

T.C
ÇANKAYA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

YÜKSEK LİSANS TEZİ

CİNSEL SALDIRI SUÇU

DİDEM UYAR

ARALIK 2016

Tez Başığı : Cinsel Saldırı Suçu

Tezi Hazırlayan : Didem UYAR

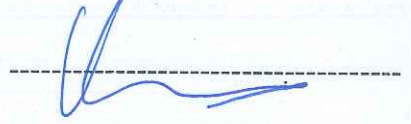
Sosyal Bilimler Enstitüsü Onayı:



Prof. Dr. Mehmet YAZICI

Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürü

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



Prof. Dr. Mehmet TURHAN

Kamu Hukuku Anabilim Dalı Başkanı

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



Prof. Dr. Doğan Soyaslan

Tez Danışmanı

Tez sınav Tarihi: 02.12.2016

Tez Jüri Üyeleri:

Prof. Dr. Doğan Soyaslan (Çankaya Üniv.)

Prof. Dr. Muharrem Özen (Ankara Üniv.)

Yard. Doç Dr. Uğur Eriş (Çankaya Üniv.)



ÇANKAYA ÜNİVERSİTESİ

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜ'NE

Bu belge ile, bu tezdeki bütün bilgilerin akademik kurallara ve etik davranış ilkelerine uygun olarak toplanıp sunulduğunu beyan ederim. Bu kural ve ilkelerin gereği olarak, tez çalışmamda bana ait olmayan tüm veri, düşünce ve sonuçları bilimsel etik kurallar gözeterek ifade ettiğimi ve kaynağını gösterdiğimi ayrıca beyan ederim.

Adı, Soyadı: DİDEM UYAR

İmza: 

Tarih: 13.03.2017

ÖZET

CİNSEL SALDIRI SUÇU

UYAR, Didem

Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı

Tez Danışmanı: Doğan SOYASLAN

765 sayılı TCK'da cinsel suçlar “Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler” başlığı altında düzenlenmekte iken 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Kişilere Karşı Suçları cezalandıran ikinci bölümde ve bu bölümün altıncı kısmında dört madde halinde düzenlenmiş olup inceleme konumuzu oluşturan cinsel saldırı suçu ise bu kısmın 102. Maddesinde düzenlenmiştir. Bu düzenleme ile korunmak istenen kişinin vücut ve cinsel dokunulmazlığı olduğu ve dolayısıyla kişinin cinsel özgürlüğü koruma altına alındığı için cinsel saldırı suçunun kişilere karşı suçlar başlığı altında düzenlenmesi isabetli olmuştur. 5237 sayılı TCK'nın yürürlüğe girmesi ile cinsel suçlar açısından çağdaş ceza hukuku normları çerçevesinde köklü değişiklikler yapılmış ve bu yeni düzenlemelerin uygulamaya yansıyan sorunlarının çözümü için de 6545 sayılı kanunla kanaatimizce yerinde ve olumlu değişiklikler yapılmıştır.

18 yaşını tamamlamış olan herkes bu suçun mağduru olabilecektir. Yani suçun mağduru kadınlar olabileceği gibi erkekler de olabilecektir. Maddenin 1. Fıkrasının 1. Cümlesinde suçun basit hali, 2. Cümlesinde suçun sarkıntılık suretiyle işlenen hali, 2. Fıkrasında suçun nitelikli hali, 3. 4. ve 5. Fıkralarında ise suçun ağırlaştırıcı nedenler düzenlenmiştir. Basit cinsel saldırı suçu, 1.fıkranın 1. cümlesinde düzenlenmiş olup bu suçun oluşabilmesi için cinsel arzuları tatmin amacına yönelik davranışlarla vücut dokunulmazlığının ihlal edilmesi gerektiği gibi

bu davranışların cinsel ilişki boyutuna da varmaması gereklidir. İkinci cümlede belirtilen ve doktrinde ‘sarkıntılık’ olarak adlandırılan daha az cezayı gerektiren nitelikli halin oluşabilmesi için ise failin cinsel arzuları tatmin amacına yönelik davranışlarının ani nitelikte, kısa süreli ihlaller şeklinde olması gerekir.

2. Fıkroda ise ayırıcı unsuru vücuda organ ve cisim sokulması olan nitelikli cinsel saldırı suçu düzenlenmiştir. Bu fıkranın son cümlesinde de evlilik birliği içerisinde bu suçun işlenmiş olması hali özel olarak düzenlenmiştir. Görüldüğü üzere suçun nitelikli hali ayrı bir yaptırım fıkrasında düzenlenmiştir. Bu yönüyle nitelikli cinsel saldırı suçunun bağımsız bir suç tipi olup olmadığı ve bunun dolaylı sonucu olarak da bu suça teşebbüsün mümkün olup olamayacağı yönünde tartışmalar vücut bulmuştur. Katıldığımız görüşe göre TCK’nın 102/1 ve 102/2 maddeleri suçun basit ve nitelikli halleri olarak sınıflandırılmışlarsa da bu suçlara ayrı yaptırımlar öngörülmüş olması nedeniyle nitelikli cinsel saldırı suçuna teşebbüs mümkündür.

Maddenin 3. Fıkrasında suçun cezayı ağırlaştırmayı gerektiren nitelikli halleri düzenlenmiş ve “cinsel saldırı suçunun, beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı, kamu görevinin, vesayet veya hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle, üçüncü derece dahil kan veya kayın hısımlığı ilişkisi içinde bulunan bir kişiye karşı ya da üvey baba, üvey ana, üvey kardeş, evlat edinen veya evlatlık tarafından silahla veya birden fazla kişi tarafından birlikte, insanların toplu olarak bir arada yaşama zorunluluğunda bulunduğu ortamların sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle” işlenmesi halinde verilecek cezanın yarı oranında artırılması öngörülmüştür.

Cinsel saldırı suçu sonucunda mağdurun bitkisel hayata girmesi veya ölmesi hali ise Maddenin 5. Fıkrasında suçun neticesi sebebiyle ağırlaştırılması gereken nitelikli hali olarak düzenlenmiştir. Suç sonucunda mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması hali ise 6545 sayılı kanununla ilga edilmiştir.

Maddenin 4. Fıkrasında ise suçun işlenmesi sırasında mağdurun direncinin kırılmasını sağlayacak ölçünün ötesinde cebir kullanılması durumunda failin ayrıca kasten yaralama suçundan dolayı da cezalandırılacağı öngörülmüştür.

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

ABSTRACT

THE CRIME OF SEXUAL ASSAULT

UYAR Didem

The Institute of Social Sciences, The Department of Public Law

Supervisor: Dogan SOYASLAN

While the sexual crimes in the TCC No. 765 were taken place under the heading of “The Crimes Against to Public Moral and Family”, they were formed in the second section, penalising offences against the person and in the sixth chapter of this section as four articles in the Turkish Criminal Code No. 5237 and the sexual assault constituting the subject of the present dissertation was taken place in the article 102 in this chapter. Since the aim of the chapter to protect physical and sexual immunity of the person in accordance with taking his/her sexual freedom under preservation, regulating sexual assault under the heading of offences against the person is appropriate in our opinion. After promulgation of the TCC No. 237, numerous fundamental amendments regarding sexual crimes were made by taking into consideration the principles of the contemporary criminal law and therefore beneficial arrangements were issued by the Law No. 6545 in order to solve the significant problems about the enforcement of these new regulations.

Anyone who has already turned eighteen years old might be the victim of this crime. In other words, victims might be anyone regardless off females or males. The simple form of this crime in is regulated the first sentence of the first paragraph, the

form committed by molestation in the second sentence, the qualified form of the crime in the second paragraph and finally matters in aggravation is regulated in the third, fourth and fifth paragraphs.

To comprise of the simple form of sexual assault, which is regulated in the first sentence of the first paragraph, the physical immunity has to be violated for the purpose of satisfying concupiscence, but sexual behaviours have not to become sexual intercourse. To comprise of the qualified form in the second sentence which is less punitive and known as molestation in the doctrine, the offender`s behaviours for satisfying his concupiscence have to be instantaneous and in the form of fleeting violations.

It has been regulated the qualified sexual assault whose distinctive character is inserting an organ or another object into the body in the second paragraph. Commission of this offense in the conjugal community is distinctively taken place in the last sentence of this paragraph. As it is seen, the qualified form of this crime is regulated in a different paragraph. This has led to some debates over whether or not the qualified sexual assault is an independent crime and the criminal attempt is possible with regard to this crime. According to the legal opinion which we agreed upon it, although the first and second paragraphs of the article 102 are classified as simple and qualified forms of sexual assault, the criminal attempt is possible for this crime, since the sanctions of these crimes have been defined differently.

The qualified forms of the crime requiring more punishment have been regulated in the third paragraph and it has been regulated that the imposed penalties shall be increased by half where the offence is committed “against a person who is physically or mentally incapable of defending themselves, by misusing the influence derived from a position in public office or a private working relationship, against a person of first, second or third degree blood relationship or a relative by marriage, by using weapons or together with the cooperation of more than one person, by benefiting from the advantage of the places where people have to live together”.

The situation where, as a result of the offence, the victim enters a vegetative state or dies has been regulated as a qualified form of the crime requiring more punishment because of its consequences in the fifth paragraph of the article. The

situation where the offence results in the impairment of the physical or mental health of the victim was abolished by the Law No. 6545.

It has been stated in the fourth paragraph of the article that where greater force than is necessary to suppress the resistance of the victim is used during the commission of the offense, the offender shall also be sentenced to a penalty for intentional injury in addition.

Key Words: Sexual Assault, Victim, Organ, Qualified Sexual Assault

İÇİNDEKİLER

ÖZET.....	iv
ABSTRACT	vi
İÇİNDEKİLER	ix
KISALTMALAR	xii
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

TARİHİ GELİŞİM, MUKAYESELİ HUKUK,765 SAYILI TCK İLE 5237 SAYILI TCK KARŞILAŞTIRMASI

1.1. CİNSEL SALDIRI SUÇLARININ TARİHÇESİ.....	5
1.2. MUKAYESELİ HUKUKTA CİNSEL SALDIRI SUÇLARI	8
1.3. 765 SAYILI TCK İLE 5237 SAYILI TCK KARŞILAŞTIRMASI	11
1.4. SUÇLA İLGİLİ GENEL AÇIKLAMALAR	16
1.5. SUÇLA KORUNAN HUKUKSAL DEĞER	19
1.6. SUÇUN KONUSU	20
1.7. FAİL.....	20
1.8. MAĞDUR.....	21

İKİNCİ BÖLÜM

SUÇUN UNSURLARI, SUÇA AĞIRLAŞTIRAN NEDENLER, SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ VE SORUŞTURMA USULÜ İLE YAPTIRIM

2.1. SUÇUN UNSURLARI	24
2.1.1. Maddi Unsur.....	24
2.1.1.1. Hareket ve Netice	25

2.1.1.1.1. Cebir	28
2.1.1.1.2. Tehdit	28
2.1.1.1.3. Hile	29
2.1.1.1.1.1. Basit Cinsel Saldırı Suçu (TCK 102/1- Birinci Cümle)	31
2.1.1.1.1.2. Sarkıntılık Suretiyle Cinsel Saldırı (TCK 102/1- İkinci Cümle).....	34
2.1.1.1.1.3. Nitelikli Cinsel Saldırı (TCK 102/2).....	34
2.1.1.2. Nedensellik Bağı	38
2.1.2. Hukuka Aykırılık Unsuru	39
2.1.2.1. Hukuka Uygunluk Sebepleri	39
2.1.2.2. Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak İlgilinin Rızası	40
2.2. SUÇU AĞIRLAŞTIRAN NEDENLER	50
2.2.1. Suçun Cezayı Ağırлаştırmayı Gerektiren Nitelikli Halleri	50
2.2.1.1. Cinsel Saldırı Suçunun Beden Veya Ruh Bakımından Kendisini Savunamayacak Durumda Bulunan Kişiyeye Karşı İşlenmesi	51
2.2.1.2. Cinsel Saldırı Suçunun Kamu Görevinin, Vesayet Veya Hizmet İlişkisinin Sağladığı Nüfuz Kötüye Kullanılmak Suretiyle İşlenmesi	53
2.2.1.3. Cinsel Saldırı Suçunun Üçüncü Derece Dâhil Kan Veya Kayın Hısımlığı İlişkisi İçinde Bulunan Bir Kişiyeye Karşı Ya Da Üvey Baba, Üvey Ana, Üvey Kardeş, Evlat Edinen Veya Evlatlık Tarafından İşlenmesi	55
2.2.1.4. Cinsel Saldırı Suçunun Silahla Veya Birden Fazla Kişi Tarafından Birlikte İşlenmesi	57
2.2.1.5. Cinsel Saldırı Suçunun İnsanların Toplu Olarak Bir Arada Yaşama Zorunluluğunda Bulunduğu Ortamların Sağladığı Kolaylıktan Faydalanmak Suretiyle İşlenmesi	61
2.2.2. Suçun Neticesi Sebebiyle Ağırлаştırılması Gereken Nitelikli Halleri ..	62
2.2.2.1. Cinsel Saldırı Suçunun Sonucunda Mağdurun Bitkisel Hayata Girmesi Veya Ölmesi	62
2.2.2.2. 6545 Sayılı Kanun İle Kaldırılan Nitelikli Hal: Suç Sonucunda Mağdurun Beden Veya Ruh Sağlığının Bozulması:.....	64

2.3. FAİLİN CİNSEL SALDIRI SUÇUNDAN DOLAYI KASTEN YARALAMADAN SORUMLU TUTULMASI	71
2.4. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ	73
2.4.1. Teşebbüs.....	73
2.4.2. İştirak.....	79
2.4.3. İçtima.....	84
2.5. KOVUŞTURMA, GÖREVLİ MAHKEME, ZAMANAŞIMI VE YAPTIRIM	91
2.5.1. Soruşturma ve Kovuşturma	91
2.5.2. Yaptırım	95
2.5.3. Görevli-Yetkili Mahkeme	97
2.5.4. Zamanaşımı	99
SONUÇ.....	100
KAYNAKÇA	104
ÖZGEÇMİŞ.....	104

KISALTMALAR

AÜHFD.	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Bkz./bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
CD.	: Ceza Dairesi
CGK.	: Ceza Genel Kurulu
CMK.	: 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu
E.	: Esas
K.	: Karar
m.	: Madde
s.	: Sayfa No
S.	: Sayı
TBB.	: Türkiye Barolar Birliği
TCK	: Türk Ceza Kanunu
YTCK	:5237 sayılı Türk Ceza Kanunu
UCMR.	: Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi
UCMY.	: Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi
Vd.	: Ve devamı
Y.	: Yargıtay

GİRİŞ

Cinsellik insan doğasının temel bir parçası olduğu için cinsel suçların varlığı da tarihin eski dönemlerine kadar uzanır. Ne yazık ki kadim çağlardan beri toplumda güçlü olan erkeğin egemenlik sürdüğü ve günümüze kadar gelip etkilerini yaşadığımız 21. yy'da dahi hissettiren ve dogmatik kültürün de desteklediği ataerkil sistem, cinsel kimlik eşitsizliğini kadınlar aleyhine desteklemekte ve bunun doğal sonucu olarak; kadın hangi değer, hangi makam ve toplumun hangi düzeyinde olursa olsun değersizleştirilmekte, adeta ikinci sınıf insan etiketiyle damgalanmaktadır. Kadınların özellikle bu şekilde hiçleştirildiği, baskı altında tutulduğu, ataerkil yapı ve dogma kültürünün egemen olduğu toplumlarda cinsel şiddetin varlığı da kaçınılmaz olmaktadır. Her ne kadar erkeklerin de cinsel saldırı suçunun mağduru olabileceği bir gerçeklik olsa da cinsel suçların asıl mağduru kadınlardır. Özellikle dogmatik kültüre sahip ataerkil toplumlarda erkekler cinsel konularda kendilerine geniş bir özgürlük tanırken iffetine sahip olması gerekenin yalnızca kadın olduğunu düşünülmemekte ve bu düşüncenin doğal sonucu olarak da cinsel şiddet eğilimleri artmakta ve ne yazık ki cinsel şiddet mağduru kadınlar ise suçun mağduru olsalar bile toplumda yaftalanmamak adına mağduriyetlerini dile getirememekte, utanması gerekenin kendileri olduğunu düşünmemekte ve bu nedenle çoğu zaman bu suçların üzeri örtülmektedir.

Ülkemizde Türkiye İstatistik Kurumu (TÜİK) verilerine göre, cinsel saldırı suçları son beş yılda yüzde otuz artmıştır. Tecavüze uğrayanların yüzde ellisi 18 yaşın altında olup mağdurların yüzde doksanını kız, yüzde onunu ise erkek çocukları oluşturmaktadır. Acil yardım hattını arayan kadınlardan %57'si fiziksel şiddete,% 46,9'u cinsel şiddete, %14,6'sı enseste ve %8,6'sı tecavüze maruz kaldığını ifade etmektedir. Yine bu verilere göre 2002-2008 arası 62 bin kadın tecavüze uğramış, 2006'da 528, 2007'de 473, 2008'de 577, 2009'da 652 kadın tecavüze uğrarken, 2006 yılında 489, 2007 yılında 540, 2008 yılında 589, 2009 yılında 624 cinsel taciz olayı

yaşamıştır. Ancak kadınların %40'ı korktukları için şikayetçi olmadıklarını ifade etmişlerdir.¹ İnsan Hakları Derneği tarafından yayınlanan 2015 Yılı Hak İhlalleri Raporuna göre Türkiye'de 244 kadın taciz ve tecavüze uğramış, 561 kadın şiddete maruz kalmış ve 348 kadın cinayete kurban gitmiştir. 2014 yılında yayınlanan rapora göre de 191 kadın taciz ve tecavüze uğrarken, 585 kadın darp ve şiddet görmüş ve 296 kadın cinayeti işlenmiştir. Tecavüzler sonrasında ise yaşanan travmayı atlatamayan kadınların birçoğunun intihara teşebbüs ettiği ve intihar ettiği de raporda belirtilmiştir.²

Bu korkutucu rakamlar dikkate alındığında, toplumun iyileşmesi, ilerlemesi, adaletin hızla tecelli etmesi, güçlü ile güçsüzün eşitlenmesi ve sosyal adaletin sağlanması için kanunların sağaltıcı etkisine ihtiyacımızın var olduğu şüphesizdir. Dolayısıyla kanun koyucular cinsel suçları düzenlerken ortaçağdan kalma bir düşünceyle bu suçlara salt ahlak, salt din mefhumları açısından yaklaşmamalı özgürlük ve cinsel kimlik mefhumları da ayrıca dikkate alınmalıdır.

Ülkemizde kadın cinayetleri, kadına yönelik şiddet ne yazık ki toplumsal sorunların başında gelmektedir. Bu nedenle cinsel suçların muazzam şekilde düzenlenmesi ayrı bir öneme sahiptir. Ne yazık ki 765 sayılı TCK döneminde cinsel suçlara salt ahlak ve toplum düzeni açısından bakılmış, suçun mağduru kadının özgürlüğü, değerleri arka plana itilmiştir. Cinsel suçlar 765 sayılı TCK döneminde Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler başlığında düzenlenmiştir. Bu sistematik düzenleme bile dimağlarda mağdurun mağduriyetinin yalnızca ahlak adına toplum için korunduğu düşüncesini çağrıştırmaktadır. Oysaki cinsellik bireye ait bir özgürlüktür ve yine bireyin özgürlüğü adına korunmalıdır. Ortaçağdan kalan bir düşünceyle insanın özgürlüğü ahlak adı altında çiğnenmemeli insana salt insan olduğu için değer verilmelidir. Yine 765 sayılı TCK döneminde mağdurun fail ile evlenmesi halinde davanın ve cezanın infazının ertelenmesini öngören hüküm de vicdanları sızlatan ve kadını, adeta erkeğin ve toplumun kölesi olmaya zorlayan ortaçağdan kalma bir düşüncenin eseri olan bir düzenlemeydi. 5237 sayılı TCK ile bu

¹<http://t24.com.tr/haber/cinsel-saldiri-suclari-son-bes-yilda-yuzde-30-artti,237786> Erişim Tarihi: 28/07/2016

²<http://www.yenidonem.com.tr/haber/turkiye/2015-yilinin-igrenc-istatistigi-taciz-ve-tecavuze-ugrayan-kadin-sayisi/17952.html> Erişim Tarihi: 28/07/2016

utanç verici düzenleme ilga edilmiştir. Ve yine Yeni TCK ile başkaca olumlu düzenlemeler de yürürlük bulmuştur.

İnsanın insan olmasının en büyük gereği olan “özgürlüğü”nü korumak için bu konuda önem arz eden cinsel suçlar düzenlenirken de toplumun iyileşmesini aydınlanmasını ve ilerlemesini sağlamak için hukukun temel ilkelerine uygun, insana salt insan olduğu için önem veren hukuk önünde eşitliği ve güvenliği sağlayacak muazzam düzenlemelerin varlığı zaruridir³. İşte biz de bu çalışmamızda cinsel saldırı suçunu ayrıntısıyla ele alarak uygulamadaki sorunları belirlemeye ve tartışmaya çalıştık.

Tez konumuzu teşkil eden “Cinsel Saldırı Suçu”nun yer aldığı “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar” 5237 sayılı TCK’da “Kişilere Karşı Suçlar” başlığı altında düzenlenmiştir. 5237 sayılı TCK’nın 102. maddesinde düzenlenen tezimize konu cinsel saldırı suçu, düzenlemenin ilk halinin uygulamada yarattığı sorunları çözebilmek adına 6545 sayılı Kanunla kanaatimizce yerinde ve olumlu yönde değiştirilmiştir.

Tezimizde öncelikle cinsel saldırı suçunun tarihi gelişimi hakkında bilgi verilecek daha sonra suçun unsurları incelenecek, ardından suça etki eden nedenler ve suçun özel görünüş şekilleri hakkında değerlendirmeler yapılacaktır.

Çalışmamız iki bölümden oluşmaktadır:

Birinci bölümde; Tarihi Gelişim, Mukayeseli Hukuk ve 5237 sayılı TCK ile 765 sayılı TCK karşılaştırması, Genel açıklamalar anlatılacaktır,

İkinci bölümde ise Suçun Unsuruları, Suçu Ağırlaştırın Nedenler, Suçun Özel Görünüş Şekilleri, Soruşturma Usulü, Yaptırım ve Zamanaşımı ile ilgili açıklamalara yer verilecek Sonuç bölümünde ise çalışmamızla ilgili vardığımız sonuçlar açıklanacaktır.

Umarız ki çalışmamız cinsel saldırı suçu ile ilgili mevcut aksaklıkların çözümünde bir farkındalık oluşturarak içinde bulunduğumuz 21.yy’a rağmen halen

³ Sancar Yalçın, T. (2013), Türk Ceza Hukukunda Kadın, Seçkin Yayınları s. 88

cinsel kimlik eşitliği için uğraşan, duvarları aşmaya çalışan, susturulan veya susmak zorunda kalan kadınlarımız için umutlu yarınlara bir adım olur.

XXP
GCP

BİRİNCİ BÖLÜM **TARİHİ GELİŞİM, MUKAYESELİ HUKUK,765 SAYILI** **TCK İLE 5237 SAYILI TCK KARŞILAŞTIRMASI**

1.1. CİNSEL SALDIRI SUÇLARININ TARİHÇESİ

Antik dönemlerde, ortaçağda ve din odaklı hukuki sistemlerde bireyin cinsel özgürlüğünü ihlal eden, ailenin toplumsal itibarını zedeleyen cinsel suçlar, ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiş⁴ olup bu suçlar çeşitli yaptırımlara tabi tutulmuştur.⁵ Cinsel suçlar tarihi gelişimine bakıldığında önceleri tabu sayılarak dogmatik değerler adına cezalandırılmış ceza hukukunun gelişimiyle birlikte ise ahlak kuralları adına cezalandırılmaya başlanmıştır.⁶ Uygarlığın ulaştığı en son aşamada ise ceza hukuku ve ahlak ayırımının yapılması ile bireyin cinsel özgürlüğü adına özel bir biçimde cezalandırılması aşamasına gelinmiştir.⁷ Cinsel suçların eski çağlardaki cezalandırılış biçimine bakıldığında bu suçların sonucunda bir daha yerine konulamayacak bir değer yitirdiği biçimde bir algımanın olduğu gözlemlenmekte ve bunun dolaylı sonucu olarak cinsel suçların en ağır şekilde cezalandırılan suçlar içinde yer aldığı görülmektedir.⁸

Hitit yasalarında cinsel suçlar sadece etik alanı değil dinsel alanı da ilgilendirmekte olup bu suçların müeyyidesi de ölüm cezası olarak belirlenmiştir.⁹

⁴ Kılıç, A. (2008), Cinsel Hakimiyet ve Türk Ceza Kanununda Cinsel Saldırı Suçu. TBB Dergisi, sayı 78, s.173.

⁵ Sevük Yokuş, H. (2005), 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Saldırı ve Cinsel Taciz Suçları, TBB Dergisi, S: 57. s.244.

⁶ Taner F. G. (2013), Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, Seçkin Yayınları, s.48.

⁷ Taner, s.48.

⁸ Can, C. (2002), Toplumsal İnsanın Evrensel Doğası ve Cinsel Suçlar, Seçkin Yayınevi, Ankara., s. 288

⁹ Can, s. 289

Urnammu ve Esnunna Yasalarında bekarret bozma ve zina iftirası suçları, Hammurabi yasalarında ise özellikle; zina iftirası, zina, ırza geçme ve ensest suçları ayrıntılı şekilde düzenlenmiş ve müeyyideye bağlanmış bulunmaktadır.¹⁰

Roma hukuku incelendiğinde, günümüz hukukunda düzenlenen cinsel suçların hemen hemen hepsinin Roma Ceza Hukukunda da düzenlendiği görülecektir¹¹ Hatta Roma Ceza Hukukundaki cinsel suçlara ilişkin düzenlemelerin günümüz modern ceza hukukunda yer alan hükümlerin temelini oluşturduğunu söylemek de abartılı bir söylem olmayacaktır.¹²Roma Ceza Hukukunda, zina, çok evlilik, ırza geçme ve ensest eylemleri suç olarak kabul edilerek cezai yaptırıma bağlanmıştır.¹³ Ayrıca ırza geçme suçunun hem kadınlara hem de erkeklere karşı işlenebileceği kabul edilmiştir.¹⁴

Ortaçağda; suç ile günah arasında net bir sınır çizilememiş, ceza kanunları da dini bir eser mahiyetine bürünmüştür.¹⁵ Bunun dolaylı sonucu olarak da cinsel suçlarla ilgili bölümlerde de dinsel bir düzenleme kendini hissettirmiştir.¹⁶

İslam hukukunda, cinsel suçlar had suçlarından olup evlilik dışı gerçekleştirilen tüm cinsel ilişkiler zina suçu olarak kabul edilmiştir.¹⁷ Zina, aralarında nikah akdi bulunmayan bir erkekle bir kadının cinsi ilişkileri olarak tanımlanabilir.¹⁸ Bir başka deyişle, suçu işleyen kişiler ister evli olsun isterse bekar olsun aralarında evlilik bağı olmadıkça bu suçun faili olabilirler. Yani İslam hukukundaki zina suçu ile bugünkü kanunlarda düzenlenen zina suçu birbirinden farklıdır; Pek çok kanunda zina suçu karı kocadan birisinin bir başkasıyla cinsel ilişkiye girmesi olarak tanımlanmıştır.¹⁹ Zina suçunda ispat şartı aranmakta olup ispat için dört erkek şahidin zina fiilini gördükleri yönünde şahadet etmeleri ya da zinanın taraflarının dört kere suçlarını ikrar etmeleri gerekir.²⁰ Zina suçunun cezası ise recim

¹⁰ Can, s. 296

¹¹ Kılıç, s.173

¹² Can, s. 360.

¹³ Sevük, s.244

¹⁴ Kılıç, s.174

¹⁵ Kılıç, s.174

¹⁶ Sevük, s.245

¹⁷ Sevük, s.245

¹⁸ Aydın, M.A. (2012), Türk Hukuk Tarihi, Beta yayınları, 10. Baskı, İstanbul, s.189

¹⁹ Udeh A. (2012), Mukayeseli İslam Ceza hukuku, Cilt II., Kayıhan Yayınları, İstanbul. Trans: Prof Dr. Ali Şafak , s. 405

²⁰ Cin H. Ve Akyılmaz G. (2008), Türk hukuk tarihi, Seçkin Yayınları, Konya, s.209

veya sopa dayağı olarak belirlenmiştir.²¹ Hayatında evlilik içinde cinsel ilişkide bulunanlar muhsen olarak adlandırılmış, muhsen olanlar zina işleyince recm cezası ile cezalandırılmış, muhsen olmayanlar ise 100 değnek sopa ile cezalandırılmıştır.²² İslam hukukunda zina suçu ile nesebin, genel ahlak ve iffet ile aile ve kamu düzenin korunması amaçlanmıştır.²³

18. yy ve 19. yy başlarında Avrupa'da dinin etkisiyle günah ve suç birbirinden ayırt edilememiş ve bunun da etkisiyle cinsel suçlar en ağır şekilde cezalandırılmıştır.²⁴ Ancak uzun tartışmalar sonrasında, evlilik dışındaki cinsel ilişkilere ancak başkasına ait bulunan alana girilerek kişilere zarar verildiği ya da alenen işlenerek başkasının edep ve namus duygusuna bir saldırı teşkil edildiği takdirde müdahale edilebileceği kabul edilmiştir.²⁵ 18. yy'ın ikinci yarısından itibaren özellikle Almanya ve Fransa'da cinselliğe ilişkin ahlak kurallarının ceza hukuku yaptırımlarıyla dayatılmasına karşı tepkiler ortaya çıkmış, böylelikle cinselliğe ilişkin düzenlemeler dinden bilime doğru kaymıştır.²⁶ Bu dönemde sosyal ahlak uzun dönemde dinsel ahlaka özenmekten ve bu doğrultuda kişisel özgürlükleri aşırı ölçüde kısıtlanmaktan vazgeçmeyi başarmış, ceza hukuku düzenlemelerinden bağımsız bir şekilde ve salt sosyal ahlak olarak kendi içeriğinin göz ardı edilmesine de izin vermemiştir.²⁷ Bu değişimin etkisiyle 19. yy'da yapılan kanunların geçmişteki kanunlara kıyasla din ve ahlak öğelerinden ayrıldığı da açıkça gözlemlenebilmektedir.²⁸ Cebir ve şiddet kullanılmadıkça ve alenen yapılmadıkça kendi kendini cinsel tatmin, homoseksüalite ve hayvanlarla ilişki sosyal ahlakı ilgilendirmediği için suç olarak kabul edilmemiştir.²⁹

Osmanlı hukukunda Kanuni Kararnamesinde söz atma, sarkıntılık ve tasaddi suçları düzenlenmiş, Irza geçme suçu ise ilk defa 1274 tarihli Ceza Kanunname-i Hümayunun'da düzenlenmiştir.³⁰

²¹ Akbulut İ. (2003), İslam hukukunda suçlar ve cezalar, **AÜHF Dergisi**, Yıl 2003 C: 52, S:1. s.174

²² Akbulut, s.175.

²³ Avcı M. (2004), Osmanlı Hukukunda Suçlar ve Cezalar, Gökkuşbu Yayınları, İstanbul s.163

²⁴ Kılıç, s.174

²⁵ Kılıç, s.174

²⁶ Taner, s.36

²⁷ Can, s. 379

²⁸ Taner, s.37

²⁹ Kılıç, s.174

³⁰ Sevük, s.245

Uygarlığın ulaştığı son aşamada cinselliğin bir genel ahlak değil özgürlük sorunu olduğu anlayışı ceza hukukunda cinsel özgürlüğe karşı suçlara bakış açısını önemli ölçüde değiştirmiş, bu suçlarla korunan menfaatin cinsel özgürlük olduğu anlayışı ağırlık kazanmaya başlamıştır.³¹ Türk hukuk sistemi de batı kaynaklı bir hukuk sistemi olduğu için Avrupa hukuk sistemindeki bu gelişmeler ülkemizdeki ceza yasaları üzerinde de etkilerini açıkça hissettirmiştir.

1.2. MUKAYESELİ HUKUKTA CİNSEL SALDIRI SUÇLARI

1960 ve 70li yıllarda Batı Avrupa’da cinsel suçlar alanında belirli bir özgürleşme süreci yaşanmış ve özellikle zina, pornografi, fahişelik, eşcinsellik, hayvanlarla ilişki gibi fiiler suç olmaktan çıkarılmıştır.³²

Cinsel suçlarla ilgili olarak yabancı devletlerin kanun sistemlerinin ortaya konulabilmesi için, bu kanunlarda yapılan düzenlemeler hakkında kısaca bilgi vermenin yararlı olacağı kanaatindeyiz.

İtalyan Ceza hukukunda reform niteliği taşıyan 15.12.1996 tarihli yasa ile cinsel suçlar “Kişinin bütünlüğüne karşı suçlar” bölümünde düzenlenmiş ve yine bu yasa da ırza geçme ve ırza tasaddi şeklindeki ayırım kaldırılarak her iki kavram cinsel şiddet kavramı altında toplanmıştır.³³ Aynı yasada ırza geçme ve kaçırma suçlarında taraflar evlendiklerinde cezanın ertelenmesine dair olan hüküm kaldırılmış, ırza geçme suçu kovuşturma şartına tabi tutulmuştur.³⁴ İtalyan Ceza kanununda kanun metninde suçun oluşumuna ilişkin herhangi bir ölçüt yer almamakta, kanun saf birleştirici modelin benimsenmesi yönüyle de diğer Avrupa ülkelerinin ceza kanunlarından ayrılmaktadır.³⁵

Fransız Ceza Kanunu 1 Mart 1994 tarihinde tümüyle değiştirilmiş, bu değişiklikte cinsel suçlar insanlığa karşı suçlar başlığı altına alınarak modern bir

³¹ Taner, s.48

³² Taner, s.51

³³ Aksoy, Ö. S. (2010), Cinsel Saldırı Suçu, (Yayımlanmış yüksek lisans tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, s.29

³⁴ Dönmezer S. (2008) , “Cinsel ve Cinselliğe İlişkin Suçlarda Yeni Trendler, Türk Ceza Kanunu ve Türk Ceza Kanunu Tasarısı”, in. Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer Armağanı, Cilt I, Ankara, s.256

³⁵ Taner, s.53

bakış açısıyla tekrar düzenlenmiştir.³⁶ Kanunda tecavüz ile diğer cinsel suçlar arasında ayırım yapılmış olup cinsel saldırılar başlığı altında tecavüz ve tecavüz dışındaki diğer cinsel saldırılar olmak üzere iki tür cinsel suç düzenlenmektedir.³⁷

Alman Ceza Kanununda en sık değişikliğe uğrayan suçlar cinsel suçlardır.³⁸ 60'lı yıllardan itibaren mevcut düzenlemelere yönelik eleştirilerin etkisiyle zina, hayvanlarla cinsel ilişki, eşcinsellik ve ırza geçmeyi kolaylaştırma fiileri suç olmaktan çıkarılmıştır.³⁹ Ve yine daha önce “ahlaka karşı işlenen suçlar” altında düzenlenen cinsel suçlar, reform süreci içerisinde 1973 yılında Alman Ceza Kanununda yapılan değişiklikle “cinsel özgürlüğe karşı işlenen suçlar” başlığı altında düzenlenmiştir.⁴⁰ Aynı zamanda cinsel saldırı suçunun tanımında da değişikliğe gidilmiş, cinsel suçlar cinsel birleşme ile sınırlandırılmayarak oral ve anal ilişkilerde cinsel saldırı suçunun içinde ele alınmıştır.⁴¹ Alman Ceza Kanununda yaşanan bu gelişmelerin en önemli etkeni esasen feminist akımlar olup o dönemde ülkede yaşanan ve infial yaratan bir cinsel suiistimal olayını kamuoyuna taşıyan medyanın da bu gelişmelerdeki rolü yadsınamaz.⁴²

İspanyol Ceza Kanununda 1989 tarihli kanunla “cinsel saygınlığa karşı suçlar” arasında sayılan suçlar, “cinsel özgürlüğe karşı suçlar” başlığı altına taşınmıştır.⁴³ İspanya’da geleneksel olarak tecavüz ve diğer cinsel saldırı suçları arasındaki ayırım sürdürülmekte olup cinsel saldırı, cinsel istismar ve cinsel taciz suçları ayrı başlıklar altında düzenlenmektedir.⁴⁴ Bu yönüyle Türk Ceza Kanundaki cinsel suçlara yönelik düzenlemelerde İspanyol Ceza Kanunundan ilham alındığı söylenebilir.⁴⁵

İngiltere’de 1956 tarihli Cinsel Suçlar Kanunu, “Kişilere Karşı İşlenen Suçlar Kanununda” (Offences against the person act) ve 1885 tarihli Ek Kanunun (Criminal

³⁶ Şişman, S. (2010), Cinsel Saldırı Suçu, (Yayımlanmış yüksek lisans tezi), Selçuk Üniversitesi Yüksek Lisans tezi, Konya, s.43

³⁷ Taner, s.55

³⁸ Koç Z. (2009), Alman Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı İşlenen Suçlar Alanında Son Gelişmeler, Adalet Dergisi, Eylül 2009, sayı:35 s.244

³⁹ Taner, s.56

⁴⁰ Koç, s.245

⁴¹ Aksoy, s.27

⁴² Koç, s.247

⁴³ Taner, s.59

⁴⁴ Taner, s.59

⁴⁵ Taner, s.60

Law Amendment Act) 4. Bölümünde yer alan 1948 tarihli “ırza Tecavüze Teşebbüs Kanunundaki” bütün ilgili hükümleri toplayarak cinsel suçları bir bütün halinde düzenlemiştir.⁴⁶

Bu kanunda cinsel suçlar bakımından temel fiil zorla ırza geçme fiilidir.⁴⁷ Ancak cinsel saldırı suçlarının hepsi ırza geçme tipinde şekillenmemekte ırza tasaddi gibi “edep kurallarına aykırılıklar” da hapis cezası ile cezalandırılmaktadır.⁴⁸

Mukayeseli hukukta cinsel saldırı suçunun incelenmesinde uluslararası ceza mahkemelerinin önem arz eden bazı kararlarına da kısaca değinmenin yerinde olacağı kanaatindeyiz.

Uluslararası Ceza Mahkemesi kararlarında ırza geçmenin insanlığa karşı suç olarak tanımlandığı ilk karar “Akayesu” kararıdır.⁴⁹ Bu kararda ırza geçmenin tanımı geniş tutulmuş ve cinsel birleşme olmaksızın gerçekleştirilen cinsel saldırıların da ırza geçme olduğu belirtilmiştir.⁵⁰ Söz konusu karara göre bazı durumlarda fiziksel giriş veya fiziksel temas olmaksızın dahi ırza geçme suçu oluşabilir ve yine cinsel organ olarak düşünülmeyen vücut deliklerinin kullanımı ve/veya herhangi bir nesnenin sokulması fiileri de ırza geçme eylemi olarak değerlendirilmektedir.⁵¹ Ancak bu geniş yorum cinsel birleşme dışında kalan diğer durumları ayrıntılı bir şekilde belirtmediği ve bu nedenle kanunilik ilkesini ihlal ettiği gerekçesiyle öğretilde eleştirilmiştir.⁵²

“Furundzija” kararında ise Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesince cinsel saldırı suçunun tanımı belirli hale getirilmeye çalışılmış bu doğrultuda bir tanım elde etme yoluna başvurulmuştur.⁵³ Bu kararda ırza geçme eyleminde kısmen dahi olsa failin penisi veya fail tarafından kullanılan herhangi bir objenin mağdurun

⁴⁶ Şişman, s.40

⁴⁷ Dönmezer, s.258

⁴⁸ Dönmezer, 258

⁴⁹ Değirmenci, O. (2010), Uluslararası Suç Olarak Kadına Karşı Cinsel Şiddet Eylemleri, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı:89, s.54

⁵⁰ İnan, O. (2012), Türk Ceza Kanununda Cinsel Saldırı Suçu, (Yayımlanmış yüksek lisans tezi) Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, Ankara, s. 5.

⁵¹ Değirmenci, s.54

⁵² İnan, s. 5

⁵³ Değirmenci, s.55

anüsü veya vajinasına ithalini ya da failin penisinin mağdurun ağzına ithali şeklindeki cinsel girişin şart olduğu belirtilmiştir.⁵⁴

1.3. 765 SAYILI TCK İLE 5237 SAYILI TCK KARŞILAŞTIRMASI

Cinsel suçlar 765 sayılı TCK'nın 2. Kitabının 8. Babında “ Adabı Umumiye ve Nizamı Aile Aleyhine Cürümler” başlığı altında düzenlenmiş ve bu düzenlemede ırza geçme, ırza tasaddi, sarkıntılık ve söz atma kavramlarına yer verilmiştir.⁵⁵

765 sayılı TCK'nın 5237 sayılı TCK'da düzenlenen cinsel suçlara karşılık gelen hükümleri 414, 415, 416, 417, 418 ve 421. maddelerinde düzenlenmiştir. 765 sayılı TCK'nın 414. Maddesinde 15 yaşını tamamlamayan küçüğün ırzına geçilmesi, 415. Maddesinde 15 yaşını tamamlamayan küçüğe karşı işlenen ırza tasaddi fiileri, 416. Maddesinin 1. Fıkrasında, 15 yaşını bitiren mağdurun cebir, şiddet veya tehdit kullanılmak suretiyle veya akıl ya da beden hastalığı, hile gibi nedenlerle mağdurun failin fiiline direnç gösteremeyecek halde olmasından yararlanılarak ırzına geçilmesi,

⁵⁴ İnan s. 6

⁵⁵“**Madde 414 - (Değişik madde: 09/07/1953 - 6123/1 md)** Her kim 15 yaşını bitirmeyen bir küçüğün ırzına geçerse beş seneden aşağı olmamak üzere ağır hapis cezasına mahkum olur. Eğer fiil cebir ve şiddet veya tehdit kullanılmak suretiyle veya akıl veya beden hastalığından veya failin fiilinden başka bir sebepten dolayı veya failin kullandığı hileli vasıtalarla fiille mukavemet edemeyecek bir halde bulunan bir küçüğe karşı işlenmiş olursa ağır hapis cezası on seneden aşağı olamaz.

Madde 415 - (Değişik madde: 09/07/1953 - 6123/1 md.)

Her kim 15 yaşını bitirmeyen 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 hapsolünür.

Madde 416 - (Değişik madde: 09/07/1953 - 6123/1 md.)

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 dolaylı fiille mukavemet edemeyecek bir halde bulunan bir kimseye karşı bu fiili işleyen kimse yedi seneden aşağı olmamak üzere ağır hapis cezası ile cezalandırılır. Yine bu suretle ırz ve namusa tasaddiyi tazammun eden diğer bir fiil ve harekette bulunursa üç seneden beş seneye kadar hapsolünür. Reşit olmıyan bir kimse ile rızasıyla cinsi münasebette bulunanlar fiil daha ağır cezayı müstelzim bulunmadığı takdirde altı aydan üç seneye kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

Madde 417 - Yukarıdaki maddelerde yazılan fiil ve hareketler birden ziyade kimseler tarafından işlenir veya usulden biri veya veli ve vasi veya mürebbi ve muallimleri ve hizmetkarları veya terbiye ve nezaret veya muhafazaları altına bırakılan veya buna düşar olanların üzerlerine hüküm ve nüfuzu olan kimseler tarafından vukubulursa kanunen muayyen olan ceza yarısı kadar artırılır

Madde 418 - (Değişik madde: 09/07/1953 - 6123/1 md.)

Yukarki maddelerde yazılı fiil ve hareketler mağdurun ölümünü mucip olursa faile müebbet ağır hapis cezası verilir.Eğer bu fiil ve hareketler bir marazın sirayetini veya mağdurun sıhhatine sair büyük bir nakisa irasını veya maluliyet veya mayubiyetini müstelzim olursa cezanın yarısı ilave edilerek hükmolünür.

Madde 421 - (Değişik madde: 09/07/1953 - 6123/1 md.)

Kadınlara ve erkeklere söz atanlar üç aydan bir seneye ve sarkıntılık edenler altı aydan iki seneye kadar hapsolünür.”

416. Maddesinin 2. Fıkrasında ise 15 yaşını bitiren mağdura karşı işlenen ırza tasaddi fiileri, 421. Maddesinde ise söz atma ve sarkıntılık etme fiileri müeyyideye tabi tutulmuştur. 417. Maddede ise cezanın artırılmasını gerektiren haller sıralanmış 418. Madde de ise suçun neticesi sebebiyle ağırlaşmış halleri düzenlenmiştir.

5237 sayılı TCK, cinsel suçların düzenlenmesi bakımından 765 sayılı TCK'ya göre çok farklı hükümlere sahiptir. Öncelikle belirtmek gerekir ki 765 sayılı TCK'da cinsel suçlar "Genel Adap ve Aile Düzenine karşı cürümler" başlığı altında düzenlenmekteyken 5237 sayılı TCK'da cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar bölümünde "kişilere karşı suçlar" başlığı altında düzenlenmiştir.⁵⁶ Cinsel özgürlüğe karşı suçları cinsellikle ilgili diğer suçlardan ayıran en önemli unsur rıza kavramı olup cinsel suçlar yeni TCK'da yerinde bir değerlendirmeye özgürlük ve rıza kavramına verilen önemle farklı bir hukuki konuya sahip olan "müstehcenlik, fuhuş, alenen hayasızca hareketler gibi genel ahlaki ilgilendiren suçlardan ayrı bir şekilde "kişilere karşı suçlar" kategorisinde düzenlenmiştir.⁵⁷ Yasa koyucu bu sistematik değişiklik ile bireylerin cinsel dokunulmazlığını daha etkin bir şekilde korumayı amaçlamıştır.⁵⁸

765 sayılı TCK'da ırza tecavüz, ırza tasaddi ve kaçırma suçlarında, ilgili suçun işlenmesinden sonra failin mağdure ile evlenmesi durumunda davanın ve cezanın infazının ertelenmesini öngören hüküm (md 434) 5237 sayılı TCK'da yer almamış yani yürürlükten kaldırılmıştır.⁵⁹ 765 sayılı TCK'da düzenlenen bu hükme göre mağdur suç ortaklarından biri ile hüküm verilmesinden önce evlenirse davanın teciline karar verilecektir.⁶⁰ 765 sayılı TCK'nın 434. Maddesindeki bu uygulama mağdurun özgür iradesini ortadan kaldırmakta, kişinin hukuksal yararını değil geleneksel ahlak anlayışını koruma altına alma amacı gütmekte, mağdur kendi isteği dışında zorlanarak meydana getirilen evlilikler ile toplumu koruma amacıyla

⁵⁶Centel, N. " 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda cinsel saldırı suçu ve cinsel suçlar değişiklik tasarısının değerlendirilmesi" <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2012-99-1160> Erişim tarihi 19/08/2015

⁵⁷Taner, s.69

⁵⁸ Parlar, A. ve Banko M. (2014), Cinsel Suçlar, Adalet Yayınevi, Ankara (s.2)

⁵⁹ Keskin Kızıroğlu, S. (2008), "Yeni Türk Ceza Kanununda Kadına İlişkin Düzenlemeler ve Cinsel suçlar", Ord. Prof. Sulhi Dönmezer Armağanı, Cilt II., Ankara s. 998

⁶⁰Erem, F., Toroslu, N. (1975) Türk Ceza Hukuku Özel Hukuku, Ankara üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, s. 398

mağdura büyük zarar verilmekteydi.⁶¹ Bu yönüyle bakıldığında Yeni TCK döneminde bu düzenlemenin yasaya alınmayışının yerinde olduğu kanaatindeyiz.

765 sayılı TCK'nın 423. maddesinde yer alan evlenme vaadi ile kızlık bozma suçuna ilişkin düzenleme de 434. maddeye getirilen eleştirilere benzer olarak, kandırılarak cinsel dokunulmazlığı ihlal edilen kişi bakire değilse ya da kızlık zarı bozulmadan ilişki gerçekleşmişse failin cezalandırılmadığı ve dolayısıyla bu suçun düzenlenmesindeki asıl amacın suçun mağdurunu değil de yalnızca toplumun ahlaki değerlerini korumak yönünde olduğu düşüncesiyle eleştirilmekteydi.⁶² Yine Kız ve Kadın Kaçırma suçunda kaçırılan kadının evli olmasının ağırlaştırıcı sebep olarak öngörüldüğü düzenleme (765sy TCK md 429/2) burada korunan değer kadının evli olması ya da olmamasına göre ayrılmasının kadına değer katan kavramın insan olması değil de evli olması gibi küçültücü ve kabul edilemez bir ölçüt olduğu şeklindeki düşünceyle eleştirilmiştir.⁶³ Ve Yeni TCK döneminde bu haklı eleştiriler doğrultusunda her iki düzenlemeye de yer verilmemiştir.⁶⁴

765 sayılı TCK dönemindeki "ırza geçme" ve "ırz ve namusa tasaddi" ayrımı 5237 sayılı TCK ile ortadan kalkmış bunun yerine cinsel saldırı kavramı benimsenmiştir.⁶⁵ Yine 5237 sayılı TCK'da mağdur veya mağdurenin yaşı esas alınmak suretiyle ergin kişiler için cinsel saldırı çocuklar için cinsel istismar terimleri getirilmiş, 102. Maddeyle cinsel saldırı suçu, 103. Maddeyle ise çocukların cinsel istismarı suçu yaptırıma bağlanmıştır.⁶⁶

5237 sayılı TCK'nın 102/1 maddesindeki düzenlemenin 765 sayılı TCK'daki ifadelerle tasaddi (m. 416) ve sarkıntılık (421/c.2) olarak ifade edilebilecek eylemleri içerdiği söylenebilir.⁶⁷ 5237 sayılı TCK'nın 102/2 fıkrasında düzenlenen nitelikli cinsel saldırı suçu ise 765 sayılı TCK'da ırza geçme suçu adı altında düzenlenmiştir.⁶⁸ Ancak yukarıda da belirttiğimiz üzere 5237 sayılı TCK'da cinsel

⁶¹ Sancar Yalçın, T. (2013), Türk Ceza Hukukunda Kadın, Seçkin Yayınları s. 136

⁶² Sancar, s. 125

⁶³ Sancar, s. 130

⁶⁴ Keskin Kızıroğlu, S. , s. 997

⁶⁵ Özbek V. ve diğerleri (2014), Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 7. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, s. 309

⁶⁶ Parlar/ Banko, (s.2)

⁶⁷ Malkoç İ. (2009), Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar, Malkoç Kitabevi, s. 6

⁶⁸ Yenidünya C. "5237 sayılı Türk Ceza Kanununda Cinsel dokunulmazlığa Karşı Suçlar", Legal Hukuk Dergisi, sayı:33, Eylül 2005, s.3291

saldırı suçunun mağdurunun 18 yaşını doldurmuş olması gerekmektedir.⁶⁹ Nitekim mağdurun çocuk olduğu hallerde çocukların cinsel istismarı suçunu düzenleyen 103. madde uygulanacaktır.⁷⁰765 sayılı TCK'da ise fiilin 15 yaşını bitirmeyen bir küçüğe karşı işlenmesi 414 ve 415. maddelerde 15 yaşını bitiren mağdura karşı işlenmesi ise 416. Madde de yaptırıma bağlanmıştır.⁷¹

6545 sayılı Kanunla TCK'nın 102. Maddesinde yapılan değişiklik ile sarkıntılık düzeyinde kalan cinsel davranışlar için ayrı bir cezai müeyyide belirlenmiştir. Ancak 765 sayılı TCK'nın 421.Maddesinde düzenlenen sarkıntılık suçu ile 5237 sayılı TCK'nın 102/1-son maddesinde düzenlenen sarkıntılık suretiyle gerçekleştirilen cinsel saldırı suçunun birbirinden farklı olduğu unutmamalıdır. 5237 sayılı TCK'da cinsel saldırı suçunun oluşması açısından bedensel temas kriteri aranmaktadır.⁷²Oysa 765 sayılı TCK döneminde söz atmalar sırnaşık hale gelirse bu eylemlerde sarkıntılık olarak nitelendiriyordu.⁷³Yeni yasa döneminde 6545 sayılı

⁶⁹ Yenidünya, s.3285

⁷⁰ Yenidünya, s.3285

⁷¹Artuk , M.E.,Gökçen, A., Yenidünya A.C. (2014), Türk Ceza Kanunu Şerhi, Cilt III., 2. Baskı Adalet Yayınevi, Ankara. .s. 3627

⁷²“..Mağdurenin aşamalarındaki samimi anlatımları, savunma ile tüm dosya kapsamı nazara alındığında, suç tarihinden bir ay kadar önce onsekiz yaş içerisinde bulunan mağdurenin sokakta yürüdüğü sırada aynı mahallede oturan sanık Yasin'in azmettirmesiyle, arkadaşı olup hakkında atılı suçtan kurulan hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilen Yalçın'ın, mağdurenin arkasından gelip kalçasını sıkarak kaçmasının ardından olay günü mağdureyi gören sanık Yasin'in azmettirmesi neticesinde Yalçın'ın tekrar mağdurenin kalçasını sıkarak kaçtığı anlaşıldığından, **eylemlerin fiziksel temas içerip ani ve kesintili nitelikte olması nazara alındığında** sanığın eylemlerinin 6545 sayılı Kanunla değişik 5237 sayılı TCK'nın 103/1. maddesinin ikinci cümlesinde düzenlenip sarkıntılık düzeyinde kalan zincirleme şekilde çocuğun basit cinsel istismarı suçunu oluşturduğu gözetilerek mahkûmiyetine karar verilmesi gerekirken, suç vasfının tayininde yanılığa düşülerek yazılı şekilde cinsel taciz suçundan mahkûmiyetine hükmedilmesi...” (14. CD. 08.06.2016 T. Esas No: 2015/4510 Karar No: 2016/5723)

Oluş ve kabule göre; sanığın 19.05.2013 günü parkta iken mağdur Emircan'ın sağ bacağına cinsel arzularını tatmin amacıyla ellemek suretiyle TCK'nın 103/1. maddesinin ikinci cümlesi kapsamında sarkıntılık düzeyinde kalan çocuğun basit cinsel istismarı suçunu işlediği, sanığın 15.05.2013 tarihinde mağdurlar Emircan ile Ahmet Arifi cips yemek ve kola içmek bahanesiyle, 19.05.2013 günü ise Emircan ile Oğuzhan'ı film seyretmek bahanesiyle hile ile kandırarak eve götürdüğü, burada mağdurlar Emircan ve Ahmet Arif'ten cinsel organlarını göstermelerini istemek, mağdurlar Emircan ve Oğuzhan'a ise cinsel organını göstermek şeklinde **bedensel temas içermeyen eylemlerinin** cinsel taciz suçunu oluşturduğu, değişik günlerde farklı mağdurlara karşı gerçekleştirdiği bu eylemleri nedeniyle sanık hakkında iki kez TCK'nın 105/1. maddesi gereğince ceza belirlendikten sonra zincirleme suç hükümleri uyarınca 43/2. yollamasıyla 43/1. maddesine göre ceza tayini gerektiği gözetilmeden, mağdur Emircan'a karşı zincirleme şekilde çocuğun cinsel istismarı, mağdurlar Oğuzhan ve Ahmet Arif'e karşı çocuğun basit cinsel istismarı suçundan hükümler kurularak fazla ceza tayini, (14. CD. 29.03.2016 T. Esas No: 2016/455 Karar No: 2016/3077), Özbek ve diğerleri, s. 318

⁷³“..Sarkıntılık suçundan sanık İbrahim Şap'ın yapılan yargılanması sonunda; söz atma suçundan mahkûmiyetine dair Edirne 1. Asliye Ceza Mahkemesinden verilen 23.03.2006 gün ve 2002/921 Esas, 2006/127 Karar sayılı hükmün süresi içinde Yargıtay'ca incelenmesi sanık müdafii tarafından istenilmiş olduğundan dava evrakı C.Başsavcılığından tebliğname ile daireye gönderilmekle incelenerek gereği düşünüldü: Sanığın sırnaşıkça hal alan eylemlerinin sarkıntılık suçunu oluşturduğu

kanun değişikliğiyle her ne kadar sarkıntılığın ne olduğu hususunda tam bir tanım yapılmamış ise de uygulama bedensel temas kıstası ile řekillenmiřtir⁷⁴ Yani söz atmalar birden çok olsa, sırnaşıkça bir hal olsa ve tevali etse dahi bu fiil bedensel temas taşımadığı için TCK'nın 105. maddesinde düzenlenen cinsel taciz suçu kapsamında değerlendirilecektir.⁷⁵

765 sayılı TCK döneminde ırza geçme suçunun failinin ancak erkek olabileceği kabul edilmekte iken 5237 sayılı TCK döneminde suçun kanuni tanımına göre bu suçun failinin erkek olması şart değildir; bir başka deyişle suçun mağduru kadın ya da erkek olabilecektir.⁷⁶ Yine 765 sayılı TCK döneminde ırza geçme suçlarında kocanın karısına karşı bu suçu işleyemeyeceği kabul edilmekle birlikte anal yoldan zorla diğer eşin ırzına geçme eyleminin kötü muamele suçu kapsamında değerlendirilmesi gerektiği, normal yoldan ırza geçme fiillerinin ise cezalandırılmayacağı yönünde içtihatlar oluşturulmuştu.⁷⁷ 5237 sayılı TCK döneminde ise cinsel saldırı suçunun nitelikli halinin soruşturma ve kovuşturması

halde söz atma suçundan cezalandırılması, karşı temyiz olmadığından bozma nedeni sayılmamıştır. (5. CD. 01.10.2007 T. Esas No: 2007/5288, Karar No: 2007/6951), Malkoç, Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar, s. 8

⁷⁴“..Tüm dosya içeriğine göre, olay günü mağdurenin öğle yemeği için okuldan eve giderken parkın içinde geçtiği sırada gördüğü sanığın mağdureye cinsel organını gösterip öpücük attığı anlaşıldığından, mevcut haliyle sanığın **fiziksel temas içermeyen eyleminin TCK'nın 105. maddesinde düzenlenen cinsel taciz suçunu oluşturduğu** gözetilmeden, suç vasfının tayininde yanılğıya düşölerek yazılı şekilde çocuğun basit cinsel istismarı suçundan hüküm kurulması..”, (14. CD. 03.11.2015 T. Esas No: 2013/11785, Karar No: 2015/10088), Özbek ve diğerleri, s. 321

⁷⁵“..Mahkemece, sanığın dosyada bulunan nüfus kaydına göre 20.11.1992 doğumlu olup, suç tarihinde onsekiz yaşından küçük olan mağdurenin sabah işe giderken kaldırımında yürüdüğü sırada yanına yaklaşıp rızası hilafına göğüslerini elleyerek kaçtığının kabul edilmesi karşısında, sanığın eyleminin 5237 sayılı TCK'nın 103/1. maddesinde düzenlenen çocuğun basit cinsel istismarı suçunu oluşturduğu gözetilmeden suç vasfının tayininde yanılğıya düşölerek yazılı şekilde aynı Kanununun 102/1. maddesi gereğince mahkûmiyetine karar verilmesi,

Sanığın intikal tarihinden önceki tarihlerde mağdureye hiç bir bedensel temasta bulunmaksızın zincirleme cinsel taciz niteliğinde sözler sarf etmekten ibaret eylemlerinin zincirleme şekilde TCK'nın 105. maddesinde düzenlenen cinsel taciz suçunu oluşturduğu gözetilmeden, söz konusu eylemlerin yanılğıya düşölerek bir bütün halinde TCK'nın 102/1. maddesinde tanımlanan basit cinsel saldırı suçunu oluşturduğundan bahisle verilen cezadan TCK'nın 43/1. maddesi uyarınca arttırım yapılması..”(14. CD. 08.10.2015 T. Esas No: 2013/10662, Karar No: 2015/9133), Malkoç, Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar, s. 8

⁷⁶Centel, s.272

⁷⁷“..Oluşa ve kabule göre; sanığın **resmi eşi olan mağdureyle isteği dışında zorla fiili livata suretiyle birden fazla cinsel ilişkide bulunduğu, eylemlerinin suç tarihinde yürürlükte bulunan ve sanığın lehine olan 765 sayılı TCK.nun 478. maddesinde düzenlenen aile efradına kötü muamele suçunu oluşturduğu**, ancak bu suçun kanun maddesinde öngörölün cezasının üst sınırı itibariyle aynı Kanununun 102/4. maddesinde belirlenen beş yıllık asli zamanaşımına tâbi olduğu, zamanaşımını en son kesen 15.06.2006 günlü sorgu tarihi ile inceleme tarihi arasında bu sürenin gerçekteştiği anlaşıldığından..”(14. CD. 27.12.2011 T. Esas No: 2011/3355, Karar No: 2011/5971), Artuk/Gökçen/Yenidünya, Türk Ceza Kanunu şerhi,.s. 3639

şikayete tabi olmak koşulu ile diğer eşe karşı da işlenebileceği kabul edilmiş ve kanun metnine de geçmiştir.⁷⁸

765 sayılı TCK döneminde ırza geçme suçunda cinsel organı sokma esas alınmakta, cinsel organ dışındaki bir organın veya cismin cinsel organa sokulması hali ırza tasaddi olarak nitelendirilmekteydi.⁷⁹ Yeni düzenleme de ise vücuda penis ithal edilebileceği gibi cop gibi sair bir cisim ithal edilse bile cinsel saldırı suçunun nitelikli hali oluşacaktır.⁸⁰ Ayrıca 5237 sayılı TCK dönemindeki düzenlemeye göre vücuda sadece vajinal veya anal yoldan organ sokulması değil oral yoldan organ veya sair cisim sokulmasının da suçun nitelikli halini oluşturacağı kabul edilerek suçun kapsamı 765 sayılı TCK'ya göre genişletilmiştir.⁸¹

1.4. SUÇLA İLGİLİ GENEL AÇIKLAMALAR

28/06/2014 Tarihli Resmi Gazetede Yayınlanarak yürürlüğe giren 6545 sayılı kanunun 58. Maddesi ile değişik 5237 sayılı Kanunun 102. Maddesi: **MADDE 102/1:** *Cinsel davranışlarla bir kişinin vücut dokunulmazlığını ihlal eden kişi, mağdurun şikayeti üzerine beş yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Cinsel davranışın sarkıntılık düzeyinde kalması halinde iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası verilir.*

Cinsel saldırı suçunun basit şeklinin düzenlendiği bu maddedeki suçun oluşabilmesi için failin mağdurun vücuduna cinsel dürtü ve duygularını tatmin etme amacıyla temas etmesi gerekmekte olup failin amacı mağdurun vücuduna organ

⁷⁸ Parlar/Banko (s.3)

⁷⁹“..Sanığın mağdurun anüsüne parmak sokma şeklinde tezahür eden ırz ve namusa tasaddide bulunma eyleminin, **765 sayılı TCK.nun 415/2** ve **5237 sayılı TCK.nun 103/2. maddeleri** kapsamında yer alan nitelikli cinsel istismar suçu niteliğinde olup olmadığının tayin ve takdiri ile bu konudaki kanıtların değerlendirilmesi üst dereceli ağır ceza mahkemesine ait olup görevsizlik kararı verilmesi gerekirken yargılamaya devamla yazılı şekilde hüküm kurulması..” (14. CD. 30.11.2011 T. Esas No: 2011/2628, Karar No: 2011/4411), Centel, s.274

⁸⁰Centel, s..275

⁸¹ “Oluşa uygun olarak sanığın işlediği kabul edilen on yaşı içerisindeki mağdurun vücuduna oral yoldan zorla cinsel organ ithal etme eyleminin **765 sayılı yasanın 415/2.maddesine uyan ırz ve namusa tasaddide 5237 sayılı yasanın 103/2,103/4.maddelerine** temas eden ceza alt sınırı sekiz yıl hapsi gerektiren nitelikli cinsel istismar suçunu oluşturduğu,bu suç bakımından 5237 sayılı yasa açıkça aleyhe düzenleme içerdiğinden karşılaştırma yapılmamasının sonuca etkili olmadığı ve kaçırma suçu bakımından ise 5252 sayılı yasanın 9/3.maddesine uygun değerlendirme yapıldığı anlaşıldığından tebliğnamedeki bozma isteyen düşünceye iştirak edilmemiştir..”(5. CD. 12.06.2006 T. Esas No: 2006/3413, Karar No: 2006/5328), Parlar/Banko s.2

sokmak suretiyle birleşme değildir.⁸² Madde cinsel saldırı suçunun mağdurun vücuduna temas olmaksızın oluşmayacağını kabul etmiş görünmektedir.⁸³

5237 sayılı TCK'nın 102. Maddesinin 1. Fıkrası'nda düzenlenen basit cinsel saldırı suçunun, 765 sayılı TCK'da düzenlenen ırza tasaddi ve sarkıntılık suçlarına karşılık olarak düzenlendiği söylenebilir. 6545 sayılı kanunun 58. Maddesi ile yapılan değişiklik öncesinde basit cinsel saldırı suçunun cezai yaptırımını her hangi bir ayırım gözetilmeksizin iki yıldan yedi yıla kadar hapis olarak kabul edilmişken değişiklik sonrası ceza miktarı beş yıldan on yıla kadar hapis cezası olarak öngörülmüş ve maddeye yeni eklenen düzenleme ile cinsel davranışın sarkıntılık düzeyinde kalması halinde bu suçun yaptırımını iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası olarak belirlenmiştir.

765 sayılı TCK'dan farklı olarak 5237 sayılı TCK'da mağdurun esas alınan yaşı 16'dan 19'a çıkarılmış aynı zamanda 765 sayılı TCK'da şikayete bağlı olmayan basit cinsel saldırı suçu 5237 sayılı TCK'da bir soruşturma ve kovuşturma şartı olarak şikayete tabi tutulmuştur.⁸⁴ Failin 15-18 yaş aralığındaki mağdurların vücuduna cinsel dürtü ve duygularını tatmin etme amacıyla temas etmesi ise çocukların cinsel istismarı adı altında başka bir suç tipi olarak TCK'nın 103. Maddesinde ayrı bir madde ile yaptırıma bağlanmıştır.⁸⁵

Fıkranın ilk cümlesinde belirtilen basit cinsel saldırı suçunun oluşabilmesi için mağdurenin cinsel dokunulmazlığının ihlali bir süre devam etmelidir.⁸⁶ İkinci cümlede belirtilen ve doktrinde 'sarkıntılık' olarak adlandırılan daha az cezayı

⁸² Soyaslan, D. (2014), Ceza Hukuku Özel Hükümler, 10. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, s. 235

⁸³ Malkoç, İ. (2005), Yeni Türk Ceza Kanununda Cinsel Saldırı Suçları, Malkoç Kitapevi, Ankara, s.14

⁸⁴ Parlar/Banko, s.2

⁸⁵ Baytemir, E. (2014). Cinsel Dokunulmazlığa ve Genel Ahlakla Karşı Suçlar, Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, Ankara, s.9

⁸⁶ “..Hükümden sonra 28.06.2014 tarihinde yürürlüğe giren 6545 sayılı Kanun ile 5237 sayılı Kanundaki cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar yeniden düzenlenmiş olup; hırsızlık amacı ile olay gecesi yalnız yaşayan katılanın evine giren sanığın belinde para keseleri olabileceğini düşünerek katılanın üzerini elleriyle yokladığı sırada cinsel yönden tahrik olduğu ve pijamasını çıkarıp üzerine abandığı katılanın bu arada yatağa boşalmasından sonra bağırması üzerine, evin penceresinden kaçarak olay yerinden uzaklaştığı tüm dosya içeriğinden anlaşıldığından mevcut haliyle **eylemin sarkıntılık boyutunu aşır TCK'nın 102/1. maddesinin birinci cümlesinde yer alan** basit cinsel saldırı suçunu oluşturduğu anlaşılmakla..”(14. CD. 04.05.2015 T. Esas No: 2015/1322, Karar No: 2015/6044), Soyaslan, s. 235

gerektiren nitelikli halin ise ani nitelikte, devamı bulunmayan, kısa süreli ihlaller sonucu oluşacağı uygulamada kabul görmektedir.⁸⁷

6545 sayılı kanunun 58. Maddesi ile değişik 5237 sayılı Kanunun 102. Maddesi: **MADDE 102/2:** *Fiilin vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi durumunda, on iki yıldan az olmamak üzere hapis cezasına hükmolunur. Bu fiilin eşe karşı işlenmesi hâlinde, soruşturma ve kovuşturmanın yapılması mağdurun şikâyetine bağlıdır.*

TCK'nın 102. Maddesinin 2. Fıkrasında nitelikli cinsel saldırı suçü düzenlenmiştir. Cinsel saldırının vücuda organ veya başkaca bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi cinsel saldırı suçunun nitelikli hali olarak kabul edilmiş ancak suçun yaptırımını bağımsız bir ceza olarak belirlenmiştir.⁸⁸ Bu da doktrinde bu suçun aslında bağımsız bir suç tipi olduğu yönünde görüşlere yol açmıştır.

Cinsel saldırı suçunun nitelikli hali için de 765 sayılı TCK'dan farklı olarak 5237 sayılı TCK'da mağdurun esas alınan yaşı 16'dan 19'a çıkarılmıştır.⁸⁹ 15-18 yaş aralığındaki mağdurlara yönelik bu eylemler ise çocukların cinsel istismarı adı altında başka bir suç tipi olarak TCK'nın 103. Maddesinde ayrı bir madde ile yaptırıma bağlanmıştır.⁹⁰ Ayrıca 5237 sayılı TCK'da suçun maddi unsurunu oluşturan hareketler bakımından sadece vücuda vajinal veya anal yoldan organ sokulması değil oral yoldan veya vücuda sair cisim sokulması da bu madde kapsamına alınmış ve böylece suçun kapsamı genişletilmiştir.⁹¹

⁸⁷ “..Hükümden sonra 28.06.2014 tarihinde yürürlüğe giren 6545 sayılı Kanun ile 5237 sayılı Kanundaki cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar yeniden düzenlenmiş olup; sanığın işyerinde çalışan mağdureyi, işyerinin deposuna gönderdikten sonra kendisi de arkasından gidip, kolundan tutarak kendisine doğru çekmesi şeklinde **ani nitelikteki, devamı bulunmayan, kesik biçimde gerçekleştirdiği eyleminin TCK'nın 102/1. maddesinde düzenlenip sarkıntılık düzeyinde kalan basit cinsel saldırı** suçunu oluşturduğu anlaşılmakla..” (14. CD. 08.09.2015 T. Esas No: 2013/8910, Karar No: 2015/8110)

“..Sanıkla aralarında iftira atmayı gerektirir husumet bulunmayan mağdure ile annesi olan katılan Sepil'in samimi anlatımları ve tüm dosya içeriğine göre; sanığın mağdurenin elbisesinden içeri elini sokarak göğsüne dokunduğu, bunun üzerine mağdurenin sanığın yanından kaçarak uzaklaştığı, **ani nitelikte, devamı bulunmayan, kesik biçimde gerçekleştirdiği eylemin hükümden sonra yürürlüğe giren 6545 sayılı Kanunla değişik TCK'nın 103/1. maddesinde yer alan sarkıntılık** düzeyinde kalan basit cinsel saldırı suçunu oluşturduğu..” (14. CD. 22.12.2015 T. Esas No: 2014/611, Karar No: 2015/11944)

⁸⁸ Baytemir, s.97

⁸⁹ Parlar/Banko, s.2

⁹⁰ Baytemir s.9

⁹¹ Parlar/Banko (s.2)

Aynı zamanda maddedeki açık düzenleme gereği cinsel saldırı suçunun nitelikli halini eşler birbirlerine karşı gerçekleştirebilir ancak kanunilik ilkesi gereğince basit cinsel saldırı suçunun eşler arasında işlenmesi mümkün değildir.⁹²

1.5. SUÇLA KORUNAN HUKUKSAL DEĞER

Cinsel suçlarla korunan hukuksal yararın kişinin cinsel tercihini özgürce ve serbestçe belirlemesi olduğu yönündeki yaygın anlayış, cinsel suçların Yeni Türk Ceza Kanununda kişilere karşı işlenen suçlar içerisinde ve cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar başlığında düzenlenmesiyle yasal bir dayanağa kavuşmuştur.⁹³ Öyle ki cinsel suçlar 765 sayılı TCK döneminde genel adap ve aile düzeni aleyhine işlenen suçlar arasında düzenlenmekteyken modern toplum anlayışı, bireye bakış açısının değişmesi ve özellikle özgürlüğe verilen önemle Yeni TCK'da kişilere karşı işlenen suçlar arasında yer almış ve hatta doktrinde cinsel suçlarla korunan menfaatin kişinin cinsel dokunulmazlığının ötesinde cinsel özgürlüğünün korunması olması gerektiği ve dolayısıyla bu suçların özgürlüklere karşı suçlar arasında düzenlenmesinin daha uygun olacağı yönünde görüşler ortaya çıkmıştır.⁹⁴

HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, suçla korunan hukuki değer, kişinin cinsel serbestisinin sağlanması ve esen kılınması olduğu yönünde görüşlerini belirtmişlerdir.⁹⁵

Bizim de katıldığımız görüşe göre cinsel saldırı suçu ile korunan hukuki değer bireyin cinsel özgürlüğü olup cinsel özgürlük ise kişilerin cinsellik bakımından kendi vücutları üzerinde hukukun, ahlak kurallarının, örf ve adetin belirlediği sınırlar içerisinde serbestçe tasarrufta bulunabilme hakkıdır.⁹⁶

⁹² Gerçeker, H. (2008), Türk Ceza Kanunu, Cilt II, 2. Bası, Seçkin Yayınları, s. 2031

⁹³ Tezcan, D., Erdem, M.R., Önok, R. M. (2010) , Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Seçkin Yayınları, 7. Baskı, Ankara, s.293

⁹⁴ Centel, N.,(2013), Ceza Hukukunda Kadının Şiddete Karşı Korunması, XII Levha yayınları, İstanbul, s. 95

⁹⁵ Hafizoğulları, Z., Özen, M. (2013) Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar, US-A yayınları, 3. Baskı, Ankara, s.159

⁹⁶ Koca, M. (2013) 6545 sayılı kanunla yapılan değişiklikler çerçevesinde cinsel dokunulmazlığa karşı suçların değerlendirilmesi, Adalet Yayınevi, Ankara, s. 6

1.6. SUÇUN KONUSU

Suçun konusu üzerinde cinsel saldırı gerçekleştirilen kişinin vücudu ve cinsel bütünlüğüdür.⁹⁷ Cinsel saldırı suçunun maddi konusu yalnızca yaşayan insanlar olabilir yani hayvanlar ve ölü kişiler bu suçun maddi konusunu oluşturamaz.⁹⁸

1.7. FAİL

Herkes cinsel saldırı suçunun faili olabileceği gibi fail ve mağdur aynı veya farklı cinsten kişiler de olabilir.⁹⁹ Yani bu suç herkes tarafından herkese karşı işlenebilir. Bir kadın da bu suçu bir erkeğe veya kadına karşı işleyebilecektir.¹⁰⁰ Failin belirli kişilerden olması ise cezayı ağırlaştırıcı nedenler arasında belirlenmiştir.¹⁰¹

Ancak unutmamak gerekir ki cinsel saldırı suçunun nitelikli halini eşler birbirine karşı işleyebilirken basit cinsel saldırı suçunu eşlerin birbirine karşı işlenemeyecekleri kabul olunmuştur.¹⁰² Eşe karşı basit cinsel saldırı suçu unsurları itibarıyla olduğu takdirde kötü muamele suçunun oluşabileceği değerlendirilmektedir.¹⁰³ TCK'nın bu düzenlemeyi eksik bırakmış olması doktrinde geniş eleştirilere neden olmuştur.¹⁰⁴

Failin yaşının ise genel hükümler dışında ayırt edici bir özelliği bulunmamaktadır.¹⁰⁵ Ancak teselsül eden suçlarda sanığın yaşının eylemin bittiği tarihe göre tayin edilmesi gerektiğine yönelik ayırtı unutulmamalıdır.¹⁰⁶

Ayrıca fail ile ilgili uygulanacak kanun maddeleri ile görevli mahkemenin tespiti, yargılamanın gizli veya açık yapılması hususu ve yine yargılananın gerçek

⁹⁷ Meran, s.316

⁹⁸ Taner, s.80

⁹⁹ Centel, 269-290

¹⁰⁰ Yaşar, O.,Gökcan, H. T., Artuç M. (2010), Türk Ceza Kanunu, Cilt III, Adalet Yayınevi, Ankara s. 3232

¹⁰¹ Kılıç, s. 184

¹⁰² Tuğrul, A. C. (2013), Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar ve Enstest ilişkiler, Adalet Yayınevi, Ankara, s.45

¹⁰³ Malkoç, Yeni Türk Ceza Kanununda Cinsel Saldırı Suçları, s. 20

¹⁰⁴ Yaşar/Gökcan/Artuç , s. 3233

¹⁰⁵ Tuğrul, s.45

¹⁰⁶ Baytemir, s.18

fail olup olmadığının tespiti için faile ait nüfus kaydının getirilmesi elzendir. Bu kayıtların getirilmemiş olması mutlak bozma sebebi teşkil etmektedir.¹⁰⁷

1.8. MAĞDUR

Cinsel saldırı suçunun mağduru kadın veya erkek olabilir. Nitekim madde gerekçesinde bu açıkça belirtilmiştir. Ancak bu suçta mağdurun yaşı önemlidir çünkü ancak 18 yaşını tamamlamış olan kişiler bu suçun mağduru olabilirler.¹⁰⁸ Mağdur 18 yaşını tamamlamamışsa bu takdirde TCK'nın 103. Maddesinde düzenlenen çocukların cinsel istismarı suçu oluşur.¹⁰⁹ Burada önemli olan mağdurun 18 yaşını tamamlamış olmasıdır. Yani 18 yaşını doldurmayan kişi evlenmeyle veya mahkeme kararıyla ergin olsa bile 18 yaşından küçük ise kendisine karşı gerçekleştirilecek olan eylemler çocuğun basit cinsel istismarı olarak değerlendirilecektir.¹¹⁰

Mağdurun yaşı gerek unsur olarak gerekse de uygulanacak kanun maddesinin belirlenmesinde önem arz ettiğinden mağdura ait nüfus kaydının dosya arasına alınması gereklidir.¹¹¹ Ayrıca mağdurun nüfus kaydının gerçeği yansıtmadığı şüphesi halinde mağdura ait doğum tutanaklarının istenilmesi, resmi bir kurumda doğmadığının anlaşılması halinde ise tam teşekküllü resmi bir sağlık kurumundan sağlık kurulu raporu alınması ve mağdurun gerçek yaşının tam olarak belirlenmesi gerekmektedir.¹¹² Aksi yönde bir uygulama mahkemece verilen kararın eksik inceleme nedeniyle bozulmasına neden olabilecektir.¹¹³

¹⁰⁷ Baytemir, s.12

¹⁰⁸ Tuğrul, s. 47

¹⁰⁹ Centel, 269-290

¹¹⁰ Yaşar/Gökcan/Artuç , s. 3233

¹¹¹ Yaşar/Gökcan/Artuç ,s. 3234

¹¹² “Suç niteliğini belirlemeye etkisi nedeniyle mağdurenin nüfus kaydı getirilmeden noksan incelemeyle hüküm kurulması..” (5. CD. 01.02.2010 T. Esas No: 2006/2028 Karar No: 2009/7404)

“Suçun unsuruna ve uygulanacak kanun maddesine etkisi bakımından mağdura ait onaylı nüfus kaydı getirilmeden dosyada mevcut onaysız nüfus kaydı ve nüfus cüzdanı fotokopisine itibar edilerek yazılı şekilde hüküm kurulması,..”(5. CD.19.09.2006 T. EsasNo: 2006/5820 Karar No: 2006/7019

“..Suçun niteliğinin belirlenmesine etkisi nazara alınarak, dosyada mevcut grafi ve Antalya Eğitim ve Araştırma Hastanesi'nin 19.01.2011 günlü Sağlık Kurulu Raporu ile birlikte Adli Tıp Kurumuna gönderilerek mağdurenin suç tarihindeki yaşının bilimsel olarak saptanması ve sonucuna göre CMK.nun 218/2. maddesi uyarınca nüfus kayıtlarının düzeltilip, sanığın hukuki durumunun belirlenmesi gerekirken, içinde radyoloji uzmanı bulunmayan Antalya Eğitim ve Araştırma Hastanesi'nin 19.01.2011 tarihli kurul raporu ve ekinde ne uzmanı olduğu anlaşılamayan hekimin 13.12.2010 onay tarihli raporuna göre eksik araştırmayla hüküm kurulması..”(14.CD 29.11.2011 T. Esas No: 2011/17376 Karar No: 2011/4333), Baytemir, s.28

¹¹³“..Nüfus kaydına göre hastane doğumlu olmayan mağdurenin kemik yaşının tespiti için Van Eğitim ve Araştırma Hastahanesince düzenlenen 02.12.2009 tarihli sağlık kurulu raporunda; radyoloji

Sanığın mağdur bana yaşının büyük olduğunu söyledi veya mağdur 18 yaşından büyük görünmektedir şeklindeki beyanları da yaşa itiraz niteliğinde olup mahkemece yaş konusunda gerekli incelemenin yapılması gereklidir.¹¹⁴ Aksi halde eksik inceleme sözkonusu olacaktır.¹¹⁵

Tüm araştırmalara rağmen mağdurun yaşının tespiti mümkün olmadığı zaman ise bu durum sanık lehine yorumlanmalıdır.¹¹⁶

uzmanının bulunmaması karşısında, radyoloji uzmanının katılımının sağlandığı tam teşekküllü bir sağlık kurulundan veya gerektiğinde Adli Tıp Kurumu ilgili ihtisas kurulundan görüş alınmak suretiyle mağdurenin suç tarihindeki yaşı bilimsel olarak belirlendikten sonra sanıkların hukuki durumlarının tayin ve takdiri gerekirken eksik araştırma ile yazılı şekilde hükümler kurulması.”(14. CD. 24.12.2015 T. Esas No: 2014/1589, Karar No: 2015/12073)

¹¹⁴Yaşar/Gökcan/Artuç , s. 3234

¹¹⁵ “..Sanığın **aşamalarda yaşa itiraz anlamındaki savunmalarında** mağdurenin onbeş yaşından küçük olduğunu bilmediğini beyan etmesi karşısında suç niteliğine etkisi nazara alınarak ve mağdurenin nüfus kaydında doğum tarihinin 21.02.1995 olmasına rağmen tescil tarihinin 17.08.1995 olması, mağdure ve katılanın, mağdurenin Diyarbakır Devlet Hastanesinde doğduğunu belirtmeleri göz önüne alınıp, öncelikle mağdurenin bu hastane nezdinde doğumla ilgili evrak olup olmadığının araştırılarak varsa buna ilişkin evrakın tasdikli suretinin getirtilip değerlendirme yapılması, aksi takdirde mağdurenin yaş tespitine esas olacak şekilde kemik grafileri çektilirip tam teşekküllü bir hastaneden içinde radyoloji uzmanının da bulunduğu sağlık kurulundan rapor alınması, duraksama halinde de Adli Tıp Kurumundan görüş alınarak gerçek yaşının bilimsel şekilde saptanmasından sonra suç niteliği ve sanığın hukuki durumunun tayin ve takdiri gerektiğinin gözetilmemesi..” (14. CD. 28.04.2015 T. Esas No: 2013/6871, Karar No: 2015/5889)

“..Sanık Şahin müdafinin duruşmada, mağdurenin **sanıklara onsekiz yaşından büyük olduğunu söylediği yönündeki savunmasının yaşa itiraz niteliği taşıması** ve mağdurenin nüfus kaydında doğum tarihi 10.10.1995 olmasına rağmen nüfusa 06.11.2003 günü tescil edilmesi karşısında, suç niteliklerine etkisi nazara alınarak öncelikle mağdurenin hastane doğumlu olup olmadığı hususu araştırılıp hastane doğumlu olmadığı tespit edilirse durumunda yaş tespitine esas olacak şekilde kemik grafileri çektilirip tam teşekküllü bir hastaneden içinde radyoloji uzmanının da bulunduğu sağlık kurulundan rapor alınması, duraksama halinde de Adli Tıp Kurumundan görüş alınarak suç tarihindeki gerçek yaşının bilimsel şekilde saptanmasından sonra sanıkların hukuki durumlarının tayin ve takdiri gerektiğinin gözetilmemesi.”(14. CD. 30.12.2015 T. Esas No: 2014/1631, Karar No: 2015/12305)

¹¹⁶Mağdurenin aşamalarda çelişkili anlatımları, savunma ile tüm dosya içeriği nazara alındığında, kayden 10.08.1991 doğumlu olup suç tarihinde 14 yıl 8 aylık olan mağdurenin olay günü pazar yerine gittiği sırada yanına yaklaşan sanıklar Dursun, Ömer ile Yaprak'ın bulunduğu traktöre cebir, tehdit veya hile olmaksızın binmesinin ardından ileride bekleyen sanıklar Ali ile Lale'nin de araca binip diğer sanık Mukaddes'in evine gittikleri ve burada Mukaddes'in yaşının küçük olduğunu öğrendiği mağdureyle konuştuktan sonra herhangi bir cinsel eylemde bulunmaksızın diğer sanıklarla beraber evden ayrıldığı anlaşıldığından, Ali'nin mağdurenin yaşına ilişkin beyanı ile mahkemece sanıklar haklarında ilk kurulan beraat hükümlerinin yapılan temyiz incelemesinde mağdurenin resmi kurumda doğup doğmadığının araştırılıp doğmadığının tespiti halinde yaş araştırması yapılması gerektiği yönünde Dairemizce verilen bozma ilamına istinaden mahkemece rapora sevk edilen mağdure hakkında Aksaray Devlet Hastanesinde oluşturulup içinde radyoloji uzmanının da bulunduğu sağlık kurulunca düzenlenen 13.11.2013 tarihli, 3365 sayılı raporda mağdurenin rapor tarihi itibarıyla kemik yaşının yirmiiki-yirmiüç yaşları ile uyumlu olduğunun bildirilmesi karşısında, **mağdurenin suç tarihinde onbeş yaşını tamamlayıp tamamlamadığı hususunda tereddüt olduğu gözetilip bu husustaki şüphenin sanıklar lehine değerlendirilmesi gerektiğinden**, olay tarihinde onbeş yaşını doldurduğu kabul edilen mağdureye yönelik cebir tehdit veya hile olmaksızın alıkoyma eylemini gerçekleştiren sanıkların unsurları itibarıyla oluşmayan müstet suçtan beraatlerine karar verilmesi yerine yazılı şekilde mahkumiyetlerine hükmedilmesi, (14. CD. 17.06.2016 T. Esas No: 2016/5087, Karar No: 2016/6072), Baytemir s.28

Bir de mağdurun yaşının önceden mahkeme kararıyla düzeltilmesi halinde mağdurun yaşının neye göre esas alınacağı sorunu vardır. Bu durumda da ceza hukukunda amaç maddi gerçeğin araştırılması olduğundan nüfus kaydında bir düzeltme yapılmaksızın mağdurun gerçek yaşı belirlenecek ve gerçek yaşı esas alınarak uygulama yapılacaktır.¹¹⁷

Cinsel saldırı suçunun ancak yaşayan insana karşı işlenebileceği unutulmamalıdır.¹¹⁸ Cinsel saldırı fiilinin ölüler üzerinde işlenmesi halinde TCK'nın 130/2 maddesinde düzenlenen 'kişinin hatırasına hakaret suçu'¹¹⁹ veya ölüye kötü muamele suçu oluşabilecektir.¹²⁰ Ayrıca bu suç hayvanlara karşı işlenirse idari para cezasını gerektiren kabahat fiilini oluşturacaktır.¹²¹

¹¹⁷ "...Mağdurenin yaşının kesinleşmiş hukuk mahkemesi kararı ile düzeltilmiş olması halinde, Ceza Mahkemesince 5271 Sayılı CMK.nun 218/2. maddesi uyarınca nüfus kaydının düzeltilmesi yolunda bir karar verilmesine olanak bulunmamakta ise de; amaç maddi gerçeğin araştırılması olduğundan, mağdurenin anne-babasının" suç tarihinde 16 yaşındaydı nüfusa geç yazıldı" şeklindeki açıklamaları ile sanığın duruşmada "mağdurenin yaşı gerçekte büyüktür" demesi yaşa itiraz niteliğinde kabul edilerek; suçun oluşumuna etkisi ve şikayetçi olmayan mağdurenin suç tarihinde 15 yaşını bitirmiş olması halinde sanığın eyleminin 5237 sayılı TCK.nun 104. maddesine temas edeceği de gözetilerek; doğum tutanağından mağdurenin Bozöyük Asliye Hukuk Mahkemesinin 1979/169-221 ve 30.7.1979 tarih sayılı kararı ile 25.1.1980 de nüfusa tescil edildiği anlaşılmalı, temini mümkün olduğu takdirde söz konusu dosya getirilip, tescilin dayanaklarının araştırılması, resmi bir sağlık kurumunda doğmadığının anlaşılması halinde, yaş tespitine esas film ve grafilerinin çektilererek sağlık kurulundan rapor alınması, gerektiğinde Adli Tıp Kurumu ilgili İhtisas Kurulundan da görüş sorularak gerçek yaşın bilimsel biçimde saptanmasından sonra sanığın hukuki durumunun tayin ve taktiri gerekirken noksan soruşturma ile yazılı şekilde hüküm kurulması.." (5. CD. 20.9.2006 T. Esas No: 2006/3997, Karar No: 2006/7126), Yaşar/Gökcan/Artuç ,s. 3235

¹¹⁸ Yaşar/Gökcan/Artuç , s. 3233

¹¹⁹Kılıç, s. 184

¹²⁰ Soyaslan, s. 236

¹²¹ Yaşar/Gökcan/Artuç , s. 3234

İKİNCİ BÖLÜM SUÇUN UNSURLARI, SUÇU AĞIRLAŞTIRAN NEDENLER, SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ VE SORUŞTURMA USULÜ İLE YAPTIRIM

2.1. SUÇUN UNSURLARI

Suçun, 5237 sayılı TCK kapsamında; maddi unsuru, manevi unsuru ve hukuka aykırılık unsuru bulunmaktadır.¹²²

Ceza hukukunda fiil maddi yönden çeşitli unsurların varlığını gerektirir; birinciler pozitif unsurlar, yani fiilde bulunması gereken unsurlar, ikinciler ise negatif unsurlar yani fiilde bulunmaması gereken unsurlardır.¹²³ Ceza hukukunda pozitif unsurlar denilince, “hareket, netice ve nedensellik bağı” anlaşılır.¹²⁴ Negatif unsurlar denilince ise “hukuka uygunluk sebeplerinin bulunmaması” anlaşılır.¹²⁵

2.1.1. Maddi Unsur

Bu bölümde çalışmamızın konusunu oluşturan cinsel saldırı suçu, “hareket” “netice” ve “nedensellik bağı” başlıkları altında ayrı ayrı incelenecektir.

¹²² Toroslu, N., (2012) Ceza Hukuku Genel Kısım, Savaş Yayınevi, 17. Baskı, Ankara, s.124 ve devamı

¹²³ Toroslu, s. 124

¹²⁴ Hakeri, H., Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, 16. Baskı, Ankara, s. 140

¹²⁵ Toroslu, s. 124

2.1.1.1. Hareket ve Netice

Cinsel saldırı suçunun hareket ögesi cinsel yönden mağdurun vücut dokunulmazlığının ihlalini oluşturan hareketlerin yapılmasıdır.¹²⁶ Bu suçun söz konusu olabilmesi için, failin cinsel bir davranışta bulunması gerekmektedir.¹²⁷ TCK, suçun cinsel davranışlarla işleneceğini söylemekte, ancak cinsel davranışları sınırlandırmayarak, bu davranışların nelerden ibaret olduğunu belirtmemektedir.¹²⁸

Bu nedenle failin bu davranışları çeşitli şekillerde karşımıza çıkabilir ancak bu suçun oluşabilmesi için her halükarda mağdurun vücuduna bedensel bir temasın olması şarttır.¹²⁹

Mağdurun vücuduna temas olmaksızın sözle yapılan davranışlar ve yine dokunma olmaksızın failin cinsel organını göstermesi eyleminde olduğu gibi yapılan hareketler cinsel taciz suçunu oluşturacaktır.¹³⁰

Failin gerçekleştirdiği vücut teması cinsel bölgelere dokunmak, kucağa oturtmak, cinsel organın sürtmek, öpmek, emmek ve cinsel bölgelerine sair cisim

¹²⁶ Soyaslan, s. 237

¹²⁷ Sevük, s.251

¹²⁸ Hafizoğulları/Özen, s. 159

¹²⁹ “..Sanığın, bedeni temas içerecek şekilde mağdurenin kalçasını ellediğinin iddia edilmesi karşısında; eyleminin, 5237 sayılı TCK.nun 103/1. maddesi kapsamında yer alan suç niteliğinde olup olmadığına tayin ve takdiri, bu konudaki kanıtların değerlendirilmesi üst mahkemeye ait olup görevsizlik kararı verilmesi gerekirken yargılamaya devamla yazılı şekilde hüküm kurulması..” (5.CD 03.06.2008 T. Esas No: 2006/4321, Karar No: 2008/5778)

“..Oluş ve kabule göre, kendisini erkek gibi hissettiğini beyan eden katılan sanığın, olay günü kaynamış mısır satmakta olan önceden tanıdığı mağdure Ayşe'nin yanına gidip aniden boynundan öpmesi şeklinde **bedensel temas içeren eyleminin**, 5237 sayılı TCK.nun 102/1. maddesinde belirtilen basit cinsel saldırı suçunu oluşturduğu halde, suç vasfında yanılıya düşülerek yazılı şekilde cinsel taciz suçundan hüküm kurulması..” (14. CD. 31.03.2015 T. Esas No: 2014/1897, Karar No: 2015/5135),

“..Sanığın intikal tarihinden önceki tarihlerde **mağdureye hiç bir bedensel temasta bulunmaksızın zincirleme cinsel taciz niteliğinde sözler sarf etmekten** ibaret eylemlerinin zincirleme şekilde TCK'nın 105. maddesinde düzenlenen cinsel taciz suçunu oluşturduğu gözetilmeden, söz konusu eylemlerin yanılıya düşülerek bir bütün halinde TCK'nın 102/1. maddesinde tanımlanan basit cinsel saldırı suçunu oluşturduğundan bahisle verilen cezadan TCK'nın 43/1. maddesi uyarınca artırım yapılması..” (14. CD. 08.10.2015 T. Esas No: 2013/10662, Karar No: 2015/9133) Gerçekler, s. 2034

¹³⁰“.. Katılanın aşamalarda samimi anlatımları, savunma ile tüm dosya içeriği nazara alındığında, olay gecesi sanığın, bindiği halk otobüsünde yirmi iki yaşındaki katılanın yanına oturmasının ardından yolculuk sırasında cinsel organını çıkartıp oynayarak katılana gösterdiği sabit olduğundan, 28.06.2014 tarihinde yürürlüğe giren 6545 sayılı Kanunla cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlarda yapılan düzenlemeler de nazara alınıp belirlenecek lehe Kanuna **göre cinsel taciz suçundan** cezalandırılması yerine suç vasfının tayininde yanılıya düşülerek yazılı gerekçeyle basit cinsel saldırı suçundan beraatine karar verilmesi,..” (14. CD. 07.06.2016 T. Esas No: 2015/3355, Karar No: 2016/5656) Gerçekler, s. 2034

sokmak şeklinde olabilir. Bizim de katıldığımız görüşe göre bu vücut temasının cinsel arzuları tatmine yönelik olması gerekir. Cinsel arzuları tatmin amacı olmayan eylemler bu suçu oluşturmayacaktır.¹³¹ Ancak Yargıtay'ın bu konuda somut olayın niteliğine göre farklı uygulamaları bulunduğu da belirtmek isteriz.¹³² Suçun oluşması için failin cinsel arzularını tatmin etme düşüncesiyle hareket etmesi yeterli olup ayrıca cinsel arzularını fiilen tatmin etmiş olması gerekmez.¹³³

TCK'nın 102. Maddesine giren cinsel davranışlar üç şekilde ortaya çıkabilmektedir. Bunlardan ilki basit cinsel saldırı, ikincisi nitelikli cinsel saldırı ve üçüncüsü ise TCK'nın ilk şeklinde yer almayan ve 6545 sayılı kanunun 58. Maddesiyle maddeye eklenen sarkıntılık suretiyle gerçekleştirilen cinsel davranışlardır.¹³⁴

Cinsel saldırı suçunun temel özelliği failin bu suçu oluşturan fiilleri mağdurun rızası dışında gerçekleştirmesidir.¹³⁵ Rıza varsa suçun oluştuğundan söz edilemeyecektir.¹³⁶ Zira suçun unsurlarından biri gerçekleşmemiş olacaktır.¹³⁷

¹³¹ Yaşar/Gökcan/Artuç s. 3237

¹³² “.Olay günü tutuklanarak cezaevine konulan mağdurun cezaevi koğuşunda suça sürüklenen çocuklar tarafından dövülerek anüsüne önce kalem, ardından fırça sapı sokulduğu mahkeme kabulünün de bu yön de olduğu, 5237 sayılı TCK'nın 103/2. maddesinde düzenlenen ve kanunî tanımında “vücuda organ veya sair bir cisim sokulması” şeklinde tarif edilen suçun tipiklik unsuru olan "sair bir cisim" sokulması eyleminin gerçekleştiği, bu eylemler nedeniyle de mağdurun Adli Tıp Kurumu 6. İhtisas Kurulunun 20.02.2012 tarihli raporuna göre ruh sağlığının bozulduğu gözetilerek çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçundan mahkûmiyetleri yerine, kanuna yanlış anlam verilerek "cinsel davranış suçunda cinsel davranışlarla mağdurun vücut dokunulmazlığının ihlal edilmiş olması ve **vücut dokunulmazlığının cinsel arzuları tatmine yönelik davranışlarla ihlal edilmesi gerekir**" şeklindeki yazılı gerekçe ile eziyet suçundan mahkûmiyet hükümleri kurulması,.." (14. CD. 26.11.2015 T. Esas No: 2013/9580, Karar No: 2015/11052)

“..Dosya içeriğine göre, öğretmen olan sanığın ders sırasında öğrencilerin soru sorması üzerine veya onların dikkatlerini toplamaları amacıyla yanlarına gidip sıralarına oturarak soruları çözmelerine yardımcı olup konuştuğunun ve elini zaman zaman öğrencilerin omzuna attığının, bu kapsamda dersleri iyi olmayan mağdurenin de sırasına oturup elini mağdurenin omzuna attığının sabit olduğu, ancak mağdurenin yanağını okşadığının ya da kendi yanağını mağdurenin yanağına dokundurduğunun ispatlanamadığı ve sanığın, sınıf ortamında ve ders sırasında diğer öğrencilere de yaptığı şekilde elini mağdurenin omzuna atmak şeklindeki eylemini ise öğrenci-öğretmen ilişkisini açacak şekilde cinsel arzuları tatmine yönelik bir amaçla gerçekleştirdiğine dair cezalandırmaya yeterli delil bulunmadığı ve sanığın atılı suçtan beraatine karar verilmesi gerektiği gözetilmeden yazılı şekilde mahkûmiyetine karar verilmesi..” (14. CD. 05.05.2014 T. Esas No: 2013/4185, Karar No: 2014/5970)

¹³³ Sevük, s.252

¹³⁴ Özbek V. ve diğerleri, s. 315

¹³⁵ Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 3239

¹³⁶ “.Oluş ve kabule göre; sanığın, mağdurenin **rızasıyla** cinsel organını mağdurenin cinsel organına sürterek boşalma şeklinde gerçekleşen eyleminin mağdurenin düzeltilen yaşına göre suç teşkil etmediği nazara alındığında sanığın atılı suçtan beraati yerine yazılı şekilde mahkûmiyetine karar verilmesi..”(14. CD. 08.12.2014 T. Esas No: 2013/5130, Karar No: 2014/13921)

“..sanığın mağdure ile ilişkiye girdiğine dair mağdurenin açıklandığı üzere aşamalarda kendi içinde ve adli raporlarla çelişkili beyanları dışında şüpheden uzak, kesin inandırıcı deliller olmadığı gibi

Eylemin suç oluşturmaması için rızanın eylemin işlenmesinden önce veya en azından işlenirken var olması aranır.¹³⁸

Bizim de katıldığımız görüşe göre rızanın varlığı her somut olayın özelliğine göre ayrı ayrı irdelenmeli ve kural olarak mağdurun “hayır” demesi rızanın yokluğu için yeterli sayılmalıdır.¹³⁹ Ancak doktrinde bu durum tartışmalıdır. Erdem/Önok, kişinin hayır demesinin rızanın yok sayılması için yeterli olmayacağını savunurken Aydın ise mağdurun ciddi bir şekilde hayır demesinin yeterli olduğunu, ayrıca direnç göstermesini aramanın çağdaş gelişmelere uygun düşmeyeceğini savunmaktadır.¹⁴⁰

Rızanın var olup olmadığı hususunda tereddüt oluşması halinde ise bu durum sanığın lehine olarak yorumlanmalıdır.¹⁴¹

TCK'nın 102. Maddesinin gerekçesinde “*mağdura karşı cebir veya tehdit ya da hile kullanılabileceği gibi, örneğin bilincinin yitirilmesine neden olmak ya da uyku hali dolayısıyla bilincin kapalı olmasından yararlanmak suretiyle de bu suçlar işlenebilir*” düzenlemesi mevcuttur. Dolayısıyla her ne kadar madde lafzında net olarak belirtilmese de suçun işlenmesi için iradenin bulunmaması veya ortadan kaldırılması gereklidir.¹⁴² Doktrinde bizimde katıldığımız görüşe göre bu suçun oluşabilmesi için mağdura karşı cebir, şiddet, tehdit, ve hile gibi araçların kullanılması şart olmayıp mağdurun rızasının olmaması yeterlidir.¹⁴³

mağdurenin rızası dışında basit cinsel istismar teşkil edecek eylemlere maruz kaldığı hususunda da şüpheden uzak kesin ve inandırıcı deliller bulunmadığı, düzeltilen yaşına göre de suç tarihi itibarıyla 15 yaşından büyük **mağdurenin rızasıyla gerçekleşen basit cinsel istismar eylemlerinin suç teşkil etmemesi** nedeniyle sanığın atılı suçtan beraati yerine, dosya kapsamına uygun düşmeyen gerekçeyle yazılı şekilde mahkûmiyetine karar verilmesi,(14. CD. 23.01.2014 T. Esas No: 2013/10849, Karar No: 2014/757)

¹³⁷ Malkoç, Yeni Türk Ceza Kanununda Cinsel Saldırı Suçları, s. 20

¹³⁸ Artuk M.E.,Gökçen A., Yenidünya A. C. (2014), Ceza Hukuku Özel Hükümler, 14. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, s.209

¹³⁹ Sevük, s.250

¹⁴⁰ Kılıç, s. 187

¹⁴¹“..Mağdurenin aşamalarda beyanlarında sanığın zorla üzerindeki elbiseleri çıkartıp, kendisi ile cinsel ilişkiye gireceği esnada canının acıması nedeniyle sanığı iterek uzaklaştırdığını belirtmesi, sanığın üzerindeki elbiseleri tamamen çıkartıncaya kadar sesini çıkarmaması, karşı koyduğuna ilişkin bulgu olmaması karşısında sanığın savunmasında da ifade ettiği gibi **eylemin mağdurenin rızasına aykırı olarak işlendiğine ilişkin mahkûmiyete yeter delil bulunmadığı gözetilmeden mahkûmiyet kararı verilmesi..**” (14.CD. 20.06.2012 Esas No: 2011/4067, Karar No:2012/7042), Yaşar/Gökçen/Artuç, s. 3239

¹⁴² Kılıç, s. 186

¹⁴³ Özbek ve diğerleri, s. 316

Burada mağdurun iradesini ortadan kaldıran vasıtaları tek tek incelemek yararlı olacaktır.

2.1.1.1.1. Cebir

Cebir mağdurun direncini kıran her türlü maddi kuvvet kullanımı şeklinde tarif edilebilir.¹⁴⁴ Bu suçta cebir mağdurun direncini kırarak failin amacına ulaşması için bir vasıta olarak kullanılmaktadır.¹⁴⁵ Cebrin icrasıyla mağdur kendi rızası dışında, failin istek ve arzuları doğrultusunda hareket etmek durumunda kalmaktadır.¹⁴⁶ Örneğin mağdurun direncini kırarak şekilde kollarından tutup onu yere yatırarak cinsel bölgelerine dokunulması eyleminde cebir kullanılmıştır.

Cebrin eylemin devamı boyunca kullanılması gerekli olmayıp mağdurun başlangıçtaki direncini kırmaya elverişli olması yeterlidir.¹⁴⁷ Cebrin icrası sırasında kasten yaralama suçunun ağır neticelerine neden olması hâlinde ise ayrıca kasten yaralama suçu da oluşacak ve fail gerçek içtima kurallarına göre cezalandırılacaktır. Bu duruma ileriki sayfalarda suçu ağırlaştırıcı nedenler başlığında ayrıntısı ile değinilecektir.

2.1.1.1.2. Tehdit

Tehdit; mağdurda kendisine ya da yakınlarına karşı cinsel saldırıda bulunmaktan daha ağır bir zarara uğratılacağı konusunda korku yaratmak şeklinde tanımlanabilir.¹⁴⁸ Tehdidin cinsel davranışa rıza gösterilmemesi durumunda, mağdurun ileride bir zarara uğratılacağı beyanını içermesi ve objektif olarak ciddi mahiyet arz etmesi gerekir¹⁴⁹ Söz konusu tehdit mağdurun, hayatına, vücut bütünlüğüne, malvarlığına, şeref ve haysiyetine yönelik olabilir.¹⁵⁰ Ancak bu tehdidin mağdurun cinsel saldırıya boyun eğmesini sağlayacak önem ve ciddilikte bulunması bir başka deyişle gerçekleştirileceği bildirilen zararın cinsel saldırı sonucu oluşacak

¹⁴⁴ Artuk /Gökçen /Yenidünya ,Türk Ceza Kanunu Şerhi, s. 3631

¹⁴⁵ Özbek ve diğerleri, s. 316

¹⁴⁶ Artuk /Gökçen /Yenidünya , Türk Ceza Kanunu Şerhi, s. 3631

¹⁴⁷ Baytemir, s.47

¹⁴⁸ Baytemir , s.51

¹⁴⁹ Parlar/Banko, s.6

¹⁵⁰ Özbek ve diğerleri, s. 316

zarardan daha ağır olması gerekir.¹⁵¹ Ancak bu nitelikteki bir tehdidin iradeyi ortadan kaldırdığı söylenebilir. Yine tehdidin mutlaka mağdura yöneltilmiş olması aranmaz, mağdurun yakınlık duyduğu birisine yöneltilmesi de yeterlidir¹⁵²

Ayrıca tehdidin suçun işlendiği sırada cinsel davranışı gerçekleştirmek amacıyla kullanılmış olmasının gerektiği de unutulmamalıdır.¹⁵³ Keza Yargıtay'da suçun işlenmesinden sonra olanları başkasına söylememesi hususunda mağdurun tehdit edilmesini cinsel saldırının gerçekleşmesi için kullanılan tehdit olarak görmemiş, failin gerçek içtima kuralınca ayrıca tehdit suçundan da cezalandırılmasını içtihat edinmiştir.¹⁵⁴

Yine failin, mağdurun eyleme rıza gösterdiğini iddia ettiği hallerde mahkeme suçlayıcı beyanları çok dikkatle irdeleyip inandırıcılığını mutlaka sınamalıdır keza Yüksek Yargıtayın yerleşik uygulamalarına göre de mağdurun faile iftira etmesi için bir neden bulunmuyorsa ve tüm aşamalardaki beyanlarında samimiyetini şüpheye düşürecek bir tutarsızlık yoksa bu beyanlarına itibar edilmesi gerekecektir.¹⁵⁵

2.1.1.1.3. Hile

Hile mağdurun aldatılması sonucu gerçek şartlarda yapmayacağı bir davranışı yapmaya yöneltilmesidir.¹⁵⁶ Hile yöneldiği mağduru kandırabilecek nitelikte ağır, yoğun ve ustaca olmalı aynı zamanda mağdurun denetleme imkânını da ortadan

¹⁵¹ Artuk/Gökçen /Yenidünya , Türk Ceza Kanunu Şerhi, s. 3632

¹⁵² Özbek ve diğerleri, s. 316

¹⁵³“ ..Oluş ve dosya kapsamına uygun kabule göre; sanığın basit cinsel saldırı suçuna konu eylemleri **gerçekleştirdiği sırada** mağdurenin direncini kırmak amacıyla sessiz olmasını yoksa bıçaklayacağını **söyleyerek tehdit etmesi şeklindeki eyleminin, basit cinsel saldırı suçunun unsuru olması** nedeniyle ayrıca tehdit suçundan ceza verilmesinin mümkün olmadığı gözetilmeden yazılı şekilde sanığın tehdit suçundan da mahkûmiyetine karar verilmesi..” (14.CD. 15.10.2015 Esas No: 2013/10938, Karar No : 2015/9402)

¹⁵⁴ “..Sanığın mağdureye yönelik çocuğun nitelikli cinsel istismarı eylemlerinin işlenmesini kolaylaştırmak için gerçekleştirmiş olduğu tehditler dışında ayrıca 03.03.2011 tarihli tutanakta içeriği tespit edilen ve mağdurenin arkadaşından ayrılmasını sağlamaya yönelik mağdureye göndermiş olduğu birden fazla tehdit içerikli mesajların nitelikli cinsel istismar eyleminin kolaylaştırmaya ilişkin olmaması nedeniyle **ayrıca tehdit suçunun da oluşacağı gözetilmeden** sanığın TCK.nın 103/2-4, 43/1, 31/3 ve 106/1, 43/1, 31/3. maddeleri uyarınca cezalandırılması yerine yazılı şekilde hüküm kurulması..”(14.CD. 29.01.2015 Esas No: 2013/7198, Karar No: 2015/772), Baytemir, s.54

¹⁵⁵ Tezcan.D,Erдем M.R.,Önok, R,M.(2014) Teorik ve pratik Ceza Özel Hukuku Seçkin yayınları, 11. Baskı, Ankara, s.330

¹⁵⁶ Centel, s.269-290

kaldırabilecek şekilde olmalıdır.¹⁵⁷ Yani hile yöneldiği mağdura göre subjektif olarak belirlenmelidir. Hile ile mağdur hataya düşürülmekte ve fiile mukavemet edemeyecek hale getirilmektedir.¹⁵⁸ Hileli vasıtaların neler olduğu hususunda kanunda açık bir düzenleme yoktur. Ancak; failin kendisini doktor gibi tanıtarak mağduru muayene ediyor gibi davranması, mağdurun içkisine ilaç katması ve ya hipnotize etmesi örnek olarak gösterilebilir.¹⁵⁹

Evlenme vaadinin bu suç için “hile” niteliğinde sayılıp sayılmayacağı hususu ise öğretide tartışmalıdır. Tezcan/Erdem/Önok’a göre mağdurun rızasını sağlamak için başvuru her türlü aldatıcı davranış ve dolayısıyla evlenme vaadine inanılarak gösterilen rıza geçerli olmayacak ve cinsel saldırı suçu oluşacaktır. Yaşar/Gökçen/Artuç ve bizim de katıldığımız görüşe göre ise; tek başına evlenme vaadi cinsel saldırı suçunu oluşturacak nitelikte hile olarak kabul edilmez.¹⁶⁰ Çünkü bu fiilin mağduru 18 yaşını tamamlamış olup yaşının da verdiği olgunlukla kararlarını doğru bir şekilde verebilecek yeteneğe sahiptir. Yargıtay’ın uygulamaları da bu yöndedir.¹⁶¹

TCK’nın 102. Maddesine konu cinsel davranışların üç şekilde ortaya çıkabileceğini yukarıda belirlemiştik. Ortak kavramları ayrıntısıyla inceledikten sonra “*basit cinsel saldırı*”, “*nitelikli cinsel saldırı*” ve “*sarkıntılık suretiyle gerçekleştirilen cinsel saldırı*” suçlarını ayrı başlıklar altında incelemek faydalı olacaktır.

¹⁵⁷ Parlar/Banko, s.7

¹⁵⁸ Artuk /Gökçen /Yenidünya , Türk Ceza Kanunu Şerhi., s. 3633

¹⁵⁹ Baytemir, s.57

¹⁶⁰ Yaşar/ Gökçen/Artuç, s. 3241

¹⁶¹ “..Oluş ve kabule göre; suça sürüklenen çocuğun suç tarihlerinde onbeş-onsekiz yaş grubunda yer alıp dosya içeriğine göre akıl hastalığı da bulunmayan mağdure ile birden fazla rızaen cinsel ilişkiye girmesi eyleminde, **suça sürüklenen çocuğun evlenme vaadinde bulunması mağdurenin iradesini bertaraf edip fiile karşı koyma gücünü ortadan kaldıracak boyutta bir hile olarak kabul edilemeyeceğinden**, mevcut haliyle eylemlerin reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu oluşturup, TCK’nın 104/1, 43. maddelerine uyduğu gözetilmeksizin dosya kapsamına uygun düşmeyecek şekilde suça sürüklenen çocuğun eylemlerini evlenme vaadi şeklinde hile ile gerçekleştirdiği belirtilerek çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçundan hüküm kurulması..” (14.CD. 30.04.2015 Esas No: 2014/1552, Karar No: 2015/5994)

2.1.1.1.1. Basit Cinsel Saldırı Suçu (TCK 102/1- Birinci Cümle)

28/06/2014Tarihli Resmi Gazetede Yayınlanarak yürürlüğe giren 6545 sayılı kanunun 58. Maddesi ile değişik 5237 sayılı Kanunun 102. Maddesi:“**MADDE 102/1- Birinci Cümle:** *Cinsel davranışlarla bir kişinin vücut dokunulmazlığını ihlal eden kişi, mağdurun şikayeti üzerine beş yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır...*” şeklinde düzenlenmiştir.

Burada suçun basit şekli tanımlanmıştır. Bu suçun oluşabilmesi için cinsel arzuları tatmin amacına yönelik davranışlarla vücut dokunulmazlığının ihlal edilmesi gerektiği gibi bu davranışların cinsel ilişki boyutuna da varmaması gereklidir.¹⁶² Dolayısıyla vücut dokunulmazlığını ihlal etmeyen davranışlarla bu suç işlenemez.¹⁶³ Bir başka deyişle cinsel içerikli eylemin cinsel saldırı suçunu oluşturabilmesi için mutlaka mağdurun vücuduna temas edilmesi, eylemin mağdurun vücudu üzerinde gerçekleştirilmesi gereklidir.¹⁶⁴ Aksi halde somut olayın özelliğine göre TCK'nın 105. Maddesinde düzenlenen cinsel taciz suçu oluşabilecektir. Çünkü bilindiği üzere cinsel saldırı suçunu cinsel taciz suçundan ayıran temel ölçüt “vücut teması”dır.¹⁶⁵ Aynı zamanda vücuda temasın çıplak olarak veya cinsel organlarla yapılmasını şart olmadığı unutulmamalıdır.¹⁶⁶

Burada failin cinsel duygularını tatmin etmek amacıyla mağdur üzerinde zor kullanarak bizzat mağdurun kendi vücuduna ya da cinsel organlarına dokunmasını sağlaması halinde failin durumunun ne olacağını da tartışmak gerekir. Doktrinde bizim de katıldığımız görüşe göre burada fail bizzat mağduru araç olarak kullanarak mağdura karşı cinsel saldırı eylemini gerçekleştirmiş sayılmalıdır.¹⁶⁷ Burada Yargıtay içtihatlarında da kabul olunduğu gibi dolaylı faillik yoluyla cinsel saldırı suçu oluşacaktır.¹⁶⁸ Yine tehdit edilen veya cebre maruz bırakılan mağdurun failin

¹⁶² Parlar, A., Hatipoğlu M. (2010) 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu, Cilt II, Seçkin Yayınları, Ankara, s.1618

¹⁶³ Çalışkan, S. (2013) Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar ve Cinsel Amaçlı Hürriyetten Yoksun Kılma, 1. Baskı, Adalet yayınevi, Ankara. s. 4

¹⁶⁴ Gerçekler, s. 2035

¹⁶⁵ Taner, s.141

¹⁶⁶ Parlar/Hatipoğlu, s.1619

¹⁶⁷ Özbek ve diğerleri, s. 319

¹⁶⁸“..Suç tarihi itibarıyla 9 yaşları içerisinde bulunan mağdurların aşamalarındaki anlatımları, müştekiler ile tanık Osman'ın beyanları, mağdurların ruh sağlıklarının bozulduğuna dair adli tıp kurumu raporları, teşhis ve görgü tespit tutanakları, ekspertiz raporu ile tüm dosya içeriğinden, sanığın suç tarihinde bir

cinsel arzularını tatmin etmek durumunda bırakılması, örneğin tehdit edilen mağdura failin penisinin ya da vajinasının tutturulması halinde de bu suç oluşacaktır.¹⁶⁹ Yargıtay'ın da bu durumda failin yine dolaylı fail olarak sorumlu tutulacağına ilişkin içtihatları bulunmaktadır.¹⁷⁰

28/06/2014 Tarihli Resmi Gazetede yayınlanarak yürürlüğe giren 6545 sayılı kanunun 58. Maddesi ile yapılan değişiklikle birlikte vücut dokunulmazlığının ihlali

ağaçtan dut yemekte olan mağdurların yanlarına gelip dut çaldığımızı ailenize ve jandarmaya söyleyeceğim diyerek korkuttuğu ve ağaçtan inen mağdurlar Muhammet ve Şiyar'ın kafalarına yavaşça vurduktan sonra diğer mağdur Yaşar'ı tehdit edip oradan gitmesini sağladığı, sonrasında açıklanan eylemlerinin etkisi ile kendisinden korkan mağdurlar Muhammet ve Şiyar'a gelin bağa gidiyoruz diyerek ilerideki kavak ağaçlarının bulunduğu bir yere götürdüğü, burada her iki mağdurun ağızlarına kendi cinsel organını ayrı ayrı soktuktan sonra, mağdurlardan birbirlerinin cinsel organlarını ağızlarına almalarını istediği ve sanığın kendilerini döveceğinden korkan mağdurların onun dediklerini yaparak birbirlerinin cinsel organlarını ağızlarına aldıklarının anlaşılması karşısında, sanığın her iki mağdura yönelik tehditle gerçekleştirdiği eylemlerinin TCK'nın 109/2. maddesinde düzenlenen kişiyi hürriyetinden yoksun kılma ve TCK'nın 103/2. maddesinde düzenlenen çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçlarını oluşturduğu, ayrıca küçük mağdurların ağızlarına kendi cinsel organını soktuktan sonra, onları tehdit edip birbirlerinin cinsel organlarını ağızlarına almalarını sağlaması nedeniyle TCK'nın 28. maddesi hükmü gereğince bu fiillerin de dolaylı faili olan sanığın, bu şekilde cinsel istismar suçlarını zincirleme surette işlemiş olması nedeniyle bu suçtan tayin olunan cezasının TCK'nın 43/1. maddesi ile artırılması gerektiği gözetilmeyerek yazılı şekilde hüküm kurulması.." (14.CD. 08.10.2013 Esas No: 2013/5180, Karar No: 2013/10243), Özbek ve diğerleri, s. 319

¹⁶⁹ Baytemir, s.63

¹⁷⁰ "...Suç tarihinde çalıştığı işyerinden çıkarak eve gitmekte olan mağduru "peçeten var mı" biçimindeki soruyla durduran sanığın mağdurla ayaküstü sohbet etmeye başlaması ve akabinde kahve fali baktığını söyleyerek evine davet etmesi, mağdurun bu teklifi kabul etmesi üzerine birlikte sanığa ait eve gelmeleri, söz konusu evde sanığın kendi cep telefonundan mağdurun cep telefonuna bluetooth aracılığıyla porno videolar göndermesi, videoları izledikleri sırada sanığın mağdurun pantolon ve alt iç çamaşırını dizlerine kadar indirip kendisini de soyarak mağdurun kucağına oturduğunda mağdurun cinsel organının sanığın poposuna girmesi ve devamında mağdurun kız arkadaşının beklediğini söyleyerek acilen toparlanıp evden ayrılması biçiminde gerçekleşen olayda, İstanbul Adli Tıp Kurumu 6. İhtisas Kurulunun 29.04.2011 tarihli raporunda, mağdurda hafif derecede zeka geriliği denilen akıl zayıflığı saptandığı, tespit edilen bu zeka geriliği ve olay tarihindeki yaşı birlikte değerlendirildiğinde olayın hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamayacağı, bu zeka geriliğinin fiile ruhsal yönden mukavemete muktedir olmasına mani olacak mahiyet ve derecede bulunduğu ve durumunun hekim olmayanlarca anlaşılamayabileceği hususlarının açıkça belirtildiği, Eylem, 5237 sayılı TCK'nın 103/2. maddesinde düzenlenen ve kanunî tanımında "vücuda organ veya sair cisim sokulması" şeklinde tarif edilen suçun tipiklik unsurunu meydana getirilmediğinden anılan Kanunun 103/2. maddesinde yer alan çocuğun vücuduna organ veya sair cisim sokulması şeklindeki çocuğun nitelikli cinsel istismar suçunu oluşturmadığı,

Dolaylı fail durumunda olan sanığın, onbeş yaşını tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan mağdurun bu durumunu bilerek ve isteyerek eylemi gerçekleştirmede, zira anılan raporda da belirtildiği üzere mağdurda mevcut olan zeka geriliğinin hekim olmayanlarca anlaşılamayabileceği ve mağdur ile sanığın suç tarihinde ilk defa görüştükları, öncesinde birbirlerini tanıdıklarına dair dosyaya yansıyan herhangi bir iddia ya da delil bulunmadığı, bu durumda sanığın mağduru evine götürerek kendi vücuduna organ sokturması biçimindeki eyleminin TCK'nın 103/1-b maddesinde yer alan çocuğun basit cinsel istismarı suçunu da oluşturmadığı, Bu haliyle; eylemin TCK'nın 104. maddesinde düzenlenen reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu oluşturacağı gözetilmeden suç vasfının tayininde yanılığa düşülerek sanık hakkında 5237 sayılı TCK'nın 103/1-b maddesinde yer alan çocuğun basit cinsel istismarı suçundan hüküm kurulması.." (14.CD. 02.03.2015 Esas No: 2013/6245, Karar No: 2015/2305)

suretiyle gerçekleştirilen sarkıntılık eylemleri artık maddenin ikinci cümlesiyle ayrı olarak yaptırıma tabi tutulmuştur.

Uygulamada hangi davranışların sarkıntılık suretiyle cinsel saldırı hangi davranışların basit cinsel saldırı suçunu oluşturacağı yönünde tartışmalar devam etmektedir. Ancak bizimde katıldığımız görüşe göre, cinsel saldırının basit şekli ile sarkıntılık arasındaki fark, sarkıntılıkta vücuda yapılan temasın devamlılık arz etmemesi ve ani olarak gerçekleştirilmesidir.¹⁷¹

Bu anlamda mağdur üzerinde cinsel ilişkiye varmayan ancak vücuda temasın devamlılık arz ettiği cinsel arzuları tatmin amaçlı davranışlar ilk cümle kapsamında cinsel saldırı suçunun basit halini oluşturacaktır.¹⁷² Doğrudan cinsel organların hedef alındığı ani eylemler için ise doktrinde ve uygulamada tartışmalar devam etmektedir. TANERİ Gökhan eylemin yapıldığı vücut bölgesinin bir önemi olmadığını belirtirken, ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA doğrudan cinsel organları hedef alan eylemlerin sarkıntılık suçunu değil cinsel saldırı suçunun temel halini oluşturacağını kabul etmektedir.¹⁷³ Yargıtay ise TANERİ'nin görüşüne benzer şekilde failin eylemin devamlılık arz etmemesi, ani nitelikli olması halinde eylemin mağdurun cinsel organlarına yönelik olmasının suçun vasfını değiştirmeyeceğini bu halde sarkıntılık suçunun, failin eyleminin devamlılık arz etmesi halinde ise basit cinsel saldırı suçunun oluşacağını kabul edilmesini gerektiğini içtihat edinmiştir.¹⁷⁴

¹⁷¹ “-Dosyada bulunan CD içerisindeki görüntüler ile bu görüntülere ilişkin düzenlenen görüntü inceleme tutanağı, bilirkişi raporu, tanıklar Mesut, Mustafa ve Ergin’in beyanları ve tüm dosya kapsamından; sanığın olay tarihinde parkta oturdukları sırada mağdurlara sarılmak, yüzlerini ve dudaklarını okşamak-öpmek, mağdurları omzuna yatırmak suretiyle gerçekleştirdiği cinsel istismar eylemlerinin sarkıntılık düzeyini aştığı, sanığın eylemlerinin ani ve kesik hareketler şeklinde olmayıp devamlılık arz eden eylemler niteliğinde olduğu ve bu haliyle sanığın mağdurlar Yusuf ve Samet’e yönelik eylemlerinin 6545 sayılı Kanunla değişik TCK’nın 103/1-1. cümlesinde düzenlenen çocuğun basit cinsel istismarı suçu kapsamında kaldığı gözetilmeden suç vasfının tayininde hataya düşülerek yazılı şekilde sarkıntılık suçundan hüküm kurulması, (14.CD. 25.05.2015T. Esas No: 2015/2261, Karar No: 2015/6685), Artuk/Gökçen/Yenidünya, Türk Ceza Kanunu Şerhi, s. 3635

¹⁷² Artuk/Gökçen/Yenidünya, Türk Ceza Kanunu Şerhi, s. 3635

¹⁷³ Taneri, G. (2014), Cinsel Suçlar, Bilge Yayınevi, 1. Baskı, Ankara s.29; Artuk/Gökçen/Yenidünya, Türk Ceza Kanunu Şerhi, s. 3635

¹⁷⁴ “..Olay günü bakkala giden mağdureye "burada okul varmı" diye sorduktan sonra bir anda mağdurenin **cinsel organını elleyip**, mağdurenin bağırmasıyla olay yerinden kaçan sanığın, süreklilik arz etmeyecek şekilde gerçekleştirdiği ani ve kesintili eyleminin 6545 sayılı Kanunla değişik 5237 sayılı TCK’nın 103/1. maddesinin ikinci cümlesindeki **sarkıntılık düzeyinde kalan basit cinsel istismar suçunu oluşturduğunun anlaşılması karşısında** bu suçtan mahkûmiyeti yerine, yazılı şekilde TCK’nın 103/1. maddesinin birinci cümlesinde ifadesini bulan çocuğun basit cinsel istismarı suçundan hüküm kurulması..”(14.CD. 25.06.2015T. Esas No: 2015/3343, Karar No: 2015/7656)

2.1.1.1.2. Sarkıntılık Suretiyle Cinsel Saldırı (TCK 102/1- İkinci Cümle)

28/06/2014 Tarihli Resmi Gazetede Yayınlanarak yürürlüğe giren 6545 sayılı kanunun 58. Maddesi ile değişik 5237 sayılı Kanunun 102. Maddesi: **“MADDE 102/1- İkinci Cümle** *“...Cinsel davranışın sarkıntılık düzeyinde kalması halinde iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası verilir.”* şeklinde düzenlenmiştir.

Kanun koyucu 6545 sayılı kanunla yapılan değişiklikle sarkıntılık fiillerini cinsel saldırı suçunun temel şekline göre daha az cezayı gerektiren hafif hali olarak düzenlenmiştir.

Yukarıda da belirtildiği gibi bu suçun oluşması için de mağdurun vücuduna temas edilmesi gerekli olup bu suç cinsel saldırı suçundan ayıran temel fark eylemin ani, kesik, devamlılık içermeyen hareketler şeklinde işlenmesidir.¹⁷⁵ Bu temel fark dışında hangi fiillerin sarkıntılık suçunu oluşturacağı uygulamaya bırakılmıştır.

Eylemin devamlılık içerip içermediği hususunda mağdurun anlatımları önemli olup eylemin bu niteliğinin mağdurdan açıkça sorulması gereklidir; şüphe bulunması halinde şüpheden sanık yararlanır ilkesinin uygulanması hukukun temel ilkelerine uygun olacaktır.¹⁷⁶

2.1.1.1.3. Nitelikli Cinsel Saldırı (TCK 102/2)

28/06/2014 Tarihli Resmi Gazetede Yayınlanarak yürürlüğe giren 6545 sayılı kanunun 58. Maddesi ile değişik 5237 sayılı Kanunun 102. Maddesi:

“Oluşa uygun kabule göre; olay günü yol kenarında yürümekte olan on dokuz yaşındaki katılanın yanına aracıyla yaklaşan sanığın **ani hareketle elini bacak arasına sokup cinsel organına dokunması** şeklinde gerçekleşen ve ani hareketle yapılp süreklilik arz etmemesi nedeniyle sarkıntılık düzeyinde kalan eyleminin..”(14.CD. 29.04.2016 T. Esas No: 2015/1772, Karar No: 2016/4401)

“..Tüm dosya kapsamına göre; sanığın önceleri elini mağdurenin omuzuna atma, elinden tutma, dudağından öpme gibi eylemlerde bulunduğu, son olayda ise, araç içerisinde alt kıyafetlerini çıkarttığı mağdurenin **vajinasına cinsel organını sürttüğü**, buna göre mağdureye yönelik cinsel istismar eylemlerinin **sarkıntılık düzeyini açıkça aştığı anlaşıldığından..**”(14.CD. 12.05.2016 T. Esas No: 2016/1727, Karar No: 2016/4933)

¹⁷⁵“..Oluş ve dosya kapsamına göre, sanığın yolda yürümekte olan mağdurenin kalçasına dokunması şeklinde ani nitelikteki, eyleminin TCK.nın 102/1. maddesinin ikinci cümlesinde yer alıp sarkıntılık düzeyinde kalan basit cinsel saldırı suçunu oluşturduğu gözetilmeden, yazılı şekilde aynı maddenin 1. cümlesi gereğince sanığın cezalandırılması..” (14.CD 16.03.2015 T. Esas No: 2015/254, Karar No : 2015/4580)

¹⁷⁶ Taneri, s.29,

“MADDE 102/2: “ *Fiilin vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi durumunda, on iki yıldan az olmamak üzere hapis cezasına hükmolunur. Bu fiilin eşe karşı işlenmesi hâlinde, soruşturma ve kovuşturmanın yapılması mağdurun şikâyetine bağlıdır.*

TCK'nın 102. Maddesinin ikinci fıkrasında cinsel saldırı suçunun nitelikli hali düzenlenmiştir. Bu suç Eski Türk Ceza Kanunundaki ırza geçme suçuna benzemektedir. Bu suçun oluşabilmesi için cinsel saldırının vücuda organ veya sair cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi gerekir.¹⁷⁷ Kanun koyucu burada vücudun hangi bölgesine organ sokulması gerektiğini sınırlamamış ancak gerekçede bu deyim vajinal, anal ve oral yoldan vücuda organ veya sair cisim sokulmasıyla sınırlandırılmıştır.¹⁷⁸ Bu suç vücuda penis sokularak işlenebileceği gibi, başka bir organın ve hatta organ olmayan örneğin cop gibi sair bir cismin vücuda sokulması suretiyle de işlenebilir.¹⁷⁹ Ve yine bu sair cisim sıvı veya katı bir madde şeklinde olabilir.¹⁸⁰

Yargıtayın bu konudakini görüşünü anlamak için ise aşağıdaki içtihat önem arz etmektedir.

“...MağdureSelinay'a yönelik eylem yönünden yapılan incelemede ise, tüm dosya kapsamına göre, sanığın olay günü apartmanlarının bahçesinde oynamakta olan mağdureyi yanına çağırarak belinden tutup zıplattığı ve dilini ağzına soktuğu anlaşılmıştır, eylemin çocuğun nitelikli cinsel istismarı boyutuna ulaşabilmesi için, ya failin sokma fiilinde kullandığı organ veya sair cismin cinsel motif taşıması (örneğin penis veya yapay penis) ya da cinsel saldırı fiiline maruz kalan mağdurenin organının cinsel motif taşıyan bir organ (vajina veya anüs) olması gerekir. Eğer failin sokma fiilinde kullandığı organ veya sair cisim, cinsel motif taşıyor ve mağdurun sokma fiiline maruz kalan organı da cinsel organ olarak kabul edilen anüs veya vajina değil ise bu suçun nitelikli cinsel saldırı olarak kabul edilmesi mümkün olmayacaktır, yani sanığın, parmağını veya dilini cinsel amaçla mağdurenin ağzına sokması nitelikli cinsel saldırı suçunu oluşturmayacak ve suç

¹⁷⁷ Parlar/Hatipoğlu, s.1619

¹⁷⁸ Baytemir, s.103

¹⁷⁹ Parlar/Banko s.7

¹⁸⁰ Baytemir, s.103

basit cinsel saldırı boyutunda kalacaktır...” 14.CD 13.11.2014 T. Esas No: 2014/5259, Karar No : 2014/12656

Organ veya sair cismin sokulduğu vücut bölgesinin öncelikle ve objektif olarak cinsel arzuların tatmini amacına elverişli ve bu amaca uygun nitelikte olması gerekir¹⁸¹ Ancak bizim de katıldığımız görüşe göre bu hareketlerin failde cinsel bir haz doğurması şart değildir, burada önemli olan hareketin cinsel anlam taşıyacak nitelikte olmasıdır.¹⁸² Örneğin normal şartlarda cop ve sopanın ağza sokulması halinde bu eylemin cinsel anlam taşıdığından söz etmek mümkün değildir.¹⁸³ Ancak failin penisini kadının ağzına göğüsleri arasına, parmakları arasına kulağına sokması halinde kanaatimizce nitelikli cinsel saldırı suçu oluşacaktır.¹⁸⁴ Dolayısıyla suçun oluşumu için somut olayın özelliklerine göre değerlendirme yapılması gerektiği de unutulmamalıdır. Yine kulak boşluğuna, burun boşluğuna yapılan sokmaların bu suçu oluşturmayacağı yönünde doktrinde karşı görüşler bulunmaktadır.¹⁸⁵

Organ veya sair cismin tamamının vücuda sokulması fiilin tamamlanması için zorunlu bir unsur değildir. Kısmen sokulması halinde de suç tamamlanmış sayılacaktır.¹⁸⁶ Bir başka deyişle organ veya sair cismin mağdurun vücuduna girmiş olması yeterli olup ne kadar girdiği suçun tamamlanmasında önem arz etmeyecektir.¹⁸⁷

Bu noktada failin mağdura organ ya da sair cisim sokmaya çalışmış olmasına rağmen elinde olmayan nedenlerle eylemini tamamlayamamış olması halinde cinsel saldırı suçunun nitelikle haline teşebbüs suçundan mı yoksa tamamlanan cinsel saldırı suçunun temel halinden mi sorumlu olacağı hususuna da değinmek gerekir. Bu durum doktrinde tartışmalı olmakla birlikte katıldığımız görüşe göre bu durumda eylemin artık teşebbüs aşamasında kalmış olduğu kabul edilmelidir keza kanunda da suçun nitelikli haline teşebbüsü yasaklayan bir düzenleme bulunmamaktadır.¹⁸⁸ Yargıtay da nitelikli cinsel saldırı suçuna teşebbüsün mümkün olduğunu ve şartları

¹⁸¹ Parlar/Hatipoğlu, s.1619

¹⁸² Özbek ve diğerleri, s. 323

¹⁸³ Parlar/Hatipoğlu, s.1619

¹⁸⁴ Özbek ve diğerleri, s. 322

¹⁸⁵ Yaşar/ Gökcan/Artuç, s. 3242

¹⁸⁶ Baytemir, s.105

¹⁸⁷ Yaşar/ Gökcan/Artuç, s. 3242

¹⁸⁸ Özbek ve diğerleri, s. 325

oluştugu takdirde failin teşebbüs hükümleri gereğince sorumlu tutulması gerektiğini içtihat edinmiştir.¹⁸⁹

Organ veya sair cismin mağdurun vücuduna girip girmediği hususunda tereddüt bulunması halinde ise şüpheden sanık yararlanır ilkesi gereği, organın vücuda girmediği kabul edilecek ve sanık teşebbüsten sorumlu tutulacaktır.¹⁹⁰

Failin 3. bir kişiye veya mağdurun bizzat kendisine hukuka aykırı bir vasıta kullanarak iradesini sakatlayıp organ veya cisim sokturması halinde tabi olacağı hukuki sorumluluğun ne olacağı da öğretide tartışmalıdır.¹⁹¹ Örneğin tehdit edilen mağdurun vajinasına veya anüsüne bir cisim sokmak zorunda bırakılması veya kadının zorla bir erkeğin organını kendisine sokturmaya çalışması gibi hallerde katıldığımız görüşe göre zorlayan fail dolaylı fail olarak iştirak hükümlerine göre sorumlu olacaktır.¹⁹²

¹⁸⁹ “..Dosya içeriğine göre, sanık Murat'ın bıçakla korkutmak suretiyle inşaata götürdüğü mağdure Gülevşan'la cinsel ilişkiye girmek maksadıyla soyup öptüğü sırada adı geçen mağdurenin karşı koyup ihbar üzerine jandarma personelinin gelmesi nedeniyle eylemini tamamlayamadan olay yerinden kaçtığı tüm dosya içeriğinden anlaşılmalı, **nitelikli cinsel saldırıya teşebbüs suçundan eylemine uyan TCK'nın 102/2-3a, 35. maddeleri gereğince cezalandırılması yerine**, suç vasfının tayininde yanılığa düşülerek yazılı şekilde hüküm kurulması..”(14. CD 21.01.2015 Esas No: 2013/5853, Karar No : 2015/443)

“..10.03.2009 tarihinde gerçekleşen olayda sanıkların akşam saat 21.30 sıralarında mağdurenin evinin önüne geldikleri, sanık Mehmet'in mağdurenin kapısını çalarak, mağdureyi eliyle ittirip mağdureye ait eve girdiği ve mağdurenin boğazına sarılıp saçını tutarak bağırması gerektiğini söylediği, daha sonra dudaklarından öptüğü ve mağdurenin üzerinde bulunan elbiseleri çıkardığı ve cinsel organı ile göğüslerini ellemeye başladığı, mağdurenin bir fırsatını bulup evin kapısına doğru yöneldiğinde dışarıda diğer şüpheli Kadir'in beklediğini gördüğü ve sanık Kadir'den yardım istediği, halde sanığın "Mehmet abim ne yaparsa ben karışmam" dediği, bu sırada şüpheli Mehmet'in kapının önüne gelerek mağdureyi yine zorla evin salon kısmına götürüp yere yatırdığı ve öpmeye başladığı, mağdurenin bağırması üzerine sanıkların olay yerinden kaçtıklarının anlaşılması karşısında, sanıkların eylemlerinin **TCK'nın 102/2 ve 35. maddelerinde yer alan nitelikli cinsel saldırıya teşebbüs suçunu oluşturduğu gözetilmeden** suç vasfında yanılığa düşülerek sanıkların eylemlerinin basit cinsel saldırı suçunu oluşturduğu ve mağdurenin sanıklardan şikâyetçi olmadığı belirtilerek yazılı şekilde düşme kararı verilmesi aleyhe temyiz olmadığından bozma nedeni yapılmamıştır..” (14.CD 25.03.2014 Esas No: 2012/5856, Karar No: 2014/3922)

“..Failin yapmış olduğu hareketin suç tipi bakımından sonucu meydana getirmeye elverişli olup olmadığı somut olaya göre belirlenmeli, eğer elverişli olmadığı saptanırsa anılan hareket hazırlık hareketi kabul edilerek teşebbüs hükümlerinin uygulanmaması yolu tercih edilmeli, aksi takdirde ise elverişli hareketlerin gerçekleştirilmesinin elde olmayan engel nedenle tamamlanamaması veya tamamlanmasına rağmen yine engel sebepten dolayı aranan tipik neticenin gerçekleşmemesi nedeniyle sanığın eyleminin teşebbüs aşamasında kaldığı kabul edilerek **ilgili suça teşebbüsten dolayı cezalandırılması yoluna gidilmelidir..”** (14.CD 29.03.2016 Esas No: 2014/3374, Karar No: 2016/3057)

¹⁹⁰ Yaşar/ Gökcan/Artuç, s. 3242

¹⁹¹ Özbek ve diğerleri, s. 325

¹⁹² Baytemir, s.105

Cinsel saldırı suçunun nitelikli hali suçun basit halinin aksine eşe karşı da işlenebilir. Bu durumda kovuşturma mağdur eşin şikâyetine tabi tutulmuştur. Buradaki eş kavramı TMK hükümlerine göre kurulmuş evlilik birliğine tabi kişileri ifade etmekte olup imam nikâhıyla ya da evlilik dışı birlikte yaşayanları kapsamamaktadır.¹⁹³ 765 sayılı TCK'da doktrin ve uygulamada kocanın cinsel saldırı suçunun faili olamayacağı düşüncesi hakimken 5237 sayılı TCK'daki açık düzenlemeyle cinsel saldırı suçunun nitelikli halinin yani eski TCK'daki ırza geçme suçunun evlilik birliği içinde de işlenebileceği kabul edilmiştir.¹⁹⁴ Bir başka deyişle evlilik birliği içerisindeki bireylerden birinin rızası dışında organ sokulması halinde nitelikli cinsel saldırı suçu oluşacaktır.¹⁹⁵ Yargıtayın yerleşik içtihatları da bu yöndedir.¹⁹⁶

2.1.1.2. Nedensellik Bağı

Nedensellik bağı icra edilen fiil ile meydana gelen netice arasındaki neden sonuç ilişkisini ortaya koyar.¹⁹⁷ Ceza sorumluluğunda kişinin iradi hareketinin meydana gelen neticeyle nedensellik bağı adı verilen bir ilişki içinde bulunması gereklidir.¹⁹⁸ Öyle ki hareketi gerçekleştiren bireyin üçüncü kişilerin veya doğa olaylarının meydana getirdiği sonuçlardan sorumlu tutulması düşünülemez.¹⁹⁹ Nedensellik ilişkisi sorunu, sonucu birden çok şartın meydana getirmesi ve dış

¹⁹³ Parlar/Hatipoğlu, s.1620

¹⁹⁴ Artuk/Gökçen/Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.216

¹⁹⁵ Baytemir, s.105

¹⁹⁶ “..Mağdurenin hükümden sonra hakim tarafından görülerek havale edilen ve kimlik tespiti yapılan 21.12.2012 tarihli dilekçe ile şikâyetinden vazgeçtiği anlaşıldığından, takibi şikâyete bağlı eşe karşı işlenen nitelikli cinsel saldırı suçu yönünden 5237 sayılı TCK.nın 73/6. maddesi gereğince sanığın vazgeçmeyi kabul edip etmediği sorulduktan sonra bir karar verilmesi lüzumu..”(14.CD 23.09.2014 T. Esas No: 2014/7626, Karar No : 2014/10277)

“..Sanığa isnat edilip TCK.nın 102/2. maddesinde düzenlenen eşe karşı nitelikli cinsel saldırı suçunun şikâyete tâbi olduğu ve suç tarihi olan 12.09.2006 tarihinden, şikâyetin gerçekleştiği 27.09.2010 gününe kadar TCK.nın 73/1. maddesinde öngörülen 6 aylık kanuni şikâyet süresinin geçtiğinin anlaşılması karşısında, sanık hakkındaki kamu davasının şikâyet yokluğu nedeniyle düşmesine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde beraatine hükmolunması..”(14.CD 28.01.2015 T. Esas No: 2013/6024, Karar No : 2015/703)

¹⁹⁷ Malkoç, Açıklamalı- İçtihatlı 5237 sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu, s.1575

¹⁹⁸ Erem, F. (1973)Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Cilt I, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 10. Baskı, Ankara, s. 288

¹⁹⁹ İçel, K.,Evik, A.H. İçel Ceza Hukuku Genel Hükümler II, 4. Baskı, Beta Yayınları, s.65

dünyada oluşan bütün şartların fail tarafından gerçekleştirilmemesi aksine failin davranışlarına başka şartlarında katılmasından kaynaklanmaktadır.²⁰⁰

Cinsel saldırı suçu, niteliği itibariyle nedensellik bağlantısı açısından bir özellik arz etmemektedir. Ancak konunun daha iyi anlaşılabilmesi için bir örnekleme yapmanın uygun olacağı kanaatindeyiz. Cinsel saldırı mağdurunun bu suç nedeniyle hastanede tedavi görmekteyken cinsel saldırı suçundan bağımsız olarak hastanede virüs kapması nedeniyle hayatını kaybettiği somut olayda failin bu ölüm sonucundan sorumlu tutulup tutulamayacağı hususu nedensellik bağı sorununu gündeme getirecektir. Ve kanaatimizce ölüm neticesi salt failin hareketinden kaynaklanmadığı, sonucu birden çok şartın birlikte gerçekleştirdiği dikkate alındığında ölüm sonucu ile cinsel saldırı fiili arasında doğrudan nedensellik bağı kurulamayacağı için fail ölüm neticesinden sorumlu tutulamayacaktır.

2.1.2. Hukuka Aykırılık Unsuru

2.1.2.1. Hukuka Uygunluk Sebepleri

5237 Sayılı TCK'nın "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" birlikte düzenlenmiştir. Genel anlamıyla hukuka uygunluk sebepleri ceza kanunu tarafından yasaklanmış bir fiilin, bu fiilin işlenmesine yetki veren veya onu emreden bir normun varlığı nedeniyle, suç sayılmasını engelleyen özel durumlar olarak tanımlanabilecektir.²⁰¹

Kanun hükmünü yerine getirme (m.24/1), meşru savunma (m.25/1), hakkın kullanılması (m.26/1) ve ilgilinin rızası (m.26/2) 5237 Sayılı TCK'da düzenlenen hukuka uygunluk sebepleridir. Hukuka uygunluk sebeplerinin varlığı halinde hareket suç teşkil etmeyeceği için faile ceza verilemeyecektir.²⁰² Aynı zamanda hukuka uygunluk nedenleri objektif bir etkiye sahip oldukları için sadece var olmaları

²⁰⁰ Toroslu, s. 139

²⁰¹ Toroslu, 150

²⁰² Demirbaş, T. (2002), Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, s.225

etkilerini göstermeleri için yeterli olacak, failin bu konudaki düşüncesi, inancı önem taşımayacaktır.²⁰³

Genel hukuka uygunluk sebeplerinden olan kanun hükmünü yerine getirme, meşru savunma ve hakkın kullanılması cinsel saldırı suçunda hukuka aykırılığı ortadan kaldırmayacaktır.²⁰⁴ Kanun emrini yerine getiren kişinin cinsel duygularını tatmin ederek bu görevini yerine getirmesi mümkün olmadığı gibi, meşru savunma halindeki bir kişinin haksız bir saldırıdan kurtulmak için yaptığı savunmayı, cinsel duygularını tatmin şekline dönüştürerek yapması da olayın doğası gereği mümkün değildir. Yine Madde 102/1’de düzenlenen basit cinsel saldırı suçunun eşe karşı işlenmesi halinde bu hareketin cezai müeyyideye bağlanmamış olması da bir hakkın kullanılması kapsamında değerlendirilemeyecektir; burada kanun koyucunun aile mahremiyetine bu aşamada gerçekleştirilen fiiller açısından müdahale etmek istemediği kanaatindeyiz.²⁰⁵ Ancak doktrinde aksi yönde görüşler mevcut olup bu görüş doğrultusunda basit cinsel saldırı suçunun evli kişiler arasında işlenmesi halinin hukuka uygunluk nedeni olduğu için fiilin suç teşkil etmeyeceği savunulmaktadır.²⁰⁶

Cinsel saldırı suçu ile korunan hukuksal yarar cinsel özgürlük olduğu ve bu da üzerinde serbestçe tasarruf edilebilecek bir nitelik taşıdığı için mağdurun cinsel davranışa göstereceği rıza ise kural olarak cinsel saldırı suçunda hukuka aykırılığı ortadan kaldıracaktır.²⁰⁷

2.1.2.2. Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak İlgilinin Rızası

5237 sayılı TCK’nın 26. maddesinin 2. 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 olarak düzenlenmiştir. Söz konusu hukuka uygunluk nedeninin varlığı için, rızanın kişinin üzerinde mutlak surette tasarrufta bulunabileceği bir hakka ilişkin olması

²⁰³ Toroslu, s. 150

²⁰⁴ Tezcan/Erdem/Önok, s.306

²⁰⁵ Aksoy, s.132

²⁰⁶ Artuç, M. (2008), Kişilere Karşı Suçlar, Adalet Yayınevi, Ankara. s. 594

²⁰⁷ Tezcan/Erdem/Önok, s.341

gerekir. Keza, kişinin bu hakla ilgili olarak rıza açıklamaya ehil olması gerekir” denilmektedir.

Madde gerekçesinden de anlaşılacağı üzere mağdurun rızasının fiili hukuka uygun hale getirebilmesi için “suç konusu üzerinde mağdurun serbestçe tasarruf hakkına sahip olması”, “rızaya ehliyet” ve “rızanın açıklanması” şartlarının varlığı aranır.²⁰⁸ Yani ilgilinin eyleme rızasının olması her olayda hukuka uygunluk sağlamayacaktır.²⁰⁹ Kural olarak rızanın bir hukuka uygunluk nedeni olarak etkili olduğu haller tasarrufu kişinin şahsına bırakılan haklardır.²¹⁰ Bir başka deyişle bireyin üzerinde mutlak şekilde tasarrufta bulunabileceği bir hak yoksa rızanın varlığı herhangi bir etki doğurmaz.²¹¹

Rızaya ehliyet konusunda eyleme rıza gösteren kişinin öncelikle rıza gösterdiği hakkın sahibi olması gereklidir.²¹² Bu hakka sahip olan kişide rıza yeteneğinin varlığının kabulü için ise ilgilide algılama ve değerlendirme yapabilme yeteneği ve algılayıp, değerlendirdiği şeyi isteyebilme yeteneğinin varlığı aranır.²¹³ Rıza gösterecek kişi rıza gösterdiği fiilin türünü, ağırlığını ve sonuçlarını anlayabilecek durumda olmalı ve yine davranışlarını yönlendirebilme yani irade etme yeteneğine sahip olmalıdır.²¹⁴ Bu nedenle rıza beyanında bulunan kişinin ruh ve akıl sağlığının yerinde olması, rızayı açıklama yeteneğini ortadan kaldıran bir durumun bulunmaması gerekir.²¹⁵ Bu nitelikleri haiz yani temyiz kudretine sahip olan ilgililerin kural olarak rıza beyanına ehil oldukları kabul edilmekle birlikte bazı hallerde rızaya ilişkin olarak kanunda yaş konusunda bir sınır konulmuş olabilir.²¹⁶ Örneğin; TCK'nın 103. Maddesine göre, on beş yaşından küçüklerin ve on beş yaşını doldurmuş olup da algılama yeteneği henüz yeterince gelişmemiş olan çocukların rıza açıklaması kendisi ile cinsel ilişkide bulunan bir başka kişinin fiilini hukuka

²⁰⁸ Metiner, H., Koç, E.A. (2008) 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler, 1. Baskı, Ankara, s.642

²⁰⁹ Yaşar, O. Gökcan, H. T., Artuç M. (2010) Türk Ceza Kanunu, Cilt I, Adalet Yayınevi, Ankara, s.679

²¹⁰ İçel, K., Akıncı, F., Özgenç, İ., Sözüer, A., Mahmutoglu, F.S., Ünver, Y. (2000) İçel Suç Teorisi, 2. Kitap, İstanbul 2000, s.181

²¹¹ Özbek, V., Ö., Kanbur, M.N., Doğan, K., Bacaksız, P., Tepe, İ. (2013) Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınevi, 4. Baskı, Ankara,, s. 337

²¹² Özbek ve diğerleri, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 346

²¹³ Ekici Şahin, Meral. (2012), Ceza Hukukunda Rıza, XII Levha yayınları, 1. Baskı, İstanbul, s.151

²¹⁴ Ekici Şahin, s. 151 ve 155

²¹⁵ İçel ve diğerleri, İçel Suç Teorisi, s. 182

²¹⁶ Özbek ve diğerleri, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 347

uygun hale getirmeyecektir.²¹⁷ Yine doktrinde rıza ehliyetinin tespiti için belirli haklar bakımından belirli yaş dilimleri kabul edilmişse de bizim de katıldığımız görüşe göre bu kıstas rıza açıklama ehliyetinin varlığı açısından genel ve yeterli bir kıstas oluşturmamaktadır.²¹⁸

Gösterilen rızanın hukuka uygun hale gelebilmesi için aynı zamanda bu rızanın ilgili tarafından açıklanmış olması da gereklidir.²¹⁹ Rızanın açıklanış şekli önemli olmayıp rıza beyanı açık veya örtülü olabilir.²²⁰ Fakat rıza, mutlaka failin fiilden önce (en geç fiilin gerçekleştirilmesinden hemen önce) gösterilmelidir.²²¹ Suçtan sonra mağdurun bunu kabullenmesi rıza değil, icazettir ve icazet hukuka aykırı fiili hukuka uygun hale getirmeyecektir.²²² Rızanın geri alınması halinde ise, geri alınma anına kadar yapılan hareketler hukuka uygun, ondan sonra yapılan hareketler ise hukuka aykırı sayılacaktır.²²³ Diğer yandan bir kimsenin kendi aleyhine suç işlenmesine rıza göstermesi, kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardan olduğu için rızayı suçun mağduru göstermelidir.²²⁴ Bir başka deyişle bu konuda temsil ve vekâlete dayalı rıza geçerli olmayacaktır.

Mağdurun rızası cinsel saldırı suçunda hukuka uygunluk nedeni oluşturur.²²⁵ Cinsel saldırı suçlarında korunan hukuksal yarar cinsel özgürlük olduğu ve bu da üzerinde serbestçe tasarruf edilebilecek bir nitelik taşıdığı için mağdurun gösterdiği rıza yukarıda da belirttiğimiz üzere bu suçta hukuka aykırılığı ortadan kaldıracaktır.²²⁶ Yani cinsel saldırı suçunun oluşabilmesi için failin fiilini mağdurun rızasına aykırı olarak gerçekleştirmesi gereklidir.²²⁷ Ancak unutmamak gerekir ki

²¹⁷ Metiner/Koç, s.643

²¹⁸ İçel ve diğerleri, İçel Suç Teorisi, s. 182

²¹⁹ İçel ve diğerleri, İçel Suç Teorisi, s. 184

²²⁰ Metiner/Koç, s. 643

²²¹ Ekici Şahin, s. 178

²²² Ekici Şahin, s. 178

²²³ İçel ve diğerleri, İçel Suç Teorisi, s. 185

²²⁴ Parlar, A., Hatipoğlu M. (2010) Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Nedenler, Seçkin Yayınları, 2. Baskı, Ankara, s.87

²²⁵ Çalışkan, s.9

²²⁶ Tezcan/Erdem/Önok, s.306

²²⁷ “..Suç tarihinde yirmi yaşı içerisinde bulunan mağdure, 24.10.2010 tarihinde kolluğa müracaat ederek önceden birkaç kez gördüğü sanık tarafından zorla alıkonulduğunu ve kendisiyle zorla ilişkiye girildiğini belirterek şikâyetçi olmuş ise de; sanığın aşamalarda suçlamaları kabul etmeyerek mağdurenin de rızasıyla ilişkiye girdiklerini belirtmesi, mağdurenin 18.07.2012 tarihinde dilekçe vererek ilişkinin rızası ile olduğunu belirterek şikayetinden vazgeçtiğini bildirmesi ve tüm dosya içeriği karşısında, mağdurenin zor iddiasının inandırıcı olmadığı ve eylemlerin cebir veya tehditle işlendiğine dair her türlü şüpheden uzak, kesin ve inandırıcı delil bulunmadığı gözetilerek sanığın atılı

mağdurun rızasının hukuka uygunluk nedeni sayılabilmesi için yine yukarıda belirttiğimiz üzere mağdurun rıza gösterme ehliyetine sahip olması zaruridir.²²⁸ Mağdurun bu ehliyete sahip olması ise kural olarak temyiz kudretini haiz ve on beş yaşının tamamlamış olmasına bağlıdır. Rızanın geçerli olabilmesi için; mağdurun suç konusu üzerinde serbestçe tasarruf edebilme hakkının olması, rıza göstereceği hususta aydınlatılmış olması ve rızasını özgürce açıklaması gerekmektedir.²²⁹

Kural olarak cinsel özgürlük hakkının kişinin üzerinde mutlak tasarruf yetkisi bulunan haklardan²³⁰ olduğu kabul edilse de AİHM'in Laskey, Jaggard ve Brown kararlarında da kabul edildiği üzere mağdur bakımından onura aykırılık taşıyan ya da ağır bedensel zarar doğurma riskini taşıyan cinsel davranışlara gösterilen rızanın ve yine kişinin cinsel özgürlüğünden tamamen feragat ettiğini ifade eden irade beyanın geçerli olmayacağı unutulmamalıdır.²³¹

Aynı zamanda rıza hem cinsel davranışı hem de cinsel davranışın yapılaş şeklini kapsamalıdır.²³² Örneğin; mağdurun sadece öpüşmeye rızasının olması cinsel ilişkiye de rızası olduğu anlamına gelmeyecektir.²³³ Bir başka deyişle rızanın sadece bedensel temasa yönelik olduğu hallerde vücuda organ sokulması halinde nitelikli cinsel saldırı suçu oluşacak, burada mağdurun rızasından söz edilemeyecektir.²³⁴ Ayrıca mağdur rızasını failin eyleminden önce veya eylem sırasında açıklamış olmalıdır.²³⁵ Aksi halde rıza hukuka uygunluk nedeni sayılamayacaktır.²³⁶ Bu durumda şikayetten vazgeçme söz konusu olacak ve fiil hukuka aykırılığını devam ettirecektir.²³⁷ Mağdurun açık giyinmesi, faile gülümsemesi gibi davranışları da rıza

suçlardan beraatine karar verilmesi yerine, yazılı şekilde mahkûmiyetine hükmedilmesi.”(14.CD. 22.02.2016 T. Esas No:2014/2316, Karar No: 2016/1590), Parlar/Banko s.9

²²⁸ Parlar/Hatipoğlu, s.1620

²²⁹ Baytemir, s.66

²³⁰ Yaşar/Gökcan/Artuç, Türk Ceza Kanunu, Cilt I, s. 682

²³¹ Tezcan/Erdem/Önok, s.306;Metiner/Koç, s. 645

²³² Özbek ve diğerleri, s. 332

²³³ Taneri, s.55

²³⁴ Centel, 269-290

²³⁵ Çalışkan, s.9

²³⁶ Parlar/Banko, s.9

²³⁷ Taneri, s.54

olarak değerlendirilemeyecektir.²³⁸Bu açıklamaların yanı sıra rızanın varlığı somut olayın özelliklerine göre hakim tarafından değerlendirilecektir.²³⁹

Failin, mağdurun rıza ehliyetinin bulunmadığını bilmediğini iddia ettiği hallerde hukuki durumunun nasıl tayin olunacağı önemli bir sorun teşkil etmektedir. Bu durumda failin TCK'nın 30/3 maddesi uyarınca hataya düşüp düşmediğinin belirlenmesi gerekecek, sanık kaçınılmaz bir hataya düşmüşse bu hatasından yararlanacak, hatası kaçınılabilir nitelikteyse eylemlerinden sorumlu tutulacaktır.²⁴⁰ Ancak Yargıtay mağdurun rıza açıklama ehliyetinin rahatsızlığına

²³⁸ Taneri, 55

²³⁹ “..Mağdurenin ve müştekinin birbiriyle çelişen beyanları, mağdurenin sanığın kendisini zorla yolda taksiye bindirerek evine götürdüğü ve burada kendisine zorla içki ve esrar içirdiğine yönelik beyanlarını doğrulamayan, darp-cebir raporu ile olaydan iki gün sonra mağdurenin alınan kan ve idrarında herhangi bir uyuşturucu-uyarıcı madde bulunmadığına ilişkin Adli Tıp Kurumu İhtisas Kurulu raporu, mağdurenin bulunduğu evin adresinin müşteki tarafından bildirilmesi üzerine polislerin söz konusu eve gittiklerinde mağdurenin tek başına evde bulunması, ilk beyanında sanığın kendisine yönelik herhangi bir eylemde bulunmadığı, sanığı daha önce tanıdığı ve kendi rızasıyla sanığın evine gittiğine ilişkin anlatımı ve tüm dosya kapsamından, sanığın mağdureyi zor kullanarak evine götürdüğü ve mağdureye rızası dışında nitelikli cinsel saldırıda bulunmaya teşebbüs ettiğine ilişkin her türlü şüpheden uzak, kesin ve inandırıcı delil bulunmadığından, sanığın atılı suçlardan beraati yerine yazılı şekilde mahkûmiyetine karar verilmesi..”(14.CD. 12.06.2014 T. Esas No:2012/9502, Karar No: 2014/7979)

“..Olayın ortaya çıkış şekli ve zamanı, mağdurenin olayın gerçekleşme biçimine dair aşamalarda değişen çelişkili anlatımları, tanık beyanları, sanığın suçu işlemediğine dair istikrarlı savunması ve tüm dosya içeriğinden, eylemlerin mağdurenin rızası dışında cinsel saldırı boyutunda kaldığına dair mahkûmiyete yeter hür türlü şüpheden uzak, kesin ve inandırıcı delil elde edilemediğinden, sanığın atılı suçtan beraati yerine yazılı gerekçeyle mahkûmiyetine hükmedilmesi..”(14.CD. 18.01.2016 T. Esas No:2014/1481, Karar No: 2016/329) , Taneri, s.55

²⁴⁰ “Sanık Fethiye'nin; "mağdurenin yaşı büyük görünüyordu" şeklindeki beyanı, sanık Fatih'in de mağdurenin yaşı konusunda aşamalarda savunmaları, mağdurenin fiziksel gelişiminin yaşlarına göre ileri olduğunun gözlemlendiğine dair 15.10.2010 tarihli sosyal inceleme raporu ve tüm dosya kapsamına göre; sanıklar haklarında TCK'nın 30. maddesinde düzenlenen hata hükümlerinin uygulanma koşullarının mevcut olup olmadığı tartışılıp, tüm deliller birlikte değerlendirilerek hüküm kurulması gerektiğinin gözetilmemesi..” (07.04.2016 T. Esas No: 2014/3533, Karar No: 2016/3474)

“..Nüfus kaydına göre 03.08.1992 doğumlu olup suç tarihinde 15 yaşı içerisinde olan ve bu yaşını tamamlamayan mağdure ile sanığın anlaşarak birlikte kaçtıkları ve cinsel ilişkiye girdikleri, çocuk sahibi oldukları ve daha sonra resmi olarak evlendikleri anlaşılmış olup, sanığı, mağdurenin babası ile barışmaları için bulunduğu yere götüren tanık Bahadır Tulgar'mmağdurenin görünüm itibarıyla 18 yaşından büyük göründüğünü ve Adli Tıp Kurumunun uygulamalarına göre de bazen kişinin kemik yaşının hormonal gelişimi, beslenme gibi nedenlerle gerçek yaşa göre farklılık gösterebileceğinin bilinmesi karşısında, mağdurenin suç tarihi itibarıyla 15 yaşından büyük gösterip göstermediği, sanığın mağdurenin yaşı konusunda hataya düşmesinin mümkün olup olmadığı mahkemenin dosyadaki tüm verilerle birlikte kendi gözlemini de tespit ederek ve gerekirse bu konuda bilirkişi incelemesi de yaptırılmak suretiyle belirlendikten sonra TCK'nın 30. maddesi gözetilerek sanığın hukuki durumunun tayin ve takdiri gerekirken eksik incelemeyle yazılı şekilde hüküm kurulması..” (19.09.2013 T. Esas No : 2013/7082, Karar No: 2013/9381)

“..Mağdurenin suç tarihinde onbeş yaşını tamamlamasına az bir süre kalması, sanığın aşamalarda mağdureyionaltı yaşında olarak bildiğini belirtmesi, sanık ile mağdurenin internet üzerinden tanışmaları ve bir kez ilişkiye girildiğinin iddia edilmesi karşısında, sanık açısından TCK'nın 30. maddesinde düzenlenen hata halinin bulunup bulunmadığının değerlendirilmesi gerektiği gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması..” (14.CD 28.03.2016 Esas No: 2016/1300, Karar No: 2016/2974), Baytemir, s.68

bağlı olması halinde kaçınılmaz hatadan söz edilemeyeceğini uygulamalarında kabul etmektedir.

EREM/TOROSLU 765 sayılı TCK döneminde bu konudaki görüşlerini benzer şekilde dile getirmişler; mağdurun yaşı hakkındaki hatanın, bu yaşın suça müessir olduğu hallerde kastı kaldıracağı, mağdurun erken gelişmesi gibi failin inandırıcı bir beyanı veya benzeri hallerin failin kastını bertaraf edeceği ancak fail kayıtsızlık, düşüncesizlik gibi bir ihmalde bulunmuş ise artık hatadan bahsedilemeyeceği ve bu durumda failin kasten hareket etmiş sayılması gerektiğini ifade etmişlerdir.²⁴¹

2.1.3. Manevi Unsur

Cinsel saldırı suçu kasten işlenebilen bir suçtur. Ancak cinsel saldırı suçunun nitelikli şekli ile basit şekli için doktrinde manevi unsur bakımından özel kast gerekip gerekmediği hususunda farklı görüşler mevcuttur.²⁴²

Bu görüşleri 3 başlık altında toplayabiliriz:²⁴³

- Bu suçun her iki şeklinin de genel kastla işlenebilen bir suç olduğu
- Suçun basit şeklinin özel kastla, nitelikli şeklinin ise genel kastla işlenebilen bir suç olduğu
- Cinsel saldırı suçunun her iki şeklinin de özel kastla işlenebilen bir suç olduğu

Bazı yazarlar her iki fıkra bakımından da genel kastın yeterli olduğunu savunurken, bazıları genel kastı kabul etmekle beraber, subjektif görüşün etkisiyle failde mutlaka cinsel bir saik bulunması gerektiğini belirtir, bazı yazarlar yalnızca ikinci fıkranın genel kasta tabi olduğunu savunurlar, bazı yazarlar ise suçun her iki fıkrası için de failde mutlaka özel kastın var olması gerektiğini savunurlar²⁴⁴

ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA; İkinci fıkra açısından failin cinsel duygularını tatmin amacı aranmasa bile eylemin niteliği bakımından “cinsel bir

²⁴¹ Erem/Toroslu, s. 372

²⁴² Taner, s.171

²⁴³ Centel, s.269-290

²⁴⁴ Taner, s.172

içerik” taşıması gerekir şeklinde görüşlerini belirtirken; SOYASLAN; İkinci fıkradaki suçun oluşumu için cinsel güdülerle hareket edilmesinin zorunlu olmadığını belirtmiş PARLAR/HATIPOĞLU ise failin saikinin birinci ve ikinci fıkra bakımından suçun oluşumuna etkisi yoktur şeklinde görüşlerini belirtmişlerdir.²⁴⁵765 sayılı TCK döneminde ise EREM/TOROSLU; Cinsel mahiyette olmasa dahi failin niyetinin kastını ortadan kaldırmayacağını savunmuşlardır.²⁴⁶

Yargıtay ise son içtihatlarında birinci fıkra düzenlenen suçun temel halinin oluşabilmesi için cinsel duyguları tatmin amacıyla hareket edilmesi gerektiği,²⁴⁷ ikinci fıkra düzenlenen suçun nitelikli halinin oluşabilmesi için ise cinsel duyguları tatmin amacıyla hareket edilmesinin şart olmadığı görüşünü benimsemiştir.²⁴⁸

²⁴⁵ Gültaş V. , Gündüz R. (2008), 5237 Sayılı TCK’da Cinsel Suçlar, Bilge Yayınevi, s.26

²⁴⁶ Erem/Toroslu, s. 372

²⁴⁷ Gereği de gözetildiğinde, **5237 sayılı TCK’nın 102/1. maddesinde düzenlenen suçun oluşabilmesi için, fiilin kişinin vücudu üzerinde gerçekleştirilen, cinsel arzuları tatmin amacına yönelik ve fakat cinsel ilişkiye varmayan cinsel davranışlar niteliğinde olması gerekir.** Davranışların objektif olarak şehvi nitelikte bulunmaları yeterli olup, şehvi arzuların fiilen tatmin edilmiş olması gerekmez. Anılan maddenin ikinci fıkrasındaki suçun oluşabilmesi içinse; vücuda vajinal, anal veya oral yoldan organ veya sair bir cisim ithal edilmesi gerekir. **Birinci fıkradan farklı olarak bu nitelikli halden sorumluluk için davranışın cinsel arzuları tatmin amacına yönelik olması gerekmektedir.**

Bu bilgiler ışığında somut olay değerlendirildiğinde; tüm dosya kapsamına göre, sanıkların mağdurun hürriyetini kısıtladıktan sonra temin ettikleri şişeye oturmaya zorladıkları, mağdurun şişeye oturmuş gibi yaptığı, şişenin anüsüne temas ettiği ancak şişeye oturmadığı, sanık Devran’ın ikrar mahiyetli hazırlık beyanlarına göre, sanık Cihan’ın "ben ölsem de o şişeye oturmam" demesi üzerine, mağdurun bundan etkilenerek kendisini yere attığı sonrasında ise, sanıkların mağduru darp ettikleri ve bir müddet daha tutup bıraktıkları anlaşıldığından, mevcut haliyle olayda; mağdura sair cisim sokulmasını engelleyen onun aşılabilir mukavemeti dışında harici bir engel bulunmadığı halde, sanıkların icra hareketlerine kendiliklerinden son verdiklerinin sabit olması karşısında; 5237 sayılı Kanunun 36. maddesinde yer alan gönüllü vazgeçme hükümleri dikkate alınmadan, teşebbüs hükümleri gereği sanıkların nitelikli cinsel saldırı suçundan cezalandırılmaları cihetine gidilmesi, ayrıca sanıkların gönüllü vazgeçme anına kadar gerçekleştirdikleri eylemler yukarıdaki açıklama doğrultusunda değerlendirildiğinde ortada cinsel arzuları tatmin amacıyla gerçekleştirilmiş bir eylem de bulunmadığı göz önüne alındığında eylemlerin tamam olan kısmı itibarıyla basit cinsel saldırı suçunu da oluşturmayacağı, ancak bu eylemlerin daha çok mağdurun onuruyla bağdaşmayıp ona ruhsal yönden de acı veren, küçük düşürmeye yönelik eylemler olması, sanıklar tarafından bir süre dövülen mağdura şok cihazı ile elektrik verilmesi, üzerinin soyulması, çıplak halde bırakılması ve tehdit edilmesi şeklindeki eylemlerin bir bütün olarak TCK’nın 96/1. maddesinde düzenlenen eziyet suçunu oluşturduğunun gözetilmemesi ve sanıkların mağdurun hürriyetini cinsel amaç dışında sair saiklerle kısıtladıkları nazara alınmadan haklarında koşulları oluşmadığı halde TCK’nın 109/5. maddesinin uygulanması..” (14.CD. 07.12.2015 T. Esas No: 2015/6332, Karar No : 2015/11368)

²⁴⁸ “İddianame anlatımı ve kabule göre; sanıklardan Murat’ın katılan Kadir Altın’a yönelik gerçekleştirdiği, anal yoldan şişe sokma ve diğer katılan ile karşılıklı olarak oral yoldan cinsel organ sokurtma eylemini, şehvet ve cinsel duyguları tatmin amaçlı olmaksızın işlediğinin anlaşılması karşısında, sanık Murat hakkında Kadir Altın’a yönelik beden veya ruh sağlığını bozacak şekilde cinsel saldırı suçundan hüküm kurulurken haksız tahrik hükümlerinin uygulanmasında ve iddianamede sanıkların katılan Kadir Altın’dan cep telefonunu zorla aldıkları yönünde bir anlatımın

Kanaatimizce doktrinde ve uygulamada cinsel saldırı suçunun manevi unsuru açısından birbirinden oldukça farklı ve birbiriyle bağdaşmayan çeşitli görüşlerin ileri sürülmesi kanun koyucu tarafından suç tanımının eksik ve isabetli bir şekilde yapılmadığını göstermektedir.

Yine suçun oluşumu için hayati önem arz eden bu konuda bu farklı görüşlere yol açan temel düzenlemenin maddenin ‘gerekçesi’ olduğunu söyleyebiliriz.²⁴⁹ Madde gerekçesinde suçun temel şeklinin oluşması için gerçekleştirilen hareketlerin objektif olarak şehvi nitelikte bulunmasının yeterli olduğu belirtilirken suçun

bulunmayışı nazara alındığında katılan Kadir Altın'dan cep telefonu ile ilgili zararının giderilip giderilmediğinin sorulmamasında isabetsizlik bulunmadığından bu hususlarda bozma isteyen tebliğname görüşüne iştirak edilmemiştir.

Sanık Murat hakkında katılan Kadir Altın'a yönelik beden veya ruh sağlığını bozacak şekilde nitelikli cinsel saldırı ve kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçlarından kurulan hükümlerin incelenmesinde; Delillerle iddia ve savunma, duruşma göz önünde tutularak tahlil ve takdir edilmiş sübutu kabul olunan fiillerin unsurlarına uygun şekilde tavsif ve tatbikatları yapılmış bulunduğundan, sanık Murat müdafii, katılan Kadir Altın vekili ve katılan Kadir Bora'nın yerinde görülmeyen temyiz itirazlarının reddiyle hükümlerin ONANMASINA...”(14.CD. 23.02.2015 T.EsasNo : 2014/7973, Karar No : 2015/2105)

“Mağdur anlatımları, savunmalar ve tüm dosya kapsamına göre, mağdur Yakup'un sanıklardan Rıza'nın kızı Sultan ile arkadaşlık kurmak istediği, teklifi kabul görmediği halde Sultan'ı ısrarla takip edip arkadaşları aracılığıyla karşılıksız kalan mektuplar göndermesi, Sultan'ın adını duvarlara yazması, birçok kez sanık Rıza'ya ait evin camlarını kırması ve bu olayların şikâyet ve soruşturmaya konu edilmesi, Sultan'ın bu taciz ve baskılara dayanamayı okulu bırakması şeklinde gerçekleştirdiği haksız eylemlerin meydana getirdiği hiddet ve şiddetli elemin etkisi altında kalan sanıkların, **mağdur Yakup'a karşı şehvet ve cinsel duyguları tatmin amaçlı olmaksızın işledikleri çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçu nedeniyle** 5237 sayılı TCK'nın 103/2, 3, 4 ve 6. maddeleri gereğince hüküm kurulurken sanıklar hakkında haksız tahrik hükümlerinin uygulanması gerektiğinin gözetilmemesi suretiyle fazla ceza tayini,

Sanıkların, mağdur Yakup'a yönelik oluşa uygun olarak işlediği kabul edilen beden veya ruh sağlığını bozacak şekilde çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçuna uyan 5237 sayılı TCK'nın 103/2, 103/3 ve 103/4. maddeleri uyarınca verilen ceza 15 yıla ulaşsa veya geçse dahi, suçun sonucunda mağdurun ruh sağlığının bozulmasından dolayı neticenin ağırlığına göre tayin edilen cezanın 49/1 ve 103/6. maddeler gereğince yirmi yıla kadar artırılmasının olanaklı bulunduğu gözetilmeden, 103/6. maddesi uyarınca bu madde uygulanmadan önce bulunan 18 yıla hükmedilerek, 103/6. maddesinin uygulama dışı bırakılması...” (14.CD. 27.12.2013 T.Esas No: 2013/5627, Karar No: 2013/14108), GÜNDÜZ Remzi, (2015), Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, Bilge Yayinevi, Ankara.

²⁴⁹ Madde gerekçesinin konumuzla ilgili olan bölümleri;

“...Maddenin birinci fıkrasında, cinsel saldırı suçunun temel şekli tanımlanmıştır. Bu suçun oluşabilmesi için, cinsel arzuları tatmin amacına yönelik davranışlarla kişinin vücut dokunulmazlığının ihlâl edilmesi gerekir.

Suçun temel şekline ilişkin maddî unsuru, kişinin vücudu üzerinde gerçekleştirilen, cinsel arzuları tatmin amacına yönelik ve fakat cinsel ilişkiye varmayan cinsel davranışlar oluşturmaktadır. Suçun oluşması için, gerçekleştirilen hareketlerin objektif olarak şehvî nitelikte bulunmaları yeterlidir; failin şehvi arzularının fiilen tatmin edilmiş olması gerekmez...”

..Maddenin ikinci fıkrasında, cinsel saldırının vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi, bu suçun nitelikli hâli olarak tanımlanmıştır. Suçun bu nitelikli hâli için, vücuda vajinal, anal veya oral yoldan organ veya sair bir cismin ithal edilmesi gerekir. Bu bakımdan vücuda penis ithal edilebileceği gibi, vajinal veya anal yoldan cop gibi sair bir cisim de ithal edilebilir. Bu bakımdan, söz konusu suçun temel şeklinin aksine, bu fıkarda tanımlanan nitelikli hâlinin oluşabilmesi için, gerçekleştirilen davranışın cinsel arzuların tatmini amacına yönelik olması şart değildir.” şeklinde düzenlenmiştir.

nitelikli şeklinin oluşması için ise suçun temel şeklinin aksine gerçekleştirilen davranışın cinsel arzuların tatmini amacına yönelik olmasının şart olmadığı açıkça vurgulanmıştır. Bir başka anlatımla suçun temel şekli bakımından gerçekleştirilen davranışların cinsel arzuları tatmine yönelik olması aranırken, nitelikli şeklinde ise gerçekleştirilen davranışların cinsel arzuları tatmine yönelik olmasının şart olmadığı açıkça belirtilmiştir.

Her ne kadar suçun tanımına baktığımızda cinsel saldırının her iki şekli bakımından da suçta aranan kastın genel kast olduğu, cinsel arzuları tatmin özel kasta yer verilmediği görülse bile madde gerekçesinde açıkça suçun temel şeklinde özel kastın arandığı nitelikli şeklinde ise genel kastın yeterli olduğu vurgulanmıştır.²⁵⁰

Ancak bu durum doktrinde farklı görüşlerin haklı eleştirilerine neden olmuştur. Şöyle ki gerekçe kanun hükmüne dahil değildir ve dolayısıyla kanunu gerekçeyle daraltmak veya genişletmek de mümkün bulunmamaktadır.²⁵¹ Bu haliyle kanun koyucu yorumu uygulamaya ve öğretiyeye bırakmış olmaktadır ki bu durumda hukukumuzun temel ilkelerinden olan kanunilik ilkesine de aykırılık teşkil edecektir.²⁵²

Bu haklı eleştirilere rağmen kanaatimizce maddenin uygulanmasında gerekçedeki bu açık hüküm karşısında suçun temel şeklinin özel kastla, nitelikli şeklinin ise genel kastla işlenebilen bir suç olduğunun kabulü gerekmektedir.

Burada failin kastının cinsel saldırının temel şekline mi yoksa nitelikli şekline mi yönelik olduğu konusunda da sorunlar ortaya çıkabilmektedir. Burada Yargıtay failin kastını olay öncesi söylediği sözleri, olayın geçtiği yeri ve failin olay öncesindeki davranışlarını dikkate alarak her somut olayın özelliğine göre değerlendirmektedir.²⁵³

²⁵⁰ Centel, 269-290

²⁵¹ Taner, s.174

²⁵² Sevik, s.258

²⁵³ “..Tanik Çetin Karabüber'in aşamalarda değişmeyen beyanlarında, mandalina bahçesinde gerçekleşen olayda sanık ile mağduru belden aşağıları çıplak vaziyette ve fakat aralarında yaklaşık 15-20 cm mesafe bulunup birbirlerine yönelik herhangi bir hareketleri olmadığı halde gördüğünü, taraflara bağırıp kızması üzerine olay yerinden ayrıldıklarını belirtmesi, tanik Zafer Tekcan'ın ise alınan beyanında 17.05.2008 günü camiye ait erkekler tuvaletinin daima arkadan tel ile bağlı genel

Bu suçun olası kastla işlenip işlenemeyeceği konusunda da doktrinde farklı görüşler mevcuttur. CENTEL, bu suçun olası kastla da işlenebileceğini

giriş kapısının kapalı olmasından şüphelenerek üzerinde bulunan anahtarla kapıyı açtığına sanık ve mağduru belden aşağısı çıplak vaziyette gördüğünü, bu sırada sanığın cinsel organının ereksiyon halinde olduğunu bildirmesi, sanığın Cumhuriyet Savcılığında müdafii huzurunda alınan ifadesinde mağdurla arasında gerçekleşen basit nitelikteki cinsel eylemlerden söz etmesi, mağduru reddetmesi nedeniyle anal muayenesinin yapılamaması ve bu konuda rapor tanzim edilememesi ile tüm dosya içeriğinden, gerçekleşen her iki olayda sanığın kastının vücuda organ sokmak olabileceği gibi, cinsel organını sürme ve benzeri davranışlarla da kendini tatmin yoluna gidebileceğinin ve dolayısıyla dış dünyaya yansıyan hareketler itibarıyla bu hususun tam olarak tespitinin mümkün olmadığına anlaşılması karşısında, ceza hukukunun "şüpheden sanık yararlanır" ilkesi gereğince, sanığın eylemlerinin basit nitelikteki cinsel saldırı kapsamında kaldığının kabulü, gerekirken, nitelikli cinsel saldırıya teşebbüs suçundan ceza tayin edilmesi, Kanuna aykırı, sanık müdafinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görüldüğünden, hükmün 5320 sayılı Kanununun 8/1. maddesi gözetilerek CMUK'nın 321. maddesi uyarınca BOZULMASINA.." (14.CD. 21.04.2014 T, Esas No: 2014/3270, Karar No : 2014/5376)

"...Sanıkla arasında dosyaya yansıyan her hangi bir husumet bulunmayan mağdurenin aşamalarda istikrarlı ve samimi anlatımları, bu anlatımları destekleyen tanık beyanları ile sanığın savunması nazara alındığında suç tarihinden önce sanık ile karşılıklı binalarda oturup, komşu olan 36 yaşındaki mağdurenin olay gecesi saat 02:00 sularında balkonda sigara içtiğini gören sanığın yalnız yaşadığını bildiği mağdureye soracaklarının olduğunu söyleyip gelmek istediği ve bu teklifi kabul eden mağdurenin sanığı eve almasının ardından değişik konularda bilgi alan sanığın cinsel ilişkiye girme teklifinde bulunduğu, mağdurenin olumsuz yanıt verip evden gitmesini istemesi üzerine arkasından saldırıp çekyata yatırarak, öperek kilodunun içine elini sokup cinsel organını okşadığı, direncini artıran mağdureye yumrukla vurduğu, yaşanan arbede sırasında mağdurenin, sanığın elinden kurtularak evden kaçması nedeniyle sanığın ilişkiye girme eylemini tamamlamadan evden ayrılmak zorunda kaldığı tüm dosya içeriğinden anlaşıldığından, sanığın nitelikli cinsel saldırı suçuna teşebbüsten eylemine uyan TCK'nın 102/2, 35/2, 102/5. maddelerince cezalandırılması gerekirken, suç vasfında yanılığa düşülerek yazılı şekilde 102/1-5. maddelerince cezalandırılması..." (14.CD. 11.12.2014 T. Esas No:2013/4503, Karar No: 2014/14186)

"..Mağdure beyanları, savunma, tanık anlatımları ile tüm dosya içeriğinden, sanığın kendisi hakkında yürütülen icra takip dosyasına ait bilgi almak bahanesiyle mağdurenin sekreter olarak çalıştığı avukatlık bürosuna gittiği, burada mağdurenin yalnız olduğunu görünce boğazını sıkıp darpmeye başladığı, boğazına bıçak dayayarak tayıtı çıkarıp iç çamaşırını yırttığı sırada Avukat Mehmet Özümtürk'ün büroya gelmesi üzerine nitelikli cinsel saldırıya yönelik eylemlerini tamamlamadığının anlaşılması karşısında, nitelikli cinsel saldırı suçuna teşebbüsten mahkûmiyeti yerine, suç vasfının tayininde yanılığa düşülerek yazılı şekilde basit cinsel saldırı suçundan hüküm kurulması..." (14.CD. 02.11.2015 T. Esas No:2015/6500, Karar No: 2015/9996)

"..Sanıkla aralarında dosyaya yansıyan herhangi bir husumet bulunmayan ve suç tarihinde on yaşında olan mağdur Umut Can ile sekiz yaşındaki mağdure Kübra Gizem'in aşamalarda samimi anlatımları ve bir kısım tanık beyanları nazara alındığında olay gününden önce parkta otururken yanına gelip köpeğiyle oynayan mağdurlarla tanışıp ev adreslerini alan sanığın 06.02.2012 günü mağdurların yalnız bulunduğu eve gidip içeriye girdikten sonra ilk olarak Umut Can'a sarılıp öperek ilişkiye girme teklifinde bulunmasının ardından elinden kurtulup diğer odaya kaçan Umut Can'ın kardeşi Kübra Gizem'e de sarılıp öptüğü ve onun da kaçıp abisinin bulunduğu odaya girmesi nedeniyle sanığın kapıyı açmalarını istediği küçük mağdurların olumsuz yanıt vermesi üzerine başkaca engel neden olmaksızın olay yerinden ayrıldığı tüm dosya içeriğinden anlaşıldığından, mevcut haliyle sanığın onsekiz yaşından küçük olan her iki mağdura yönelik eylemlerinin çocuğun basit cinsel istismarı suçunu oluşturduğu gözetilerek TCK'nın 103/1. maddesi (2 kez) gereğince cezalandırılması yerine suç vasfının tayininde yanılığa düşülerek yazılı şekilde nitelikli cinsel saldırı suçuna teşebbüsten dolayı TCK'nın 102/2, 35/2. maddeleri (2 kez) uyarınca hüküm kurulması..."(14.CD. 16.09.2015 T. Esas No:2013/11021, Karar No: 2015/8454), Taner, s.175

savunurken²⁵⁴ TANERİ²⁵⁵ ve TANER²⁵⁶'e göre cinsel saldırı suçu sırf davranış suçu olduğu için olası kastla işlenemez.

Yine yukarıda da belirttiğimiz üzere, rızanın varlığı konusunda esaslı hataya düşülmesi halini, failin kastını ortadan kaldıracağı unutulmamalıdır.²⁵⁷

2.2. SUÇU AĞIRLAŞTIRAN NEDENLER

2.2.1. Suçun Cezayı Ağırlandırmayı Gerektiren Nitelikli Halleri

Suçun cezayı ağırlandırmayı gerektiren nitelikli halleri TCK'nın 102. Maddesinin 3. Fıkrasında düzenlenmiş olup "cinsel saldırı suçunun, beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı, kamu görevinin, vesayet veya hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle, üçüncü derece dahil kan veya kayın hısımlığı ilişkisi içinde bulunan bir kişiye karşı ya da üvey baba, üvey ana, üvey kardeş, evlat edinen veya evlatlık tarafından ²⁵⁸silahla veya birden fazla kişi tarafından birlikte, insanların toplu olarak bir arada yaşama zorunluluğunda bulunduğu ortamların sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle işlenmesi halinde verilecek cezanın yarı oranında artırılması öngörülmüştür.

6545 sayılı kanunla 'b' fıkrasına yapılan ekleme ile suçun vesayet ilişkisinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle işlenmesi, 'c' fıkrasına yapılan ekleme ile suçun üvey baba, üvey ana, üvey kardeş, evlat edinen veya evlatlık tarafından işlenmesi, 'e' fıkrasında ise tamamen yeni bir düzenleme olarak suçun insanların toplu olarak bir arada yaşama zorunluluğunda bulunduğu ortamların sağladığı

²⁵⁴ Centel, 269-290

²⁵⁵ Taneri, s.32

²⁵⁶ Taner, s.177

²⁵⁷ Hafizoğulları/Özen, s.161

²⁵⁸ "Madde 102/3: Suçun;

a) *Beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı*

b) *Kamu görevinin, vesayet veya hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle,*

c) *Üçüncü derece dâhil kan veya kayın hısımlığı ilişkisi içinde bulunan bir kişiye karşı ya da üvey baba, üvey ana, üvey kardeş, evlat edinen veya evlatlık tarafından,*

d) *Silahla veya birden fazla kişi tarafından birlikte,*

e) *İnsanların toplu olarak bir arada yaşama zorunluluğunda bulunduğu ortamların sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle, işlenmesi hâlinde, yukarıdaki fıkralara göre verilen cezalar yarı oranında artırılır."*

kolaylıktan faydalanmak suretiyle işlenmesi halleri de yapılan değişiklik ile suçun nitelikli unsurları olarak benimsenmiştir.

Bu fıkrada suçun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli unsurları tanımlanmış olup yukarıda belirtilen nitelikli hallerin varlığı halinde verilecek cezalar yarı oranında artırılacaktır. Somut olayda nitelikli hallerden iki veya daha fazlasının birlikte bulunması durumunda ise artırım bir kez yapılacak ancak temel ceza belirlenirken teşdidin tayininde bu durum gözetilecektir.²⁵⁹

2.2.1.1. Cinsel Saldırı Suçunun Beden Veya Ruh Bakımından Kendisini Savunamayacak Durumda Bulunan Kişiye Karşı İşlenmesi

Bu bentte mağdurun belirli özelliklere sahip olması, cezanın artırılmasını gerektiren nitelikli bir hal olarak kabul edilmiştir.²⁶⁰ Burada failin cinsel saldırı suçunu kendisine karşı koyamayacak, kendisini savunamayacak durumda olan mağdura karşı işlemiş olması gerekir.²⁶¹ Bu karşı koyamama bedensel bir rahatsızlıktan ileri gelebileceği gibi akıl hastalığı, ileri yaş, alkol veya uyuşturucu alınması gibi durumlardan da kaynaklanabilecektir.²⁶² Mağdurun faile karşı koyamamasına neden olan halin geçici veya kalıcı olmasının bir önemi olmayıp mağdurun beden veya ruh sağlığının karşı koyabilme yetisini ortadan kaldırmış olması yeterlidir.²⁶³ Örneğin; ihtiyar, hasta, felçli veya özürlü kişilerin beden olarak kendilerini savunamayacakları yine akıl hastalarının da ruh bakımından kendilerini savunamayacak durumda oldukları doktrinde kabul edilmektedir.²⁶⁴ Mağdurun karşı koyabilme yetisini elinden alan neden ister kendisi tarafından meydana getirilsin isterse fail mağduru karşı koyamayacak duruma getirsin her iki halde de suçun oluşumunu etkilemeyecek bu nitelikli hal uygulanacaktır.²⁶⁵ Örneğin, mağdur alkol

²⁵⁹ “..Sanıkların eylemlerinin beden ve ruh bakımından kendini savunamayacak olan mağdureye karşı birden fazla kişiyle birlikte gerçekleştirilmesi nedeniyle TCK.nun 102/3-a-d bendlerinin ayrı ayrı ihlal edildiği halde ve bu madde gereğince bir kez artırım yapılması gerektiği nazara alınarak temel cezanın alt sınırdan uzaklaşarak tayin edilmesi gerektiğinin gözetilmemesi..” (5.CD 19.04.2011 Esas No : 2009/2352, Karar No : 2011/3225), Parlar/Banko, s.8

²⁶⁰ Gültaş/Remzi, s.30

²⁶¹ Yaşar/Gökcan/Artuç , s. 3243

²⁶² Tuğrul, 80

²⁶³ Parlar/Hatipoğlu, s.1621

²⁶⁴ Özbek ve diğerleri, s. 327

²⁶⁵ “..Adli Tıp Kurumu 6. İhtisas Kurulunun 22.06.2012 günlü raporuna göre, sanıklarla birlikte aldığı **alkolün etkisi nedeniyle eylem sırasında kan alkol düzeyinin fiile ruhsal yönden mukavemetine engel olacak derecede olduğu belirtilen** 30 yaşındaki mağdureye yönelik nitelikli cinsel saldırı suçlarında sanıkların birbirlerinin eylemlerine iştirak ettiklerine dair yeterli, kesin ve inandırıcı kanıt

olarak ya da kendisine uyuşturucu enjekte ederek kendisini savunamayacak hale gelmiş ve fail bu durumdan yararlanarak mağdurla cinsel ilişkiye girmişse bizimde katıldığımız görüşe göre burada da nitelikli hal uygulanmalıdır.²⁶⁶

Mağdurun beden veya ruh hastalığının mutlak surette kendisini savunma gücünü ortadan kaldıracak nitelikte olup olmadığının tıbben belirlenmesi gerekmektedir olup uygulamada bu halin tespiti için adli tıp kurumundan rapor aldırılmaktadır.²⁶⁷ Ancak geçici nedenlerle mağdurun beden veya ruh bakımından kendisini savunmayacak durumda olup olmadığı her somut olayın özelliğine göre takdir edilecek ve gerekli olduğunda yine adli tıp kurumundan rapor istenebilecektir.²⁶⁸ Akıl veya beden hastalığının daimi veya geçici olması önemli olmayıp olay sırasında

bulunmaması karşısında, her bir sanığın kendi eylemlerinden dolayı ayrı ayrı temel cezaların TCK'nın 102/2, 3-a maddeleri uyarınca belirlenmesi gerektiği gözetilmeden sanıklar hakkında uygulama yeri bulunmayan TCK'nın 102/3-d ve 43. maddelerinin tatbiki suretiyle fazla ceza tayini.." (14.CD 06.02.2014 Esas No : 2013/10564, Karar No : 2014/1245), Tuğrul, s. 81

²⁶⁶ Özbek ve diğerleri, s. 328

²⁶⁷ "Sakarya Eğitim ve Araştırma Hastanesinde görevli tek hekim tarafından verilen 02.07.2012 tarihli raporda mağdurda "IQ:57 olup hafif derece zeka geriliği saptandığından ruhsal bakımdan kendini savunma yönünden zayıflık yaşayacağı" bildirilmiş ise de, mevcut raporun yetersiz olduğu anlaşılınca, mağdurun dava dosyasıyla birlikte İstanbul Adli Tıp Kurumu ilgili İhtisas Kuruluna sevk edilerek olay tarihi itibarıyla herhangi bir akıl hastalığı ya da zayıflığı bulunup bulunmadığı, var ise bu hastalığının hekim olmayanlar ile tanıyanlarca anlaşılıp anlaşılamayacağı, fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğinin gelişmiş olup olmadığı, beden veya ruh bakımından eyleme karşı kendisini savunabilecek durumda olup olmadığı, ifadelerine itibar edilip edilemeyeceği hususlarında ayrıntılı rapor alınması ve ayrıca sonucuna göre mağdura CMK'nın 239/2. maddesi uyarınca zorunlu vekil atanmasından sonra sanığın hukuki durumunun tayin ve takdiri gerekirken eksik araştırma ile yazılı şekilde hüküm kurulması.." (14.CD 16.03.2016 Esas No: 2014/2766, Karar No: 2016/2586)

"..Mağdur ile ilgili olarak hükme esas alınan Çukurova Üniversitesi Tıp Fakültesi Ruh Sağlığı ve Hastalıkları Anabilim Dalı Sağlık Kurulunun 22.06.2015 tarihli raporunun mağdurun beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunup bulunmadığına ilişkin bir açıklama içermemesine ve mağdurun annesi katılan Saadet'in 27.08.2014 günlü duruşmada oğlunun akıl sağlığında bir sorun bulunmadığına ilişkin açıklamasına ve tüm dosya içeriğine göre, hükme esas alınan raporun içeriği itibarıyla yetersiz olduğu anlaşılınca, mağdurun dava dosyasıyla birlikte İstanbul Adli Tıp Kurumu ilgili ihtisas kuruluna sevk edilerek suç tarihi itibarıyla kendisinde akıl hastalığı veya akıl zayıflığı olup olmadığı, akıl hastalığı veya zayıflığı varsa bunun hekim olmayanlar ile çevresinde yaşayanlar ve tanıyanlarca anlaşılıp anlaşılamayacağı, beyanlarına itibar edilip edilemeyeceği, kendisine karşı işlenen eylemin ahlaki kötülüğünü idrak edip edemeyeceği, beden veya ruh bakımından kendisini savunabilecek durumda olup olmadığı hususlarında rapor alındıktan sonra tüm deliller birlikte değerlendirilerek sonucuna göre sanığın hukuki durumunun tayin ve takdiri gerekirken eksik araştırma ile yazılı şekilde hükümler kurulması.." (14.CD 05.05.2016 Esas No: 2016/1216, Karar No: 2016/4616) Çalışkan, s.30

²⁶⁸ "Eylemin mağdurenin beden bakımından kendisini savunamayacak derecede alkollü olduğu sırada gerçekleştirildiğinden bahisle sanıkların cezalarında TCK'nın 102/3-a maddesi uyarınca artırım yapılması yoluna gidilmiş ve buna dayanak olarak Adana Adli Tıp Şube Müdürlüğünün raporu gerekçe gösterilmiş ise de, söz konusu raporda yeterli açıklık bulunmadığından, dosyanın İstanbul Adli Tıp Kurumu Başkanlığına gönderilerek eylemin mağdurenin beden bakımından kendisini savunamayacak durumda olduğu esnada gerçekleşip gerçekleşmediği hususunda tereddüte mahal bırakmayacak şekilde görüş sorulması ve alınacak rapor sonucuna göre sanıklar haklarında TCK'nın 102/3-a maddesinin uygulanıp uygulanmayacağının belirlenmesi gerekirken, eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm kurulması.." (14.CD 21.10.2014 Esas No : 2012/14205, Karar No: 2014/11940), Tuğrul, 82

mağdurun savunmasını engelleyecek nitelikte olması yeterlidir.²⁶⁹ Ayrıca Yargıtay özellikle akıl hastalığında mağdurun kendisini savunamayacak durumda olup olmadığının doktor olmayanlarca da anlaşılıp anlaşılamayacağı hususunda Adli Tiptan rapor alınmasını zorunlu görmektedir.²⁷⁰

Ayrıca failin mağdurun kendini savunamayacak durumda olduğunu failini işlemiden önce bilmesi gerekir.²⁷¹ Örneğin fail mağdurun akıl hastası olduğunu bilmiyor ve mağdurun davranışlarından da durumu açıkça anlayamıyorsa fail hakkında bu nitelikli hal uygulanamayacaktır.²⁷² Bu konuda hataya düşen fail TCK'nın 30. Maddesi uyarınca hatasından faydalanacaktır.²⁷³

2.2.1.2. Cinsel Saldırı Suçunun Kamu Görevinin, Vesayet Veya Hizmet İlişkinin Sağladığı Nüfuz Kötüye Kullanılmak Suretiyle İşlenmesi

Bu bentte failin sıfatından ya da bulunduğu konumdan yararlanarak mağdur üzerinde nüfuz sahibi olması ve sahip olduğu bu nüfuzu kötüye kullanarak cinsel saldırı suçunu işlemesi nitelikli hal olarak düzenlenmiştir.²⁷⁴ Bu nitelikli halin uygulanabilmesi için failin kamu görevini ifa etmesi veya mağdurla hizmet ilişkisi içinde bulunması gerekir.²⁷⁵ Bu konumdaki kişilerin mağdur üzerindeki nüfuzlarını kötüye kullanarak mağdurun direncini daha kolay kırarak cinsel saldırı suçunu işlemeleri daha kolay olduğu için kanun koyucu bu halde cezanın artırılması yoluna gitmiştir.²⁷⁶

Kamu görevinin sağladığı nüfuzun kötüye kullanılması için mağdurla fail arasında bir astlık-üstlük ilişkisinin bulunması şart olmayıp failin kamu görevinin

²⁶⁹ Baytemir, s.140

²⁷⁰ Tuğrul, s.81

²⁷¹ Parlar/Hatipoğlu, s.1621

²⁷² Çalışkan, s.39

²⁷³ Adli Tıp Kurumu 6. İhtisas Kurulundan alınan 27.12.2013 tarihli raporda mağdurede hafif ile orta derece sınırında zeka geriliği tespit edilmesi ve bu zeka geriliğinin hekim olmayanlarca anlaşılabilirliğinin belirtilmesi, sanık Bayram'ın diğer sanıkların kendisine mağdure de utangaçlık olduğunu söylediklerine ilişkin savunması, tanık Şekernaz'ın da Bayram'ın ifadelerini desteklemesi ve tüm dosya içeriği karşısında kırsal kesimde yaşayan Bayram'ın olaydan önce sınırlı şekilde görüştüğü mağduredeki zeka geriliğini bildiği konusunda şüphe oluştuğu ve sanığın mağdurenin rızasının geçerli olduğu noktasında TCK'nın 30. maddesi kapsamında hataya düştüğü gözetilmeden, yazılı şekilde mahkûmiyetine hükmolunması.." (14.CD 04.11.2015 Esas No: 2015/7715, Karar No: 2015/10174), Tuğrul, s.83

²⁷⁴ Gündüz, s.102

²⁷⁵ Parlar/Hatipoğlu, s.1622

²⁷⁶ Centel, s.269-290

sağladığı otoriteden yararlanarak cinsel saldırı suçunu işlemesi yeterlidir.²⁷⁷ Örneğin; bir polisin şüpheliye karşı, doktorun hastaya karşı, öğretmenin öğrenciye karşı, komutanın astına karşı nüfuzunu kötüye kullanarak cinsel saldırı suçunu işlemesi halinde bu bent uygulanacaktır.²⁷⁸

Faille mağdur arasında hizmet ilişkisi bulunduğu bu maddenin uygulanabilmesi için failin mağdur üzerinde otorite kurma, söz geçirme ve hiyerarşik üstünlüğünü kötüye kullanarak cinsel saldırı suçunu işlemiş olması gerekir.²⁷⁹ Memurlar arasındaki hizmet ilişkisinin kötüye kullanılması hali de bu bent kapsamında değerlendirilmelidir.²⁸⁰ Örneğin; aynı işyerinde çalışan patronun çalışanına, ev sahibinin hizmetçiye, üstün asta karşı eylemleri bu kapsamda değerlendirilmelidir.²⁸¹ Ancak unutulmamalıdır ki failin mağdur üzerinde otorite kurma ve hiyerarşik üstünlüğü yoksa salt aynı işyerinde çalışıyor olunması halinde nüfuzun kötüye kullanılmasından söz edilemeyecek ve bu bent uygulanamayacaktır.²⁸²

6545 Sayılı kanunla yapılan değişiklik sonucu vesayet ilişkisinin sağladığı nüfuzun kötüye kullanılması suretiyle cinsel saldırı suçunun işlenmesi hali de yeni

²⁷⁷ Tuğrul, s.84

²⁷⁸ Yaşar/Gökcan/Artuç , s. 3244

²⁷⁹ “Sanığın, sahibi olduğu işyerinde çalışan yirmi yaşındaki mağdure ile tuvalet kısmında bulunduğu sırada ani hareketle dudaklarından öpmesi şeklinde gerçekleşen eylemi nedeniyle TCK'nın 102/1. maddesine göre belirlenen cezanın aynı Kanunun 102/3-b. maddesi ile artırılması gerektiği gözetilmeden..”(14.CD 10.05.2016 Esas No: 2015/1754, Karar No: 2016/4765), Parlar/Hatipoğlu, s.1622

²⁸⁰ Yaşar/Gökcan/Artuç , s. 3244

²⁸¹ Tuğrul, s.84

²⁸² “5237 sayılı TCK.nın 102/3-b. maddesinde düzenlenen hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle cinsel saldırı eyleminin söz konusu olabilmesi için sanık ile mağdure arasında bir hizmet ilişkisinin bulunması gerektiği, kanunda düzenlenen hizmet ilişkisinde failin yazılı veya sözlü bir hizmet akdine dayanarak mağdure üzerinde işe alma, işten çıkarma ve ücret gibi sosyal haklarını belirleme yetkisi olup sanığın bu nedenle astı konumundaki mağdureye söz geçirebilmeden kaynaklanan nüfuzunun bulunması gerektiği, somut olayda ise Türkiye Kamu Hastaneleri Kurumu Disiplin yönetmeliğine göre **sanığın mağdurenin disiplin amiri olmadığı gibi Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği uyarınca ebe olan mağdure ile hastane müdür vekili olan sanık arasında bu anlamda hiyerarşik bir ilişkinin de bulunmadığının anlaşılması karşısında**, sanık hakkında 102/3-b. maddesinin tatbikinin mümkün olmadığı..” (14.CD 22.12.2015 Esas No: 2015/7346, Karar No: 2015/11977)

“TCK.nın 102/3-b maddesinde öngörülen hizmet ilişkisi kavramı ile failin yazılı veya sözlü bir hizmet akdine dayanarak mağdure üzerindeki işe alma, işten çıkarma, ücret gibi sosyal haklarını belirleme yetkisine haiz olmanın vermiş olduğu nüfuzun kastedilmesi karşısında olay günü mağdurenin saçını kestirmek için sanığa ait işyerinde bulunduğu sırada gerçekleşen eylemde mağdure ile sanık arasında bu şekilde bir **hiyerarşik ilişkinin bulunmadığı gözetilmeden** sanık hakkında koşulları oluşmadığı halde TCK'nın 102/3-b maddesinin uygulanması suretiyle fazla ceza tayini..” (14.CD 07.10.2015 Esas No: 2013/9394, Karar No: 2015/8993),Parlar/Hatipoğlu, s.1622

bir nitelikli hal olarak bu bentte düzenlenmiştir. Vasinin vesayeti altındaki mağdura karşı cinsel saldırı suçunu işlemesi halinde nüfuzunu kötüye kullanıp kullanmadığının mutlaka araştırılması gerekir çünkü vasinin kısıtlıya karşı cinsel saldırı suçunu işlemesi durumunda bu bent mutlak olarak uygulanmayacak, nüfuzun kötüye kullanılması da ayrıca aranacaktır.²⁸³ Kişi vasi olarak tayin edilmeden önce fiili işlemiş ve vasi olarak tayin edildikten sonra durum ortaya çıkmış ise bu nitelikli hal uygulanamayacak, kişi vasi iken fiili işlemiş daha sonradan vasiliği ortadan kalkmış ise bu nitelikli hal uygulanacaktır.²⁸⁴

2.2.1.3. Cinsel Saldırı Suçunun Üçüncü Derece Dâhil Kan Veya Kayın Hısımlığı İlişkisi İçinde Bulunan Bir Kişiye Karşı Ya Da Üvey Baba, Üvey Ana, Üvey Kardeş, Evlat Edinen Veya Evlatlık Tarafından İşlenmesi

Kanun bu bentte öncelikle mağdur ile fail ya da faillerden biri arasında belirli yakınlıkta akrabalık bağı bulunmasını nitelikli unsur olarak kabul etmiştir.²⁸⁵ Mağdurla fail arasında üçüncü derece dahil kan veya kayın hısımlığı bulunmasının suçun işlenmesini kolaylaştıracağı ve mağdurun direncini daha kolay kırabileceği değerlendirilerek suçun bu kişiler arasında işlenmesi hali cezayı artırıcı bir husus olarak düzenlenmiştir.²⁸⁶ Bu maddeye göre cinsel saldırı suçu; anne, baba, dede, anane, dede, babaanne, büyük anane, büyük babaanne, büyük dede, çocuk, torun, torunun çocukları, kardeş, kardeş çocukları, dayı, amca, hala, teyzeye karşı veya aynı uzaklıkta kayın hısmına karşı işlenirse bu artırım nedeni uygulanacaktır.²⁸⁷

Evlilik birliğinin sona ermesiyle birlikte kayın hısımlığının ceza hukuku açısından artırım nedeni olarak kabul edilip edilmeyeceği ise doktrinde tartışmalıdır. MALKOÇ, görüşünü TMK'nın 18. Maddesindeki “ Kayın hısımlığı, kendisini meydana getiren evliliğin sona ermesiyle ortadan kalkmaz” şeklindeki düzenlemeye dayandırmakta ve evlilik sona erse bile üçüncü derece dahil kayın hısımları tarafından işlenen suçlarda nitelikli hal hükmünün uygulanması gerektiğini savunmaktadır.²⁸⁸ Yargıtay da bu görüşü benimsemektedir. Bizim de katıldığımız ve

²⁸³ Gündüz, s.41

²⁸⁴ Baytemir, s.148

²⁸⁵ Gültaş/Gündüz, s.32

²⁸⁶ Centel, s.269-290

²⁸⁷ Yaşar/Gökcan/Artuç , s. 3245

²⁸⁸ Gündüz, s. 44

YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ tarafından da benimsenen görüşe göre ise kanun koyucu burada evlilik ortadan kalksa bile hısımlıktan doğan durumun devam etmesini isteseydi kanun maddesinde bu durumu (CMK'nın 45. Maddesindeki gibi) açıkça belirtecek olup bu bentte böyle özel bir düzenleme olmadığı için evlilik birliği ortadan kalktığına kayın hısımları tarafından işlenen suçlarda nitelikli hal hükmü uygulanamayacaktır.²⁸⁹.

Burada nitelikli halin uygulanabilmesi için fail ve mağdur arasında üçüncü derece dahil kan veya kayın hısımlığının bulunması yeterli olup ayrıca aralarında bir nüfuz ilişkisinin bulunması aranmayacaktır.²⁹⁰ Yargıtay uygulamalarına göre taraflar arasındaki bu akrabalık ilişkisi resmi kayıtlarla doğrulanmalıdır.²⁹¹ Ancak her durumda nüfus kayıtlarının esas alınması gerektiğinin ileri sürülmesi Ceza Hukukunun maddi gerçeği araştırarak uygulama yapmak amacıyla çelişeceği gerekçesiyle doktrinde eleştirilmektedir.²⁹² Bu haklı gerekçe doğrultusunda bizim de katıldığımız görüşe göre nüfusa kayıt olmasa bile fiili kan bağı da ağırlatıcı sebep olarak kabul edilmelidir.²⁹³

6545 sayılı yasa ile yapılan değişiklikle suçun üvey baba, üvey ana, üvey kardeş, evlat edinen ve evlatlık tarafından işlenmesi de bu bende eklenerek nitelikli unsur kapsamına alınmıştır. Bu nitelikli halin uygulanabilmesi için akrabalık bağı ve üvey baba, üvey anne, üvey kardeş, evlat edinen, evlatlık ilişkisinin fail tarafından fiil öncesinde bilinmesi şarttır.²⁹⁴

²⁸⁹ Yaşar/Gökcan/Artuç , s. 3245

²⁹⁰ Özbek ve diğerleri, s. 328

²⁹¹ “..Her ne kadar, mağdurenin gayri resmî kayın pederi olan sanık hakkında 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 102. maddesinin üçüncü fıkrasının (c) bendi uyarınca cezasının artırılmasına karar verilmiş ise de; 5237 sayılı TCK. 102. maddesinin üçüncü fıkrasının (c) bendinde, cinsel saldırı suçunun kayın hısımlığı ilişkisi içinde bulunan kişiye karşı işlenmesinin suçun nitelikli hali olarak düzenlendiği, 4721 sayılı Türk Medenî Kanununun 18. maddesinin birinci fıkrasında da, eşlerden biri ile diğer eşin kan hısımlarının, aynı tür ve dereceden kayın hısımları olduğu, cinsel saldırı suçunda kayın hısımlığı sebebiyle cezanın artırılabilmesi için evlilik birliğinin Türk Medeni Kanunu hükümlerine göre kurulması ve bu hususun nüfus kayıtlarıyla belirlenmesi gerektiği, ancak dosya kapsamı ve mahkemenin kabulüne göre, mağdure Kıymet ile cinsel saldırı eyleminin sanığı olan Mustafa'nın oğlu arasında Medenî Kanun hükümlerine göre kurulmuş bir evlilik bağının bulunmadığı bu evliliğin gayri resmî olarak yapıldığının anlaşılması karşısında, mağdurenin gayri resmî kayın pederi olan sanık hakkında 5237 sayılı TCK'nın 102/3-c maddesinin uygulanması suretiyle fazla ceza tayini..”(14.CD 25.04.2013 Esas No: 2013/1970, Karar No: 2013/4971), Baytemir, s.157

²⁹² Gündüz, s. 43

²⁹³ Soyaslan, s. 254

²⁹⁴ Gündüz, s. 45

Ayrıca ensest suçunun birçok batılı ülkeden farklı olarak kanunumuzda suç olarak düzenlenmediğini de belirtmek isteriz.²⁹⁵ Bunun bir sonucu olarak anne veya babanın reşit çocuklarıyla rızaen ilişkiye girmesi durumu suç teşkil etmediği için cezalandırılmayacaktır.²⁹⁶

2.2.1.4. Cinsel Saldırı Suçunun Silahla Veya Birden Fazla Kişi Tarafından Birlikte İşlenmesi

Suçun icrasında silahın kullanılması faile cesaret vererek fiilini kolaylaştırdığı, mağduru ise korkutarak direncini kırdığı için fiilin işleniş tarzıyla ilgili nitelikli bir hal olarak kabul edilmiştir.²⁹⁷

TCK'nın 6/1-f maddesinde silahın tanımı yapılarak, silahtan ne anlaşılması gerektiği belirlenmiştir. Buna göre “Ateşli silâhlar, patlayıcı maddeler, saldırı ve savunmada kullanılmak üzere yapılmış her türlü kesici, delici veya bereleyici alet, saldırı ve savunma amacıyla yapılmış olmasa bile fiilen saldırı ve savunmada kullanılmaya elverişli diğer şeyler, yakıcı, aşındırıcı, yaralayıcı, boğucu, zehirleyici, sürekli hastalığa yol açıcı nükleer, radyoaktif, kimyasal, biyolojik maddeler” silah olarak sayılacaktır. Yargıtay da suçun silahla işlenmesi halinde uygulanacak artırım sebebinin uygulanmasında silah kavramını TCK'nın 6. Maddesi doğrultusunda yorumlayarak karar vermektedir.²⁹⁸

Bizim de katıldığımız görüşe göre silahın somut olayda doğrudan doğruya kullanılmasına bir başka deyişle silahın bizzat ateşlenmesine ya da doğrultulmasına gerek yoktur.²⁹⁹ Failin silahı mağdura yöneltmesi şart değilse de mağdura bu silahı

²⁹⁵ Çalışkan, s. 49

²⁹⁶ Çalışkan, s. 49

²⁹⁷ Artuk/Gökçen/Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler , s.219

²⁹⁸ “..Mağdurun aşamalarda istikrarlı beyanı ve tüm dosya içeriğine göre, sanığın eylemini gerçekleştirdiği sırada mağdurenin boğazına kemer bağladığı ve kemerin 5237 sayılı TCK.nın 6/1-f-4 maddesi uyarınca silah sayıldığından cezasının 102/3-d maddesi uyarınca arttırılmaması..”(14.CD 07.04.2014 Esas No: 2014/999, Karar No: 2014/4626)

“..Dosya içeriğine göre, sanığın eylemlerini TCK.nın 6/4. maddesi kapsamında kalan ve fiilen saldırıda kullanılmaya elverişli şeylerden olduğu ve silahtan sayılması gereken eter içeren spreyle gerçekleştirdiği anlaşıldığından, sanık hakkında TCK.nın 109/3-a ve 102/3-a maddelerinin uygulanmaması suretiyle eksik ceza tayini..”(14.CD 09.09.2014 Esas No: 2012/14227, Karar No: 2014/9624)

²⁹⁹“..Tüm dosya kapsamından, sanıkların fikir ve eylem birliği içerisinde cebir kullanarak mağdureyi araca bindirdikleri ve ıssız olan olay yerine götürerek araçtan indirdikleri, **sanık Mesut'un silah gösterdiği** ve sanıkların birlikte mağdureyi darp edip direncini kırdıkları, araca yakın bir yerde sanık Asil ve Mesut'un nitelikli şekilde, sanık Mahmut'un basit şekilde mağdureye cinsel saldırıda

göstermesi ve cinsel saldırı suçuna karşı koyduğu takdirde bu silahı kullanacağını hissettirmesi nitelikli halin uygulanması için zorunludur.³⁰⁰ Örneğin; suçun silahın kılıfı içinde teşhir edilerek işlenmesi veya oyuncak ya da kurusıkı silahın teşhir edilmesi suretiyle işlenmesi hallerinde de bu ağırlaştırıcı hüküm uygulanmalıdır.³⁰¹ Ayrıca belirtmek isteriz ki tehdit suçunun temyiz incelemesini yapan özel daire de herhangi bir söz söylenemese dahi kurusıkı silahı gösterme şeklindeki eylemi silahlı tehdit suçu olarak kabul etmektedir.³⁰² Bazı yazarlar ise ağırlaştırıcı hükmün uygulanabilmesi için suçun bilfiil silahla işlenmesinin arandığı düşüncesiyle silahın suçun işlenmesi sırasında ve bunu gerçekleştirmek için kullanılması gerektiğini savunmaktadırlar.³⁰³

Cinsel saldırı suçu tamamlandıktan sonra suçun ortaya çıkmasını veya başkalarının müdahalesini önlemek için silahın kullanılması halinde bu nitelikli hal uygulanamayacaktır çünkü maddede açıkça cinsel saldırı suçunun işlenmesi sırasında silahın vasıta olarak kullanılmış olması artırım nedeni olarak kabul edilmiştir.³⁰⁴

Aynı bentte cinsel saldırı suçunun birden fazla kimse tarafından birlikte işlenmesi hali de artırım nedeni olarak görülmüştür.

Eylemin birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi de suçun işlenmesini kolaylaştırdığı gibi mağdurun hem fiziki hem de psikolojik olarak direncinin kırılmasını da sağlayacaktır.³⁰⁵ Bu nedenle kanun koyucu tarafından ağırlaştırıcı sebep olarak düzenlenmiştir.

Suçun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi ifadesi, suçun icra hareketlerinin en az iki kişi tarafından müşterek fail olarak sorumluluğu gerektirecek

buldukları, bu sanıkların bizzat işledikleri eylemlerden ayrı olarak diğerlerinin eylemlerine de 5237 sayılı TCK'nın 37. maddesi anlamında katılmış oldukları, sanık Ramazan'ın da olay yerinde bulunarak diğer sanıklarla birlikte suçun işlenmesi sırasında mağdure üzerinde ortak hakimiyet kurduğu anlaşıldığından, tüm sanıklar haklarında 5237 sayılı TCK'nın 102/2 ve **102/3-a-d** maddelerine göre belirlenecek cezalarında suçun zincirleme olarak işlenmesi nedeniyle aynı Kanununun 43. maddesi uyarınca arttırım uygulanarak bulunacak arttırımın TCK'nın 102/5. maddesi ile belirlenen cezaya ilave edilmesi gerektiği gözetilmeden, ayrı ayrı üç kez cezalandırılmalarına karar verilerek fazla ceza tayini.." (14.CD 30.10.2014 Esas No: 2014/5178, Karar No: 2014/11924), Özbek ve diğerleri, s. 330

³⁰⁰ Tuğrul, s.89

³⁰¹ Kılıç, s. 198

³⁰² Tuğrul, s.88

³⁰³ Baytemir, s.158

³⁰⁴ Parlar/Banko, s.12

³⁰⁵ Çalışkan, s.54

şekilde gerçekleştirilmesi şeklinde anlaşılır.³⁰⁶ Dolayısıyla suçun azmettiren veya yardım eden sıfatıyla iştirak edilerek işlenmesi halinde bu ağırlaştırıcı sebebin uygulanması mümkün değildir.³⁰⁷ Ancak azmettiren veya yardım eden suçun birden fazla kişi tarafından birlikte işleneceğini biliyorsa nitelikli hal bu failler için de uygulanır.³⁰⁸

Müşterek faillik TCK'nın 37. Maddesinde düzenlenmiştir. Müşterek faillikte birlikte suç işleme kararının yanı sıra, fiil üzerinde ortak hâkimiyet kurulduğu için her bir suç ortağı fail statüsündedir.³⁰⁹ Ortak hâkimiyetin kurulup kurulmadığının belirlenmesinde faillerin suçun icrası sırasındaki rolleri ve suça katkıları göz önünde bulundurulacaktır.³¹⁰ Ortak hâkimiyetin varlığının kabulü için fiilin icrası veya sonuçsuz kalmasının suç ortaklarından her birinin ayrı ayrı elinde bulunması gerekir.³¹¹ Örneğin, faillerden birinin cebir ve tehdit kullanarak mağduru etkisiz hale getirdiği diğerinin de cinsel saldırı suçunu gerçekleştirdiği olayda her iki fail de suçun icrası için birbirini tamamlayıcı eylemleri gerçekleştirmiş ve suçun işlenişinde ortak bir hakimiyet kurmuşlardır.³¹² Suç ortaklarının somut olaydaki gibi iştirak katkılarının birbirini tamamladığı durumlarda müşterek faillik ve suçun icrası için fiil

³⁰⁶ “Sanıkların, nitelikli cinsel saldırı eylemlerini fiil üzerinde ortak hakimiyet kurmak suretiyle aynı mekanda birbirlerini takiben gerçekleştirdiklerinin ve her bir sanığın bizzat işlediği eylemden ayrı olarak diğerlerinin eylemlerine de TCK'nın 37. maddesi anlamında katıldığı anlaşılması karşısında, atılı suçun birden fazla kişi tarafından birlikte ve zincirleme şekilde işlenmesi nedeniyle sanıkların cezalarının TCK'nın 102/3d ve 43. maddeleri uyarınca artırılması gerektiğinin gözetilmemesi,” (14.CD 25.01.2016 Esas No: 2015/4211, Karar No: 2016/654), Artuk/Gökçen/Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.219

³⁰⁷ “..Dosya içeriğine göre, sanık Recep'in mağdureye yönelik nitelikli cinsel saldırı eylemini gerçekleştirmesi amacıyla kendisinin çalıştığı iş yerini kullanılmak suretiyle yer temin ettiği ve suçun işlenmesi sırasında da olay yerinde bulunmadığı anlaşılan sanık Sahure'nin nitelikli cinsel saldırı suçuna 5237 sayılı TCK'nın 39. maddesi kapsamında yardım eden olarak katıldığı gözetilmeden aynı Kanunun 37. maddesine göre fail olarak sorumlu tutulması ve sanık Recep'in de cinsel saldırı eylemini tek başına gerçekleştirmesi nedeniyle aynı Kanunun 102/3d maddesindeki “suçun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi” koşulları bulunmadığı halde her iki sanığın cezalarının anılan madde uyarınca artırılması suretiyle fazla ceza tayini..” (14.CD 25.04.2016 Esas No: 2016/5, Karar No: 2016/4191)

“..Sanıkların eylemleri nedeniyle birden fazla kişinin katılımı dolayısıyla artırım yapılabilmesi için TCK'nın 37. maddesi anlamında fiil üzerinde müşterek hakimiyet kurarak suçu doğrudan birlikte işleyen sıfatlarının bulunması gerektiği gözetildiğinde haklarında müsnet suçtan hüküm kurulurken uygulama olanağı bulunmadığı halde aynı Kanunun 103/3-d maddesi uygulanarak fazla ceza tayini..” (14.CD 19.04.2016 Esas No: 2016/377, Karar No: 2016/3902), Parlar/Hatipoğlu, s.1623

³⁰⁸ Çalışkan, s.54

³⁰⁹ Tuğrul, 91

³¹⁰ Parlar/Banko , s.13

³¹¹ Parlar/Hatipoğlu, s.1623

³¹² Yaşar/Gökcan/Artuç , s. 3248

üzerinde ortak hakimiyet kurulduğundan söz edilebilir.³¹³ Oysa faillerden biri mağdurun bulunduğu noktadan uzak bir yerde gözcülük yapıyorsa, eylem üzerinde ortak hâkimiyet kurması ve mağdurun direncini etkilemesi söz konusu olmayacak dolayısıyla suçun birlikte işlendiğinden söz edilemeyecektir.³¹⁴ Faillerden birinin mağdura normal yoldan diğerinin anal yoldan saldırması, biri saldırırken diğerinin cebir veya tehditle mağdurun direncini kırması, mağdurun üzerine kapıyı kilitlemesi, mağdurun hemen yanında ve mağdurun görebileceği şekilde gözcülük yapması durumlarında her bir fail fiil üzerinde ortak hâkimiyet kurmuş olup müşterek fail statüsündedir.³¹⁵

Faillerin aynı zamanda ve mekânda arka arkaya nitelikli cinsel saldırı eylemini gerçekleştirdikleri durumda bizzat gerçekleştirdikleri eylemlerle beraber diğerinin eylemine de müşterek fail olarak katıldığı kabulü ile haklarında TCK'nın 43. Maddesi uygulanmalıdır.³¹⁶ Yargıtay'ın uygulamaları da bu yöndedir.³¹⁷

³¹³ Katılan Nermin'in aşamalarda kararlılık arz eden anlatımları, savunma, tanık beyanları, doktor raporları ile tüm dosya içeriğine göre, sanıkların birlikte cebirle hürriyetinden yoksun kıldıkları katılanı araçla Topuzlar Köyüne götürürken, orman içerisinde تنها bir yerde aracı parkettikleri, katılanın yardım istemesine rağmen sanıklar Ayhan ve Süleyman'ın sanık Müjdat'ın mağdureye cinsel saldırı gerçekleştireceğini bilerek araçtan inmeleri üzerine, sanık Müjdat'ın katılana araç içerisinde cebirle organ sokmak suretiyle cinsel saldırıda bulunduğu, eylem sırasında sanıklar Ayhan ve Süleyman'ın araçtan beş metre kadar beklediklerinin anlaşılması karşısında, sanıkların fiil **üzerinde ortak hakimiyet kurmasından** sonra sanık Müjdat'ın gerçekleştirdiği nitelikli cinsel saldırı eylemine diğer sanıklar Ayhan ve Süleyman'ın TCK'nın 37/1. maddesi kapsamında asli fail olarak iştirak ettikleri gözetilerek, nitelikli cinsel saldırı suçundan mahkûmiyetlerine ve sanık Müjdat'ın cezasında ise TCK'nın 102/3-d maddesi gereğince arttırım yapılmasına karar verilmesi gerekirken delillerin takdirinde yanılığa düşülerek yazılı şekilde hüküm kurulması..” (14.CD 12.11.2015 Esas No: 2015/4151, Karar No: 2015/10576), Parlar/Banko, s.13

³¹⁴ “..Mağdurenin aşamaldaki anlatımları ve dosya içeriğine göre, diğer sanık Muhterem ile evlenmesini sağlamak amacıyla hile ve zorla mağdureyi birlikte kaçırarak sanıkların otomobille ıssız bir yere geldiklerinde sanık Muhterem mağdureyi araçta tutarken adları geçen sanıkların Muhterem'e “işini çabuk bitir, bizi ara biz seni buluruz” diyerek olay yerinden uzaklaştıklarının ve daha sonra sanık Muhterem'in telefonla kendilerini araması üzerine aracın yanına geldiklerinin anlaşılması karşısında, sanık Muhterem'in araç içerisinde mağdureye nitelikli cinsel saldırı suçunu işleminde adları geçen sanıkların yapıcı bir katılımları ve fiil üzerinde ortak hakimiyetleri bulunmayıp, sanık Muhterem ve mağdureyi araçta bırakıp kendilerinin de telefonla ulaşılabilir bir mesafede beklemek suretiyle sanık Muhterem'e uygun ortam sağlamaları ve onu cesaretlendirmeleri biçiminde kanıtlanan eylemlerinin TCK'nın 39. maddesi kapsamında suçun işlenmesine yardım niteliğinde bulunduğu halde haklarında anılan Kanunun 37. maddesi ile ceza tayini..”(14.CD 11.02.2013 Esas No: 2012/14349, Karar No: 2013/1047), Tuğrul, s. 91

³¹⁵ Yaşar/Gökcan/Artuç , s. 3248

³¹⁶ Yaşar/Gökcan/Artuç , s. 3248

³¹⁷ “..Dosya içeriğine göre, suça sürüklenen çocuk Vural'ın daha önceki eylemini videoya çektiğini ve gelmediği takdirde ailesi ile arkadaşlarına söyleyeceği tehdidiyle mağdurenin işçi koğuşu denilen yere gelmesini sağladıktan sonra, diğer suça sürüklenen çocuk Enis Mustafa ile aynı mekânda birbirlerini takiben çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçunu işlediklerinin anlaşılması karşısında, cezalarında

Suçu müşterek fail olarak birlikte işleyenlerin bir kısmının yaşı küçük olabileceği gibi bir kısmının da akıl hastalığı nedeniyle cezai sorumluluğu olmayabilir yani tüm faillerin cezai ehliyetinin tam olmaması ağırlaştırıcı sebebin uygulanmasına engel teşkil etmeyecektir.³¹⁸ Ve yine faillerin suçun işlenişine ilişkin kasıtlarının doğrudan veya olası kast gibi farklılık göstermesinin, müşterek fail olarak sorumlulukları üzerinde bir etkisi yoktur.³¹⁹ Her iki halde de müşterek fail sayılacak ve haklarında bu ağırlaştırıcı sebep uygulanacaktır.

Ayrıca bu nitelikli halin uygulanabilmesi için suçun tamamlanması şart değildir, teşebbüs aşamasında kalan suçlarda da bu ağırlaştırıcı sebep şartları haiz ise uygulanabilecektir.³²⁰

Cinsel saldırı suçu bu bentte yer alan her iki ağırlaştırıcı sebep dâhilinde işlenmiş olduğunda, yani suçun silahla ve aynı zamanda birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi durumunda temel cezada iki defa artırım yapılamayacağı, bu hususun TCK'nın 61. Maddesi uyarınca temel ceza belirlenirken nazara alınması gerektiği de unutulmamalıdır.³²¹

2.2.1.5. Cinsel Saldırı Suçunun İnsanların Toplu Olarak Bir Arada Yaşama Zorunluluğunda Bulunduğu Ortamların Sağladığı Kolaylıktan Faydalanmak Suretiyle İşlenmesi

Bu fıkra 6545 sayılı yasanın 58. Maddesi ile yapılan değişiklikle beraber maddeye eklenmiştir. Kanun koyucu insanların toplu olarak yaşama zorunluluğunda bulunduğu ortamlarda cinsel suçların daha kolay işlenebileceği öngörerek, bir nevi caydırıcılık da oluşturmak amacıyla bu tür yerlerde işlenen suçlar için daha ağır bir

TCK'nın 103/3. maddesi ile artırım yapılmaması ve her birinin bizzat işlediği eylemden ayrı olarak diğerinin eylemine de TCK'nın 37. maddesi anlamında katılmasından dolayı suça sürüklenen çocuk Enis Mustafa hakkında TCK'nın 43. maddenin uygulanmaması suretiyle eksik ceza tayini..” (14.CD 01.07.2015 Esas No: 2014/43, Karar No: 2014/423)

“Sanıkların, nitelikli cinsel saldırı eylemlerini fiil üzerinde ortak hakimiyet kurmak suretiyle aynı mekanda birbirlerini takiben gerçekleştirdiklerinin ve her bir sanığın bizzat işlediği eylemden ayrı olarak diğerlerinin eylemlerine de TCK'nın 37. maddesi anlamında katıldığına anlaşılması karşısında, atılı suçun birden fazla kişi tarafından birlikte ve zincirleme şekilde işlenmesi nedeniyle sanıkların cezalarının TCK'nın 102/3d ve 43. maddeleri uyarınca artırılması gerektiğinin gözetilmemesi,” (14.CD 25.01.2016 Esas No: 2015/4211, Karar No: 2016/654), Tuğrul, s. 92

³¹⁸ Tuğrul, s.90

³¹⁹ Çalışkan, s. 55

³²⁰ Çalışkan, s. 55

³²¹ Yaşar/Gökcan/Artuç , s. 3249

müeyyide getirmiştir. ³²²İnsanların toplu olarak bir arada yaşamasının zorunlu olduğu kışla, ceza infaz kurumu, öğrenci yurdu, huzurevi, okul pansiyonu ve hastane gibi yerlerde cinsel saldırı suçunun işlenmesi bu maddeyle beraber artırım nedeni olarak kabul edilmiştir. ³²³

Gerekçede de açıkça “insanların toplu olarak bir arada yaşamasının zorunlu olduğu kışla, ceza infaz kurumu, öğrenci yurdu, okul pansiyonu ve hastane gibi yerlerde bu suçların işlenmesi de artırım nedeni olarak kabul edilmektedir” açıklaması yer almıştır. Bu gerekçeye bakıldığında bu yerlerde bu suçun işlenmesi halinde artırım maddesinin mutlaka uygulanması gerektiğini ilk bakışta düşünebiliriz ancak madde metninde açıkça “ortamların sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle” kavramına yer verildiği için bu artırım maddesinin uygulanabilmesi için suçun bu yerlerde ortamın sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle işlenmesi gerekir. ³²⁴ Yani suçun salt bu yerlerde işlenmesi hükmün mutlak olarak uygulanacağı anlamına gelmeyecektir. ³²⁵

2.2.2. Suçun Neticesi Sebebiyle Ağırlaştırılması Gereken Nitelikli Halleri

2.2.2.1. Cinsel Saldırı Suçunun Sonucunda Mağdurun Bitkisel Hayata Girmesi Veya Ölmesi

6545 sayılı kanunun 58. maddesi ile değişik 5237 sayılı Kanunun **102. Maddesinin 5. fıkrasında;** “ (5) *Suç sonucu mağdurun bitkisel hayata girmesi veya ölümü hâlinde, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükmolunur.*” denilmek suretiyle cinsel saldırı suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hali düzenlenmiştir.

³²² Artuk/Gökçen/Yenidünya, Türk Ceza Kanunu Şerhi, s.3644

³²³ “..Mahkemece sanık hakkında hüküm kurulurken 6545 sayılı TCK'nın 102/3-e maddesi uyarınca artırım yapılmış ise de, bu maddenin kanun gerekçesinden de anlaşılacağı üzere suçun yetiştirme yurdu, ceza infaz kurumu, öğrenci yurdu, okul pansiyonu ve hastane gibi insanların toplu olarak bir arada yaşama zorunluluğunda bulunduğu ortamların sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle işlenmesi halinde sanığın cezasında artırım yapılabileceği, suça konu olayda sanığın basit cinsel saldırı suçunu metroda çalışan vagonda yolculuk yaparken işlediği ve eylemin gerçekleştirildiği vagonun TCK'nın 102/3-e maddesinde “insanların toplu olarak bir arada yaşama zorunluluğunda bulunduğu ortamlar” şeklinde tarif edilen yerlerden olmadığı gözetilmeden, sanık hakkında koşulları oluşmadığı halde anılan maddenin tatbiki suretiyle fazla ceza tayini..” (14.CD 06.04.2016 Esas No: 2016/1548, Karar No: 2016/3391),Parlar/Banko, s.13

³²⁴ Gündüz, s. 47

³²⁵ Gündüz, s. 47

Bu fıkranın uygulanabilmesinin temel şartı suç işlenirken failin mağduru kasten öldürmeyi istememiş olmasının tespiti.³²⁶

Ayrıca hükmün uygulanabilmesi için TCK'nın 23. maddesinde öngörülen neticesi sebebiyle ağırlaşmış sonuçtan sorumlulukla ilgili koşulların gerçekleşmesi gerekir.³²⁷ Yani fiille netice arasında doğrudan illiyet bağı olması ve failin bu sonucun meydana gelmesinde en azından taksir derecesinde kusurunun bulunması gerekir.³²⁸ Ortada illiyet bağı yoksa bu cezaya hükmedilemeyecektir.³²⁹ Örneğin; cinsel saldırı sonrasında mağdurun intihar etmesi halinde failin fiiliyle netice arasında dolaylı illiyet bağı olmasına rağmen doğrudan bir illiyet bağı yoktur bu nedenle faili intihar sonucu ölümden sorumlu tutmak da mümkün değildir.³³⁰

Failin ağır neticenin meydana gelebileceğini tahmin edemeyeceği, bir başka deyişle öngöremeyeceği durumlarda ağırlaşan sonuçtan sorumlu tutulması mümkün değildir.³³¹ Failin bu ağır neticeleri öngördüğü durumlarda ise meydana gelen ağır netice bakımından olası kastla hareket ettiği kabul edilmelidir.³³²

Burada failin mağdurun bitkisel hayata girmesini veya ölmesini istememiş olması ancak yaptığı hareketin bu sonucu doğurmuş olması gerekir.³³³ Ölümün cinsel saldırının sonucu olması, örneğin vücuda organ sokulması nedeniyle cinsel organın harabiyeti nedeniyle meydana gelmesi ise şart değildir.³³⁴ Failin fiilini işlemek için

³²⁶ Baytemir, s.158

³²⁷ Gündüz, s. 48

³²⁸ “Dosya kapsamına göre, mağdurenin eşi olan sanığın olay tarihinden öncede mağdureye yönelik rızası dışında livata eyleminde bulunup mağdurenin direnmesi durumunda da evde bulunan tüfek temizleme çubuğunu göstererek bununla mağdureyi dövdüğü ve ilişki sırasında bu çubuğu yanında tutup direnmesi halinde bu çubuğu anüsüne sokmakla tehdit ettiği, olay günü de sanığın yine aynı eylemde bulunduğu ancak mağdurenin eylem sırasında acı hissedip bayılması nedeniyle sanığın organ ya da sair cisim sokup sokmadığını anlayamadığı, mağdurenin ertesi gün rahatsızlanıp hastaneye gitmesi üzerine barsakta yabancı cisim yırtılması meydana geldiğinin tespit edildiği ve mağdurenin bu yaralanma nedeniyle uzun süre tedavi görüp 08.10.2012'de öldüğü, mağdure hakkında düzenlenen raporlarda da, mağdurede kronik livata bulguları tespit edildiğinin ve barsak yırtılmasının tüfek harbisi veya benzer cesamette sair bir aletin anüse sokulması suretiyle oluşabilecek nitelikte olduğunun, fiili livata ile oluşmasının tıbben mümkün olmadığını bildirildiği ve Adli Tıp Kurumu 1. İhtisas Kurulunun 27.11.2013 tarihli raporuna göre de 24.11.2007 tarihli yaralanma olayı ile 08.10.2012 tarihli ölüm olayı arasında illiyet bağı bulunduğunun belirtildiği anlaşıldığından, sanık hakkında TCK'nın 102/6. maddesiyle hüküm kurulmasında bir isabetsizlik bulunmayıp..” (14.CD 22.12.2014 T. Esas No: 2014/8723, Karar No: 2014/14676),Tuğrul, s.102

³²⁹ Hafizoğulları /Özen, s.166

³³⁰ Kılıç, s. 184

³³¹ Parlar/Banko, s.14

³³² Sevik, s.268

³³³ Artuk/Gökçen/Yenidünya, Türk Ceza Kanunu Şerhi, s. 3646

³³⁴ Centel, 269-290

kullandığı cebir şiddet gibi vasıtalar dolayısıyla ölüm veya bitkisel hayat meydana geldiği zaman da bu fıkra hükmü uygulanacaktır.³³⁵ Örneğin failin mağdurun boğazını uzun süre sıkması, yüzüne yastık bastırması gibi durumlarda ölüm meydana gelişe fail bu fıkra uyarınca sorumlu tutulacaktır.³³⁶

Fail ağır neticeyi biliyor ve istiyorsa, örneğin cinsel saldırı suçunu işledikten sonra suçunun ortaya çıkmaması için mağduru kasten öldürmüştü hem cinsel saldırı hem de kasten öldürme suçundan dolayı gerçek içtima hükümlerince ayrı ayrı cezalandırılacaktır.³³⁷

Bizim de katıldığımız görüşe göre bu fıkranın uygulanabilmesi için fiilin tamamlanmış olması şart olmayıp suçun teşebbüs halinde kalmış olması halinde de bu fıkra uygulanabilecektir.³³⁸ Yargıtay ise neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçların teşebbüse uygun olmadığı görüşündedir.³³⁹

2.2.2.2. 6545 Sayılı Kanun İle Kaldırılan Nitelikli Hal: Suç Sonucunda Mağdurun Beden Veya Ruh Sağlığının Bozulması:

6545 sayılı kanunla ortada kaldırılmadan önce cinsel saldırı suçu sonucunda mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması suçun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerinden biri olarak düzenlenmekteydi.³⁴⁰ Ancak hem öğretide hem de uygulamada bu fıkraya yönelik yoğun eleştiriler getirilmekteydi. Şöyle ki suç sonrası mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması halinde failin cezasında önemli bir artış öngörülmekteydi ancak buna rağmen “ruh veya beden sağlığının bozulması” kavramından ne anlaşılması gerekeceği konusunda kanunda bir açıklık bulunmamakta, kavramın anlamı muğlak kalmaktaydı.³⁴¹ Bu da suçta ve cezada yasallık ilkesiyle bağdaşmayacak ölçüde muğlak bir kavramın eşitliğe aykırı

³³⁵ Artuk/Gökçen/Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.187

³³⁶ Centel, 269-290

³³⁷ “Sanıklar hakkında mağdureye yönelik işlediği iddia olunan kasten öldürme suçundan açılan kamu davası ile ilgili hüküm kurulmamış ise de; bu hususta zamanaşımı süresince mahkemece bir karar karar verilmesi mümkün görülmüştür..”(14.CD 10.09.2014 T. Esas No: 2012/14225, Karar No: 2014/9701), Kılıç, s. 184

³³⁸ Baytemir, s.176

³³⁹ Gündüz, s. 48

³⁴⁰ Özbek ve diğerleri, s. 331

³⁴¹ Aydın, M. (2009), Ceza Hukukunda Cinsel İstismara Bağlı Olarak Beden ve Ruh Sağlığının Bozulması Kavramı, Terazi Hukuk Dergisi, Aralık, S: 40.

uygulamalara neden olacağı ve uygulamada keyfiliği de beraberinde getireceği şeklinde haklı eleştirilere neden olmuştur.³⁴² Hatta bu gerekçelerle Anayasa Mahkemesine birçok iptal başvurusu yapılmış, bu iptal başvuruları ise Anayasa Mahkemesince “ mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulmasının bağımsız ve ikinci bir ceza değil artırım sebebi olduğu, her somut olayda gerçekleşip gerçekleşmediğinin, yaş, bedensel gelişim, ruhsal ve sosyokültürel yapı gibi izafi karakterli unsurlar dikkate alınmak suretiyle, ilgili uzmanların raporlarıyla ortaya konulması gerekeceğinden, beden veya ruh sağlığının bozulmasının tanımının yapılmamasının, suçta yasallık ilkesine aykırı bir yönünün bulunmadığı gerekçesiyle reddedilmiştir.³⁴³

Doktrindeki bu haklı eleştirinin yanı sıra uygulamada da bu muğlak kavram özellikle davaların sonuçlanmasını uzatmış ve dolayısıyla adil yargılanma ilkesini de ihlal edecek düzeye varmıştır. Yargıtay bu muğlaklığın önüne geçmek için içtihatlarında suç sonucunda mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulduğuna ilişkin görüş içeren raporların Adli Tıp Kurumundan alınmasına hassasiyet ve özen

³⁴²Erol, A., (2009). Cinsel İstismar ve Saldırı Suçlarına İlişkin Sorunlar-Eleştiri ve Öneriler, Ruh Sağlığının Bozulması Kavramı. Erişim Tarihi:28.06.2016
http://www.turkhukuk sitesi.com/makale_1131.htm

³⁴³“..Öte yandan, cinsel istismar suçu sonucunda mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması durumu, asıl suçtan bağımsız bir suç türü olmayıp, suçun netice sebebiyle ağırlaştırılmış halidir. Burada faile gerçekleşen neticeden dolayı ikinci bir ceza verilmemekte, fakat bundan dolayı failin cezası artırılmaktadır. Yasa koyucunun takdir yetkisine dayanarak ve mağdurda meydana gelen neticeyi dikkate alarak yaptığı itiraz konusu düzenlemenin hukuk devleti ilkesine aykırı bir yönü yoktur. Anayasa'nın 38. maddesinin ilk fıkrasında, "Kimse kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz" denilerek "suçun yasallığı", üçüncü fıkrasında da "ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur" denilerek, "cezanın yasallığı" ilkesi getirilmiştir. Anayasa'da öngörülen suçta ve cezada yasallık ilkesi, özgürlük ve insan haklarının gelişerek bireyin öne çıktığı günümüzde, ceza hukukunun da temel ilkelerinden birini oluşturmaktadır. Anayasa'nın 38.,Türk Ceza Kanunu'nun 2. maddesinde yer alan "suçta ve cezada kanunilik" ilkesi, hangi eylemlerin yasaklandığının ve bu yasak eylemlere verilecek cezaların hiçbir kuşkuya yer bırakmayacak biçimde yasada gösterilmesini, kuralın "açık", "anlaşılır" ve "sınırlarının belli olması" nı zorunlu kılar. Bu ilke, kişilerin yasak eylemleri önceden bilmeleri düşüncesine dayanmakta, böylece temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınmasını sağlamaktadır. İtiraz konusu kuralda mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması kavramının tanımına yer verilmemiştir. Yasakoyucu burada, mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması halini cinsel istismar suçunun neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış hali olarak öngörmüş ve bu kavramın her somut olayda gerçekleşip gerçekleşmediğinin saptanmasını ise uygulamaya bırakmıştır. Beden veya ruh sağlığının bozulup bozulmadığı konusu, mağdurların yaşı, bedensel gelişim derecesi, ruhsal, sosyal ve kültürel yapılarına göre göreceli bir nitelik taşıdığından, söz konusu durumun her somut olayda ilgili uzmanların raporlarıyla ortaya konması gerekmektedir. Bu nedenle, yasa koyucunun beden veya ruh sağlığının bozulmasının tanımını yapmamasının suçta yasallık ilkesine aykırı bir yönü bulunmamaktadır..” (Anayasa Mahkemesi, 26.02.2009 T. Esas No: 2007/96 Karar No:2009/34), Erol, A., (2009). Cinsel İstismar ve Saldırı Suçlarına İlişkin Sorunlar-Eleştiri ve Öneriler, Ruh Sağlığının Bozulması Kavramı. Erişim Tarihi:28.06.2016 http://www.turkhukuk sitesi.com/makale_1131.htm

göstermiş, aksi uygulamalarda kararları bozmuştur.³⁴⁴ Bu kez de cinsel saldırıya uğrayanların tamamının Adli Tıp Kurumuna sevk edilmesi, Adli Tıp Kurumunun iş yoğunluğunu fahiş ölçüde artırmış, öyle ki Adli Tıp Kurumunda beden veya ruh sağlığının bozulup bozulmadığına ilişkin raporların düzenlenmesi için 1 veya 1,5 yıl sonrası için randevular verilmeye başlanmıştır.³⁴⁵ Özellikle ruh sağlığının bozulup bozulmadığının tespitine ilişkin değerlendirmeler uzun ve tekrar gerektiren muayeneleri gerektirebilmekte, bu incelemeler de kavramın sübjektifliği nedeniyle çoğu zaman çelişkili olup mahkemeleri tatmin etmediğinden konu hakkında bir kez de İhtisas Kurulu olan İstanbul Adli Tıp Kurumu 6. İhtisas Kurulundan rapor istenmekteydi.³⁴⁶ Mağdurların olayın üzerinden uzun bir zaman geçtikten sonra dahi defaten rapor almak için Türkiye'nin her bir yerinden İstanbul Adli Tıp Kurumuna gönderilmesi, tekrar tekrar dinlenilmesi ise zaten tramvatik bir olay geçiren mağdurların ruh sağlığını daha da olumsuz etkilemekteydi.³⁴⁷ Failler açısından ise basit cinsel saldırı için dahi ruh sağlığının bozulup bozulmadığının tespitine yönelik uzun bir raporlama süreci gerektiğinden, bu rapor gelinceye kadar failer tutuklu kalmakta, adalet gecikmekte bu da vicdanları yaralamaktaydı.³⁴⁸ Yine 6545 sayılı yasa ile yapılan değişiklik öncesi kanunun lafzı incelendiğinde basit cinsel saldırı suçu sonucunda veya nitelikli cinsel saldırı suçu sonucunda mağdurların ruh veya beden sağlığının bozulmuş olduğu hallerde TCK'nın 102/5. Maddesinin uygulanması sonucunda netice cezanın aynı veya birbirine yakın sonuçlara ulaşacak olması

³⁴⁴“..Adli Tıp Kurumunun bilinen istikrarlı uygulamalarına göre de, mağduredeki ruh sağlığındaki bozulmanın cezada artırım nedeni olabilmesi için eylem sonucunda mağdurenin ruh sağlığının bozulup bozulmadığına tespit, 18 yaş altındaki çocuklarda suç tarihinden itibaren en az 6 ay, erişkinlerde ise en az 12 ay geçtikten sonra **Adli Tıp Kurumu ilgili ihtisas kurulu ya da Adli Tıp Kurumu Kanununun 7, 23 ve 31. maddeleri gereğince usulüne uygun şekilde teşekkül ettirilmiş Yüksek Öğrenim Kurumları veya birimlerine bağlı hastanelerden rapor alınarak yapılması gerektiği gözetilmeden**, 15.07.2012 tarihinde gerçekleşen olay nedeniyle mağdurenin ruh sağlığının bozulduğuna dair Hacettepe Üniversitesi Tıp Fakültesi Adli Tıp Anabilim Dalından söz konusu 12 aylık süreden önce 08.05.2013 günü yapılan muayeneye istinaden 17.05.2013 tarihinde düzenlenen rapora dayanılarak TCK'nın 102/5. maddesinin uygulanması suretiyle hüküm kurulması.”(14.CD 27.02.2014 T. Esas No: 2013/11203, Karar No: 2014/2444),Elmas, F. (2010), Cinsel suç mağdurlarının Adli Tıp Kurumuna Sevkinin Gerektiren Haller ve Cinsel Suçlarda Beden veya Ruh sağlığının Bozulması Kavramı, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Sayı: 44

³⁴⁵Elmas, F. (2010), Cinsel suç mağdurlarının Adli Tıp Kurumuna Sevkinin Gerektiren Haller ve Cinsel Suçlarda Beden veya Ruh sağlığının Bozulması Kavramı, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Sayı: 44

³⁴⁶Aydın, M. (2009), Ceza Hukukunda Cinsel İstismara Bağlı Olarak Beden ve Ruh Sağlığının Bozulması Kavramı, Terazi Hukuk Dergisi, Aralık, S: 40.

³⁴⁷Aydın, M. (2009), Ceza Hukukunda Cinsel İstismara Bağlı Olarak Beden ve Ruh Sağlığının Bozulması Kavramı, Terazi Hukuk Dergisi, Aralık, S: 40.

³⁴⁸Arslantürk, M. (2014), Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar, 1. Baskı, Seçkin yayınları, Ankara, s.43

kanaatimizce ceza adaleti ve toplumsal beklentinin karşılanması açısından ciddi sakıncalar doğurmaktaydı.³⁴⁹

Ayrıca sübjektif ve muğlak bir kavram olan ruh veya beden sağlığındaki bozulmanın kalıcı olmasının fıkranın uygulanması için zorunlu bir şart olup olmadığı yönünde de doktrinde tartışmalar bulunmaktaydı. MERAN; Mağdurda oluşan bedensel ya da ruhsal bozukluğun geçici ya da kalıcı olmasının önemi olmadığını belirtirken³⁵⁰ TUĞRUL; Bu artırım sebebinin uygulanması için cinsel saldırı suçu sonucunda mağdure aids, frengi gibi kalıcı bir hastalığa tutulmasında olduğu gibi beden veya ruh sağlığının kalıcı bir şekilde bozulması gerektiğini savunmaktaydı.³⁵¹ Yargıtay da TUĞRUL'un görüşüne benzer şekilde yerleşik uygulamalarında bu maddenin uygulanabilmesi için beden veya ruh sağlığındaki bozulmanın kalıcı olması gerektiğini içtihat edinmiştir.³⁵² Kanaatimizce bu yönde bir tartışmanın

³⁴⁹“..Soruşturma evresinde Mersin Üniversitesi Tıp Fakültesinde görevli iki adli tıp uzmanınca olay tarihinde yirmibir yaş içerisinde bulunan mağdure ile ilgili olarak bir yıllık süre dolmadan önce düzenlenen 28.09.2012 günlü,2154 sayılı raporda olaydan dolayı mağdurede gelişen akut stres bozukluğu ve anksiyete bozukluğu nedeniyle ruh sağlığının bozulduğunun bildirilmesi karşısında sanığın eyleminin 5237 sayılı TCK'nın 102/1-5. maddesinde düzenlenen beden veya ruh sağlığını bozacak şekilde basit cinsel saldırı suçunu oluşturabileceği ve bu suçla ilgili suç vasfının tayini ile delillerin toplanması ve takdiri yetkisinin Ağır Ceza Mahkemesine ait olduğu gözetilerek görevsizlik kararı verilmesi gerekirken, yargılamaya devamla basit cinsel saldırı suçundan beraat hükmü kurulması..”(14.CD 08.04.2016 T. Esas No: 2014/7211, Karar No: 2016/3507)

³⁵⁰ Meran, N. (2008), Kişilere Karşı Suçlar, 2. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, s. 331

³⁵¹ Tuğrul,94

³⁵² “..Adli Tıp Kurumunun bilinen istikrarlı uygulamalarına göre, mağdurenin ruh sağlığındaki bozulmanın cezada artırım nedeni olabilmesi için eylem sonucunda ruh sağlığının bozulup bozulmadığına ilişkin tespit, erişkinlerde ise en az 12 ay geçtikten sonra rapor alınarak yapılması gerektiği gözetilmeden, 24.08.2012 tarihinde gerçekleşen olay nedeniyle mağdurenin ruh sağlığının bozulduğuna dair Ondokuz Mayıs Üniversitesi Sağlık Uygulama ve Araştırma Merkezinde söz konusu 12 aylık süreden önce 06.03.2013 günü yapılan muayeneye istinaden 26.03.2013 tarihinde düzenlenen ve mağdurenin ruh sağlığının bozulduğu yönündeki görüşü ile çelişecek şekilde bu bozukluğun kalıcı olup olmadığının tıbben öngörülemediği kanaatini belirttiğinin anlaşılması karşısında anılan raporun hüküm kurmaya elverişli olmaması nedeniyle mağdurenin dava dosyasıyla birlikte İstanbul Adli Tıp Kurumu 6. İhtisas Kuruluna sevk edilerek anılan olay nedeniyle ruh sağlığının kalıcı olarak bozulup bozulmadığı hususunda aldırılacak yeni rapor doğrultusunda sanık hakkında TCK.nın 102/5. maddesinin tatbiki hususunun değerlendirilmesi gerekirken eksik soruşturma ile yazılı şekilde hüküm kurulması..” (14. CD. 23.01.2014 T. Esas No:2013/11035 Karar No:2014/765)

“..Hacettepe Üniversitesi Tıp Fakültesi Sağlık Kurulu'nun aynı raporunda; mağdurenin 11.02.2013 tarihinde sezeryan ile doğum yapmış olması nedeniyle beden sağlığının kalıcı olarak bozulduğu belirtilmiş ve bu rapora istinaden TCK.nın 102/5. maddesi uygulanmış ise de bu durumun cinsel saldırının doğrudan değil, dolaylı bir sonucu olması karşısında, doğumun sezeryanla gerçekleşmiş olmasının beden sağlığı bozukluğu olarak değerlendirilemeyeceği, yine aynı raporda mağdurede cinsel saldırı nedeniyle travma sonrası stres bozukluğu ve depresyon geliştiğinin, ruh sağlığının kalıcı olarak bozulup bozulmadığının 6 ay sonra yapılacak izlem ile belirlenebileceğinin belirtilmesi karşısında, öngörülen süre sonunda mağdurenin ruh sağlığının bozulup bozulmadığı yönünde alınacak rapor sonucuna göre TCK.nın 102/5. maddesinin uygulanması gerektiğinin gözetilmemesi..”(14. CD. 11.06.2014 T. Esas No:2014/2184 Karar No:2014/7913)

olması bile ortadan kaldırılan fıkranın cezada belirlilik ve kıyas yasağı ilkelerine aykırı olduğunu açıkça gösterir

İşte tüm bu eleştiriler “beden ve ruh sağlığının bozulması” kavramının TCK'dan çıkarılması gerektiği keza bu suçun mağdurunun ruh sağlığının bozulmuş olmasının mutlak olduğu yönünde toplanmaktaydı. Kanun koyucu da 6545 sayılı Kanununun 58. maddesi ile bu fıkrayı yürürlükten kaldırmış yerine cezanın alt ve üst sınırlarını artırma yoluna gitmiştir. Maddenin değişiklik gerekçesinde de beden veya ruh sağlığının bozulup bozulmadığının tespiti amacıyla mağdurların defalarca adli tıp kurumuna ve hastanelere gönderilmekte olduğu belirtilmiş ve yaşanan mağduriyetlerin tekrar tekrar mağdura hatırlatılmasının önlenmesi amacıyla bu fıkra hükmünün ilga edilmesinin gerekliliği ifade edilmiştir.³⁵³

Her ne kadar bu fıkra yürürlükten kaldırılmış olsa bile 28.06.2014 tarihinden önce işlenen suçlar açısından lehe kanun belirlemesi yapılması ve lehe sonuç doğuran hükmün uygulanması gerekecektir.³⁵⁴ Bu nedenle yürürlükten kaldırılan bu fıkra da kısaca değinmekte fayda görmekteyiz.

Failin cinsel saldırısı sonucunda mağdurda ruhsal veya bedensel rahatsızlıklar oluşabilir.³⁵⁵ Örneğin; failin taşıdığını bildiği frengi, hiv, hepatit gibi hastalıkları mağdura bulaştırabilir, mağdur çocuk yapma yeteneğini kaybedebilir veya mağdurda ağır psikolojik travmalara sebep olunabilir.³⁵⁶ İşte bu gibi hallerde bu artırım sebebi uygulanacaktır. Ancak bu ağırlaştırıcı sebebin uygulanabilmesi için failin fiili sonucunda mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulacağını öngörmesi yani en

³⁵³ Özbek ve diğerleri, s. 331

³⁵⁴ “..Sanık hakkında atılı suçtan dolayı 5237 sayılı TCK'nın 102/1 ve 102/3-d. maddelerinin uygulanmasından sonra aynı Kanununun 35. maddesi ile indirim yapıp ardından 102/5. madde ile artırım yapılması gerektiği gözetilmeden yazılı şekilde 102/5. maddesi gereğince ceza arttırıldıktan sonra daha sonra teşebbüs nedeniyle indirim yapılması neticesinde eksik ceza tayini, Hükümden sonra 28.06.2014 tarihinde yürürlüğe giren 6545 sayılı Kanununun 58, 59, 60 ve 61. maddeleri ile 5237 sayılı Kanununun 102, 103, 104 ve 105. maddelerinde yer alan cinsel dokunulmazlığa karşı suçların yeniden düzenlenmesi karşısında sayılı TCK'nın 7/2. madde-fıkrasındaki "Suçun işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanun ile sonradan yürürlüğe giren kanunların hükümleri farklı ise, failin lehine olan kanun uygulanır ve infaz olunur" hükmü gözetilerek, **lehe olan hükmün, önceki ve sonraki kanunların bütün hükümleri ola ya uygulanarak ortaya çıkan sonuçların birbirleriyle karşılaştırılması suretiyle belirlenmesi** ve her iki kanunla ilgili uygulamanın, denetime imkan verecek şekilde kararda gösterilmesi suretiyle yeniden değerlendirilmesinde zorunluluk bulunması..”(14. CD. 23.11.2015 T. Esas No:2013/11027 Karar No:2015/10881), Gündüz, s. 48

³⁵⁵ Çalışkan, s. 70

³⁵⁶ Parlar/Hatipoğlu, s.1624

azından bu sonuç açısından taksir düzeyinde kusurunun bulunması gerekir.³⁵⁷ Bir başka deyişle fail neticeyi öngörebiliyorsa gerçekleşen ağır neticeden sorumlu tutulabilecektir.³⁵⁸ Örneğin; Fail frenği hastası olduğunu bilmiyorsa, bu hastalığı mağdura bulaştırmasından dolayı sorumlu tutulamayacaktır.³⁵⁹

Bizim de katıldığımız görüşe göre bu artırım sebebinin uygulanabilmesi için beden ve ruh sağlığındaki bu bozulmanın kalıcı nitelikte olması gerekir.³⁶⁰ Adli tıp uzmanlarına göre suç tarihinden itibaren iki ila altı ay arasındaki tedaviye rağmen iyileşme gerçekleşmemiş ise ruh sağlığının bozulduğu kabul edilmelidir.³⁶¹ Yargıtay da yerleşik uygulamalarında mezkûr maddenin uygulanabilmesi için Adli Tıp Kurumu tarafından belirlenen bu sürelerin geçmesini aramakta bu süreler geçmeden alınan raporlara istinaden verilen kararları bozmaktaydı.³⁶²

Kızlık zarının yırtılması ise doktrinde başlı başına beden sağlığını bozan bir neden olarak kabul görmemiştir, kızlığın bozulması ayrıca beden veya ruh sağlığının bozulmasına neden olursa ancak bu halde ağırlaştırıcı neden uygulanabilecektir.³⁶³

Bu fıkranın uygulanmasında ayrıca bir takım özel durum söz konusuydu.

³⁵⁷“..Sanık hakkında TCK'nın 102/2-5, 43/1, 62/1. maddeleri sırası gözetilmek suretiyle hüküm kurulurken zincirleme biçimde kasten işlediği **nitelikli cinsel saldırı suçunun neticesinde gerçekleşen ve sorumluluğu için en az taksirle hareket etmesi gereken TCK'nın 102. maddesinin beşinci fıkrasındaki suçun ağırlaştırmış halinin** teselsül edemeyeceği, zincirleme biçimde gerçekleşen eylemlerin 102/5. maddeden önceki haller olması nedeniyle TCK'nın 43. maddesi uyarınca yapılacak artırımın bu maddenin tatbikinden önce aynı Kanunun 102/2. maddesine göre bulunan temel ceza üzerinden yapıldıktan sonra bulunan artırım miktarının 102/5. maddesi gereğince tespit edilen cezaya eklenmesi gerektiği gözetilmeden, yazılı şekilde uygulama yapılması sonucunda cezanın fazla tayini..” (14.CD. 16.09.2015 T. Esas No: 2015/4124 Karar No:2015/8458), Malkoç, Yeni Türk Ceza Kanununda Cinsel Saldırı Suçları, s. 75

³⁵⁸ Malkoç, Yeni Türk Ceza Kanununda Cinsel Saldırı Suçları s. 75

³⁵⁹ Tuğrul, 96

³⁶⁰ Tuğrul, 94

³⁶¹ Artuk/Gökçen/Yenidünya, Ceza Hukuku Özel hükümler, s.186

³⁶²“..Adli Tıp Kurumunun bilinen istikrarlı uygulamalarına ve Adli Tıp 6. İhtisas Kurulunun mahkemeye gönderdiği 27.10.2011 tarihli cevabı yazısına göre de, mağduredeki ruh sağlığındaki bozulmanın cezada artırım nedeni olabilmesi için eylem sonucunda mağdurun ruh sağlığının bozulup bozulmadığına ilişkin tespit, 18 yaş altındaki çocuklarda **suç tarihinden itibaren en az 6 ay, erişkinlerde ise en az 12 ay geçtikten sonra** Adli Tıp Kurumu ilgili ihtisas kurulu ya da Adli Tıp Kurumu Kanunun 7, 23 ve 31. maddeleri gereğince usulüne uygun şekilde teşekkül ettirilmiş Yüksek Öğrenim Kurumları veya birimlerine bağlı hastanelerden rapor alınarak yapılması gerektiği gözetilmeden, 19.07.2011 tarihinde gerçekleşen olay nedeniyle mağdurun ruh sağlığının bozulduğuna dair Hacettepe Üniversitesi Hastanesinin söz konusu 12 aylık süreden önce 24.10.2011 günü yapılan muayeneye istinaden 16.12.2011 tarihinde düzenlenen rapora dayanılarak verilen cezanın TCK'nın 102/5. maddesiyle artırımı tâbi tutulması suretiyle hüküm kurulması..” (14.CD. 05.03.2013 T. Esas No: 2012/15667 Karar No:2013/2188)

³⁶³ Centel, 269-290

Örneğin; sanık baba 19 yaşındaki kızına karşı cinsel saldırı suçu işlediği ve mağdurun ruh sağlığının bozulduğunu kabul edelim. Bu durumda asgari haddten uygulama yapıldığı zaman bile sonuç ceza 10 yıl 6 ay hapis olacaktır. Burada mülga 5. Fıkranın işlerlik kazanabilmesi için ceza bir miktar daha artırılmalıdır.³⁶⁴

Ayrıca Yargıtay'ın devamlılık kazanmış içtihatlarında, cinsel saldırı suçu zincirleme şekilde işlendiği zaman zincirleme suç nedeniyle artırım mülga 5. Fıkra üzerinden değil bu maddenin uygulanmasından bir önceki madde üzerinden yapılacaktır.³⁶⁵ Aksi uygulamanın kabulü halinde hakkaniyete aykırı olarak mağdurun ruh sağlığı birden fazla kez bozulmuş gibi artırım yapılmış olacaktır. Ve yine eğer beden veya ruh sağlığında bozulma meydana gelmiş ise artık failin fiilinin teşebbüs aşamasında kalmasının da bir önemi olmayacak, neticesi sebebiyle suç ağırlaşmış kabul edilecektir.³⁶⁶ Bir başka deyişle bu sonuç gerçekleşmişse teşebbüsten indirim mülga 5. Fıkra üzerinden yapılamayacaktır.

³⁶⁴ “..Sanığın, katılan mağdurenin vücuduna organ sokmak suretiyle gerçekleştirdiği eylemini mağdurenin beden veya ruh bakımından kendin savunamayacak olmasından faydalanarak yaptığı kabul edilerek TCK'nın 102/3-a. maddesi gereğince artırım yapılarak cezası 10 yıl 6 ay çıkarılmış olup, mağdurun ruh sağlığının bozulması nedeniyle 102/5. madde gereğince artırım yapılırken 10 yıl ile 20 yıl arasında ceza belirlenmesi mümkün olduğundan, hakkaniyet ilkeleri ve ceza adaleti gereğince 10 yıl 6 ayın bir miktar üzerinde bir ceza belirlenmemesi ve TCK'nın 102/2, 102/3-a, 102/5. maddeleri gereğince belirlenen 10 yıl 6 ay hapis cezası üzerinden TCK'nın 43. maddesi gereğince 1/4 oranında artırım yapıldığında, 12 yıl 13 ay 15 gün hapis cezası hesaplanması gerekirken, 11 yıl 15 ay hapis cezasına hükmedilmesi suretiyle eksik ceza tayin edilmesi..”(14. CD. 27.02.2014 T. Esas No:2013/11203 Karar No:2014/2444), Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 3254

³⁶⁵ “..Sanık hakkında TCK'nın 102/2-5, 43/1, 62/1. maddeleri sırası gözetilmek suretiyle hüküm kurulurken zincirleme biçimde kasten işlediği nitelikli cinsel saldırı suçunun neticesinde gerçekleşen ve sorumluluğu için en az taksirle hareket etmesi gereken TCK'nın 102. maddesinin beşinci fıkrasındaki suçun ağırlaşmış halinin teselsül edemeyeceği, zincirleme biçimde gerçekleşen eylemlerin 102/5. maddeden önceki haller olması nedeniyle TCK'nın 43. maddesi uyarınca yapılacak artırımın bu maddenin tatbikinden önce aynı Kanunun 102/2. maddesine göre bulunan temel ceza üzerinden yapıldıktan sonra bulunan artırım miktarının 102/5. maddesi gereğince tespit edilen cezaya eklenmesi gerektiği gözetilmeden, yazılı şekilde uygulama yapılması sonucunda cezanın fazla tayini..”(14. CD. 16.09.2015 T. Esas No:2015/4124, Karar No:2015/8458)

³⁶⁶ “..Sanık Cuma Ali'nin 23.12.2007 tarihinde Arzu'ya yönelik işlediği eylem sebebiyle TCK'nın 102/2.maddesiyle belirlenen temel ceza üzerinden suçun teşebbüs safhasında kalmasından dolayı aynı Kanunun 35/2. maddesi ile indirim yapıldıktan sonra mağdurenin ruh sağlığının bozulduğu göz önüne alınarak cezanın TCK'nın 102/5. maddesi ile artırılması gerekirken, ruh sağlığının eylem nedeniyle bozulması durumunda **neticesi itibariyle ağırlaşmış halin gelmesinden dolayı artık teşebbüsten söz edilemeyeceği hususu nazara alınmadan** ve TCK'nın 61/5. maddesindeki sıralamaya aykırı düşecek şekilde TCK'nın 102/2-5, 35/2, 31/3 ve 62/1. maddeleri ile uygulama yapılması sonucunda eksik ceza tayini..”(14. CD. 17.12.2014 T. Esas No:2013/2859, Karar No:2014/14441)

2.3. FAİLİN CİNSEL SALDIRI SUÇUNDAN DOLAYI KASTEN YARALAMADAN SORUMLU TUTULMASI

5237 Sayılı TCK'nın 102. Maddesinin 4.fikrası;"Suçun işlenmesi sırasında mağdurun direncinin kırılmasını sağlayacak ölçünün ötesinde cebir kullanılması durumunda kişi ayrıca kasten yaralama suçundan dolayı cezalandırılır. " şeklinde düzenlenmişken **28/06/2014 Tarihli Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 6545 Sayılı Kanunun 58.maddesi ile değişik 5237 sayılı Kanunun 102 nci maddesinin 4.fikrasında;** "*Cinsel saldırı için başvuru yapan mağdurun ve şiddetin kasten yaralama suçunun ağır neticelerine neden olması hâlinde, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır.*" şeklinde düzenlenmiştir.

Cebir ve tehdit cinsel saldırı suçunun unsuru olduğundan TCK'nın 42. Maddesi uyarınca kural olarak failin ayrıca cebir veya tehdit suçundan ceza verilmeyecektir.³⁶⁷ Ancak failin uyguladığı cebir kasten yaralama suçunun ağır neticelerine neden olursa yani mağdurun yaralanması TCK m. 87 anlamında bir neticeye yol açmışsa artık burada gerçek içtima kuralları uygulanacak ve fail hem cinsel saldırı suçundan hem de kasten yaralama suçunun ağır neticesinden sorumlu olacak ve cezalandırılacaktır.

Cebir, kişiye karşı fiziki güç kullanmak suretiyle onun veya bir üçüncü kişinin iradesi ve davranışları üzerinde zorlayıcı bir etki meydana getirilmesidir.³⁶⁸ Cebirin eylemin devamı süresince uygulanması zorunlu olmayıp, mağdurun başlangıçtaki direncini kırmaya elverişli olarak kullanılmış olması yeterlidir.³⁶⁹

Burada dikkat edilirse kanun koyucu yalnızca cebir için özel bir düzenleme getirmiştir. Tehdit suçunun nitelikli halleri cinsel saldırı suçunda araç olarak

³⁶⁷“..Mağdurun aşamalarda beyanları, savunma ve tüm dosya kapsamından; olay günü sanığın mağduru cep telefonu vereceğini söyleyerek ıssız bir yere götürüp tokat atarak direncini kırdıktan sonra anüsüne cinsel organını sokmak suretiyle ilişkiye girmesi nedeniyle mağdurun TCK'nın 86/1. maddesi kapsamında yaralandığının anlaşılması karşısında, hükümden önce 28.06.2014 tarihli Resmî Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 6545 sayılı Kanunun 57. maddesi ile 5237 sayılı TCK'nın 102/4. maddesinde yapılan ve aynı Kanunun 2. maddesi gereğince sanık lehine getirilen düzenleme nazara alındığında mağdurdaki yaralamanın TCK'nın 102/2. maddesinde belirtilen suçun cebir unsurunu oluşturduğu gözetilmeden, sanığın nitelikli cinsel saldırı suçu yanında ayrıca kasten yaralama suçundan da mahkûmiyetine karar verilmesi..” (14. CD. 18.06.2015 T. Esas No:2015/3612, Karar No:2015/7405), Parlar/Banko, s.15

³⁶⁸Meran, s. 330

³⁶⁹Baytemir, s.176

kullanılsa bile birleşik suç durumuna bir istisna getirilmediği için bu halde tehditte ayrıca hüküm kurulamayacaktır.³⁷⁰

Değişiklik öncesinde 102.maddenin 4.fikrasına göre, bu suçun işlenmesi sırasında mağdurun direncinin kırılmasını sağlayacak ölçünün ötesinde cebir kullanılması durumunda ayrıca kasten yaralama suçundan dolayı cezaya hükmedilmekteydi. Burada mağdurun direncinin kırılmasını sağlayacak ölçünün ötesinde cebirden ne anlaşılması gerektiği konusunda doktrinde tartışmalar bulunmakta ve bu muğlak ifadenin varlığı eleştirilmekteydi.³⁷¹ Yargıtay uygulamalarında ve genel olarak doktrinde mağdurdaki yaralanmanın TCK'nın 86. ve 87. maddeleri kapsamında olması halinde cinsel saldırı suçu işlenirken mağdurun direncinin kırılmasını sağlayacak ölçünün ötesinde cebir uygulandığı kabul edilmekte ve bu hallerde fail yaralama suçundan dolayı ayrıca cezalandırılmaktaydı.³⁷²

6545 sayılı yasadaki değişiklik öncesi var olan muğlak ve tartışmalara yol açan düzenleme kanaatimizce uygulamadaki sorunları da çözecek şekilde yeniden düzenlenmiştir. Artık mağdurun yaralanması TCK'nın 87. Maddesi kapsamında bulunmakta ise fail yaralama suçundan da ayrıca cezalandırılacak, mağdurun yaralanması TCK'nın 86. Maddesi kapsamında ise yaralama suçu cinsel saldırı suçunun unsuru olarak kabul edilecektir ve mağdurun ayrıca cezalandırılması yoluna gidilemeyecektir.³⁷³Sübjektif yorumlara kapalı olan yeni düzenlemenin doktrin ve uygulamadaki tartışmalara son vereceği düşüncesindeyiz.

³⁷⁰Tuğrul, s.114

³⁷¹Gündel, A. (2009), 5337 Sayılı TCK'da Cinsel saldırı- Cinsel İstismar-Cinsel Taciz-Rızaen Irza Geçme-Hürriyeti Kısıtlama-Alıkoyma-Fuhuş-Müstehcen Yayın Suçları, Seçkin Yayınları, Ankara, s.17

³⁷²Malkoç, Yeni Türk Ceza Kanununda Cinsel Saldırı Suçları, s. 73

³⁷³ “..Mağdurun aşamalarda beyanları, savunma ve tüm dosya kapsamından; olay günü sanığın mağdura cep telefonu vereceğini söyleyerek ıssız bir yere götürüp tokat atarak direncini kırdıktan sonra anüsüne cinsel organını sokmak suretiyle ilişkiye girmesi nedeniyle mağdurun TCK'nın 86/1. maddesi kapsamında yaralandığının anlaşılması karşısında, hükümden önce 28.06.2014 tarihli Resmî Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 6545 sayılı Kanunun 57. maddesi ile 5237 sayılı TCK'nın 102/4. maddesinde yapılan ve aynı Kanunun 2. maddesi gereğince sanık lehine getirilen düzenleme nazara alındığında mağdurdaki yaralanmanın TCK'nın 102/2. maddesinde belirtilen suçun cebir unsurunu oluşturduğu gözetilmeden, sanığın nitelikli cinsel saldırı suçu yanında ayrıca kasten yaralama suçundan da mahkûmiyetine karar verilmesi..” (14. CD. 18.06.2015 T. Esas No: 2015/3612, Karar No:2015/7405)

“..Mahkemenin oluşu uygun kabulü ve tüm dosya içeriğinden, olay günü sanığın, kendisiyle ilişkiye girme isteğini reddeden mağdureyi tahta sopayla döverek basit tıbbi müdahale ile giderilemeyecek

2.4. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ

2.4.1. Teşebbüs

Teşebbüs; 5237 Sayılı TCK'nun, 35 inci maddesinde "Suça Teşebbüs" başlığı altında; " Kişi işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaz ise teşebbüsten dolayı sorumlu tutulur. 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 dörtle üçüne kadarı indirilir." şeklinde düzenlenmiştir. Görüleceği üzere bu madde de teşebbüs hükümlerinin uygulanabilmesi için doğrudan doğruya icra hareketlerine başlama ölçütü kabul edilmiştir. İcra hareketlerinin ne zaman başladığı ve hazırlık hareketlerinin ne zaman son bulduğunun belirlenmesi bu nedenle önem arz etmektedir.³⁷⁴ Cinsel saldırı suçları bakımından da saldırının türüne göre o saldırı bakımından icra hareketi sayılabilecek hareketlerden birinin tamamen tespit edilmesinden sonra bu icra hareketlerinin doğrudan doğruya icrasına başlanmış olması aranacaktır.³⁷⁵ Suçun icrasına elverişli hareketlerle başlanıp da failin elinde

şekilde yaralamak suretiyle direncini kırdıktan sonra yarım saat arayla iki defa cinsel ilişkiye girdiğinin anlaşılması karşısında, hükümden önce 28.06.2014 tarihli Resmî Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 6545 sayılı Kanununun 57. maddesi ile 5237 sayılı TCK'nın 102/4. maddesinde yapılan ve aynı Kanununun 2. maddesi gereğince sanık lehine getirilen düzenleme nazara alındığında mağdurdaki yaralanmanın TCK'nın 102/2. maddesinde belirtilen suçun cebir unsurunu oluşturduğu gözetilmeden, sanığın nitelikli cinsel saldırı suçu yanında ayrıca kasten yaralama suçundan da mahkûmiyetine karar verilmesi." (14. CD. 13.04.2015 T. Esas No: 2015/305, Karar No:2015/5570)

³⁷⁴ MALKOÇ, İ. (2001), Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler, Turhan Kitabevi, Ankara, s.23

³⁷⁵ "...5237 sayılı TCK'nın 35. maddesinde yer alan suça teşebbüs düzenlemesi incelendiğinde, kanun koyucunun 765 sayılı TCK'dan farklı olarak subjektif teori yerine objektif teoriyi kabul ettiği, objektif teoriye göre kişinin belli bir suçu işlemeye yönelik kastının tespit edilmiş olmasının sorumluluğunun tayini için gerekli olmasına karşılık, sadece kastının belirlenmesinin bu suça teşebbüsten dolayı sorumlu tutulması için yeterli olmadığı, failin belli bir suçu işlemeye yönelik kastla gerçekleştirdiği davranışın aynı zamanda o suça ilişkin icra hareketi niteliği taşıması gerektiği hususu tartışmasıdır. Aynı şekilde Yargıtay Ceza Genel Kurulunun Dairemizce de benimsenen 31.10.2012 gün ve 2012/9-1234 Esas, 2012/1825 Karar sayılı ilamında da belirttiği gibi, teşebbüsün varlığından söz edilebilmesi için kasıtlı bir suç işleme kararının olması, elverişli hareketlerle suçun doğrudan doğruya icrasına başlanması ve failin elinde olmayan nedenlerle suçun tamamlanmaması veya sonucun gerçekleşmemesi gerekmektedir. Bu bakımdan, failin neticeyi gerçekleştirmek için yapmış olduğu hareketlerin suç tipi bakımından sonucu meydana getirmeye elverişli olup olmadığı somut olaya göre belirlenmeli ve elverişli olmadığı saptanırsa anılan hareket hazırlık hareketi kabul edilerek teşebbüs hükümlerinin uygulanamayacağı, aksi takdirde ise elverişli hareketlerin gerçekleştirilmesinin elde olmayan engel nedeniyle tamamlanamaması veya tamamlanmasına rağmen yine engel sebepten dolayı sonucun gerçekleşmemesi nedeniyle sanığın eyleminin teşebbüs safhasında kaldığı kabul

olmayan nedenler yüzünden suçun tamamlanamaması durumunda fail teşebbüs nedeniyle sorumlu tutulacaktır.³⁷⁶ Failin eylemlerinin teşebbüs şeklinde değerlendirilebilmesi için kullandığı araç ve yaptığı hareketlerinin suçun kanundaki tanımında öngörülen fiili meydana getirmeye elverişli olması, elverişliliğin yalnızca kullanılan araç bakımından değil aynı zamanda suçun konusu dahil bütün fiil yönünden bulunması gerektiği de unutulmamalıdır.³⁷⁷

Teşebbüs açısından değerlendirme yapılırken suçun temel şekli ile nitelikli hali farklı değerlendirmelere açıktır. Cinsel saldırı suçunun temel şekli tek hareketle işlenebileceği gibi birden fazla hareketle de işlenebilir.³⁷⁸ Bizim de katıldığımız görüşe göre sırf hareket suçu niteliğindeki cinsel saldırı suçunda icra hareketleri kısımlara ayrılabilirse bu durumda bu suça teşebbüs mümkün olacaktır.³⁷⁹

Öğretide MERAN; cinsel saldırı suçunun temel şekline ve sarkıntılık suretiyle cinsel saldırı suçuna teşebbüsün mümkün olmadığını, cinsel saldırı niteliğindeki hallerin gerçekleştirilmesiyle suçun tamamlanacağını savunmuş³⁸⁰ ve yine ŞEN; Bu suçların (TCK 102/1) neticesi ile hareket ögesinin birbirine bitişik olması nedeniyle suçun icra hareketlerinin kısımlara bölünebilmesinin mümkün olmadığını dolayısıyla bu suçların teşebbüse müsait olmadığını savunmuşlar; Öğreti de bizim de katıldığımız çoğunluk görüşüne göre ise; Bu suçun (TCK 102/1) sırf hareket suçu olmasına karşın teşebbüse elverişli olduğu, failin amacını gösteren sözlü veya icrai faaliyetlere başladığı ancak fiziksel teması gerçekleştirmediği aşamada yakalanması durumunda, suçun teşebbüs aşamasında kaldığının kabul edilmesi gerektiği savunulmuştu³⁸¹Örneğin; Fail mağduru bıçakla tehdit ederek memelerinden bir defa öpeyim demiş ancak bu sırada etraftan gelenler olduğu için eylemini yarıda

edilerek ilgili suça teşebbüsten dolayı cezalandırılması yoluna gidilmelidir. Anılan düzenleme kapsamında dosya incelendiğinde, sanığın araç içerisinde mağdura "soyun ve arkaya geç" dediği sırada mağdurun bir fırsatını bularak olay yerinden kaçtığı, sanığın eyleminin bu haliyle cinsel taciz suçunu oluşturduğu gözetilmeden yazılı şekilde çocuğun basit cinsel istismarı suçuna teşebbüsten hüküm kurulması.." (14. CD. 16.11.2015 T. Esas No: 2015/6805, Karar No:2015/10596),MALKOÇ, İ. (2013), Açıklamalı İçtihatlı 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, Cilt II , 4.baskı, s.1618

³⁷⁶ Baytemir, s.75

³⁷⁷ Malkoç, Türk Ceza Kanununda Cinsel Saldırı Suçları, Malkoç Kitapevi s. 56

³⁷⁸ Aksoy, s.148

³⁷⁹ Aksoy, s.148

³⁸⁰ Gündüz, s.54

³⁸¹ Gündüz, s. 54

bırakarak kaçmışsa bu durumda basit cinsel saldırı suçuna teşebbüs edilmiş olacaktır.³⁸²

Yargıtay'ın yerleşik içtihatlarına göre de basit cinsel saldırı suçuna teşebbüs mümkündür.³⁸³

Yine Yargıtay 5. CD'nin 08.04.2009 tarih ve 2008/3902 Esas, 2009/4389 Karar³⁸⁴ ve 23.03.2009 tarih ve 2008/14544 Esas,2009/3539 Karar³⁸⁵ sayılı kararlarında “Teşebbüs hükmünün uygulanabilmesi için eylemin yapıcı davranışlarına başlanmış olması tek başına yeterli olmayıp açıklanabilir ve kabul edilebilir engel bir neden bulunmasının zorunlu olduğu, şayet ciddi bir engel mevcut değilse sanık yararına olan maddenin uygulanması gerektiği” ifade edilmiştir.³⁸⁶ Örneğin fail icra hareketlerine başlamış ancak açıklanabilir ve kabul edilebilir neden olmaksızın bu hareketlerden vazgeçmiş ise gönüllü vazgeçme hükümleri gereğince o zamana kadar işlemiş olduğu eylem bir başka suçu oluşturuyorsa sadece bu suçtan dolayı cezalandırılacaktır.³⁸⁷ Bir önceki örneğimize geri dönersek, sanık mağdura bıçağı çekip pantolonunu indir cinsel organını öpeceğim demiş ancak mağdur pantolonu indirirken vazgeçip bırakıp gitmişse burada teşebbüs hükümleri uygulanmayacak, cinsel taciz suçu oluşabilecektir.³⁸⁸ Ancak fail bu sözü sarf ettikten

³⁸² İnan, O (2012), Türk Ceza Kanununda Cinsel Saldırı Suçu, Çankaya üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, Ankara, s. 71

³⁸³ “..Mahkemenin oluşa uygun kabulüne göre, sanığın, 24.07.2012 günü evine davet ettiği mağdureyle kahve içtiği sırada mağdureyi öpmeye çalışmak suretiyle basit cinsel saldırıya teşebbüs suçunu da işlediğinin anlaşılması karşısında, tebliğnamede bozma isteyen düşünceye iştirak edilmemiştir..” (14. CD. 27.04.2015 T. Esas No: 2015/451, Karar No:2015/5804)

³⁸⁴ “..Teşebbüs hükmünün uygulanabilmesi için eylemin yapıcı davranışlarına başlanmış olması tek başına yeterli olmayıp açıklanabilir ve kabul edilebilir engel bir neden bulunmasının zorunlu olduğu, şayet ciddi bir engel mevcut değilse sanık yararına olan maddenin uygulanması gerektiği, olayda ise sanığın, mağdureye yönelik cinsel davranışlara başladığı sırada mağdurenin bağırıp direnmesi ve annesinin birazdan eve geleceğini söylemesinin ciddi bir engel neden teşkil etmediği, sanığın vazgeçme anına kadar tamamlanan eyleminin ırz ve namusa tasaddi suçunu oluşturduğu gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması..”

³⁸⁵ “.. Sanığın nitelikli cinsel istismar suçu kastı ile icrai hareketlere başlaması yalnız başına teşebbüs hükmünün uygulanmasına yeterli bulunmamasına, açıklanabilir ve kabul edilebilir bir engel sebebin varlığının gerekmesine, olayımızda olduğu gibi kimsenin olmadığı inşaat halinde bir binanın içinde, 5 yaşında olup kendisine yönelik işlenen eylemlerin ahlaki redietini idrak edemeyecek ve olaya ruhsal yönden mukavemete muktedir olgunluğa erişmemiş mağdureye karşı başladığı nitelikli cinsel istismarın icrai hareketlerinden ciddi bir engel olmadan kendiliğinden vazgeçen sanığın eyleminin, olay sonrası alınan mağdurenin raporları ve dosya içeriğine göre, 5237 sayılı TCK.nun 36. maddesi uyarınca aynı Yasanın 103/1. maddesinde yazılı çocuğun basit cinsel istismarı suçunu oluşturduğu gözetilmeden çocuğun nitelikli cinsel istismarına teşebbüs suçundan cezalandırılması..”

³⁸⁶ Gerçekler , s. 2039

³⁸⁷ Özbek ve diğerleri, s. 334

³⁸⁸ Yaşar/Gökcan/Artuç , s. 3258

sonra mağdura herhangi bir şekilde bedensel temasta bulunmuş ise basit cinsel saldırı suçu tamamlanmış olacak, gönüllü vazgeçme hükümleri gereğince nitelikli cinsel saldırıya teşebbüsten ise söz edilemeyecektir.³⁸⁹

Cinsel saldırı suçunun nitelikli hali ise vücuda organ veya sair cismin kısmen sokulması ile tamamlanır.³⁹⁰ Suçun tamamlanması için failin tatmin olması şart olmayıp tatmin olma koşulu aranmadığından organın boşalmayı sağlayacak kadar vücuda sokulması gerektiğinden de söz edilemez.³⁹¹ Nitelikli cinsel saldırı suçuna teşebbüsün mümkün olup olmadığı konusunda da öğretide farklı görüşler mevcuttur. Bu farklı görüşlerin kaynağını da nitelikli cinsel saldırı suçunun bağımsız bir suç tipi mi yoksa ağır cezayı gerektiren nitelikli bir hal mi olduğu konusundaki tartışmalar oluşturmaktadır.

ÖZGENÇ'e göre TCK'nın 102/2 maddesinde cinsel saldırı suçunun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hali düzenlenmiştir. Bu nitelikli halin sair bir nedenle gerçekleşmemesi halinde, teşebbüsten bahsedilemez. Örneğin somut olayda şayet fail, mağdurun vücutuna organ veya sair cisim sokmak istemiş ve fakat elinde olmayan bir sebeple bu sokma olgusunu gerçekleştirememiş ise, temel cezayı 102. maddenin ikinci fıkrasına istinaden değil, birinci fıkrasına istinaden belirlemek gerekir. Ancak bu durumda da cezayı üst sınıra yaklaşarak belirlemek gerekir.³⁹² ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA da aynı gerekçelerle cinsel saldırı suçunun nitelikli haline teşebbüsün mümkün olmadığını savunmuşlardır.³⁹³

³⁸⁹ Sanığın, suç tarihinde katılan mağdurenin bulunduğu odaya girip yatağında uyumakta olan mağdureyi öpdüğü sırada uyanan mağdurenin ağızını eliyle kapatıp dudaklarından ve yanaklarından öpmeye devam ettiği, mağdureyi susması konusunda uyararak bir eliyle üzerindeki bluz, atlet ve sütyeni çıkardığı, boyun ve göğüslerinden öptüğü, zaman zaman aynı vücut bölgelerini ısırıldığı, alt kısmında bulunan eşofman ve iç çamaşırını çıkarmak istediği mağdurenin direnmesi üzerine "Beni istemiyor musun" diye sorduğu mağdurenin olumsuz yanıt vermesi üzerine, başkaca bir engel neden olmaksızın eylemine devam etmeden ayrıldığı tüm dosya kapsamından anlaşıldığından, sanığın katılana yönelik hareketlerini sonuna kadar götürebilmesi imkân dâhilinde bulunduğu halde bundan vazgeçerek icra hareketlerine kendiliğinden son verdiği göz önüne alınarak hakkında 5237 sayılı TCK'nın 36. maddesinde düzenlenen gönüllü vazgeçme hükümleri uygulanmak suretiyle eyleminin basit cinsel saldırı kabul edilmesi gerekirken, suç vasfının tayininde yanılıya düşülerek yazılı şekilde vücuda organ sokmak suretiyle nitelikli cinsel saldırı suçuna teşebbüsten hüküm kurulması, (14. CD. 10.02.2015 T. Esas No: 2013/6678, Karar No:2015/876)

³⁹⁰ Gültaş/Gündüz, s.40

³⁹¹ Gültaş/ Gündüz, s.40

³⁹² Gündüz, s.54

³⁹³ Artuk/Gökçen/Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.188

Bizim de katıldığımız öğretideki çoğunluk görüşüne göre ise suçun nitelikli biçimine de teşebbüs mümkündür. Keza kanun sistematığı gereği bu suç tipi ve diğer birçok suç tipinde suç tanımı basit ve nitelikli olarak sınıflandırılmış ise de her biri için ayrı bir yaptırım öngörülmüş dolayısıyla TCK 102/1 ve TCK 102/2 ayrı ayrı suç tipleri olarak kabul edilmiştir³⁹⁴ Ayrıca suçun nitelikli halinin failin elinde olmayan nedenlerle tamamlanamaması halinde suçun temel şeklinin uygulanacağına dair yasada bir düzenleme bulunmamakta, yasanın gerekçesinden de böyle bir anlam çıkmamaktadır.³⁹⁵ Fail nitelikli cinsel saldırı eylemi bakımından mağdura yönelik kastını ortaya koyduktan sonra engel bir nedenle fiilini tamamlayamamışsa eylemin nitelikli cinsel saldırı suçuna teşebbüs aşamasında kaldığını kabul etmek gerekir.³⁹⁶

Yargıtay'ın yerleşik içtihatları da nitelikli cinsel saldırı suçuna teşebbüsün mümkün olduğu önündedir.³⁹⁷

Burada failin kastının cinsel saldırı suçunun basit şekline mi yoksa nitelikli haline ne teşebbüse ilişkin mi olduğunu failin söylediği sözler, olay öncesi davranışlar ve olayın geçtiği yerin irdelenerek belirlenmesi gerekir.³⁹⁸ Örneğin, failin mağdura “benim olacaksın”, “seni halledeceğim”, “kendini bana ver”, “seninle yatmak istiyorum” gibi sözlerinden veya ıssız bir yere götürüp iç çamaşırını çıkarmaya çalışmasından, failin soyunarak mağdurun yanına yatmasından failin suçun nitelikli halini (TCK m.102/2) gerçekleştirmek amacıyla hareket ettiği anlaşılabilir.³⁹⁹ Yine failin nitelikli cinsel saldırı gerçekleştireceğini bildiren söz ve

³⁹⁴ Gündüz, s.113

³⁹⁵ Tuğrul, s.105

³⁹⁶ İnan, s. 71

³⁹⁷ “..Mağdurenin aşamalandaki samimi anlatımları, savunma ile tanık Bayram'ın beyanları nazara alındığında, suç tarihinden önce otuz yaşındaki mağdurenin ikinci derece kayın hısımları olan sanığın, bir suç işleme kararının icrası kapsamında evine gittiği mağdureyi mutfakta yalnız görmesi üzerine yere yatırarak kıyafetlerini çıkartmaya çalıştığı sırada bir kere yapmak istediğini belirtmesine karşılık mağdurenin direnmesi nedeniyle eylemini tamamlamaksızın evden ayrıldığı ve iki ay kadar sonra tekrar eve gelen sanığın, oturma odasında uyumakta olan mağdurenin üstüne abanıp kolundan tutarak misafir odasına götürmeye çalıştığı sırada mağdurenin bağırması üzerine yan odada uyumakta olan eşi tanık Bayram'ın kalkarak müdahale etmesinden dolayı eylemini tamamlayamadığı tüm dosya içeriğinden anlaşıldığından, sanığın eylemlerinin TCK'nın 102/2, 3-c, 43/1. maddelerinde düzenlenen zincirleme şekilde **nitelikli cinsel saldırı suçuna teşebbüs kapsamında kalıp kalmadığının** tayin ve takdiri ile davaya bakma, kanıtları değerlendirme ve suç niteliğinin belirlenmesi görevinin üst dereceli Ağır Ceza Mahkemesine ait olduğu nazara alınarak görevsizlik kararı verilmesi gerekirken, suç vasfının tayininde yanılığa düşülerek yazılı şekilde basit cinsel saldırı suçundan açılan kamu davalarının şikayetten vazgeçme nedeniyle düşmesine karar verilmesi..” (14. CD. 06.04.2016 T. Esas No: 2014/10831, Karar No:2016/3412)

³⁹⁸ Şişman, s.91

³⁹⁹ Tuğrul, 108

davranışlarda bulunması, mağduru soymaya başlaması, soyunması için zorlaması, prezervatif takarak hazırlanması hallerinde de failin suçun nitelikli haline teşebbüs ettiği kabul edilmelidir.⁴⁰⁰ Ancak bu şekilde bir sonuca varılamazsa şüphe sanık lehine yorumlanarak, failin basit cinsel saldırı amacıyla hareket ettiği kabul olunmalıdır.⁴⁰¹

Failin kastının nitelikli cinsel saldırı suçuna teşebbüs düzeyinde kalması durumunda ceza belirlenirken teşebbüs hükümleri gereğince indirim yapıldığı zaman sonuç ceza, suçun basit şekline göre ceza tayin edildiğinde belirlenen sonuç cezadan daha az olabilmektedir.⁴⁰² Ancak hakkaniyet gereği böyle bir durumda nitelikli cinsel saldırı suçuna teşebbüs halinde belirlenecek cezanın basit cinsel saldırı suçuna verilecek cezanın altında olmaması gerekir ve Yargıtay'ın yerleşik içtihatları da bu yönde yerleşmiştir.⁴⁰³

Yukarıda basit cinsel saldırı suçu için yaptığımız açıklamalarda da olduğu üzere suça teşebbüs eden kişi başladığı icra hareketlerinden isteyerek gönüllü olarak vazgeçerse ya da kendi çabalarıyla suçun tamamlanmasını ve neticenin gerçekleşmesini önlerse gönüllü vazgeçme söz konusu olacak ve fail ancak o ana kadar yaptığı hareketler başka bir suç oluşturuyorsa bu suçtan dolayı cezalandırılacaktır.⁴⁰⁴ Örneğin mağdurun elbiselerini çıkartıp kastını açıklayan fail kendiliğinden veya mağdurun ağlaması, yalvarması üzerine eyleminin tamamlamaktan vazgeçerse, TCK'nın 102/2. Maddesine teşebbüsten değil, mağdura bedeni teması da olduğu için TCK'nın 102/1. Maddesinde düzenlenen basit cinsel saldırı suçundan cezalandırılacaktır.⁴⁰⁵

⁴⁰⁰ Malkoç, Açıklamalı- İçtihatlı 5237 sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu, s.1619

⁴⁰¹ Yaşar/Gökcan/Artuç , s. 3259

⁴⁰² Baytemir, s.114

⁴⁰³ "...Nitelikli cinsel saldırı suçuna teşebbüsten verilecek cezanın, eylemin bedensel temas içermesi ve hakkaniyet gereği basit cinsel saldırı suçu için kanunda öngörülen asgari cezadan az olamayacağı ve eylemin işleniş şekli, işlendiği zaman dilimi ve sanığın kasta dayalı kusurunun ağırlığı nazara alınıp fiilin ağırlığıyla orantılı olarak, sanık hakkında nitelikli cinsel saldırı suçuna teşebbüsten TCK'nın 102/2. maddesi uyarınca verilecek temel cezadan aynı Kanununun 35/2. maddesi uyarınca teşebbüs nedeniyle yapılacak indirimin mağdureye verilmek istenen zarar ve tehlikenin ağırlığı gözetilerek uygun bir oranda yapılması suretiyle, belirlenecek cezanın basit cinsel saldırı suçunun temel haline ilişkin 102/1. maddesinde yer alan cezanın altında olmaması gerektiği düşünülmeden eksik cezaya hükmedilmesi..."(14. CD. 16.03.2016 T. Esas No: 2014/3053, Karar No:2016/2551)

⁴⁰⁴ İnan, s. 74

⁴⁰⁵ Malkoç, Açıklamalı- İçtihatlı 5237 sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu, s.1620

Burada kısaca neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda teşebbüs hükümlerinin uygulanıp uygulanamayacağı hususuna da değinmek yararlı olacaktır. Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda kural olarak failin kastettiğinden daha ağır ya da başka bir neticenin somut olayda gerçekleşmesi gerekir.⁴⁰⁶ Bu nedenle teşebbüs hükümlerinin uygulanması için gerekli olan “işlenmesine kastedilen suç” koşulu gerçekleşmemekte ve dolayısıyla bu suçlara teşebbüs de mümkün bulunmamaktadır.⁴⁰⁷ Uygulama yönünden somut olayda failin kastettiğinden ağır netice gerçekleştiği takdirde artık fail bu ağır neticeden sorumlu olacak, ağır netice için öngörülen cezadan teşebbüs nedeniyle indirim yapılamayacaktır. Yargıtay’ın yerleşik içtihatlarında da neticesi sebebiyle ağırlaşan suçlara teşebbüsün mümkün olmadığı görüşü benimsenmiştir.⁴⁰⁸

2.4.2. İştirak

Cinsel saldırı suçuyla ilgili olarak kanunda özel iştirak hükümleri öngörülmediği için burada genel hükümler uygulanacak olup cinsel saldırı suçunda suça azmettirme ve yardım etme şeklinde iştirakin her şekli mümkündür.⁴⁰⁹

İştirak konusu 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

5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda suça iştirakte “faillik” ve “suç ortaklığı” ayrımı öngörülmüş,⁴¹⁰ iştirak kavramı hem failliği hem de şerikliği içeren bir üst kavram olarak belirlenmiştir.⁴¹¹

⁴⁰⁶Artuk/Gökçen/Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.189

⁴⁰⁷ Tuğrul, s.111

⁴⁰⁸“..Sanık hakkında hüküm kurulurken Yargıtay Ceza Genel Kurulunun Dairemizce de benimsenen 18.12.1989 gün ve 1989/314 Esas, 1989/399 sayılı Kararında açıklandığı üzere, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda failin bu ağır neticeden ancak onun gerçekleşmesi halinde sorumluluğu kabul edildiğinden, bu suçların teşebbüse elverişli bulunmadığı gözetilmeden, 5237 sayılı TCK’nın 35. maddesinin aynı Kanunun 61/5. maddesindeki sıraya uygun olarak, ancak 102/1. maddesi ile tayin edilen ceza üzerinden uygulanıp daha sonra 102/5. madde ile sonuç cezanın belirlenmesi gerekirken, yazılı biçimde 102/5. madde ile verilen cezadan teşebbüs nedeni ile indirim yapılması suretiyle hüküm kurulması.” (14. CD. 17.09.2015 T. Esas No: 2013/8764, Karar No:2015/8491), Tuğrul, s. 111

⁴⁰⁹ Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 3259

⁴¹⁰ Baytemir, s.83

⁴¹¹ Özgenç, İ. (2005), Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi Genel Hükümler, 1. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, s. 495

Suç tipinde belirlenen unsurları gerçekleştiren kişi faildir. Suç tipinde belirlenen unsurların birden fazla kişi tarafından birlikte gerçekleştirilmesi durumunda ise iştirak kuralları uygulanacaktır.⁴¹²

TCK m. 37'ye göre suçun kanunî tanımında yer alan fiili birlikte suç işleme kararının icrası kapsamında gerçekleştiren her bir fail müşterek fail olarak sorumlu olacaktır.⁴¹³ Müşterek faillikte birlikte suç işleme kararının yanı sıra fiil üzerinde ortak hâkimiyet kurulduğu için her bir suç ortağı fail statüsündedir. Ortak hâkimiyetin kurulup kurulmadığının saptanmasında ise madde gerekçesi bize yol gösterecek olup suç ortaklarının suçun icrasındaki rolleri ve suça katkılarının taşıdığı önem göz önünde bulundurulacaktır.⁴¹⁴ Cinsel saldırı suçunda müşterek failliğin kabulü için failin mutlaka cinsel bir davranışı gerçekleştirilmesi gerekli olmayıp suçun icrasına yönelik katkısıyla fiil üzerinde fonksiyonel bir hakimiyet kurması,⁴¹⁵ bir başka deyişle failin fiil veya mağdur üzerinde hakimiyet kurmuş olması gereklidir.⁴¹⁶ Bu durumda, failin icrası veya sonuçsuz kalması ortak faillerden her birinin elinde bulunmaktadır. Örneğin suç ortaklarından birinin cebir veya tehdit kullanarak mağduru etkisiz hâle getirdiği, diğerinin ise mağdura cinsel davranışlarda bulunduğu bir olayda, her iki suç ortağının suçun işlenişine yaptıkları katkı, suçun icrası açısından birbirini tamamlayıcı niteliktedir, dolayısıyla, her iki suç ortağı da suçun işlenişinde ortak bir hâkimiyet kurdukları için müşterek fail olarak cezalandırılacaklardır.⁴¹⁷ Yine mağdurun bir yere kapatılması ve saldırının

⁴¹² Kılıç, s. 184, TCK Madde 37 (1) Suçun kanunî tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştiren kişilerden her biri, fail olarak sorumlu olur. (2) Suçun işlenmesinde bir başkasını araç olarak kullanan kişi de fail olarak sorumlu tutulur. Kusur yeteneği olmayanları suçun işlenmesinde araç olarak kullanan kişinin cezası, üçte birden yarısına kadar artırılır.

⁴¹³ Üzülmöz, İ., Koca M., (2015), Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, , 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, s. 303

⁴¹⁴ Sevük, s.255

⁴¹⁵ Üzülmöz/Koca, s. 304

⁴¹⁶ Gündüz, s.57

⁴¹⁷“Mağdurenin beyanları, CD inceleme tutanağı ve tüm dosya kapsamına göre, olay günü sanık Kemal'in mağdureyi diğer sanık Uğur'un amcasına ait eve çağırarak cinsel istismar eyleminde bulunduğu sırada Uğur'un da bir taraftan mağdurenin direncini kırmaya yönelik tehdit içeren söylemlerde bulunduğu, diğer taraftan ise eylemi video kaydına aldığı, mevcut haliyle Uğur'un eylemini diğer sanıkla beraber aynı suç işleme kararına bağlı olarak icra hareketlerini gerçekleştirmek suretiyle anılan suçun kanuni tanımında yer alan fiil üzerinde ortak hakimiyet kurduğu ve bu şekilde TCK'nın 37. maddesi kapsamında müşterek fail olup eylemi diğer sanıkla birlikte işlediği tüm dosya içeriğinden anlaşıldığından, sanıkların müsnet suçtan dolayı 5237 sayılı TCK'nın 103/2, 103/3. maddeleri gereğince cezalandırılmaları yerine yazılı şekilde hüküm kurulması neticesinde eksik ceza tayini” (14. CD. 03.12.2015 T. Esas No: 2013/11570, Karar No:2015/11344), Sevük, s.255

gerçekleştirilmesi durumunda mağdurun üzerinde korku ve baskı yaratarak dışarıda bekleyen ve gözcülük yapan suç ortağı da fail sayılacaktır.⁴¹⁸

Müşterek faillik bakımından zorunlu olan bir başka koşul da failer arasında birlikte suç işleme kararının varlığıdır. Müşterek failer birbirlerinin eylemlerinden haberdar olmalı ve birbirlerinin eylemine katkıda bulunma iradelerinin bulunması gerekir. Bir failin fiili olmasaydı cinsel saldırı suçu gerçekleşmezdi diyebiliyor, failerin eylemlerinin karşılıklı olarak birbirlerini tamamladıklarından söz edebiliyorsa⁴¹⁹ müşterek faillikten söz edilebilecektir.⁴²⁰

Cinsel saldırı suçunun müşterek faillerce işlenmesi durumunun TCK'nın 102/3-d maddesinde cezayı ağırlaştırıcı nitelikli hal olarak görüldüğü de unutulmamalıdır.⁴²¹ Bu ağırlaştırıcı halin uygulanması için şerikliğin faillik düzeyinde olması bir başka anlatımla failerin müşterek fail olması gerekir.⁴²²

Bir suçun failine, onun haberi olmaksızın, tek taraflı iradeyle, suçun işlenmesine başlamadan önce veya suçun icrası sırasında yardım edilmesi durumunda, yardım eden kişiyi müşterek fail olarak değil, yardım eden olarak sorumlu tutulmak gerekecektir; örneğin, fail cinsel davranışlara başlamadan önce mağdurun içeceğine ilaç katarak yardımda bulunan kişi, müşterek fail olarak değil, yardım eden olarak sorumlu tutulmalıdır.⁴²³

⁴¹⁸ “..Sanığın, kardeşi olan mağdureyi, eşi olan sanık Harun'la yakınlaşması için ikna etme, Harun'un **cinsel eylemleri sırasında gözcülük yapma**, mağdurenin elini tutarak Harun'un sırtını okşatma şeklindeki eylemleri ile cinsel istismar suçuna TCK'nın 37. maddesi kapsamında iştirak ettiği ve 5237 sayılı TCK'nın 103/1-3, 43 maddeleri uyarınca mahkûmiyeti gerektiği gözetilmeden yazılı şekilde uygulama yapılmak suretiyle eksik ceza tayini aleyhe temyiz bulunmadığından bozma nedeni yapılmamıştır.” (14. CD. 08.12.2014 T. Esas No: 2013/4962, Karar No:2014/13923)

“..Diğer sanığın mağdura nitelikli cinsel istismarda bulunduğu sırada gözcülük yapan ve eylem süresince yanlarında bulunmak suretiyle suçun işlenişinde müşterek hakimiyet kuran sanık Yusuf Bozkurt Köroğlu'nun TCK'nın 37. maddesi gereğince fail olarak sorumlu tutulması gerektiğinin gözetilmemesi..” (5. CD. 17.05.2010 T. Esas No: 2006/8649, Karar No:2010/3599), Aksoy, s.160

⁴¹⁹ Aksoy, s.160

⁴²⁰ “..Sanıklar Murat ve Ahmet Ali'nin diğer sanık Ercan'la beraber bir suç işleme kararının yanı sıra, direncini kırdıkları mağdure üzerinde ortak hakimiyet kurmak suretiyle fiili işledikleri ve bu şekilde nitelikli cinsel saldırı eyleminde TCK'nın 37. maddesi kapsamında müşterek fail oldukları halde haklarında aynı Kanunun 39. maddesinin tatbikiyle cezalarında indirim yapılması aleyhe temyiz olmadığından bozma nedeni yapılmamıştır.” (14. CD. 24.11.2015 T. Esas No: 2014/4980, Karar No:2015/10909)

⁴²¹ Gündüz, s.57

⁴²² Centel, s. 269-290

⁴²³ Sevik, s.255

Yukarıda da belirtildiği gibi cinsel saldırı suçuna azmettiren veya yardım eden olarak iştirak etmek de mümkündür.

Azmettirme, TCK'nın 38. Maddesinde⁴²⁴ düzenlenmiş olup belli bir suçu işleme hususunda henüz bir fikri olmayan kişinin başkası tarafından bu suçu işlemeye karar verdirilmesidir.⁴²⁵

Yardım etme ise TCK'nın 39. Maddesine⁴²⁶ göre maddi yardım ve manevi yardım olarak ikiye ayrılmaktadır; Maddi yardım çeşitli şekillerde ortaya çıkabilecek

⁴²⁴“Madde 38 - (1) Başkasını suç işlemeye azmettiren kişi, işlenen suçun cezası ile cezalandırılır.

(2) Üstsoy ve altsoy ilişkisinden doğan nüfuz kullanılmak suretiyle suça azmettirme hâlinde, azmettirenin cezası üçte birden yarısına kadar artırılır. Çocukların suça azmettirilmesi hâlinde, bu fıkra hükmüne göre cezanın artırılabilmesi için üstsoy ve altsoy ilişkisinin varlığı aranmaz.

(3) Azmettirenin belli olmaması hâlinde, kim olduğunun ortaya çıkmasını sağlayan fail veya diğer suç ortağı hakkında ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine yirmi yıldan yirmi beş yıla kadar, müebbet hapis cezası yerine onbeş yıldan yirmi yıla kadar hapis cezasına hükmolunabilir. Diğer hâllerde verilecek cezada, üçte bir oranında indirim yapılabilir. “ şeklinde düzenlenmiştir.

⁴²⁵ “Mahkemece, sanık Gökhan'ın önceden kız arkadaşı olan mağdureye fotoğrafları üzerinde fotoshopla oynayarak çıplak hale getirdiğini, kendisi ile beş dakika öpüştüğü takdirde bunları vereceğini söyleyip, 03.06.2011 tarihinde Tokat Kalesine götürerek, bacaklarını okşadığı ve zorla öptüğü, 07.06.2011 tarihinde ise, aynı şekilde şantaj yaparak Tokat Kalesine getirdiği mağdurenin vücudunu okşayıp, sürtünerek elbiselerinin üzerine boşaldıktan sonra diğer sanık Adem'i oraya çağırdığı, mağdurenin, sanık Adem'in kendisi ile cinsel ilişkiye girmek istemesine karşı çıkması üzerine sanık Gökhan'ın, Adem'e hitaben "şu bıçağı çıkar da ne kadar ciddi olduğumuzu anlatsın" dediği ve sanık Adem'in eline aldığı çakı bıçağı ile korkuttuğu mağdureyi yere yatırarak üzerine çıkıp basit cinsel istismarda bulunduğu, bu sırada sanık Gökhan'ın da mağdure ile sanık Adem'in bu vaziyette fotoğraflarını çektiği, daha sonra sanıkların mağdureyi olanları kimseye söylememesi konusunda uyararak oradan uzaklaştıklarının oluşu uygun olarak kabul edilmesi karşısında, sanık Gökhan'ın diğer sanık Adem'in basit cinsel istismar eylemine TCK'nın 37/1. maddesine göre fiili birlikte işleyen fail olarak iştirak etmiş olduğu, ayrıca sanık Gökhan'ın çocuğun cinsel istismarı ve kişiyi hüriyetinden yoksun kılma suçlarını zincirleme şekilde gerçekleştirdiği anlaşılmalı, sanık Gökhan'ın eylemleri nedeniyle TCK'nın 103/1, 103/3, 103/6, 43/1, 31/3, 62 ve 109/2, 109/3-f, 109/5, 43/1, 31/3 ve 62. maddelerine, sanık Adem'in ise aynı Kanunun 103/1, 103/3, 103/6 ve 62. maddelerine göre cezalandırılmaları gerektiği gözetilmeyerek yazılı şekilde hüküm kurulması,

Tüm dosya içeriğinden, sanık Adem'in kendisi ile cinsel ilişkiye girmek istemeyen mağdureyi zorla yere yatırarak üzerine yattığı sırada, diğer sanık Gökhan'dan fotoğraflarını çekmesini istediği ve sanık Gökhan'ın da cep telefonu ile açıklanan vaziyette bulunan mağdure ve sanık Adem'in fotoğraflarını çektiğinin anlaşılması karşısında, rızası dışında mağdurenin fotoğrafını çeken sanık Gökhan'ın eyleminin TCK'nın 134. maddesinde düzenlenen özel hayatın gizliliğini ihlal suçunu oluşturduğu, sanık Adem'in eyleminin ise bu suça azmettirme niteliğinde bulunduğu gözetilip, bu suçtan mahkûmiyetlerine karar verilmesi gerekirken, suç vasfında yanılıya düşülerek yazılı şekilde beraatlerine hükmolunması,” (14. CD. 08.04.2014 T. Esas No: 2013/11765, Karar No:2014/4664)

⁴²⁶“Madde 39 - (1) Suçun işlenmesine yardım eden kişiye, işlenen suçun ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektirmesi hâlinde, onbeş yıldan yirmi yıla; müebbet hapis cezasını gerektirmesi hâlinde, on yıldan onbeş yıla kadar hapis cezası verilir. Diğer hâllerde cezanın yarısı indirilir. Ancak, bu durumda verilecek ceza sekiz yılı geçemez.

(2) Aşağıdaki hâllerde kişi işlenen suçtan dolayı yardım eden sıfatıyla sorumlu olur:

a) Suç işlemeye teşvik etmek veya suç işlemeye kararını kuvvetlendirmek veya fiilin işlenmesinden sonra yardımda bulunacağını vaat etmek.
b) Suçun nasıl işleneceği hususunda yol göstermek veya fiilin işlenmesinde kullanılan araçları sağlamak.

olup maddede, suçun nasıl işleneceği hususunda yol göstermek veya fiilin işlenmesinde kullanılan araçları sağlamak ve suçun işlenmesinden önce veya işlenmesi sırasında yardımda bulunarak icrasını kolaylaştırmak olarak sayılmış, manevi yardım ise suç işlemeye teşvik etmek veya suç işleme kararını kuvvetlendirmek veya fiilin işlenmesinden sonra yardımda bulunacağını vaat etmek, suçun nasıl işleneceği hususunda yol göstermek olarak belirtilmiştir.⁴²⁷

Müşterek fail konumunda bulunmayan ve cinsel saldırı suçuna şerik olarak iştirak eden failin eylemi TCK'nın 102/3-d fıkrasındaki "suçun birlikte işlenmesi" haline uymadığı için failin cezası bu madde uyarınca artırılmayacaktır.⁴²⁸ Yargıtay'da TCK'nın 39. Maddesinin uygulandığı durumlarda temel cezanın 102/3-d maddesi uyarınca artırılmayacağını içtihat etmiştir.⁴²⁹

İştirakte bağıllık kuralını düzenleyen TCK'nın 40. Maddesine göre şeriklerin azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulabilmeleri için suçun en azından teşebbüs aşamasına varmış olması, yani suçun icra hareketlerine başlanmış olması gerekir.⁴³⁰ Ayrıca şerikin failin şahsından kaynaklanan ve fiili ağırlaştırıcı nedenlerden sorumlu tutulabilmesi için aynı suç işleme kararı ve iştirak iradesinin yanı sıra ağırlaştırıcı nedenin de şerik tarafından bilinmesi gerekir.⁴³¹ Yine iştirakte bağıllık kuralı gereği asıl failin fiilinin hukuka aykırı olmaması durumunda fiile iştirakten söz edilmeyecektir.⁴³²

c) Suçun işlenmesinden önce veya işlenmesi sırasında yardımda bulunarak icrasını kolaylaştırmak." Şeklinde düzenlenmiştir.

⁴²⁷ Baytemir, s.84

⁴²⁸ Tuğrul, s. 113

⁴²⁹ "...Sanıklar Esengül ve Seyfettin'in diğer sanık Yusuf'un gerçekleştirdiği cinsel saldırı eylemine 5237 sayılı TCK'nın 39. maddesi anlamında yardım eden sıfatıyla iştirak ettiğinin kabul edilmesi karşısında, suçun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi koşulunun olayda gerçekleşmediği gözetilmeden sanıklar hakkında tayin olunan cezaların aynı Kanunun 102/3-d. maddesi ile artırılması.." (14.CD. 02.06.2015 T. Esas No: 2013/11795, Karar No:2015/6752)

"Sanık Aysel'in, diğer sanık Rüştü'nün nitelikli cinsel saldırı suçuna 5237 sayılı TCK'nın 39. maddesi kapsamında kalacak şekilde katıldığıının anlaşılması ve eylemin mahkemece de bu şekilde kabul edildiği halde, her iki sanık hakkında lehe sayılan 5237 sayılı TCK'nın 102/2. maddesi gereğince belirlenen temel ceza üzerinden aynı Kanunun 37. maddesine göre fiili birlikte işleyenler hakkında uygulama yeri bulunan 102/3 d maddesinin burada tatbik edilemeyeceği gözetilmeden cezalarının anılan maddeyle artırılması.." (14.CD. 12.09.2012 T. Esas No: 2011/8044, Karar No: 2012/8318)

⁴³⁰ Sevik, s.255

⁴³¹ Gültaş/Gündüz, s.41

⁴³² Kılıç, s. 184

TCK'nın 41. Maddesinde iştirak halinde işlenen suçlarda gönüllü vazgeçme hükümleri özel olarak düzenlenmiştir. Bu maddeye göre iştirak hâlinde işlenen suçlarda, sadece gönüllü vazgeçen suç ortağı gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanacaktır. Gönüllü vazgeçen suç ortağını suçun işlenmemesi için elinden gelen bütün gayreti göstermiş buna rağmen suç işlenmişse, gönüllü vazgeçen suç ortağının gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanması gerekecektir.⁴³³

2.4.3. İçtima

Somut olayda kaç tane fiil varsa o kadar suç, kaç tane suç varsa o kadar cezanın var olacağı ceza hukukunun temel ilkelerinden biridir.⁴³⁴ Bu genel kuralın istisnası ise suçların içtimai bölümünde belirlenmiştir. Kanunda açıkça belirlenen bu istisnalar dışında, işlenen her bir suçla ilgili olarak ayrı ayrı cezaya hükmedilecektir. Suçların içtimai halleri ise “birleşik suç”, “zincirleme suç” ve “fikri içtima” şeklinde kanunda açıkça düzenlenmiştir.⁴³⁵

Suçların içtimai hakkındaki bu genel bilgilerden sonra bu bölümde cinsel saldırı suçu açısından suçların içtimaiyi inceleyeceğiz.

Cinsel saldırı suçunun işlenmesi için cebir veya tehdit kullanılması durumunda, cebir ve tehdit suçları cinsel saldırı suçunun unsuru olarak düzenlendiği

⁴³³ Sevik, s.256

⁴³⁴ Metiner/Koç, s.1249

⁴³⁵“5237 sayılı TCK Suçların İçtimai

Bileşik suç

Madde 42- (1) Biri diğerinin unsurunu veya ağırlaştırıcı nedenini oluşturması dolayısıyla tek fiil sayılan suça bileşik

suç denir. Bu tür suçlarda içtima hükümleri uygulanmaz.

Zincirleme suç

Madde 43- (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. (Ek cümle: 29/6/2005 – 5377/6 md.) 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.

(3) Kasten öldürme, kasten yaralama, işkence ve yağma suçlarında bu madde hükümleri uygulanmaz.(1)

Fikri içtima

Madde 44- (1) İşlediği bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet veren kişi, bunlardan en ağır cezayı

gerektiren suçtan dolayı cezalandırılır.”

için, faile burada TCK'nın 42. Maddesinde düzenlenen birleşik suç hükümleri gereğince cebir ve tehdit suçlarından ayrıca ceza verilmeyecektir.⁴³⁶ Ancak bu istisnai uygulamaya getirilen başka bir istisna mevcuttur. 6545 sayılı kanunla değişik TCK'nın 102/4. Maddesine göre cinsel saldırı amacıyla fail veya suç ortaklarının gerçekleştirdiği cebir ve şiddet nedeniyle kasten yaralama suçunun ağır neticelerinin doğması halinde ayrıca yaralama suçundan da hüküm kurulacaktır.

6545 sayılı kanundaki değişiklik öncesinde fıkra metni “ Suçun işlenmesi sırasında mağdurun direncinin kırılmasını sağlayacak ölçünün ötesinde cebir kullanılması durumunda kişi ayrıca kasten yaralama suçundan dolayı cezalandırılır” şeklindeydi. Bu düzenlemede yer alan “ mağdurun direncinin kırılmasını sağlayacak ölçü”nün ne zaman aşılmış sayılacağı doktrinde tartışmalara yol açmış ve cezalandırmada belirlilik, uygulama birliği ve hukuksal güvenlik açısından haklı eleştirilere neden olmuştur. Bazı yazarlar bu düzenlemenin TCK'nın 87. Maddesinde yer alan neticesi sebebiyle yaralama halleriyle sınırlı⁴³⁷ olarak yorumlanması gerektiğini savunurken bazı yazarlar yaralanmanın TCK'nın 86/1. Maddesi kapsamında kalması halinde de failin bu suçtan ayrıca cezalandırılması gerekeceğini savunmaktaydı.⁴³⁸ Değişiklik öncesi mezkur fıkranın uygulanmasında Yargıtay da failin kasten yaralamaya yönelik eyleminin ayrıca cezalandırılması için yaralamanın basit tıbbi müdahaleyi aşacak ölçüde olmasını yani yaralanmanın TCK'nın 86/1 ve 87. Maddeleri kapsamında kalmasını yeterli görerek bu uygulamayı içtihat edinmiştir.⁴³⁹

⁴³⁶Centel,s. 269-290

⁴³⁷Özbek ve diğerleri, s. 335

⁴³⁸Baytemir. s.77 ;Gündüz, s. 57

⁴³⁹“..CMK.nın 225/1. maddesinin "Hüküm, ancak iddianamede unsurları gösterilen suçla ilişkin fiil ve faili hakkında verilir" şeklinde olduğu, Ankara Cumhuriyet Başsavcılığının 12.10.2009 tarihli iddianamesi ile sanık hakkında mağdureye yönelik basit yaralama suçunu işlediği iddiasıyla ilgili açılmış bir dava bulunmadığı gibi, sanığın cinsel saldırı sırasında mağdureyi adli tıp şube müdürlüğünden alınan rapora **göre basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek nitelikteki yaralaması** nedeniyle, sanığın eyleminin TCK.nın 102/4. Maddesinde belirtilen mağdurenin **direncini kırarak ölçünün ötesinde cebir kullanma boyutuna varmadığı**, buna rağmen hükümde iddianame dışına çıkılarak, sanığın, mağdureyi basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek şekilde yaraladığı kabul edilerek anılan kanun maddesine aykırı hareket edilmesi suretiyle yazılı şekilde karar verilmesi..” (14.CD. 24.12.2013 T. Esas No: 2012/2152, Karar No:2013/13896) “..Mağdurenin soruşturma aşamasındaki samimi beyanları, bu beyanları doğrulayıp mağdurenin **basit tıbbi müdahale ile giderilemeyecek şekilde yaralandığına ilişkin** Süleyman Demirel Üniversitesi Araştırma ve Uygulama Hastanesi Adli Tıp Anabilim dalından alınan 04.03.2009 tarihli raporu, mağdurenin eşi Osman'ın çadıra geldiğinde mağdurenin ağladığına ilişkin anlatımları, olayın ortaya çıkış şekli ve tüm dosya içeriğine göre, sanığın çadırda tek başına bulunduğu sırada mağdurenin direncini cebir kullanmak suretiyle kırdıktan

6545 sayılı kanunda yapılan değişlikle uygulamada sorunlara yer açan ve doktrinde haklı eleştirilere neden olan bu muğlak hüküm TCK'nın 103/5. Maddesi ile de paralellik gösterecek şekilde yeniden düzenlenmiştir. Yeni düzenlemeye göre cinsel saldırı suçunda kullanılan cebirin TCK'nın 86/1 veya 86/2 fıkraları kapsamında kalması durumunda bu cebir suçun unsuru olarak sayıldığı için fail ayrıca yaralamadan sorumlu tutulamayacak; ancak cebir TCK'nın 87. Maddesinde belirlenen ağır neticelere neden olmuşsa bu halde gerçek içtima kuralları uygulanacak ve fail ayrıca yaralama suçundan dolayı da cezalandırılacaktır.⁴⁴⁰

Fail cinsel saldırı suçunu işlemek için ayrıca mağduru hürriyetinden yoksun bırakmış yani kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu da işlemişse failin kural olarak cinsel saldırı suçunun yanında ayrıca cinsel amaçlı olarak hürriyeti kısıtlama suçundan da cezalandırılması gerekir. Yani burada gerçek içtima kuralları uygulama bulacaktır.⁴⁴¹ Örneğin; Mağdurun önce kaçırılarak bir yere kapatıldıktan sonra cinsel saldırıya uğraması durumunda fail hem cinsel saldırı suçundan hem de kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan dolayı ayrı ayrı cezalandırılacaktır.⁴⁴² Ancak burada her somut olay bakımından ayrı ayrı değerlendirme yapmak gerektiği unutulmamalıdır.⁴⁴³

sonra ırzına geçtiğinin anlaşılması karşısında; sanığın eylemlerinin TCK.nın 102/2, 102/3-a-d, 102/5. maddelerinde tanımlanan nitelikli cinsel **saldırı ve TCK.nın 102/4. maddesi delaletiyle aynı Kanunun 86/1. maddesinde** düzenlenen kasten yaralama suçlarını oluşturduğu gözetilip, buna göre de hükümden sonra 28.06.2014 tarihinde yürürlüğe giren ve cinsel dokunulmazlığa karşı suçlarda değişiklik yapan 6545 sayılı Kanun ile getirilen düzenlemeler de dikkate alınarak lehe kanun değerlendirmesi yapıldıktan sonra mahkûmiyetine karar verilmesi gerekirken oluşa uygun düşmeyen yazılı gerekçeyle beraatine hükmedilmesi..” (14.CD. 05.11.2014 T. Esas No: 2013/1401, Karar No:2014/12199) , Tuğrul, s.113

⁴⁴⁰ “..Antalya Eğitim ve Araştırma Hastanesinin 10.03.2015 tarihli raporuna göre mağdurenin basit tıbbi müdahale ile giderilemeyecek şekilde yaralanması nedeniyle olayda kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış halinin gerçekleşmediği ve kasten yaralama eyleminin nitelikli cinsel saldırı suçunun cebir unsuru içerisinde kaldığı anlaşıldığından, atılı suçtan dolayı ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde mahkûmiyet hükmü kurulması..” (14.CD. 20.06.2016 T. Esas No: 2016/4059, Karar No:2016/6083), Özbek ve diğerleri, s. 335

⁴⁴¹ Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 3260

⁴⁴² Üzülmöz/Koca, s. 305

⁴⁴³ “..Mağdurenin kendi ailesinin izni ve bilgisi dahilinde, sanığın çocuğuyla beraber oyun oynamak için sanığın evine gittiği zamanlarda basit cinsel istismar suçunu işleyen sanığın, bunun dışında mağdureyi alıkoymaya yönelik herhangi bir eyleminin bulunmadığı tüm dosya içeriğinden anlaşıldığından, mevcut haliyle sanığın unsurları itibariyle oluşmayan atılı suçtan beraatine karar verilmesi yerine yazılı şekilde mahkûmiyetine hükmedilmesi..”(14.CD. 10.09.2015 T. Esas No: 2013/10888, Karar No:2015/8210)

Terditli (geçitli) suçlarda bilindiği üzere bir suçun işlenmesi için diğer suçun işlenmesi zorunludur, bir başka anlatımla fail bir suçu işlerken diğerini de işlemek zorundadır. Cinsel saldırı suçu da doğası gereği kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu kapsar, fail cinsel saldırı suçunu gerçekleştirdiği sırada zorunlu olarak mağdurun hürriyetini de kısıtlamış olacaktır.⁴⁴⁴ Bu gibi somut olaylarda eylemleri birbirinden ayırmak mümkün olmayıp failin hürriyeti yoksun kılma suçu açısından ayrı ve özel bir kastı da bulunmadığı için faile ayrıca kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan ayrıca ceza verilmemelidir.⁴⁴⁵ Ancak yukarıdaki örneğimizde olduğu gibi cinsel saldırı suçunun zorunlu sonucu olan saldırı süresini aşan bir zaman diliminde fail mağdurun hürriyetini tahdit ediyorsa gerçek içtima hükümleri uygulanacaktır.⁴⁴⁶

Cinsel saldırı suçunu gerçekleştiren fail suçu işlerken konut dokunulmazlığının ihlali suçunu da işlemişse, bu durumda da gerçek içtima kuralları uyarınca her iki suçtan da sorumlu olacaktır.⁴⁴⁷

İşkence suçunun cinsel saldırı suretiyle işlenmesi halinde, ilgili maddede cinsel saldırı suçu işkence suçunun nitelikli hali olarak öngörülmediği için fail her iki suçtan da ayrı ayrı cezalandırılacaktır.⁴⁴⁸ Doktrinde bu görüşte olup bu iki suç tipi ile etkin mücadele, korunan hukuki değerlerin mahiyeti eylemlerin farklı farklı taşıdıkları haksızlık içerikleri de bu görüşü destekler niteliktedir.⁴⁴⁹ Ancak YTCK'nın 94/3 maddesinde işkence suçunun cinsel taciz suçuyla birlikte işlenmesi halinin nitelikli hal olarak öngörülmesi nedeniyle birleşik suç hükümleri gereğince faile

⁴⁴⁴ Özbek ve diğerleri s. 335

⁴⁴⁵ “Sanığın birlikte oturduğu öz kızı olan mağdureye karşı kendi evinde cinsel istismar eylemlerin gerçekleştirdiği sırada ve eylemle sınırlı süreyle mağdureyi alıkoymasında TCK'nın 109. maddesinde düzenlenen kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun kanuni unsurlarının oluşmadığı gözetilmeksizin anılan suçtan beraati yerine yazılı şekilde mahkûmiyetine karar verilmesi..” (14.CD. 14.05.2014 T. Esas No: 2015/1751, Karar No:2015/6432), Özbek ve diğerleri s. 336

⁴⁴⁶ “..Oluşa ve dosya içeriğine göre, suç tarihinden yaklaşık iki yıl kadar sonra mağdurenin arkadaşı Kübra'ya yazdığı mektubun okul idaresinin eline geçmesi üzerine ortaya çıkan ve bu şekilde adliyeye yansıyan olayda, sanığın suç tarihinde on beş yaşından küçük olan mağdureyi evine çağırarak basit cinsel istismarda bulunduğu ve hürriyetinden yoksun bıraktığının sabit olduğu..” (14.CD. 03.06.2014 T. Esas No: 2014/3329, Karar No:2014/7367),Gündüz, s. 60

⁴⁴⁷ Parlar/Banko, s.15

⁴⁴⁸ Tuğrul, s. 114.

⁴⁴⁹ Özbek ve diğerleri, s. 337

işkence suçunun bu nitelikli hali gereğince ceza verilecek, iki suçtan ayrı ayrı cezalandırılma yoluna gidilemeyecektir.⁴⁵⁰

Eziyet suçunun cinsel saldırı şeklinde işlenmesi durumunda ise fikri içtima hükümleri gereğince faile eziyet suçundan değil, yalnızca cinsel saldırı suçundan ceza verilecektir.⁴⁵¹

08/07/2005 tarih ve 5377 sayılı kanunla değiştirilmeden önce cinsel saldırı suçu bakımından zincirleme suç hükümlerinin uygulanması TCK'nın 43/3. Maddesi ile yasaklanmıştı, ancak uygulamada yaşanan problemler nedeniyle bu yasaklayıcı hüküm kaldırıldı.⁴⁵² Dolayısıyla yeni düzenlemeye göre cinsel saldırı suçlarında koşullarının varlığı halinde zincirleme suç hükümleri uygulanabilecek; yani failin bir suç işleme kararının icrası kapsamında aynı mağdura karşı değişik zamanlarda cinsel saldırı da bulunması durumunda zincirleme suç hükümleri gereğince failin cezası artırılabilecektir.⁴⁵³ Ancak cinsel saldırı suçu aynı anda birden fazla mağdura karşı işlenemeyeceğinden her bir mağdura karşı işlenmesi durumunda ayrı bir suç oluşturacaktır.⁴⁵⁴

Bir suçun temel şekli ile daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli şekilleri aynı suç kapsamında değerlendirildiği için failin bir suç işleme kararının icrası kapsamında önce cinsel saldırının temel şeklini daha sonra ise nitelikli şeklini gerçekleştirdiği durumlarda zincirleme suç hükümleri uygulanacaktır.⁴⁵⁵ Bu halde

⁴⁵⁰ Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 3260

⁴⁵¹ Gündüz, s.58

⁴⁵² Özbek ve diğerleri, s. 337

⁴⁵³ Centel, 269-290

⁴⁵⁴ Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 3260

⁴⁵⁵ “..Sanığın, Ağustos ayında diğer sanık Murat Salar'ın evinde mağdureye basit cinsel istismarda bulunmasının ardından Ekim ayında kiraladığı bir evde organ sokmak suretiyle nitelikli cinsel istismarda bulunduğu tüm dosya kapsamından anlaşılacakla, sanığın kişiyi hürriyetinden yoksun kılma, beden veya ruh sağlığını bozacak şekilde çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçlarını zincirleme olarak işlediğinin kabulü ile hüküm kurulurken TCK'nın 43/1. maddesi uyarınca cezasında artırım yapılmaması aleyhe temyiz olmadığından bozma nedeni yapılmamıştır..” (14.CD. 15.10.2015 T. Esas No: 2015/4386, Karar No:2015/9382)

“..Oluşa uygun kabüle göre de, sanığın önce işyerinde mağdura basit cinsel istismarda bulunduğu bu olaydan 15 gün kadar sonra da bu kez aracının içerisinde basit cinsel istismarda bulunduğu anlaşıldığı karşısında, sanık hakkında şartları oluştuğu halde zincirleme suça ilişkin 43. maddesinin uygulanmaması suretiyle eksik ceza tayini..” (14.CD. 08.06.2015 T. Esas No: 2015/2859, Karar No:2015/6923), Tuğrul, s. 119

temel ceza daha ağır olan suçtan tayin edilecek ve verilen ceza zincirleme suç hükümleri gereğince artırılabacaktır.⁴⁵⁶

Buna karşılık cinsel saldırının temel ve nitelikli şekli ile temel suç tipinden ayrı bir haksızlığı içeren neticesi sebebiyle ağırlaşmış hali birlikte işlenirse zincirleme suç hükümleri uygulanamayacak; fail sadece özel norm niteliğinde olan neticesi sebebiyle ağırlaşmış cinsel saldırıdan dolayı cezalandırılacaktır.⁴⁵⁷

6545 sayılı yasa ile yürürlükten kaldırılmadan önce TCK'nın 102/5. Maddesinde düzenlenen cinsel saldırı suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hali olan, cinsel saldırı suçu sonucu mağdurun beden ve ruh sağlığının bozulması durumunda suçun zincirleme şekilde işlenmesi halinde sonuç cezanın nasıl belirleneceği konusunda Yargıtay'ın yerleşik uygulamasına da burada değinmek yerinde olacaktır. Yargıtay bu fıkranın uygulanabilmesi için ruh ve beden sağlığındaki bozulmanın kalıcı olmasını gerektiğini, bu tür bir bozulmanın ise bir defa oluşabileceğini gözeterek burada ancak suçun temel şeklinin teselsül edebileceğini kabul ederek zincirleme suç hükümlerini TCK'nın 102/5 maddesinin uygulanmasından önce saptanacak olan ceza üzerinden yapılması gerektiğini içtihat etmiştir.⁴⁵⁸ Uygulamada kanun değişikliği sonrası lehe-aleyhe yasa karşılaştırması yaparken bu konu önem arz etmektedir.

Zincirleme suç hükümlerinin bir suç işleme kararıyla aynı mağdura karşı belli aralıklarla birden fazla gerçekleştirilmesi halinde uygulanacağı yukarıda belirtmiştik. Birden fazla fiilin aynı zamanda icra edilmesi yani suçun aralık vermeden birden fazla defa işlenmesi halinde ise zincirleme suç hükümlerinin uygulanamayacağı, bu

⁴⁵⁶ Baytemir, s.82

⁴⁵⁷ Üzülmöz/Koca, s. 306

⁴⁵⁸“..Tüm dosya kapsamından, sanıkların fikir ve eylem birliği içerisinde cebir kullanarak mağdureyi araca bindirdikleri ve ıssız olan olay yerine götürerek araçtan indirdikleri, sanık Mesut'un silah gösterdiği ve sanıkların birlikte mağdureyi darp edip direncini kırdıkları, araca yakın bir yerde sanık Asil ve Mesut'un nitelikli şekilde, sanık Mahmut'un basit şekilde mağdureye cinsel saldırıda buldukları, bu sanıkların bizzat işledikleri eylemlerden ayrı olarak diğerlerinin eylemlerine de 5237 sayılı TCK'nın 37. maddesi anlamında katılmış oldukları, sanık Ramazan'ın da olay yerinde bulunarak diğer sanıklarla birlikte suçun işlenmesi sırasında mağdure üzerinde ortak hakimiyet kurduğu anlaşıldığından, tüm sanıklar haklarında 5237 sayılı TCK'nın 102/2 ve 102/3-a-d maddelerine göre belirlenecek cezalarında suçun zincirleme olarak işlenmesi nedeniyle aynı Kanunun 43. maddesi uyarınca arttırım uygulanarak bulunacak arttırımın TCK'nın 102/5. maddesi ile belirlenen cezaya ilave edilmesi gerektiği gözetilmeden, ayrı ayrı üç kez cezalandırılmalarına karar verilerek fazla ceza tayini..” (14.CD. 30.10.2014 T. Esas No: 2014/5178, Karar No:2014/11924), Gündüz, s.61

durumda tek suç olacağı ve temel cezada artırım yoluna gidilmesi gerekeceği doktrinde savunulmuştur.⁴⁵⁹

Yargıtayda önceki kararlarında bir mağdura karşı hem anal hem de normal yoldan aynı zamanda cinsel saldırı suçunun işlenmesi halinde, zincirleme suç hükümlerinin uygulanması gerektiğini kabul ederken, daha sonraki kararlarında aralıksız olarak yapılan bu tür hareketlerin tek bir eylem içinde değerlendirilmesi gerektiğini içtihat etmiştir.⁴⁶⁰ Ancak fail cinsel saldırı suçunu işledikten sonra belli süre aralık vermiş daha sonra eylemini yinelemişse bu durumda kastının yenilendiği kabul edilerek zincirleme suç hükümlerinin uygulanacağı kabul edilmiştir.⁴⁶¹

Ceza Genel Kurulu 765 sayılı TCK'nın uygulandığı dönemde failin ortaya çıkan fırsatlardan yararlanmak suretiyle eylemlerini gerçekleştirmesi ve arada uzun zaman bulunması halinde failin aynı suç işleme kastıyla değil de ayrı bir kastla hareket ettiğinin kabul edilmesi gerektiğine dair kararlar vermiştir.⁴⁶² Yargıtayın yeni içtihatları da bu yönde olup failin cinsel saldırı eylemini birden fazla gerçekleştirmesi durumunda kastının yenilenip yenilenmediği somut olayın özellikleri ve aradan geçen zaman ölçütlerine göre değerlendirerek zincirleme suç hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı belirlenmelidir.⁴⁶³

⁴⁵⁹ Artuk/Gökçen/Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.225; Yaşar/Gökcan/Artuç, S, 3260

⁴⁶⁰ “..Mağdurenin aşamalarda verdiği istikrarlı beyanlarından sanığın aynı yerde kısa zaman aralıklarıyla önce anal yoldan hemen sonra vajinal yoldan mağdureyle cinsel ilişkiye girdiğinin anlaşılması karşısında, sanık hakkında bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda bir kişiye karşı aynı suçun birden fazla işlenmesi durumunda uygulanan 5237 sayılı TCK'nın 43/1. maddesinin uygulanma şartları oluşmadığı halde, yazılı şekilde hüküm kurulması suretiyle fazla ceza tayini..” (14.CD. 26.12.2012 T. Esas No: 2011/7748, Karar No:2012/13717), Tuğrul, s.115

⁴⁶¹ Yaşar/Gökcan/Artuç , s. 3260

⁴⁶² “..Bu açıklamalar ışığında somut olay ele alınıp değerlendirildiğinde, sanık aynı suç işleme kararıyla değil, çıkan fırsatlardan yararlanmak suretiyle, aynı mağdura farklı yerlerde iki kez ırza tasaddi suçunu işlemiştir. Ailelerin sanığı, çocuklarının yanlarında görmek istememeleri, suç işleme kararındaki birliği değil, sanığın suç işlemeyi itiyad haline getirmiş bir kişi olduğunu, sanık ve mağdurun komşu ve her an birbirini gören kişiler olmasına karşın, ilk eylemle ikinci eylem arasında geçen ve makul sayılamayacak 7-8 aylık uzunca bir süre sanığın aynı suç işleme kararıyla değil, çıkan fırsatlardan yararlanmak suretiyle suçu işlediğini göstermektedir. Bu itibarla somut olayda, sanığın aynı suç işleme kararıyla eylemleri gerçekleştirmediğini kabul eden Yerel Mahkeme uygulaması isabetli olup, direnme kararının onanmasına karar verilmelidir..”(8.7.2003 tarih 2003/5-189-2003/207 CGK kararı)

⁴⁶³ “..Oluş ve tüm dosya kapsamına göre, mağdurenin üvey babası olan sanıkla aynı evde yaşadığı, sanığın 2013 yılı bahar aylarında mağdureye karşı evde kimsenin olmadığı bir zamanda kanepeye doğru ittirerek eteğini kaldırmaya çalışmak suretiyle basit cinsel istismarda bulunduğu, bu olaydan sonra anneannesinin yanında kalmaya başlayan mağdurenin 14.02.2014 günü annesine yardım etmek amacıyla daha önce de kaldığı eve geldiği, bu sırada annesinin rahatsızlanması üzerine sanık ile ablasının, annesini hastaneye götürmesinin ardından tek başına eve dönen sanığın mağdureye karşı

Zincirleme şekilde işlenen suçlarda suç tarihi teselsülün bittiği tarih olup sanık hakkında yaş indirimi yapılıp yapılmayacağı konusunda sanığın teselsülün bittiği tarihteki yaşı esas alınacaktır.⁴⁶⁴Bunun gibi teselsülün bittiği tarih suç tarihi olacağından uygulama maddesinin de bu suç tarihinde yürürlükte olan yasaya göre belirlenmesi gerekir.⁴⁶⁵

2.5. KOVUŞTURMA, GÖREVLİ MAHKEME, ZAMANAŞIMI VE YAPTIRIM

2.5.1. Soruşturma ve Kovuşturma

5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 102. maddesinin 1. fıkrası ile 2.fıkrasının ikinci cümlesinde yazılı hallerde cinsel saldırı suçunun işlenmesi halinde soruşturma ve kovuşturmanın yapılması suçtan zarar gören kişinin şikayetine bağlıdır.⁴⁶⁶ Suçun sarkıntılık düzeyinde kalan halinin soruşturma ve kovuşturmasının şikayete tabi olup olmadığı hususunda ise kanunda açık bir düzenleme yoktur. Ancak şikayet şartına tabi olan suçun temel şekline göre daha az haksızlık içeriğine sahip olup bu nedenle daha az cezayı gerektiren sarkıntılık halinin evleviyetle şikayete tabi olduğu sonucuna varmak gerekecektir.⁴⁶⁷

Bu suçun mağduru 18 yaşından büyük olduğu için şikayet hakkını kendisi kullanacaktır.⁴⁶⁸ Şikayete bağlı olan hallerde şikayet süresi TCK'nın 73. maddesi uyarınca zamanaşımı süresini geçirmemek koşulu ile fiilin ve failin kim olduğunun öğrenildiği günden itibaren altı aydır ve bu altı aylık süre zamanaşımı süresi değil hak düşürücü süredir.⁴⁶⁹ Dolayısıyla suçtan zarar gören kişi yetkili makamlara

zorla nitelikli cinsel istismar eyleminde bulunduğu anlaşıldığından, sanığın mağdure ile aynı evde yaşamasına rağmen ilk hadiseden sonra evden ayrılan mağdureye karşı ikinci eylemini yaklaşık onbir ay sonra gerçekleştirdiği, aradan geçen süre nazara alındığında sanığın ikinci suçu ayrı bir suç işleme kararı kapsamında işlemesi nedeniyle eylemlerinin iki ayrı suçu oluşturduğu gözetilerek, 2013 yılı bahar aylarında gerçekleştirdiği çocuğun basit cinsel istismarı ve 14.02.2014 tarihinde gerçekleştirdiği çocuğun nitelikli cinsel **istismarı suçlarından ayrı ayrı cezalandırılması gerekir**ken yazılı şekilde zincirleme olarak çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçundan mahkûmiyetine karar verilmesi.." (14.CD. 03.11.2015 T. Esas No: 2015/6394, Karar No:2015/10068)

⁴⁶⁴ Baytemir, s.83

⁴⁶⁵ Tuğrul, s. 118

⁴⁶⁶ Gündüz, s. 61

⁴⁶⁷ Üzülmöz/Koca, s. 307

⁴⁶⁸ Tuğrul, s.121

⁴⁶⁹ Şişman, s.143

başvurmadıkça soruşturma ve kovuşturma yapılamayacağı gibi suçtan zarar gören kişinin şikayetinden vazgeçmesi davayı düşürecektir.⁴⁷⁰

Şikayete tabi olan suçlar kural olarak uzlaşma hükümlerine tabidir. Cinsel saldırı suçunda da soruşturma ve kovuşturmanın şikayete bağlı olduğu durumlarda 19.12.2006 tarihine kadar işlenen suçlar uzlaşma kapsamındaydı.⁴⁷¹ Ancak 19.12.2006 tarihinde Resmi Gazetede Yayımlanarak yürürlüğe giren 5560 sayılı kanunla yapılan değişiklikle bu suçlar uzlaşma kapsamından çıkarılmıştır.⁴⁷² Bir başka deyişle değişikliğin yapıldığı bu tarihten sonra şikayete tabi olan cinsel saldırı suçlarında 5271 sayılı CMK'nın 253/3. Maddesi gereğince uzlaşma hükümleri uygulanmayacaktır.⁴⁷³ Ancak lehe yasa uygulaması nedeniyle 19.12.2006 tarihine kadar işlenen suçlarda uzlaşma hükümleri uygulanacak ve sonucuna göre işlem yapılacaktır.⁴⁷⁴

Cinsel saldırı suçunun nitelikli hallerinin şikayete mi bağlı olduğu yoksa re'sen mi kovuşturulacağı konusunda da kanunda açık bir düzenleme yoktur. Ancak bu halde suçun soruşturma ve kovuşturmasının şikayete tabi olduğu kanunda açıkça öngörülmediği için soruşturma ve kovuşturmanın resen yapılması gerekecektir.⁴⁷⁵

Soruşturma ve kovuşturması şikayet şartına tabi olan TCK m. 102/1 'deki suçun nitelikli halleri içermesi durumunda nasıl bir uygulama yapılacağı konusunda ise uygulamada duraksamalar yaşanmaktaydı. Bu konuyu Yargıtay Ceza Kurulunun 03/10/2006 tarih ve 2006/5-193- 2006/203 E. K numaralı kararı ile⁴⁷⁶ şeklinde karara

⁴⁷⁰ Baytemir, s.132

⁴⁷¹ İnan, s. 86

⁴⁷² Baytemir, s.133

⁴⁷³ Özbek ve diğerleri, s. 338

⁴⁷⁴ Baytemir, s.133

⁴⁷⁵ Aksoy, s.174

⁴⁷⁶ “..Sanığın, kız kardeşinin ırzına tasaddide bulunmak suçundan cezalandırılmasına karar verilen somut olayda, Özel Daire, Yerel Mahkeme ve Yargıtay C.Başsavcılığı arasında, suçun sübutu hususunda bir uyuşmazlık bulunmamaktadır. Özel Daire çoğunluğu ile Yargıtay C.Başsavcılığı arasındaki hukuki uyuşmazlık; 5237 sayılı TCY.nın 102/1. maddesinde, tasaddi eylemlerini de kapsar şekilde basit hali düzenlenen “cinsel saldırı” suçlarının, soruşturulması ve kovuşturulmasının şikayete tabi olması karşısında, aynı maddenin 3. fıkrasında düzenlenen ve bu suçun nitelikli hallerini oluşturan eylemlerin de şikayete tabi olup olmadığının, buna bağlı olarak da sanık hakkında hangi yasa hükümlerinin uygulanacağına belirlenmesi noktasında toplanmaktadır. Uyuşmazlık konusunda sağlıklı bir hukuki çözüme ulaşılabilmesi için, sanık hakkında uygulanma olanağı bulunan yasa hükümlerinin incelenmesinde yarar bulunmaktadır.

765 sayılı TCY.nın 416. maddesinde; “On beş yaşını bitiren bir kimsenin cebir ve şiddet veya tehdit kullanmak suretiyle ırzına geçen veyahut akıl veya beden hastalığından veya kendi fiilinden başka bir sebepten veya kullandığı hileli vasıtalarla dolaylı fiile mukavemet edemeyecek bir halde bulunan

kimseye karşı bu fiili işleyen kimse yedi seneden aşağı olmamak üzere ağır hapis cezası ile cezalandırılır. Yine bu suretle ırz ve namusa tasaddiyi tazammun eden diğer bir fiil ve harekette bulunursa üç seneden beş seneye kadar hapsolunur.

Reşit olmayan bir kimse ile rızasıyla cinsi münasebette bulunanlar fiil daha ağır cezayı müstelzim bulunmadığı takdirde altı aydan üç seneye kadar hapis cezası ile cezalandırılır.” hükmüne;

417. maddesinde de;“Yukarıdaki maddelerde yazılan fiil ve hareketler birden ziyade kimseler tarafından işlenir veya usulden biri veya veli ve vasi veya mürebbi ve muallimleri ve hizmetkârları veya terbiye ve nezaret veya muhafazaları altına bırakılan veya buna düşer olanların üzerinde hüküm ve nüfuzu olan kimseler tarafından vukubulursa kanunen muayyen ceza yarısı kadar artırılır.” hükmüne yer verilmiştir.

Konu ile ilgili olan 5237 sayılı TCY.nın 102. maddesi ise;

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

(2) Fiilin vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle işlenmesi durumunda, yedi yıldan oniki yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. Bu fiilin eşe karşı işlenmesi hâlinde, soruşturma ve kovuşturmanın yapılması mağdurun şikâyetine bağlıdır.

(3) Suçun;

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

b) Kamu görevinin veya hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle,

c) Üçüncü derece dahil kan veya kayın hısımlığı ilişkisi içinde bulunan bir kişiye karşı,

d) Silâhla veya birden fazla kişi tarafından birlikte,

İşlenmesi hâlinde, yukarıdaki fıkralara göre verilen cezalar yarı oranında artırılır.

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

(5) Suçun sonucunda mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması hâlinde, on yıldan az olmamak üzere hapis cezasına hükmolunur.

(6) Suç sonucu mağdurun bitkisel hayata girmesi veya ölümü hâlinde, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükmolunur.” hükmünü taşımaktadır.

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

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

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

Bu açıklamalar ışığında somut olay ele alınıp değerlendirildiğinde;

Özel Dairenin, sanığın sabit olan, kardeşinin ırzına tasaddi suçunun 5237 sayılı TCY.na göre soruşturulması ve kovuşturulmasının şikâyete tabi olduğuna ve mağdure şikâyetçi olmadığından sanık hakkındaki kamu davasının düşürülmesi gerektiğine yönelik kabulü ve bu gerekçeye dayanarak Yerel Mahkeme hükmünü bozması, yukarıdaki açıklamalar doğrultusunda yasaya aykırıdır. Sanık hakkında, Yerel Mahkemece, 765 ve 5237 sayılı TCYlarının hükümleri karşılaştırılarak, 765 sayılı TCY. hükümlerinin daha lehine olduğunun kabulüyle yapılan uygulama isabetlidir. Bu itibarla Yargıtay C.Başsavcılığı itirazının kabulüne ve Özel Daire bozma kararının kaldırılmasına karar verilmelidir.

bağlamış ve TCK m. 102/1 'deki suçun nitelikli halleri içermesi durumunda resen soruşturmaya başlanacağı içtihatlaştırılmıştır.⁴⁷⁷

Cinsel saldırı suçunun nitelikli şeklinin eşler arasında işlenmesi halinde soruşturma ve kovuşturmanın şikayet şartına bağlı olacağı kanunda açıkça düzenlenmiştir.⁴⁷⁸ Suçun basit halinin eşler arasında işlenmesi halinde ise suçun takibi bakımından bir ayrıma gidilmemiş, genel olarak bu tür fiillerin hepsi bakımından şikayete bağlı takibat yapılacağı düzenlemiştir.⁴⁷⁹ Ancak burada suçun TCK'nın 102/3. Maddesinde belirtilen ve daha ağır cezayı gerektiren halleri söz konusu olduğunda kanunda şikayet şartı bakımından açık bir düzenleme getirilmediği için bu durumda suçun resen takip edilmesi gerekeceği kanaatindeyiz.⁴⁸⁰ Yargıtayın yerleşik içtihatları da bu yöndedir.

Suçun resen takibine başlandıktan sonra şikayet şartına tabi olduğunun anlaşılması durumunda nasıl bir yol izleneceği hususunda ise CMK'nın 158. maddesi bize yol gösterecektir. Bu maddenin son fıkrasında "yürütülen soruşturma sonucunda kovuşturma aşamasına geçildikten sonra suçun şikayete bağlı olduğu anlaşılması halinde mağdur açıkça şikayetten vazgeçmediği takdirde yargılamaya devam olunur" denilmektedir. Bu maddeye göre TCK m.102/2'den açılan bir davanın TCK m.102/1 kapsamında olduğu anlaşılması halinde, mağdur açıkça şikayetinden vazgeçmedikçe davaya devam olunacak ve TCK m. 102/1 hükmü uyarınca hüküm kurulabilecektir.⁴⁸¹

Çoğunluk görüşüne katılmayan üç Kurul Üyesi ise, "5237 sayılı TCY'nın 102/1. maddesinde düzenlenen cinsel saldırı suçunun basit halinin şikayete tabi olduğu nazara alındığında, aynı maddenin 3. fıkrasında düzenlenen suçun nitelikli hallerinde ceza artırımı öngörülmesi karşısında, birinci ve üçüncü fıkra kapsamında kalan bir eylemin soruşturulması ve kovuşturulmasının da şikayete tabi olacağı, Özel Daire bozma kararının isabetli bulunduğu; bu nedenle; Yargıtay C.Başsavcılığı itirazının reddine karar verilmesi gerektiği" görüşüyle karşı oy kullanmışlardır.

1-Yargıtay C.Başsavcılığı itirazının KABULÜNE,

2-Sanık Adil Kılıç hakkındaki Yargıtay 5. Ceza Dairesinin 01.05.2006 gün ve 2760-3709 sayılı, onama kararı dışında kalan bozma kararının KALDIRILMASINA,

3-Yargıtay 5. Ceza Dairesinin onama kararının dışında kalan ve sanık Adil Kılıç hakkında, kız kardeşi mağdure Gülcan'a ırza tasaddi suçundan Tarsus Ağır Ceza Mahkemesince 20.10.2005 gün ve 255-252 sayı ile verilen hükmün dahi ONANMASINA,"

⁴⁷⁷ Tuğrul, s.121

⁴⁷⁸ Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 3262

⁴⁷⁹ İnan, s. 89

⁴⁸⁰ Şişman, s.144

⁴⁸¹ İnan, s. 89

TCK'nın73/6. Maddesinde ise şikayetten vazgeçmenin sanığın kabulüne bağlı olduğu, bu nedenle sanığın vazgeçmeyi kabul etmemesi halinde sanığı etkilemeyeceği hükmü yer almaktadır. Bir başka deyişle sanık mağdurun şikayetinden vazgeçmesini kabul etmediği takdirde mahkeme yargılamaya devam ederek yargılamayı karara bağlayacaktır.⁴⁸²

2.5.2. Yaptırım

TCK'nın 102. maddesinin 1.fıkranın 1.cümlesi kapsamındaki cinsel saldırı suçunun temel şeklinin yaptırımı 5 yıldan 10 yıla kadar, 2.cümle kapsamında bulunan yani sarkıntılık düzeyinde kalan cinsel saldırı suçunun cezası ise 2 yıldan 5 yıla kadar hapis cezasıdır. TCK'nın 102. maddesinin 2. Fıkrası kapsamındaki nitelikli cinsel saldırı suçunun temel şeklinin yaptırımı ise 12 yıldan az olmamak üzere hapis cezası olarak belirlenmiştir. 2. Fıkra cezanın üst sınırı açık bırakılmış olup TCK'nın 49. Maddesine göre buradaki hapis cezasının en üst haddi 20 yıl olacaktır.⁴⁸³ Ancak burada temel ceza üzerinden zincirleme suç hükümleri gereğince artırım yapıldığı hallerde sonuç cezanın 20 yılı aşması mümkün olup bu durumda sonuç cezanın TCK'nın 61/7.maddesine göre 30 yıla indirilmesi gerektiğinin gözden uzak tutulmaması gerekir.⁴⁸⁴

Suçun 3. Fıkra belirtilen şekillerde işlenmesi halinde ise belirlenecek olan temel ceza yarı oranında artırılacaktır. Burada kanun koyucu hakime takdir yetkisi tanımamış, maktu bir artırım oranı belirlemiştir.⁴⁸⁵ TCK'nın 102. maddenin 3. fıkrasında düzenlenen birden fazla ağırlaştırıcı neden somut olayda gerçekleşmiş olsa bile bu fıkra gereğince artırım sadece bir kez yapılabilecek olup bu durumda hakkaniyet temel cezanın alt sınırından uzaklaşarak belirlenmesi ile sağlanabilecektir.⁴⁸⁶

Cinsel saldırı suçunun işlenmesi sırasında mağdurun direncinin kırılmasını sağlayacak ölçünün ötesinde başvuru olan cebir ve şiddetin kasten yaralama suçunun

⁴⁸² Baytemir, s.132

⁴⁸³ Baytemir, s.134

⁴⁸⁴ Gündüz, s.62

⁴⁸⁵ İnan, s. 83

⁴⁸⁶ Gündüz, s.62

ağır neticelerine neden olması hâlinde, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanacaktır. Bir başka deyişle her iki suç ayrı ayrı infaz edilecektir.⁴⁸⁷

TCK'nın 102/5. Maddesine göre de cinsel saldırı sonucunda mağdurun bitkisel hayata girmesi veya ölümü halinde fail ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası ile cezalandırılacaktır.

6545 Sayılı Kanunla değişik 102.maddesinde cinsel saldırı sonucunda mağdurun beden veya ruh sağlığında bozulma olması haline yer verilmemiş ise de bu hükmün lehe yasa değerlendirilmesi açısından uygulanması gerekeceğinden bu halin gerçekleşmiş olması halinde sonuç cezanın nasıl tespit edileceği sorununa da değinmek gerekir⁴⁸⁸

Cinsel saldırı sonucunda mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması durumu değişiklik öncesi TCK'nın 102/5. Maddesinde düzenlenmişti. Öncelikle bu maddenin nitelikli bir hal olmayıp ağırlaştırıcı bir hal niteliğinde olduğunu belirtmek isteriz⁴⁸⁹Burada temel ceza 102/1, 2. Maddeleri uyarınca belirlenecek, daha sonra 3. fıkradaki nedenler var ise, bu fıkra uyarınca artırım yapılacak, eğer 5 fıkra da söz konusu ise, bu fıkra uygulanarak verilecek ceza 10 yıldan az olamayacaktır.⁴⁹⁰ Yargıtay da 28/06/2014 tarihinde 6545 sayılı yasayla yapılan değişiklik öncesi TCK'nın 102/5. Maddesi gereğince doğrudan hüküm kurulamayacağını içtihat edinmiştir.⁴⁹¹ Mağdura karşı gerçekleştirilen cinsel saldırı suçunda ağırlaştırıcı nedenlerin uygulanması sonucu cezanın 10 yılın üzerinde kalması halinde TCK'nın 102/5. Maddesi gereğince bu ceza üzerinden artırımın nasıl yapılacağı konusunda uygulamada tartışmalara neden olmuştur. Bu halde ceza zaten 10 yılı aşmıştır diyerek ayrıca 102/5. Maddesinden artırım yapmamak hakkaniyete uygun olmayacak olup bu durumda da belirlenen ceza üzerinden bir miktar artırım yapmak adalet ilkelerine daha uygun düşecektir.⁴⁹²

⁴⁸⁷ Artuk/Gökcan/Yenidünya, Türk Ceza Kanunu şerhi, s. 3652

⁴⁸⁸ Baytemir, s.134

⁴⁸⁹ Yaşar/Gökcan/Artuç , s. 3261

⁴⁹⁰ Yaşar/Gökcan/Artuç , s. 3261

⁴⁹¹ Tuğrul, s. 120

⁴⁹² “..Suçun sonucunda mağdurenin ruh sağlığının bozulmasından dolayı neticenin ağırlığına göre cezanın, TCK'nın 49/1 ve 102/5. maddeleri gereğince 20 yıla kadar artırılmasının olanaklı bulunduğu nazara alınarak, anılan kanun maddeleri uyarınca hakkaniyet kuralları gözetilerek uygun bir ceza

Sanığa cinsel saldırı suçundan hapis cezası verilmesi halinde, bu mahkumiyetin bir sonucu olarak sanığın TCK'nın 53. maddesindeki hakları kullanmaktan yasaklanmasına da karar verilecektir.⁴⁹³ 53. madde uyarınca hak yoksunluğuna hükmedilmemiş olması bu hak yoksunluklarının hapis cezasının doğal sonucu olması nedeniyle kazanılmış hak oluşturmuyacak, hak yoksunluğuna her zaman karar verilebilecektir.⁴⁹⁴

6545 sayılı Kanunun 82. maddesi ile 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkındaki Kanunun 108.maddesine eklenen 9. fıkra hükmü cinsel saldırı suçu nedeniyle ağırlaştırılmış müebbet veya müebbet hapis cezası almış olanlar hakkında koşullu salıverme hükümleri uygulanacak ve ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası almış olanlar 39 yıl, müebbet hapis cezasını alanlar ise 33 yıl cezaevinde kalmak koşuluyla koşullu salıvermeye hak kazanacaklardır.⁴⁹⁵

Yine 5275 sayılı Kanunun 108/9. fıkrası hükmüne göre TCK'nın 102. Maddesinin 2. fıkrasında düzenlenen nitelikli cinsel saldırı suçundan mahkum olan sanık hakkında, cezanın infazı sırasında veya koşullu salıverilmeleri durumunda denetim süresi içerisinde İnfaz Hakimi kararıyla mezkur maddede sayılan tedavi tedbirleri veya yükümlülüklerden bir veya bir kaçının uygulanması zorunludur.⁴⁹⁶

2.5.3. Görevli-Yetkili Mahkeme

5235 Sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri İle Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'un 11. maddesine göre; "Kanunların ayrıca görevli kıldığı hâller saklı kalmak üzere, sulh ceza (sulh ceza hâkimliği ve ağır ceza mahkemelerinin görevleri dışında kalan dava ve işlere asliye ceza mahkemelerince bakılır. Aynı kanunun 12. maddesine göre; "kanunların ayrıca görevli kıldığı hâller saklı kalmak üzere, Türk Ceza Kanununda yer alan yağma (m. 148), irtikâp (m. 250/1 ve 2), resmî belgede sahtecilik (m. 204/2), nitelikli dolandırıcılık (m. 158), hileli iflâs (m. 161) suçları, Türk Ceza Kanununun İkinci Kitap Dördüncü Kısımının Dört, Beş, Altı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlar

tayini gerektiği halde, 102/5. maddenin uygulama dışı bırakılması.." (14.CD. 20.05.2015 T. Esas No: 2015/910, Karar No:2015/6591), İnan, s. 84

⁴⁹³ Baytemir, s.134

⁴⁹⁴ İnan, s. 84

⁴⁹⁵ Gündüz, s.62

⁴⁹⁶ Gündüz, s.63

(318, 319, 324, 325 ve 332 nci maddeler hariç) ve 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununun kapsamına giren suçlar dolayısıyla açılan davalar ile ağırlaştırılmış müebbet hapis, müebbet hapis ve on yıldan fazla hapis cezalarını gerektiren suçlarla ilgili dava ve işlere bakmakla ağır ceza mahkemeleri görevlidir. Anayasa Mahkemesi ve Yargıtayın yargılayacağı kişilere ilişkin hükümler, askerî mahkemelerin görevlerine ilişkin hükümler ile çocuklara özgü kovuşturma hükümleri saklıdır. Aynı kanunun 14. Maddesinde ise "Mahkemelerin görevlerinin belirlenmesinde ağırlaştırıcı veya hafifletici nedenler gözetilmeksizin kanunda yer alan suçun cezasının üst sınırı göz önünde bulundurulur hükmü yer almaktadır.

Cinsel saldırı suçunun temel şeklinin düzenlendiği 102. maddenin 1. Fıkrasında 102/1- 1. Fıkradaki suçun yaptırımını beş yıldan on yıla kadar hapis, 102. maddenin 1. Fıkrasında 102/1- 2. fıkradaki suçun yaptırımını ise iki yıldan beş yıla kadar hapis cezasıdır.

Bu açıklamalar ışığında, TCK'nın 102. Maddesinin 1. Fıkrasında yazılı suçlar dolayısıyla açılan davalara bakma görevi Asliye Ceza mahkemesine, TCK'nın 102. Maddesinin 2. Fıkrası ve 5. Fıkrasında düzenlenen suçlar açısından yargılama yapma görevi ise Ağır Ceza Mahkemesine aittir.⁴⁹⁷ Cinsel saldırı suçunun failinin çocuk olması halinde ise Çocuk Koruma Kanununa göre asliye ceza mahkemeleri yerine Çocuk Mahkemeleri, ağır ceza mahkemeleri yerine Çocuk Ağır Ceza mahkemesi görevli olacaktır.⁴⁹⁸

Asker şahısların bu tür suçlarından dolayı Askeri Mahkemelerde yargılanmalarının dayanağı olan maddenin 26.05.2000 tarihinde 4551 sayılı yasa ile yürürlükten kaldırılması ile asker şahıslar hakkında bu suçlardan açılan davalara adli yargı mahkemelerinde bakılacaktır.⁴⁹⁹

Cinsel saldırı suçlarıyla ilgili yetkili mahkeme ise CMK'nın 12. maddesi gereğince cinsel saldırı suçunun işlendiği yer mahkemesidir. Ancak bu suç çoğunlukla hürriyetinden yoksun kılma suçuyla birlikte işlendiği ve kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu kesintisiz ve temadi eden bir suç olduğu için

⁴⁹⁷ Gündüz, s.61

⁴⁹⁸ Şişman, s.148

⁴⁹⁹ Tuğrul, s.122

öğretide ve uygulamada kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundaki temadinin sona erdiği yer mahkemesinin yetkili mahkeme olacağı savunulmaktadır.⁵⁰⁰

2.5.4. Zamanaşımı

Bu suçlarda dava zanaşımı süreleri TCK 102/5. fıkranın uygulandığı halde TCK 66/1-a bendi uyarınca otuz yıl, TCK 102/1- 1. Cümle ve 2. fıkralarının uygulandığı veya bunlara ilaveten 102/3. fıkradaki nitelikli hallerin bulunduğu durumlarda ise TCK 66/1-d bendi uyarınca onbeş yıl, TCK 102/1-2. Cümle fıkrasının uygulandığı hallerde ise TCK 66/1-e bendi uyarınca sekiz yıldır.⁵⁰¹ Failin yaşının küçük olması halinde ise zanaşımı belirlenirken 66. Maddenin 2. Fıkrasındaki indirilmiş oranlarda süreler uygulanır. Ayrıca zanaşımı süreleri belirlenirken TCK'nın 66/3. Maddesindeki açık düzenleme gereğince suçun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli halleri de göz önünde bulundurulacaktır.⁵⁰²

⁵⁰⁰“Sanıklar Turgay Öztürk, Zeliha Öztürk, Selma Öztürk, Ayhan Öztürk hakkında Mağdur Tuğba Öztürk'e yönelik çocuğun basit cinsel istismarı, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçlarından cezalandırılmaları istemiyle Niğde Ağır Ceza Mahkemesine açılan davadan ötürü Niğde Ağır Ceza Mahkemesince suç yeri itibariyle Ankara Ağır Ceza Mahkemesinin yetkili olduğu gerekçesiyle yetkisizlik kararı verilmiş ise de kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun temadi eden suçlardan olup, temadinin sanığın yakalandığı Niğde yargı hudutları içerisinde son bulunduğu, bu durumda davaya bakmakla Niğde Ağır Ceza Mahkemesinin yetkili ve görevli olacağı anlaşılmakla mahkememizin Yetkisizliğine karar vermek gerekmiştir.” Ankara 8. Ağır Ceza Mahkemesinin 2014/135 Esas, 2014/44 Kararı ve bu karar sonucu doğan uyuşmazlıkta Yargıtay 5. CD'nin. 13.10.2014 T. Esas No: 2014/8654, Karar No:2014/9571 sayılı kararı : “Çocuğun basit cinsel istismarı ve kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçlarından sanık Turgay Öztürk ve suç ortaklarının yapılan yargılanmaları sırasında; Niğde Ağır Ceza Mahkemesiyle Ankara 8. Ağır Ceza Mahkemesi arasında oluşan olumsuz yetki uyuşmazlığının giderilmesi ve yargı yerinin belirlenmesi istemiyle gönderilen dosya Yargıtay C.Başsavcılığından tebliğname ile daireye verilmekle incelenerek gereği düşünöldü: İncelenen dosya içeriğine, sanıkların üzerine atılan suçların niteliğine, iddianamede olayın anlatılış biçimine ve Ankara 8. Ağır Ceza Mahkemesi kararındaki gerekçeye göre, yerinde görölmeyen Niğde Ağır Ceza Mahkemesinin 20/11/2013 gün ve 2013/343 E. 2013/181 K. sayılı YETKİSİZLİK kararının KALDIRILMASINA,..”

⁵⁰¹ İnan, s. 92

⁵⁰² Baytemir, s. 137

SONUÇ

Mağdur ve ailesinin nezdinde olduğu kadar toplum vicdanında da derin izler bırakan cinsel saldırı suçu özellikle ceza adaletinin tam olarak sağlanması bakımından önemli yasal değişikliklere uğramıştır. 765 sayılı TCK'da "Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler" başlığı altında düzenlenen cinsel suçlar, 5237 sayılı TCK'da "Kişilere Karşı Suçlar başlığı altında "Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar" bölümünde düzenlenmiş ve çağdaş ceza hukuku normları çerçevesinde köklü değişikliklere uğramıştır. Failin mağdur ile suç sonrası evlenmesi halinde cezadan kurtulabilmesine imkan sağlayan ve yine vicdanlara sığmayacak şekilde kadın-kız ayrımı, evli-bekar kadın ayrımı yapan ve dolayısıyla kanun önünde herkesin eşit olduğuna yönelik temel hukuk ilkesini ihlal eden ilkel düzenlemeler 5237 sayılı TCK ile ilga edilmiştir. 5237 sayılı TCK'daki bu yeni düzenlemelerin uygulamaya yansıyan sorunlarının çözümü için de 6545 sayılı kanunla kanaatimizce ceza adaleti ve hukuk güvenliğinin sağlanması yolunda doktrindeki tartışmalara yanıt verecek şekilde önemli adımlar atılmış ve yerinde değişiklikler yapılmıştır.

TCK'nın 102. Maddesinde "vücut dokunulmazlığının ihlali" ifadesine yer verilmesi nedeniyle mağdurun vücuduna temas olmaksızın cinsel saldırı suçunun işlenmesi mümkün değildir. Yani sözle gerçekleştirilen davranışlar ve mağdura cinsel organın gösterilmesi eyleminde olduğu gibi mağdurun vücuduna temas olmaksızın gerçekleştirilen eylemler cinsel taciz suçunu oluşturacaktır. Cinsel saldırı suçunun temel şeklinin oluşabilmesi ise yalnızca vücut dokunulmazlığının ihlaline değil, bu ihlalin bir süre devam etmesine bağlıdır. Ani nitelikte, devamı bulunmayan, kısa süreli ihlallerin ise sarkıntılık suçuna vücut vereceği kabul edilmektedir. Ancak uygulamada ve doktrinde hangi davranışların sarkıntılık suretiyle cinsel saldırı hangi davranışların ise suçun temel şeklini oluşturacağı yönünde fikir birliği sağlanamamıştır. Bu durumda ceza güvenliği ve kanunilik ilkeleriyle çeliştiği açıktır. Dolayısıyla kanun koyucunun ilgili maddeyi bu iki suç arasındaki farkları

belirginleştirecek, uygulamayı keyfiliğe bırakmayacak ve farklı uygulamalara sebebiyet vermeyecek şekilde ceza güvenliği ve kanunilik ilkesine uygun olarak yeniden düzenlemesinin yerinde olacağı kanaatindeyiz.

TCK'nın 102. Maddesindeki cinsel davranışlar; basit cinsel saldırı (temel şekil) nitelikli cinsel saldırı ve sarkıntılık olmak üzere üç biçimde ortaya çıkmaktadır.

Suçun temel şeklinin kasten işlenebileceği hususunda sorun bulunmasa da nitelikli hali bakımından özel kastın aranmasının gerekip gerekmediğine ilişkin farklı görüşler bulunmaktadır. Ve bu farklı görüşlere maddenin gerekçesinin yol açtığı söylenebilir. Şöyle ki madde gerekçesinde suçun temel şekli bakımından gerçekleştirilen davranışların cinsel arzuları tatmine yönelik olması aranırken, nitelikli şeklinde ise gerçekleştirilen davranışların cinsel arzuları tatmine yönelik olmasının şart olmadığı açıkça belirtilmiştir. Oysaki madde gerekçesi kanun hükmüne dahil olmayıp gerekçe ile kanununu daraltmak veya genişletmek de mümkün değildir. Bu haliyle suçun oluşması için yapılacak yorum uygulamaya ve öğretiyeye bırakılmış olacaktır ki bu durumda hukukun temel ilkelerinden olan kanunilik ilkesine aykırılık teşkil etmektedir. Dolayısıyla suç tanımının maddenin gerekçesi de gözetilerek yeniden ve daha isabetli şekilde kaleme alınması yerinde olacaktır.

Mağdurun rızasının bulunması halinde cinsel saldırı suçu oluşmayacaktır. Ancak rızanın hukuka uygunluk nedeni sayılabilmesi mağdurun rıza gösterme ehliyetine sahip olmasına bağlıdır. Failin mağdurun rıza ehliyetinin bulunmadığını bilmediğini iddia ettiği durumlarda TCK'nın 30/3 maddesi anlamında kaçınılmaz hataya düşüp düşmediğine bakılacak ve fail duruma göre bu hatasından yararlanacaktır.

TCK'nın 102/3. Maddesinde suçun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli halleri düzenlenmiştir. 6545 sayılı kanunla bu hallere ek olarak, vesayet ilişkisinin sağladığı nüfuzun kötüye kullanılması, suçun üvey baba, üvey ana, üvey kardeş, evlat edinen veya evlatlık tarafından işlenmesi, insanların toplu olarak bir arada yaşama zorunluluğunda bulunduğu ortamların sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle işlenmesi de nitelikli haller arasına alınmıştır.

Yine cinsel saldırı sonucunda mağdurun bitkisel hayata girmesi veya ölmesi suçun neticesi sebebiyle ağırlaştırılması gereken hali olarak kabul edilmiş, suç sonucunda mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması hali ise bu kavramın cezada önemli bir artırıma neden olmasına rağmen muğlak olması ve bu haliyle gerek Anayasa'nın 10. Maddesindeki eşitlik gerekse 38. Maddesindeki suçta ve cezada kanunilik ilkelerine aykırı bulunması ayrıca davaların sonuçlanmasını uzatarak adil yargılanma ilkesini de ihlal etmesi nedeniyle 6545 sayılı kanunun yürürlüğe girmesiyle yerinde bir düşünceyle ilga edilmiştir.

TCK'nın 102/4. Maddesi de 6545 sayılı kanunla değişikliğe uğramış ve madde de cinsel saldırı suçu için başvuru cebir veya şiddetin kasten yaralama suçunun ağır neticelerine sebep olması halinde failin ayrıca kasten yaralama hükümleri uyarınca cezalandırılacağı belirtilmiştir. 6545 sayılı yasanın yürürlüğe girmesinden önce ise suçun işlenmesi sırasında mağdurun direncinin kırılmasını sağlayacak ölçünün ötesinde cebir kullanılması durumunda failin ayrıca kasten yaralama suçundan da sorumlu tutulacağı şeklinde bir düzenleme bulunmaktaydı. "Mağdurun direncinin kırılmasını sağlayacak ölçünün ötesinde cebir" kavramından ne anlaşılması gerektiği konusu ise uygulamada ve doktrinde tartışmalara yol açmıştır. Suçta ve cezada kanunilik ilkesine açıkça aykırı olan bu muğlak hüküm subjektif yorumlamalara yol açmakta ve farklı uygulamalara yol açarak eşitlik ilkesini de zedelemekteydi. Kanaatimizce 6545 sayılı yasa ile tartışmalara yol açan bu düzenleme uygulamadaki sorunları çözecek şekilde yeniden düzenlenmiştir.

Yine düzenlemenin birçok tartışmaya sebebiyet veren yönü suçun nitelikli hali için ayrı bir yaptırım fıkrası düzenlenmiş olmasıdır. Bu yönüyle nitelikli cinsel saldırı suçunun bağımsız bir suç tipi olup olmadığı yönünde tartışmalar vücut bulmuştur. Bu tartışmada kendisini en çok nitelikli cinsel saldırı suçuna teşebbüsün mümkün olup olmadığı konusunda göstermiştir. Kanaatimizce TCK'nın 102/1 ve 102/2. Maddeleri suçun basit ve nitelikli halleri olarak sınıflandırılmış iseler de her biri için ayrı yaptırım öngörülmüş olması nedeniyle, suçun basit haline olduğu gibi nitelikli haline de teşebbüs mümkündür. Keza suçun nitelikli halinin failin elinde olmayan nedenlerle tamamlanamaması halinde basit halinin uygulanacağına dair yasada bir düzenleme bulunmamaktadır. Yine de tartışmalara yol açan bu durumun

da kanun koyucu tarafından netliğe kavuşturulması ceza adaletinin tam olarak sağlanması bakımından yerinde olacaktır.

Cinsel saldırı suçunda suça azmettirme ve yardım etme biçimindeki iştirakin her şekli mümkündür. Ayrıca suçun müşterek faillerce iştirak halinde işlenmesi TCK'nın 102/3-d maddesinde nitelikli hal olarak öngörülmüştür.

TCK'nın 102/1 maddesi dolayısıyla açılana davalara bakma görevi Asliye Ceza mahkemesine 102/2 ve 102/5 maddelerinde düzenlenen suçlara bakma görevi ise Ağır Ceza Mahkemesine aittir.

Sonuç olarak, kanun koyucunun cinsel saldırı suçlarına ilişkin mevcut düzenlemeleri çağdaş ceza hukuku ilkelerini gözeterek tekrar ele aldığını ve düzenlemelerin içinde barındırdığı eksiklik ve uygulama sorunlarını çözümlenmeye çalıştığını gözlemlemekteyiz. Umuyoruz ki cinsel kimlik eşitliği, ceza güvenliği gibi hukukun temel ilkeleri gözetilerek mevcut sorunlar da en kısa zamanda çözüme kavuşturulacak ve hukukun toplum üzerindeki sağaltıcı ve ilerletici etkisi ataerkil yapıyı benimseyen dimağlarda kadının cinsel özgürlüğüne karşı duyulan saygıyı olması gereken düzeye taşıyacaktır.

KAYNAKÇA

- Akbulut, İ. (2003). İslam hukukunda suçlar ve cezalar, AÜHF Dergisi, Yıl 2003 C:52, S:1.
- Aksoy, Ö. S. (2010). Cinsel Saldırı Suçu, (Yayımlanmış yüksek lisans tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul.
- Arslantürk, M. (2014). Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar, 1. Baskı, Seçkin yayınları, Ankara.
- Artuç, M. (2008). Kişilere Karşı Suçlar, Adalet Yayınevi, Ankara.
- Artuk M.E.,Gökçen A., Yenidünya A. C. (2014). Ceza Hukuku Özel Hükümler, 14. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara.
- Artuk, M.E.,Gökçen, A., Yenidünya A.C. (2014). Türk Ceza Kanunu Şerhi, Cilt III., 2. Baskı Adalet Yayınevi, Ankara.
- Avcı, M. (2004), Osmanlı Hukukunda Suçlar ve Cezalar, Gökkuşbu Yayınları, İstanbul.
- Aydın, M. (2009). Ceza Hukukunda Cinsel İstismara Bağlı Olarak Beden ve Ruh Sağlığının Bozulması Kavramı, Terazi Hukuk Dergisi, Aralık.
- Aydın, M.A. (2012). Türk Hukuk Tarihi, Beta yayınları, 10. Baskı. İstanbul,
- Baytemir, E. (2014). Cinsel Dokunulmazlığa ve Genel Ahlaka Karşı Suçlar, Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, Ankara.
- Can, C. (2002). Toplumsal İnsanın Evrensel Doğası ve Cinsel Suçlar, Seçkin Yayınevi, Ankara.
- Centel, N. (2013). Ceza Hukukunda Kadının Şiddete Karşı Korunması, XII Levha yayınları, İstanbul.
- Centel, N. “ 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda cinsel saldırı suçu ve cinsel suçlar değişikliği tasarısının değerlendirilmesi”
<http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2012-99-1160>
- Cin, H. ve Akyılmaz, G. (2008). Türk hukuk tarihi, Seçkin Yayınları, Konya.
- Çalışkan, S. (2013). Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar ve Cinsel Amaçlı Hürriyetten Yoksun Kılma, 1. Baskı, Adalet yayınevi, Ankara.

- Değirmenci, O. (2010). Uluslararası Suç Olarak Kadına Karşı Cinsel Şiddet Eylemleri, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı:89.
- Demirbaş, T. (2002). Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara.
- Dönmezer, S. (2008). “Cinsel ve Cinselliğe İlişkin Suçlarda Yeni Trendler, Türk Ceza Kanunu ve Türk Ceza Kanunu Tasarısı”, in. Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer Armağanı, Cilt I, Ankara.
- Ekici Şahin, M. (2012). Ceza Hukukunda Rıza, XII Levha Yayınları, 1. Baskı, İstanbul.
- Elmas, F. (2010). Cinsel suç mağdurlarının Adli Tıp Kurumuna Sevkinin Gerektiren Haller ve Cinsel Suçlarda Beden veya Ruh sağlığının Bozulması Kavramı, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Sayı: 44
- Erem, F. (1973). Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Cilt I, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 10. Baskı, Ankara.
- Erem, F., Toroslu, N. (1975). Türk Ceza Hukuku Özel Hukuku, Ankara üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara.
- Erol, A. (2009). Cinsel İstismar ve Saldırı Suçlarına İlişkin Sorunlar-Eleştiri ve Öneriler, Ruh Sağlığının Bozulması Kavramı. Erişim Tarihi:28.06.2016 http://www.turkhukuksitesi.com/makale_1131.htm
- Gerçeker, H. (2008). Türk Ceza Kanunu, Cilt II, 2. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara.
- Gültaş V., Gündüz R. (2008). 5237 Sayılı TCK'da Cinsel Suçlar, Bilge Yayınevi, Ankara.
- Gündel, A. (2009). 5337 Sayılı TCK'da Cinsel saldırı- Cinsel İstismar-Cinsel Taciz-Rızaen Irza Geçme-Hürriyeti Kısıtlama-Alıkoyma-Fuhuş-Müstehcen Yayın Suçları, Seçkin Yayınları, Ankara.
- Gündüz, R., (2015). Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, Bilge Yayınevi, Ankara.
- Hafizoğulları, Z., Özen, M. (2013). Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar, US-A yayınları, 3. Baskı, Ankara
- Hakeri, H. (2013). Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, 16. Baskı, Ankara,
- İçel, K., Evik, A.H. (2007). İçel Ceza Hukuku Genel Hükümler II, 4. Baskı, Beta Yayınları. İstanbul.
- İçel, K., Akıncı, F., Özgenç,İ., Sözüer, A., Mahmutoğlu, F.S., Ünver, Y. (2000). İçel Suç Teorisi, 2.Kitap, İstanbul,.
- İnan, O. (2012). Türk Ceza Kanununda Cinsel Saldırı Suçu, (Yayımlanmış yüksek lisans tezi) Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, Ankara.

- Keskin Kızıroğlu, S. (2008). “Yeni Türk Ceza Kanununda Kadına İlişkin Düzenlemeler ve Cinsel suçlar”, Ord. Prof. Sulhi Dönmezer Armağanı, Cilt II., Ankara.
- Kılıç, A. (2008). Cinsel Hakimiyet ve Türk Ceza Kanununda Cinsel Saldırı Suçu. TBB Dergisi, sayı 78.
- Koca, M. (2013). 6545 sayılı kanunla yapılan değişiklikler çerçevesinde cinsel dokunulmazlığa karşı suçların değerlendirilmesi, Adalet Yayınevi, Ankara.
- Koç Z. (2009). Alman Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı İşlenen Suçlar Alanında Son Gelişmeler, Adalet Dergisi, Eylül 2009, sayı:35.
- Malkoç, İ. (2001). Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler, Turhan Kitabevi, Ankara.
- Malkoç, İ. (2005). Yeni Türk Ceza Kanununda Cinsel Saldırı Suçları, Malkoç Kitabevi, Ankara.
- Malkoç, İ. (2009). Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar, Malkoç Kitabevi.
- Malkoç, İ. (2013). Açıklamalı İçtihatlı 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, Cilt II, 4.baskı. Ankara.
- Meran, N. (2008). Kişilere Karşı Suçlar, 2. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara.
- Metiner, H ve Koç, E. A. (2008).5237 sayılı Türk Ceza Kanunu Genel Hükümleri, 1. Baskı, Ankara.
- Özbek, V. D. (2014). Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 7. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara.
- Özbek, V., Kanbur, M.N., Doğan, K., Bacaksız, P., Tepe, İ. (2013), Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınevi, 4. Baskı, Ankara.
- Özgenç, İ. (2005). Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi Genel Hükümler, 1. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara.
- Parlar, A. ve Banko M. (2014). Cinsel Suçlar, Adalet Yayınevi, Ankara.
- Parlar, A., Hatipoğlu M. (2010). 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu, Cilt II, Seçkin Yayınları, Ankara.
- Parlar, A., Hatipoğlu M. (2010). Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Nedenler, Seçkin Yayınları, 2. Baskı, Ankara.
- Sancar Yalçın, T. (2013). Türk Ceza Hukukunda Kadın, Seçkin Yayınları, Ankara
- Sevük Yokuş, H. (2005). 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Saldırı ve Cinsel Taciz Suçları, TBB Dergisi, S: 57

- Soyaslan, D. (2014). Ceza Hukuku Özel Hükümler, 10. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara.
- Şişman, S. (2010). Cinsel Saldırı Suçu, (Yayımlanmış yüksek lisans tezi), Selçuk Üniversitesi Yüksek Lisans Tezi, Konya.
- Taner F. G. (2013). Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, Seçkin Yayınları. Ankara.
- Taneri, G. (2014), Cinsel Suçlar, Bilge Yayınevi, 1. Baskı, Ankara.
- Tezcan, D., Erdem, M.R., Önok, R. M. (2010). Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Seçkin Yayınları, 7. Baskı, Ankara.
- Tezcan.D, ErdemM.R.,Önok, R,M. (2014). Teorik ve pratik Ceza Özel Hukuku Seçkin yayınları, 11. Baskı, Ankara.
- Toroslu, N. (2012). Ceza Hukuku Genel Kısım, Savaş Yayınevi, 17. Baskı, Ankara
- Tuğrul, A. C. (2013), Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar ve Ensest ilişkiler, Adalet Yayınevi, Ankara.
- Udeh A. (2012). Mukayeseli İslam Ceza hukuku, Cilt II., Kayıhan Yayınları,
- Üzülmez, İ., Koca M., (2015). Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, , 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara.
- Yaşar, O.,Gökcan, H. T., Artuç M. (2010). Türk Ceza Kanunu, Cilt III, Adalet Yayınevi, Ankara.
- Yenidünya, C. “5237 sayılı Türk Ceza Kanununda Cinsel dokunulmazlığa Karşı Suçlar”, Legal Hukuk Dergisi, sayı:33, Eylül 2005.
- <http://t24.com.tr/haber/cinsel-saldiri-suclari-son-bes-yilda-yuzde-30-artti,237786>
Erişim Tarihi: 28/07/2016
- <http://www.yenidonem.com.tr/haber/turkiye/2015-yilinin-igrenc-istatistigi-taciz-ve-tecavuze-ugrayan-kadin-sayisi/17952.html> Erişim Tarihi: 28/07/2016

ÖZGEÇMİŞ

KİŞİSEL BİLGİLER

Soyisim, İsim: Didem Uyar

Uyruğu: T.C.

Doğum Tarihi ve Yeri: 20/06/1986, Eskişehir

Medeni Hali: Bekar

E-posta: didemuyar86@hotmail.com

EĞİTİM

Derece	Kurum	Mezuniyet Yılı
Lisans	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi	2008
Lise	Kılıçoğlu Anadolu Lisesi	2004

İŞ DENEYİMİ

Yıl	Yer	Pozisyon
2009-2012	Ankara ve Eskişehir Adalet Sarayı	Cumhuriyet Savcısı Adayı
2012-2014	Akkuş/Ordu Adliyesi	Cumhuriyet Savcısı
2014-2015	Erciş/Van Adliyesi	Hakim
2015- Halen	Yargıtay	Tetkik Hakimi

YABANCI DİL

Orta Seviyede İngilizce

HOBİLER

Satranç, felsefe, yüzme, edebiyat