kanun koyucunun hangi amaçla olursa olsun kişinin cinsel dokunulmazlığını koruma altına almak istediği ortadadır.

Kamuoyunda tartışılan konulardan biri de eşe karşı işlenen cinsel saldırı fiilidir. 5237 Sayılı TCK ile cinsel saldırı fiilinin eşe karşı işlenebileceği madde metnine açıkça yazılmıştır. Ancak bu açıklama 102 nci maddenin 2 nci fıkrasında hüküm altına alınmıştır. Yani eşe karşı sadece cinsel saldırı fiilinin nitelikli halinin işlenmesi söz konusu olabilecektir. Eşe karşı işlenen cinsel saldırı suçunun sadece nitelikli cinsel saldırı kavramı altında düzenlenmesi, bu suçun temel şeklini oluşturan fiillerin uygulamada tespiti oldukça zor olacağından ve aile birliğinin korunması açısından yerinde olmuştur. Öte yandan, kanun koyucunun eşe karşı işlenen cinsel saldırı suçunun takibini şikayete tabi tutması, ülkemizde evli kadının içinde bulunduğu baskı, şiddet, toplumsal değerler ve ekonomik güçsüzlükler dikkate alındığında, madde metninin cinsel dokunulmazlık için ortaya koyduğu ilkelere ters düşmektedir. Kanun koyucu, madde metninde cinsel dokunulmazlığın korunmasını amaçlarken, eşe karşı işlenen cinsel saldırı suçunu şikayete tabi tutmakla, bir nevi 765 sayılı TCK dönemindeki toplum değer yargılarını koruma içgüdüğü ile hareket etmiş görünmektedir. Oysaki çalışmamızın başından beri savunduğumuz üzere, bu suç kişilere karşı işlenen ve kişinin en temel hakları arasında yer alan vücut ve cinsel dokunulmazlığına karşı işlenen bir suç olması hasebiyle, failin kim olduğu ve mağdur ile bağı düşünülmeden cezalandırılması gereken bir suçtur. Suçun mağduru, kanun koyucunun da belirttiği üzere evli ya da bekar, kadın ya da erkek, herhangi bir kişi olabilir. Korunan hukuki değer herhangi bir kişinin cinsel dokunulmazlığı ise, bu suç

işleyenin mağdurun eşi ya da başka bir kişi olmasının eylem bakımından bir önemi bulunmamalıdır. Eşe karşı işlenen cinsel saldırı suçunun nitelikli halinin şikayete tabi tutulması, ülkemizin içinde bulunduğu sosyoekonomik şartlar dikkate alındığında, suça maruz kalan kişinin, toplum baskısı, failin şikayetin geri alınması için gerçekleştireceği etkin tehdit ve cebir gibi hususlar nedeni ile cinsel dokunulmazlığını koruyamamasına neden olabilecektir.

Cinsel saldırı suçuna verilecek ceza belirlenirken, bu suç ile birlikte ayrıca cebir ve yaralama suçu da ortaya çıkabilecektir. TCK m.102/4'de inceleme konusu suçun işlenmesi sırasında mağdurun direncinin kırılmasını sağlayacak ölçünün ötesinde cebir kullanılması ile kastedilen ölçünün belirsiz olduğu ve uygulamada sorun yaratacağı düşüncesiyle doktrinde ilgili hüküm eleştirilmiştir. Madde metninde bahsedilen cebir, cinsel saldırı suçunun vasıtaları arasında kabul edilemeyecek olan yaralamadır. Cinsel saldırı için kullanılan şiddet, ancak yaralama niteliği taşıdığı takdirde ayrı bir suç olarak değerlendirilmelidir. Doktrindeki baskın görüş doğrultusunda kanaatimizce TCK m.102/4'de bahsedilen cebrin yasal sınırı olarak TCK m.86 esas alınmalıdır. Mağdur üzerinde kullanılan cebir ile kasten yaralama suçunun netice sebebiyle ağırlaştırılmış hallerinin düzenlendiği TCK m.87 hükmü ihlal ediliyorsa, fail ayrıca TCK m.87 uyarınca da cezalandırılmalıdır (m.102/4). Cebrin sınırının ne zaman aşıldığı sorunu bu ölçütlere göre belirlenmelidir.

Cinsel saldırı suçunun cezalandırılabilmesi için gerekli olan Adli Tıbbi incelemeler, suçun mağdur üzerinde yarattığı fiziki ve psikotraumatik etkiler nedeni ile yeterli sonuca ulaşamamaktadır. Failin ve fiilin niteliğinin tespiti açısından adeta zorunlu olan fiziki muayene, mağdurun suç sonrası temizlenme içgüdüğü, olay sonrası yaşadığı psikotraumatik etkiler nedeni ile uzun süre maruz kalınan fiili ilgili mercilere bildirememesi gibi durumlar nedeni ile yeterli delil tespitini sağlayamayabilmektedir. Suçun cezalandırılması kadar, suçun ve failin tespitinin de önemli olduğu elbetteki uygulamada bilenen ve takibi gerçekleştirilen hususlardır. Ancak yaşadığımız toplum ve suça maruz kalan mağdur, ne yazık ki bu suç ve suçun tespiti bakımından yeterli bilgiye sahip değildir. Kanımızca, bu suç ile ilgili olarak toplum bilinçlendirilmeli, bu konu ile ilgili kapsamlı ve bilinçli çalışmalar ile kişiler eğitilmelidir. İnsanın en temel hakları

arasında yer alan cinsel dokunulmazlığın, toplumun bilinçlenmesi ile daha fazla korunabileceği görüşündeyiz.

Kamuoyunda, cinsel saldırı suçunun ağırlaştırıcı nedenleri arasında yer alan mağdurun ruh halinin kalıcı şekilde bozulması durumu ile ilgili Adli Tıp Kurumu incelemelerinin oldukça uzun zamana bırakıldığı eleştirilmektedir. Bu durum ülkemizde adeta bir alışkanlık haline gelen ve yargılamaların uzun zaman alması nedeni ile ortaya çıkmaktadır. Ancak, kanun koyucunun ağırlaştırıcı nedenler arasında belirttiği bu durum, kısa zamanda tespiti mümkün olmayan ve kalıcı nitelik taşıması gereken kalıcı nitelikteki ruh hali bozukluklarını kapsamaktadır. Amaçlanan, kişinin olayın etkisi ile içinde bulunduğu posttravmatik etkilerin varlığının tespiti değildir. Elbetteki, her cinsel saldırı suçuna maruz kalan mağdur yaşadığı olaydan etkilenmekte ve ruh sağlığı bozulmaktadır aksi bir durumun olması da olası görünmemektedir. Bu nedenle, ruh halinin kalıcı nitelikte bozulup bozulmadığının tespiti açısından Adli Tıp Kurumu incelemelerin uzun zamana bırakılması, suçun etkilerinin tespiti açısından yerinde bir uygulama olarak karşımıza çıkmaktadır. Madde hükmü ile kastedilen mağdur üzerindeki kalıcı ruh sağlığı bozulması olmakla birlikte yukarıda bahsedildiği üzere cinsel saldırı suçunun sonucunda herkesin ruh sağlığının bozulacağı bu nedenle de bu nitelikli halin madde hükmünde yer almasının anlamsız olduğu düşüncesiyle TCK m.102/5 doktrinde eleştirilmiştir.

Sonuç olarak değerlendirildiğinde, 5237 Sayılı TCK'nda yer alan "Cinsel Saldırı Suçu"na ilişkin düzenleme, maruz kaldığı eleştirilere rağmen, cinsel dokunulmazlığı koruma altına alma amacı dikkate alındığında çağdaş ceza hukuku ilkelerine göre hazırlanmış bir düzenlemedir. Toplumun ve hukukun zaman içerisinde karşılıklı etkileşim ile geliştiği göz önüne alındığında, mevcut düzenlemenin içinde barındırdığı eksikliklerin ve uygulama sorunlarının en kısa sürede ortadan kalkacağı görüşündeyiz.

## KAYNAKÇA

### *Kitaplar*

- ALİNGE, Curt, Moğol Kanunları, (Çev. Coşkun Üçok).
- ARSAL, Sadri Maksudi, Umumi Hukuk Tarihi, 3. Baskı, İstanbul 1948.
- ARSLAN, Çetin/AZİZAĞAOĞULLARI, Bahattin, Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi.
- ARTUK, Mehmet Emin, “Ölüm Cezası”, Jale G. Akipek’e Armağan, Konya, 1991.
- ARTUK, Mehmet Emin/GÖKCEN, Ahmet/YENİDÜNYA, A. Caner, “Ölüm Cezası”, Ceza Hukuku Makaleleri, İstanbul 2002.
- ARTUK, Mehmet Emin/GÖKCEN, Ahmet/YENİDÜNYA, A.Caner, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Gözden Geçirilmiş Yenilenmiş 9. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2008.
- ARTUK, Mehmet Emin/GÖKCEN, Ahmet/YENİDÜNYA, A.Caner, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Yeniden Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2007.
- ARTUK, Mehmet Emin/GÖKCEN, Ahmet/YENİDÜNYA, A.Caner, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 10. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2010.
- ARTUK, Mehmet Emin/GÖKCEN, Ahmet/YENİDÜNYA, A.Caner, Gerekçeli Ceza Kanunları, Turhan Kitabevi, 8. Baskı, Ankara 2009.
- ARTUK, Mehmet Emin/GÖKCEN, Ahmet/YENİDÜNYA, Ahmet Caner, Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler Madde 76-131 3. Cilt, Turhan Kitabevi, Ankara 2009.
- ARTUK, Mehmet Emin/YENİDÜNYA, A.Caner, “Evlilik İçinde Irza Geçme”, Cumhuriyet’in 75. Yıl Armağanı, İstanbul 1999.
- AVCI, Mustafa, Osmanlı Hukukunda Suçlar ve Cezalar, İstanbul 2004.
- AYDIN, M. Akif, Türk Hukuk Tarihi, Genişletilmiş 3. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 1999.

- AYDIN, Nurullah, Türk Suç ve Ceza Hukuku Genel Hükümler Özel Hükümler, Ankara 2008.
- BAKICI, Sedat, Açıklamalı – İctihatlı, Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler, Ankara 1994.
- CAN, Cahit, Toplumsal İnsanın Evrensel Doğası ve Cinsel Suçlar, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2002.
- CENTEL, Nur, “Cinsel Suç Mağduru Kadının Korunması” Prof. Dr. Kenan TUNÇOMAĞ’a Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Eğitim Öğretim ve Yardımlaşma Vakfı Yayını, 1997.
- CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide/ÇAKMUT, Özlem, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu ile İlgili Mevzuata Göre Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş 4. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2006.
- CİN, Halil/AKGÜNDÜZ, Ahmet, Türk Hukuk Tarihi, C.I, Kamu Hukuku, Selçuk Üniversitesi Yayınları No:58, Hukuk Fakültesi Yayınları No:4, Konya 1989.
- DEMİRBAŞ, Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 4. Baskı, Ankara 2006.
- DÖNMEZER Sulhi/YENİSEY, Feridun , “Ceza Hukukunun Güncel Kaynakları, Cinsel ve Cinselliğe İlişkin Suçlarda Yeni Trentler”, C. I. 1, İstanbul 2003.
- DÖNMEZER, Sulhi, Ceza Hukuku Özel Kısım, Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler, Filiz Kitabevi, 5. Baskı, İstanbul 1983.
- DÖNMEZER, Sulhi/ERMAN, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, C.II, 12. Baskı, İstanbul 1999.
- DÜLGER, İbrahim, Irza Geçme Suçunun Fail ve Mağdur Açısından Değerlendirilmesi, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Milenyum Armağanı, C.8, S.1-2, Konya 2000.
- EREM, Faruk, Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler, C. II, Ankara 1993.
- EREM, Faruk/TOROSLU, Nevzat, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Ders Kitabı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, No:321, Ankara 1973.
- EREM, Faruk/TOROSLU, Nevzat, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 6. Baskı, Ankara 1994.
- EROL, Haydar, Gerekçeli Açıklamalı ve İctihatlı Yeni Türk Ceza Kanunu En Son Değişiklikleriyle, Ankara 2005.
- GÖKCEN, Ahmet, Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunları ve Bu Kanunlardaki Ceza Müeyyideleri, İstanbul 1989.

- GÖLCÜKLÜ, Feyyaz, Ceza Hukuku Dersleri (Ders Notları), Ankara 1981.
- GÖZÜBÜYÜK, Abdullah Pulat, Alman, Fransız, İsviçre ve İtalya Ceza Kanunlarıyla Mukayeseli Türk Ceza Kanunu, Gözübüyük Şerhi, C. 3, Kazancı Hukuk Yayınları, 5. Baskı, İstanbul 1988.
- GÜNDEL, Ahmet, 5237 Sayılı TCK'da Cinsel Saldırısı-Cinsel İstismar-Cinsel Taciz-Rızaen Irza Geçme-Hürriyeti Kısıtlama-Alıkoyma-Fuhuş ve Müstehcen Yayın Suçları, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2009.
- GÜNDÜZ, Remzi/GÜLTAŞ, Veysel, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Suçlar, Bilge Yayınevi, Ankara 2008.
- HAFIZOĞULLARI, Zeki, Beşeri Cinsellik ve Yeni Türk Ceza Kanunu, Türk Hukuk Kurumu 71. Yıl Kuruluş Armağanı, Ankara 2005.
- HAKERİ, Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, TCK Haziran 2009 Değişiklikleri İşlenmiş ve Yeni Anayasa Mahkemesi Kararları Eklenmiş ve Yargıtay İçtihatlarıyla Genişletilmiş 8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2009.
- İÇEL, Kayıhan/ AKINCI, Füsun Sokullu/ÖZGENÇ, İzzet/SÖZÜER, Adem/MAHMUTOĞLU, Fatih S./ÜNVER, Yener, İçel Suç Teorisi, 2. Kitap, İstanbul 2000.
- İÇEL, Kayıhan/DONAY, Süheyl, Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku Genel Kısım, 1.Kitap, Yeni Yasalara Göre Güncellenmiş 4. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2005.
- KARAMAN, Hayrettin, Ana hatlarıyla İslam Hukuku 1.2.3. Ciltler bir arada, 11. Baskı, İstanbul 2006.
- KIRBIYIK, Şerife, Irza Geçme Cürmü ve Benzer Suçlardan Ayrımı, Sözkese Matbaacılık, Ankara 2001.
- MALKOÇ, İsmail, Açıklamalı Yeni Türk Ceza Kanunu, C.I, Malkoç Kitabevi, Ankara 2005.
- MALKOÇ, İsmail, Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar, Malkoç Kitabevi, Ankara 2009.
- MALKOÇ, İsmail, Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Saldırısı Suçları, Malkoç Kitabevi, Ankara 2005.
- MERAN, Necati, Kişilere Karşı Suçlar, Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2008.
- NUHOĞLU, Ayşe, "Türk Ceza Kanunu'nda ve 2002 Tasarısı'nda Cinsel Suçlar", Çetin ÖZEK Armağanı, Galatasaray Üniversitesi Yayınları 32, İstanbul 2004.

- OKANDAN, Recai Galip, Umumi Hukuk Tarihi Dersleri, İstanbul 1951.
- OKANDAN, Recai Galip, Romalıların Suç Telakki Ettikleri Fiiller ve Bunlara Terettüp Eyleyen Cezalar, Tahir Taner'e Armağan, İÜHF, İstanbul 1956.
- OTACI, Cengiz, Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı İşlenen Suçlar, Ankara 2000.
- ÖNDER, Ayhan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, C. II-III, İstanbul 1992.
- ÖNDER, Ayhan, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Filiz Kitabevi, 4. Baskı, İstanbul 1994.
- ÖZGENÇ, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınevi, Ankara 2006.
- ÖZGENÇ, İzzet, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi Genel Hükümler, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2005.
- ÖZTÜRK, Bahri/ERDEM, Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, Yeni Türk Ceza Kanunu'na göre yenilenmiş 10. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2008.
- ÖZÜN, M.N., Osmanlıca Türkçe Sözlük, İnkılap ve Aka Yayınevi, İstanbul 1979.
- SELÇUK, Sami, Karşıoylarım: Hukukumuzda Tartışılan Hükümler ve İçtihatlar, Der. Cengiz OTACI, Ankara Turhan Kitabevi, 2001.
- SOYASLAN, Doğan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3. Baskı, Ankara 2005.
- SOYASLAN, Doğan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2. Baskı, Ankara, 1997
- SOYASLAN, Doğan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 4. Baskı, Ankara 2002.
- SOYASLAN, Doğan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Yetkin Yayınları, Gözden Geçirilmiş 5. Baskı, Ankara 2005.
- ŞAFAK, Ali, Ansiklopedik Hukuk Sözlüğü, 4. Baskı, Ankara.
- ŞEN, Ersan, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, C. I, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2006.
- TANER, Tahir, Ceza Hukuku Umumi Kısım, 3. Baskı, İstanbul 1955.
- TEZCAN, Durmuş/ERDEM, Mustafa Ruhan, Ceza Özel Hukuku, 2. Baskı, 2002
- TEZCAN, Durmuş/ERDEM, Mustafa Ruhan/ÖNOK, Murat, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'na Göre Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Seçkin, 3. Baskı, Ankara 2006.
- TOROSLU, Nevzat, Ceza Hukuku Özel Kısım, Savaş Yayınevi, Ankara 2005.

TOROSLU, Nevzat, Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 273, Ankara 1970.

Türkçe Sözlük, Türk Dil Kurumu, Milliyet Yayınları, İstanbul 1992.

ÜÇOK, Coşkun/MUMCU, Ahmet./BOZKURT, Gülnihal, Türk Hukuk Tarihi, Yeniden Düzenlenip, Gözden Geçirilmiş, Ekli 8. Baskı, Ankara 1996.

ÜNVER, Yener, “Özellikle Cinsel Suçlar Alanında Olmak Üzere Kadınlarla İlgili Ceza Hukuku Normlarındaki Değişim ve Türkiye’deki Durum”, Adalet Yüksekokulu 20.Yıl Armağanı, İstanbul 1999.

ÜNVER, Yener, “Türkiye’de Aile İçi Şiddetin Boyutları, Nedenleri ve Çözüm Önerileri”, Suçla Mücadele Bağlamında Türkiye’de Aile İçi Şiddet: Ülke Çapında Kriminolojik – Viktimolojik Alan Araştırması ve Değerlendirmesi, Beta Yayıncılık, İstanbul 2004.

ÜNVER, Yener, Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, Ankara 2003.

YURTCAN, Erdener, Türk Ceza Kanunu ve Yorumu, Yeni Türk Ceza Kanunu’nun Yürürlük ve Uygulama Yasası, Kazancı Hukuk Yayınları 205, 2. Baskı, 2006.

YÜCE, Turhan Tufan, Ceza Hukuku Dersleri, C. I, Manisa 1982.

### ***Sürelî Yayınlar***

- AKÇİN, İhsan, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, Yargıtay Dergisi, S.1-2, 2006.
- ARTUÇ, Mustafa, “Cinsel Taciz Suçu”, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, S.11, Temmuz 2007.
- ARTUK, Mehmet Emin, “Cinsel Taciz Suçu (TCK m.105)”, Hukuki Perspektifler Dergisi, S.7, Temmuz 2006.
- AYDIN, Öykü Didem, “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar”, Hukuki Perspektifler Dergisi, S.2, Sonbahar 2004.
- BAFRA, Jale, “Türk Hukuku ve Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Evlilik İçi Zorla Cinsel İlişki Eyleminin Hukuki Statüsü”, İstanbul Barosu Dergisi, C.69, S.10-11-12, İstanbul 1995.
- DÜLGER, Murat Volkan, “Evlilik Birliği İçinde Gerçekleşen Nitelikli Cinsel Saldırı Suçu, Bu suçun Mağdur Üzerindeki Etkileri ve Mağduru Korumaya Yönelik Önlemler”, İstanbul Barosu Dergisi, C.79, S.2, İstanbul 2006.
- ERMAN, Gül, “Kadına Yönelik Cinsel Şiddet”, Kadına Yönelik Cinsel Şiddete Karşılaştırmalı Hukukun Yaklaşımı, İstanbul Barosu Kadın Hakları Uygulama Merkezi Yayını No:1, 2002.
- GÜRKAN, Şeref/UGUZ, Ahmet, Yeni Ceza Yasamızda Cinsel Suçlar, Adalet Dergisi, S.27, Ocak 2007.
- IŞIK, Mehmet Şirin, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Taciz Suçu, Adalet Dergisi, Mayıs 2007.
- OTACI, Cengiz, Kanun Hazırlık Çalışmalarının Bağlayıcılığı, Güncel Hukuk, S.26, Şubat 2006.
- ÖRÜCÜ, Esin, “Karşılaştırmalı Hukukta Evlilik Birliği İçinde Irza Geçme”, İstanbul Barosu Dergisi, C.66, S.1-2-3, İstanbul 1992.
- ÖZDEN, Cevdet, “Irza Geçme Cürmü”, Adalet Dergisi, C.66, S.1-2-3, 1992.
- SAYMAN, Yücel, “Açılış Konuşması”, Kadına Yönelik Cinsel Şiddete Karşılaştırmalı Hukukun Yaklaşımı, İstanbul Barosu Kadın Hakları Uygulama Merkezi Yayını No:1, 2002.
- SEVÜK, Handan YOKUŞ, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Saldırı ve Cinsel Taciz Suçları”, TBB Dergisi, Mart-Nisan 2005, C.18, S.57, 2005.

TUNA, Yalçın, “Irza Geçme”, Adalet Dergisi, Y.:46, S.:5, Ankara 1955.

YARSUVAT, Duygun, “Mukayeseli Hukukta Cinsi Suçlar ve Müeyyideleri”, İHFM 1964, c.XXX, S.1-2.

YENİDÜNYA, Caner, 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, Legal Hukuk Dergisi, s.33, Eylül 2005.

### ***Diğer Yayınlar***

AKSOY, Ercüment/İNANICI, Mehmet Akif /ÇETİN, Gürsel/POLAT, Oğuz/SÖZEN, M.Şevki/YAVUZ, M.Fatih, “Cinsel Saldırıları”, Adli Tıp Ders Notları, [www.tbb.org.tr/eweb/adli/5.html](http://www.tbb.org.tr/eweb/adli/5.html), 02.11.2009.

APAYDIN, Necati, “Türk Ceza Kanunu Tasarısı’ndaki Bazı Suç Düzenlemeleri Üzerine Düşünceler”, Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci Kitap, Makaleler, Görüşler, Raporlar, Türkiye Barolar Birliği Yayınları:71, Ankara 2004.

ARIN, M. Canan, “Açılış Konuşması-Kadına Yönelik Cinsel Şiddet”, Kadına Yönelik Cinsel Şiddete Karşılaştırmalı Hukukun Yaklaşımı, İstanbul Barosu Kadın Hakları Uygulama Merkezi Yayını No:1, 2002.

ARTUK, Mehmet Emin, “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı İşlenen Suçlar”, Türk Ceza Kanunu Reformu, Birinci Kitap, Toplumsal Değişim Sürecinde Türk Ceza Kanunu Reformu, Panel, 21-22 Mayıs 2004, Türkiye Barolar Birliği Yayınları:68, Ankara 2004.

ARTUK, Mehmet Emin, “Kadına Yönelik Cinsel İstismara Örnek Olarak Evlilik İçinde Irza Geçme ve Fücür”, Kadına Yönelik Cinsel Şiddete Karşılaştırmalı Hukukun Yaklaşımı, İstanbul Barosu Kadın Hakları Uygulama Merkezi Yayını No:1, 2002.

ARTUK, Mehmet Emin/ÇINAR, Ali Rıza, “Yeni Bir Ceza Kanunu Arayışları ve Adalet Alt Komisyonu Tasarısı Üzerine Düşünceler”, Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci Kitap, Makaleler, Görüşler, Raporlar, Türkiye Barolar Birliği Yayınları:71, Ankara 2004.

AVCI, Mustafa, “Türk Ceza Kanunu, TCK Tasarıları ve Özellikle 2004 TCK Tasarısı’nın Genel Olarak Değerlendirilmesi”, Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci Kitap, Makaleler, Görüşler, Raporlar, Türkiye Barolar Birliği Yayınları:71, Ankara 2004.

AYDIN, Öykü Didem, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar”, 17.01.2005, [www.turkhukuksitesi.com/makale\\_175.htm](http://www.turkhukuksitesi.com/makale_175.htm), 14.01.2009.

AYDIN, Öykü Didem, “Yeni Türk Ceza Yasası’nda Cinsel Suçların Düzenleniş Biçimi”, Ankara Barosu Hukuk Kurultayı, 03-07 Ocak 2006.

Dominant mevzuat ve içtihat bankası.

DÜLGER, İbrahim, Hukuk Merceği, Konferanslar ve Paneller 6, (03.01.2005-05.04.2005), Ankara Barosu Yayınları, Ankara 2006.

- ERDAL, Meryem, “Kadınlara Yönelik Devlet Kaynaklı Cinsel Şiddet”, Ankara Barosu Hukuk Kurultayı, 03-07 Ocak 2006.
- GÜVEN, Türkan, “Yeni Türk Ceza Yasası’nda Cinsel Suçların Düzenleniş Biçimi”, Ankara Barosu Hukuk Kurultayı, 03-07 Ocak 2006.
- KARAKAŞ, Fatma, “Evlilik İçi Cinsel Tecavüz Bağlamında, Kadına Yönelik Cinsel Şiddet ve AİHM’nin Yaklaşımı”, Humanite, S.6, Haziran-Temmuz 2004.
- MAHMUTOĞLU, Fatih Selami, “TBMM Adalet Komisyonu’nda Kabul Edilen Türk Ceza Kanunu Tasarısı Hakkında Görüş”, Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci Kitap, Makaleler, Görüşler, Raporlar, Türkiye Barolar Birliği Yayınları:71, Ankara 2004.
- MELİK, Devran, “Türk Ceza Kanunu Tasarısı Hakkında Görüş”, Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci Kitap, Makaleler, Görüşler, Raporlar, Türkiye Barolar Birliği Yayınları:71, Ankara 2004.
- ÖZTÜRK, Bahri, “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı İşlenen Suçlar”, Türk Ceza Kanunu Reformu, Birinci Kitap, Toplumsal Değişim Sürecinde Türk Ceza Kanunu Reformu, Panel, 21-22 Mayıs 2004, Türkiye Barolar Birliği Yayınları:68, Ankara 2004.
- SÖZÜER, Adem, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Cinsellikle İlgili Suçlar” Ankara Barosu Hukuk Kurultayı, 03-07 Ocak 2006.
- TEZCAN, Durmuş/ERDEM, Mustafa Ruhan, “Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nin TCK Tasarısı Hakkındaki Raporu”, Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci Kitap, Makaleler, Görüşler, Raporlar, Türkiye Barolar Birliği Yayınları:71, Ankara 2004.
- TOROSLU, Nevzat, “Suçların Tasnifi Sorunu ve Taksirli Suçlar ile Kabahatler Konusunda Bazı Eğilimler”, Değişen Toplum ve Ceza Hukuku Karşısında Türk Ceza Kanunu’nun 50 Yılı ve Geleceği, İstanbul 1977.
- TOROSLU, Nevzat/ERSOY, Yüksel, “Kanunlaşmaması Gereken Bir Tasarı”, Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci Kitap, Makaleler, Görüşler, Raporlar, Türkiye Barolar Birliği Yayınları:71, Ankara 2004.
- ÜNVER, Yener, “Türk Ceza Kanunu’nda Tanımlanan Cinsel Suçlara Adli Tıbbi Yaklaşım”, 12. Ulusal Adli Tıp Günleri-Paneller ve Poster Sunumları, Antalya 28 Eylül-2 Ekim 2005,
- ÜZÜLMEZ, İlhan, “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar”, [www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/122.doc](http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/122.doc), 24.01.2009.
- YALÇIN, Hasan, “TCK’nın 414-418 nci Maddeleri Kapsamında Konya-Ereğli Ağır Ceza Mahkemesi’ne Yansıyan Cinsel Saldırı Suçlarının İncelenmesi”,

(Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü Sosyal Bilimler Anabilim Dalı, İstanbul 2001).

YARSUVAT, Duygun, “Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Özgürlüğe karşı Suçlar” Değişen Toplum ve Ceza Hukuku Karşısında Türk Ceza Kanunu’nun 50 Yılı ve Geleceği Sempozyumu, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1977.

YARSUVAT, Duygun/BAYRAKTAR, Köksal/YÜZBAŞIOĞLU, Nemci/Bülbül, ERDOĞAN-KOCASAKAL, Ümit/AKSOY, E. Eylem/MEMİŞ, Pınar/KURT, Gülşah/TANSUĞ, Çağla/YILMAZ, Didem, “Türk Ceza Kanunu Tasarısı Hakkında Galatasaray Üniversitesi’nin Görüşü”, Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci Kitap, Makaleler, Görüşler, Raporlar, Türkiye Barolar Birliği Yayınları:71, Ankara 2004.

YAVUZ, M.Fatih, Yayınlanmamış Cinsel Suçlar Ders Notları, İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü, 1997

YILDIZ, Ali Kemal, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Seminer Notları, Açıklamalar, Değerlendirmeler, Öğretiden Görüşler ve Yargıtay Kararları, İstanbul Barosu Yayınları, 2007.