

CİNSEL HAKİMİYET VE YENİ TÜRK CEZA KANUNU'NDA CİNSEL SALDIRI SUÇU (TCK m. 102)

Abbas KILIÇ*

I. GİRİŞ

765 sayılı Türk Ceza Kanunu (eski TCK), Türkiye Cumhuriyeti'nin ilk Ceza Kanunu olarak, *"döneminin en demokratik, insan hak ve özgürlüklerine en geniş yer veren kanunu olması"*¹ ve *"liberal-demokratik bir devletin ceza kanunu"*² niteliği sebebiyle 1889 tarihli İtalyan Ceza Kanunu'ndan (Zanardelli Kanunu) kimi düzenlemeler yapılarak iktibas edilmiştir.³ 1930'lu yıllarda İtalya'da faşizmin⁴ yükselmesiyle birlikte, İtalyan Ceza Kanunu'nda *"Devletin Şahsiyeti Aleyhine Cürümler"* de bu ideolojiye uygun olarak değişiklikler yapılmış ve bu değişiklikler eski TCK'ya 1936 yılında yapılan değişikliklerle büyük ölçüde nakledilmiştir.⁵ Bu tarihten

* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kamu Hukuku ABD yüksek lisans öğrencisi.

¹ Dönmezer, Sulhi, "Mukayeseli Hukukta Yasalaştırma Eğilimi ve İlkeleri", *Atatürk'ün 100. Doğum Yıldönümü Kutlama Çalışmaları, Kolokyumlar ve Tartışmalar*, 1981 akt. Özgenç, İzzet, *Gerekçeli Türk Ceza Kanunu*, Ankara 2004, s. 7.

² Hafızoğulları, Zeki, *Beşeri Cinsellik ve Yeni Türk Ceza Kanunu*, <http://www.abchukuk.com/cezahukuku/cinsel-suclar.html>, s. 2 (08.11.2007).

³ "...genel adaba ve aile düzenine ilişkin suçlar olması sebebiyle, kanunun milli bir karakter taşıması, sosyal gerçeklerden esinlenmesi sebebiyle bu suçlar, mehzaz 1889 İtalyan Ceza Kanunu'ndan aynen iktibas edilemezdi." Bkz. Dönmezer, Sulhi, *Ceza Hukuku Özel Kısım*, İstanbul 1983, s. 41.

⁴ "Devlete karşı suçlar, fikir suçları ve kamusal ekonomi aleyhine suçlarda faşist ideoloji kendini açık bir şekilde gösterir.", Seminara, Sergio, "İtalyan Ceza Kanunu Reformları", *Hukuki Perspektifler Dergisi*, 2005, S. 3, s. 203. "1931 yılında ceza kanunu projesi yasalaştığında Alfredo Rocco, bunun siyasi ceza yasası olduğunu açıklamış, aileye karşı işlenen suçun ailenin bir kamu kurumu olduğunun kabulüyle devlete karşı işlendiğine inanılmıştır" Can, Cahit, *Toplumsal İnsanın Evrensel Doğası ve Cinsel Suçlar*, Ankara 2002, s. 369.

⁵ "Zanardelli Kanunu'na haksız olarak faşist denmesinin hiçbir gerekçesi yoktur. 1889 tarihli Zanardelli Kanunu nasıl faşist olur, o zaman faşizm vardı da biz mi duymadık (...). Faşist

sonra 765 sayılı eski TCK'da yine dönem dönem birtakım değişiklikler yapılmış olsa da çağın gerekleri ile toplumun ihtiyaçları gözetilerek yeni bir ceza kanunu hazırlanması zorunluluğu doğmuştur.⁶

1984'te başlayan çalışmalar sonucunda ilk metin 1987'de oluşturulmuş ve nihayet 14.04.2003 tarihinde Bakanlar Kurulu tarafından kabul edilerek 12.05.2003 tarihinde Hükümet Tasarısı olarak TBMM Başkanlığı'na gönderilmiştir. Dönmezer Tasarısı olarak bilinen bu metin TBMM Adalet Komisyonu'nda yapılan çalışmalar ile büyük değişikliğe uğratarak 03.08.2004 tarihinde TBMM Başkanlığı'na sunulmuştur. Böylece 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu (TCK), 1 Nisan 2005 tarihinde yürürlüğe girmek üzere 26.09.2005 tarihinde TBMM tarafından kabul edilmiştir. Ancak kanun daha yürürlüğe girmeden büyük tartışmalar meydana gelmiş ve daha sonra da devam etmiş ve eleştirilerin haklılık payı ortaya çıkmıştır. Şöyle ki, 5328 (31.03.2005), 5377 (29.06.2007) ve 5560 (06.12.2006) sayılı kanunlarla TCK'nın birçok maddesinde değişiklik yapılmıştır.⁷ Özellikle "cinsel saldırı" suçunu düzenleyen 102. maddede yapılan, konumuz açısından önem taşıyan ve ileride üzerinde duracağımız gibi, bu değişikliklerden 5377 sayılı yasa ile yapılmıştır.

TCK'nın kimi kurumlar açısından önemli değişiklikler getirdiği ve birçok yönden modern bir kanun olduğu söylenebilir; ancak bu değişikliklerin insanı ön plana alarak bir devrim yarattığını söylemek büyük bir iddia olur. TCK'nın, Türk doktrin ve uygulamasının bir ürünü olduğu, anlaşılır bir Türkçe kullanıldığı, son derece teknik bir dil kullanıldığı, kavramların farklı anlaşılmalara önleyecek biçimde son derece

kanun denilmesinin sebebi olan 1930 değişikliği sonrası düzenlenen 'Devletin Şahsiyeti Aleyhine Cürümler Bölümü'dür (...) Modern ve özgürlükçü kanun yaptık söyleminden ne beklersiniz? Eski kanuna faşist damgasının vurulmasına yol açan bölümün önemli değişikliğe tabi tutulmasını beklersiniz ki, eleştirilerde haklılık payı olsun. Oysa TCK'da (5237 sayılı) hemen hemen hiç değişmeyen bölüm de bu bölümdür..." ayrıntılı olarak bkz. Kocasakal, Ümit; TCK Sistematiği ve Sorunları Üzerine Söyleşi, Ankara Barosu Hukuk Gündemi Dergisi, S. 4, 2006, s. 44, 45.

⁶ Mahmutoglu, Fatih S., 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Hukuka Uygunluk Nedenleri, *Hukuk ve Adalet Dergisi*, S. 5, 2005, s. 42; karşı görüşte olan Kocasakal, 765 sayılı TCK'nın eskimiş olduğunu kabul etmekle "...bir benzetme yaparsak, güzel bir yüz vardı zaten ve bir makyaj ile daha güzel hale getirilebilirdi." eleştirisini sunmaktadır, bkz. Kocasakal, s. 44.

⁷ Kanun'da her ne kadar birtakım değişiklikler yapılmış olsa da bu değişiklikler, esasında sistematik hatalara yönelik eleştirilerin birçoğuna da yanıt verememiştir.

özenle⁸ seçildiği ifade edilmiştir.⁹ Olması gereken açısından bunlar bir kabul niteliği taşıyabilir ancak kanun metnine ve madde gerekçelerine bakıldığında bunların bir temenni düzeyinde kaldığı görülmektedir.¹⁰ Ancak, kanunun sistematığına yönelik eleştirilerin yanında küçümse-nemeyecek kadar olumlu yönlerinin de olduğu söylenmelidir. Bu yön-
nüyle, özellikle konumuz açısından önem taşıyan ise kadın örgütleri-
nin kanunun hazırlanma sürecinde göstermiş olduğu büyük çabadır.

Ceza kanunu gibi doğrudan kişi hak ve özgürlükleri üzerinde etkili olan bir temel kanunun amacı, modern ceza hukuku gerekliliklerini göz önüne alarak toplumun ve özellikle bireylerin yaşam, sağlık, özgürlük, kişilik ve malvarlığı gibi hukuksal değerlerini koruyarak insanların barış, huzur içinde birlikte yaşamalarını ve bunlara yönelik ihlallerin giderilmesini sağlamaktır.¹¹ Bunun için de modern devlet sistemlerinin çağdaş ve insan hakları ve özgürlükleri üzerinde insan onuruna yaraşır düzenlemeler getirmeleri kaçınılmazdır, hatta bir anlamda da zorunludur. Hukuk sistemimizde meydana gelen bu değişikliklerden ceza kanunumuz da etkilenmiştir. TCK kişi hak ve özgürlüklerine yönelik işlenen suçlar açısından büyük ölçüde farklı düzenleme getirmiş, yeni suç tiplerine yer vermiş ve birçok suç tipini yeni baştan düzenlemiştir. TCK'nın konumuz açısından önem taşıyan ve eski TCK ile büyük ölçüde farklılık gösteren bölümlerinin en önemlilerinden birisi de hiç kuşkusuz "*kişilere karşı suçlardan*" olan "*cinsel dokunulmazlığa karşı suçlardır*". Cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar başlığı, suçla korunan hukuksal değer açısından, ileride de üzerinde duracağımız gibi, önemli bir değişiklik getirerek, topluma karşı suçlar

⁸ Söz gelimi, kanunun en önemli yeniliklerinden birinin "cürüm-kabahat" ayrımının kaldırılması olduğu ifade edilmiştir; ancak TCK madde 219/4'te "...yazılı fiillerden başka cürüm işlerse..." şeklinde yer alan *cürüm* ibaresi bu konuda tereddütlere yol açmaktadır.

⁹ Özgenç, s. 12.

¹⁰ Teknik ve anlaşılır olma konusunda da benzer eleştiriler yöneltilebilir. Tanımlama yapılırken, tanımlanan kavramla tanım yapmak tanımlanan kavramı anlamayı zorlaştırır ve bu da tipe uygun hareketin ne olduğunu anlamakta güçlük yaratır. Mesela, TCK'nın 96/1. maddesinde yer alan *Eziyet*'in tanımı şöyle yapılmaktadır: "Bir kimsenin *eziyet* çekmesine yol açacak davranışları gerçekleştiren..." ; yine 105/1. maddesinde yer alan *Cinsel Taciz*'in tanımı da aynı yöntemle: "Bir kimseyi cinsel amaçlı olarak *taciz* eden kişi..." ; yine 106/1. maddesinde yer alan *Tehdit*'in tanımı ise şöyle yapılmaktadır: "... bahisle *tehdit* eden..." .

¹¹ Artuk, Mehmet Emin, Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Temel İlkeleri, *Hukuk ve Adalet Dergisi*, S. 5, 2005, s.12.

yerine “kişilere karşı suçlar” başlığı altında düzenlenmiştir. Ancak kişinin “cinsel dokunulmazlığı” muhtelif unsurları barındırması ve çok geniş bir alanı kapsaması sebebiyle biz de konuyu sınırlandırarak sadece “cinsel saldırı” suçunu işleyeceğiz.

II. CİNSEL DOKUNULMAZLIK VE CİNSEL SUÇ

A. GENEL OLARAK

İnsan yaşamını fonksiyonları itibari ile çeşitli etkileşim alanları ile kategorize ettiğimiz zaman bu alanlarda ağırlıklı olarak gayri maddi değerler yani, psikolojik, moral, cinsel ve şerefe ilişkin değerler yer alır.¹² Bu alanları yalnız bir açıdan ele alarak değerlendirmeye tabi tutmak bunların tanımlanmasında zorluklara neden olabileceği gibi nitelendirilmesinde de eksikliklere yol açabilir. Özellikle, kişinin cinsel hayatına ilişkin hususların yalnızca kişinin manevi bütünlüğü ve toplumsal adap kuralları ile açıklanması bu kavramın korunan hukuksal değer açısından eksik ve yanlış bir değerlendirmeye tabi tutulması sonucunu doğuracaktır. Kişinin manevi dünyasına dâhil olan unsurları da yalnızca ahlaki çerçeveye sığdırmak ve bunu da göreceli kimi kavramlarla açıklamaya çalışmak özellikle ceza hukuku açısından büyük tehlikeler yaratır. Bu sebeple cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlar açısından korunan hukuksal değer doğru bir şekilde tespiti gerekmektedir.

Kişinin hayatını, “toplumsal hayat, özel hayat ve çok özel hayat” olarak farklı bölümlere ayırdığımızda, cinsel hayatı, çok özel hayat kapsamında değerlendirilebilir.¹³ Bu sebeple bu alanın diğerlerine göre gizliliğinin korunması da farklı ve özel korunma yöntemlerini gerektirecektir. Her ne kadar cinsel suçların özellikle cinsel saldırı suçunun toplumsal yansımaları ve fail-mağdur ilişkisi niteliği ile normatif olarak belirlense de esas olan mağdur açısından mağduriyetin giderilmesi çabalarına daha fazla eğilme gerekliliğidir.¹⁴

Kişinin cinsel hayatının da ahlaktan çok özgürlük alanına dâhil

¹² Can, s. 474.

¹³ Bayraktar, Köksal, “Kadına Karşı Şiddet”, *İnsan Hakları Hukuku ve Kadın*, İstanbul 2003, s. 66.

¹⁴ Centel, Nur, Cinsel Suç Mağduru Kadının Korunması, Prof. Dr. Kenan Tunçomağ’a Armağan, İstanbul 1997, s. 60 vd.

olduğu ve bunun da genel ahlakın genel kavramları ile açıklanmasının zor olduğu bugün çoğunlukla kabul bulmaktadır.¹⁵ Dolayısıyla kişinin cinsel hayatı ve ilişkileri yalnızca genel ahlak, adap, aile düzeni ile anlamlandırılıp sınırlandırılmaktan öte kişinin kendi bedeni üzerinde rızai tasarrufu kapsamında değerlendirilmeyi gerektirir.

İnsanın manevi dünyasının ve gereksinimlerinin yanında bir takım fizyolojik gereksinimleri de vardır ki bunlar insanın varoluşunun kökeninde bulunurlar. İnsan bu gereksinimlerini gidererek yaşar ve mutlu olur. Bu gereksinimlerin giderilememesi sapmalara ve yıkıcılığa yol açar.¹⁶ *Fromm* da tutkularından ve arzularından arındırılmış insanın yaşayamayacağını ve canlılara özgü olan bu durumun uyumlulaştırılmaması ve kişilik değişimine olanak verilmemesi durumunda bunların bedeni ve ruhu yıkıma uğratacağını ifade etmektedir.¹⁷

B. CİNSEL SUÇLAR VE HAKİMİYETİN CİNSİYETİ

Cinsel dokunulmazlığa karşı suç kavramı modern bir kavram olmakla birlikte, kişilerin cinsel saiklerle hareket ederek başkaları üzerinde hakimiyet kurması yeni bir olgu değildir. İnsanlığın bireyleşme tarihsel gelişimi kısa bir süreç olmayıp, uzun bir insanlık durumunun tezahürü olmuş, kadın-erkek arasındaki hakimiyet mücadelesi de bunun bir parçası olmuştur. Ancak buradaki mücadele kavramı son birkaç yüzyıl içinde ağırlıklı olarak ortaya çıkmış, erkeğin kadın üzerindeki hakimiyetinin kırılması ve siyasi iktidarın cinsiyetinin de sorgulanmaya başlaması ile yeni bir boyut kazanmıştır. İktidar ilişkisinde kadına uygulanan bedensel-ahlaki şiddet onun savunma araçlarından yoksun bırakılmasına ve özgür düşünme imkânının yok edilmesi, bedensel ve

¹⁵ Aydın, Öykü Didem; Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, Hukuki Perspektifler Dergisi, S. 2, 2005, s.152; Sevük, Handan Yokuş, 5237 Sayılı TCK'da Cinsel Saldırı ve Cinsel Taciz suçları, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 57, s. 243; Nuhoglu, Ayşe, Türk Ceza Kanunu'nda ve 2002 Tasarısında Cinsel Suçlar, in: *Çetin Özek Armağanı*, İstanbul 2004, s. 610; Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa R./Önok, Murat, 5237 Sayılı TCK'ya Göre Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Ankara 2006, s. 213; Toroslu, Nevzat, *Ceza Hukuku Özel Kısım*, Ankara 2005, s. 56; Artuk, Mehmet Emin/ Gökçen, Ahmet/ Yenidünya, Caner, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Ankara, 2006, s. 135; farklı görüşte olan Hafızogulları ise, "beşeri cinselliğin hukuka aykırı tezahürlerinin edep ile ilgili olduğunu" düşünmektedir, bkz. Hafızogulları s. 4.

¹⁶ Köknel, Özcan, *Kaygıdan Mutluluğa Kişilik*, İstanbul 1999, s. 194,195.

¹⁷ Fromm, Erich, *İnsandaki Yıkıcılığın Kökenleri*, (Çev. Şükrü Alpagut), İstanbul 1993, s. 28, 29.

cinsel açıdan klasik anlamıyla ataerkil zorun sonucu olmuştur.¹⁸

Ataerkil bir anlayışla erkeğin üstünlüğünün sağlanması, meşruluk aracı olarak önce meşrulaştırıcı ideolojilerin geliştirilmesi ve sonra da buna uygun hukuki dayanakların yaratılması ile oluşur. Bu durum yalnızca bu konu açısından değil birçok sosyal olgu bakımından benzer şekilde görülebilir. Kadını, özellikle kadınlık, duygusallık, rasyonel yeti eksikliği ve cinsiyet ibaresi olarak bağımlı özelliğe hapsedme bunun en yaygın yöntemidir. Birçok düşünür, kadın üzerinde hâkimiyetin sağlanması gereksinimini değişik gerekçelerle, ancak aynı amaçlarla ortaya koymuştur. Örneğin, *Aristo* bu yöntemi kullanarak, erkeğin kadın üzerindeki üstünlüğünü doğaya bağlamış; Homeros da *İlyada*'da, kadınların savaş ganimeti olduğunu açıkça belirtmiş;¹⁹ *Rousseau* ise erkeği mutlu etmenin kadının doğası gereği olduğunu vurgulamıştır.²⁰

Cinsel hakimiyet, insanlığın varoluşundan bu yana değişen görünüşleri ile cinsler arası ilişkiye yön vermiş, daha açık bir ifade ile erkek hakimiyetinin yansıması şeklinde tezahür etmiştir.²¹ Bu hâkimiyette kadınlar açısından yalnızca iç hukuk sistemleri bakımından ikincillik yaratılmakla yetinilmemiş, savaş hukukunda da savaşı devletler, düşmanı kadınlılaştırarak küçültme ve onun üzerinde sınırsız tasarruf etme kudretini kendilerine hak bilmişlerdir. Kadınlara önemli görev ve roller yükleyen milliyetçi ideolojilerde ise savaşta tecavüz, cinselliğe dayanan saldırganlık, cinselleştirilmiş şiddet olarak bir milleti kadınları aracılığı ile aşağılamak ve tahrip etme aracı olarak kullanılmıştır.²² Bunun örnekleri, gerek Amerika'nın Vietnam'ı, Afganistan'ı, Irak'ı işgali, gerekse Almanya'nın II. Dünya Savaşı sırasında Fransa'yı işgali sırasında açık bir şekilde görülmüştür. Tek başlarına tecavüz suçlarını işlemeyecek kişiler bu savaşlarda, kitlesel olarak hareket etmeyi, saldırganlık açısından meşruluk yarattığını gösterircesine söz konusu

¹⁸ Akal, Cemal Bali, *Siyasi İktidarın Cinsiyeti*, Ankara 1994, s. 39.

¹⁹ Yumul, Arus, Savaş ve Kadın, *Hukuk ve Adalet Dergisi*, S. 1, 2004, s. 41.

²⁰ Dinçkol, Bihteran Vural, Kadının İnsan Hakları, in: *İnsan Hakları Hukuku ve Kadın*, İstanbul 2003, s. 14,15.

²¹ "...bütün toplumlarda ortak bilinç Adem ve Havva öyküsü ile oluşturulmuş, Ademin şeytana uyarak yasak meyveyi yemesiyle, cinsel içgüdüsünün altında işlediği günah yüzünden cennetten kovulma sebebi olarak sürekli Havva suçlanmıştır. Bu suçlama günümüze kadar sürmüş, cinsel istek duyan kadınlar, erkekler ve toplum tarafından kınanmış ve baskı altına alınarak günah sayılma bilinci oluşturulmuştur..." , ayrıntılı olarak bkz. Kökel, s. 201.

²² Yumul, s. 44.

suçları rahatlıkla işlemişlerdir.²³

eski TCK'nın kadına bakışı da yöneltlen eleştiriler açısından önem taşımaktaydı. eski TCK'nın, ırza geçme, ırza tasaddi, sarkıntılık, kaçırma ve alıkoyma, fuhşa teşvik, alacağım diye kızlık bozma, zina²⁴ suçlarını kapsayan “*umumi adap ve aile nizamı aleyhine işlenen cürümler*” başlığını taşıyan suçlar genel bir çerçeve ile incelendiğinde kanunun kadına yaklaşımı açıkça görülecektir.²⁵

C. CİNSEL DOKUNULMAZLIĞA KARŞI SUÇLARIN TARİHSEL GÖRÜNÜMÜ

Birey toplum ilişkilerinde, öngörülen suç politikası bakımından hak ve özgürlükler belirlenirken, cinsel dokunulmazlığın da nasıl teminat altına alınacağı birçok hukuk sisteminde hayati önem arz etmiş ve çok uzun tartışmalara neden olmuştur. Düşünsel anlamda ileri sürülen argümanların birçoğu da devletlerin bizatihi hukuk düzenlerinde farklı ceza hukuku türleriyle,²⁶ doğrudan ve açık hükümlerle yer almıştır. Gerek antik dönemlerde gerek ortaçağda gerekse din odaklı hukuki sistemlerde cinsel suçlar ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiş ve çok şedit yaptırımlara tabi tutulmuştur.

a. *Roma hukukunda, günümüz hukukunda “genel adap ve aile düzeni aleyhine işlenen suçlar”* başlığı altında yer alan fiillerin hemen hepsi Roma ceza hukukunda düzenlenmiştir.²⁷ Cinsel suçların cezalandırılması aile reisine bırakılmıştır. Cinsel suçlar; zina, evli olmayan kadınla cinsel ilişki, kocanın eşiyle zina halinde yakaladığı kişiyi bırakması, zina nedeniyle mahkum bir kadınla evlenilmesi, fücür (incestus-evlen-

²³ “Vietnam Savaşı sırasında, Amerikan askerlerinin topluca Viet Konglu bir fahişenin ırzına geçip sonra da öldürülmesine katılan Amerikalı bir deniz piyadesi, “aşk yaptığını” ve “hayatında ilk kez bir kadınla çızmelerini çıkarmadan seviştiğini” gururla ifade etmiştir. Piyadelerle, oradaki kadınların ırzına geçilmesi izni verilmesi de Vietnam’a gitmek için erkeklerin gönüllü olmalarını teşvik etmiştir”, ayrıntılı olarak bkz. Yumul, s. 39, 43.

²⁴ 765 sayılı eski TCK'nın 441. maddesinde yer alan “kocanın zinası” suçu 1996'da eşitlik ilkesine aykırı bulunarak AYM tarafından iptal edilmişken; 440. maddesindeki “kadının zinası” ise 1999'da iptal edilmiştir; ayrıntılı olarak bkz. Evik, Ali Hakan, Ceza Kanunumuz ve Kadın, in: Çetin Özek Armağanı, İstanbul 2004, s. 358, 359.

²⁵ Evik, s. 349 vd.

²⁶ Ceza hukuku türleri için bkz. Toroslu, Nevzat, Ceza Hukuku Türleri, Hukuk ve Adalet Dergisi, S. 5, 2005, s. 61.

²⁷ Can, s. 360.

meleri yasak akrabalar arasındaki cinsel ilişkilerdir) olarak sayılmıştır. Irza geçme suçunda cinsel içgüdü değil, cebrin kullanılması cezalandırılmış; bu itibarla fiilin hem kadınlara hem de erkeklere karşı işlenebilmesi kabul edilmiş, cinsel sapıklıklara da ağır cezalar uygulanmıştır.²⁸

b. Orta çağ hukukunda, suç politikası açısından benimsenen yöntem, kişinin ahlaki değerleri benimsemesini sağlamak ve genel ahlakı korumak olmuştur. Bu anlamda ceza kanunları da dini bir eser mahiyetine bürünmüş, suç ile günah arasındaki sınır tayin edilememiş ve her türlü gayrı meşru cinsel ilişkinin cezalandırılması ilkesi benimsenmiştir.²⁹

c. İslam hukukunda, “zina” için belirli bir ceza bulunmakta diğer genel adap suçlarında ise “şer’i tazirat”³⁰ uygulandığı görülmektedir. Zina bir cinayet olarak kabul edilmektedir ve “hadd” (belirli ölçüde ceza) olarak; “recm” (suçlunun beline kadar toprağa gömüldükten sonra taşlanarak öldürülmesi) ya da “celt” (değnek ile dövmek) uygulanır. Normal dışı, cebren cinsel ilişkide bulunmanın cezası ölüm; evli kadını veya kızı kaçırmamanın cezası ise ölünceye kadar hapistir.³¹

d. 18. ve 19. yüzyıllarda ise Avrupa’da dinin etkisiyle, günah ile suç birbirinden ayırt edilememiş ve bu günah en ağır şekilde cezalandırılmış hatta ölüm cezası verilmiştir. Ancak uzunca bir tartışmadan sonra; “Sadece cinsel özgürlüğe ve genel ahlak duygusuna alenen tecavüzü belirten hareketler, ahlak ve adaba aykırı suçlar sayılacaktır. Sözü geçen esasa göre kanun koyucu evlenme dışındaki cinsel ilişkilerle, ancak zarar vermek suretiyle hukuken başkasına ait bulunan alana girdiği ya da alenen işlenerek başkasının edep ve namus duygusuna bir saldırı teşkil ettiği takdirde uğraşacaktır” şeklinde bir belirleme yapılmıştır.³² Cebir ve şiddet kullanılmadıkça ve alenen yapılmadıkça onanizm (kendi kendini cinsel tatmin), homoseksüalite, bestialite (hayvanlarla cinsel ilişki sapıklığı) sosyal kanunu ilgilendirmedikleri için suç sayılmamıştır.³³

²⁸ Dönmezer, s. 25, 26.

²⁹ Okumuş, Hülya, Cinsel Suç Faillerinde Kişilik Yapısı-Yüksek Lisans Tezi (İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü), İstanbul 1994, s. 9

³⁰ “Ta’zir, İslam hukukunda, önceden belirtilmemiş suçlara veya belirtilmiş olup da cezası gösterilmemiş suçlara yargıcın ceza belirlemesidir”, bkz. Yılmaz, Ejder, *Hukuk Sözlüğü*, Ankara 2001, s. 848.

³¹ Okumuş, s. 12.

³² Dönmezer, s. 28, 29.

³³ Dönmezer, s. 29.

D. CİNSEL SUÇLARIN TOPLUMSAL BOYUTU

Açıklamalarımızdan cinsel suçların yalnızca erkekler tarafından kadınlara karşı işlendiği anlaşılmamalıdır. Cinsel suçlar genelde kadınlar üzerinde işlenmekle birlikte, çocuklar ve erkekler üzerinde işlendiği de görülmektedir. Ancak, erkeklerin, kadınlardan daha fazla suç işlediği birçok istatistiki veri ile sabittir.

Can, cinsel suç; “Ceza yasalarında, kamu ahlakı, genel adap, aile düzeni gibi kavramlarla çeliştikleri öngörülüp, ihlal ettikleri çıkarlar açısından değerlendirilerek, kişinin cinsel özgürlüğüne veya insanlık özsaygısına ya da toplumsal düzeninin varlığına zarar verdiği kabul olunan dolayısıyla da o günün geçerli toplumsal değerleri ve ahlak kuralları doğrultusunda cezaları saptanan cinsel kökenli eylemler” olarak tanımlamaktadır.³⁴ Aydın da cinsel suç; “Bir başkası üzerinde gayri meşru bedensel ya da psikolojik hâkimiyet kurarak cinsi saik taşıyan ya da cinsel yöntem içeren davranışların gerçekleştirilmesi” olarak tanımlamaktadır.³⁵ Tanımlardan da anlaşılacağı üzere cinsel suçlar ile cinsellikle ilgili suçların hepsinin aynı kategoride değerlendirilmemesi gerekmektedir. Cinsellikle ilgili suçlarda, cinsel hazzın ahlak dışı yöntemlerle (ensest, hayvancılık, pornografi gibi) gerçekleştirilmesi cezalandırılmak istenmektedir.³⁶

Cinsel suçlar, genelde ifade edildiği gibi yalnızca akıl hastalığı ya da cinsel sapıklıklar şeklinde ortaya çıkmamakta; psikiyatrik açıdan normal olarak değerlendirilen kişilerce, biyolojik, psikolojik, sosyolojik faktörlerin etkisiyle de işlenmektedir.³⁷ Cinsel suçların oluşumundaki çeşitli unsurlar, sosyal baskı aracı olarak etkili olmaktadır. Bunlar:³⁸

a. Toplumsal düzeyde destekleyici unsurlar: Toplumda cinsel davranışlara kültürel değerler ve cinsel kalıpların etkisiyle bir takım anlamlar yüklenmekte ve bu yaklaşım önyargılı sonuçlar çıkartılmasına yol açmaktadır. Örneğin, “İstemeyen kadına tecavüz etmek imkânsızdır”, “Hayır aslında evet demektir”, “İyi kızlara tecavüz edilmez”, “Kadınlar ayaklarını yerden kesen kuvvetten hoşlanırlar” şeklindeki ifadelerin doğruluğuna inanılmaktadır.

³⁴ Can, s. 486, 487.

³⁵ Aydın, s. 155.

³⁶ Aydın, s. 155; Dönmezer ise bu fiilleri “kişisel ahlaka ilişkin fiiller” olarak nitelendirmektedir, bkz. Dönmezer, s. 29.

³⁷ Okumuş, s. 34.

³⁸ Polat, Oğuz, Klinik Adli Tıp- Adli Tıp Uygulamaları, Ankara 2006, s. 200-203.

b. Kurumsal etkiler: Okul, aile, arkadaş grubu, dini inanç cinsel şiddetin ortaya çıkışında belirleyicidir. Şiddetli bir ortamda yetişen çocuklarda cinsel şiddet eğilimi daha fazla görülmektedir. Ayrıca yine çocuğun cinsellikle ve cinsel tacizle erken tanışması; erkeğin beraber olduğu kadın sayısının artması gibi durumlarda cinsel şiddet eğiliminin arttığı görülmüştür.

c. Kişiler arası kalıplar: Fail ile mağdur arasındaki ilişkinin derecesi ve uzunluğu da etkili bir faktör olmaktadır. Cinsel saldırı mağdurlarının suçlanması da genelde başvurulan bir yöntem olmaktadır. *“Kadın istiyordu çünkü o biçim giyinmişti”, “zaten hafif bir kadındı”* şeklinde değerlendirmelerle tecavüz (eski TCK’da Irza geçme, TCK’da ise cinsel saldırının nitelikli halidir) gerekçesi olarak kadına da pay çıkarılmaktadır.

Bu geleneksel ve yaygın kabul, cinsel saldırının mağduru olan kadının davranışlarını ve çekiciliğini, meşru bir savunma aracı gibi kullanılmaktadır. Ancak daha da kötü olanı ise bu savunma gerekçelerinin ve yönteminin adli mercilerde onay bulması ve kadının baştan çıkarıcı ve tahrik objesi olarak asıl suçlu gibi kabul edilmesi ve biyolojik yapısının kurbanı olduğunun benimsenmesidir.³⁹

Cinsel suçlarda dikkat çekilmesi gereken bir diğer husus da bu suçların, özellikle cinsel saldırı suçunun adli mercilere pek yansıtılmıyor olması dolayısıyla bu suçların büyük kısmının *“siyah rakamlar”* halinde kalmasıdır. Bunda etkili olan en önemli etken de bu suçlar bakımından faille mağdurun önceden birbirini tanıyor olmaları ve yakın bir toplumsal çevreyi paylaşıyor olmaları hatta mağdurun iftira eden kişi durumuna düşebilme tehlikesiyle karşı karşıya kalması sebebiyle adli mercilere bildirilmemesidir.

³⁹ “Batı Almanya’da yapılan bir ankette: Erkeklerin % 56’sı, bir kadının lokalde bir erkeğin yemek davetini kabul etmesi cinsel isteklerin kadın tarafından reddedilmeyeceği anlamına geleceğini; % 88’i, kadının, erkeğin evine gitme davetine uymasını, kadının cinsel ilişki isteğinin bir delili olacağını; % 75’i ise çekici kıyafet giyen kadınların erkekleri tecavüze tahrik ettikleri inancında olduklarını ifade etmişlerdir”, bkz. Godenzi, Alberto, *Cinsel Şiddet*, (Çev. Sultan Kurucan-Yakup Coşar), İstanbul 1992, s. 21, 22.

E. CİNSEL SUÇLARIN TIBBİ AÇIDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Saldırganlığın fizyopatolojik kökeninin araştırılması sonucu erkeklerde, testosteron seviyesi ile saldırganlık arasında paralellik bulunmuş ve saldırganlığa testosteron seviyesinin en yüksek olduğu 15-24 yaş grubunda daha sık rastlandığı görülmüştür. *Freud*, kişinin psikoseksüel gelişimini dört döneme (oral, anal, fallik, gizlilik-ergenlik) ayırmış ve davranış bozukluklarına yol açan nedenleri psikoanalitik yöntemle açıklamıştır. Buna göre:⁴⁰

- *Oral dönemde* (18-24 ay), cinsel haz kaynağı ağız ve dudaklardır.

- *Anal dönemde* (1,5-3 yaş), cinsel haz kaynağı boşaltım organlarıdır ve çocuk dışkısını tutma veya olmadık yerde bırakmayı bir silah olarak iletişim aracı haline getirmektedir ancak; buna yönelik katı ve cezalandırıcı tuvalet eğitimi homoseksüel eğilimlere yol açabilmektedir.

- *Fallik dönemde* (2,5-7 yaş), cinsel organın kendisi cinsel haz bölgesi olur ve bu dönemde erkek çocuk babaya, kız çocuk ise anneye nefret duymaya başlayarak onlarla yarışmaya girerler ki buna erkeklerde⁴¹ Oedipus; kızlarda ise Elektra kompleksi denir.

- *Gizlilik döneminde* (6/7-12/15 yaş), cinsel çalkantılar ve çatışmalar yatışmaya girip cinsel ilgilerin yerini yeni uğraşlar alırken; *Ergenlik döneminde* (12-15 yaş), cinsel dürtü artışı, taşması meydana gelir; ancak, eğer kişi bunlar üzerinde hâkimiyet sağlayamazsa cinsel suçları işlemesi kaçınılmazdır.

Kişinin cinsel suç işlemede etkili olan diğer faktörler ise şöyle sıralanabilir: Cinsel kimlik oluşumu, cinsel davranışın uyum boyutları, cinsiyet içgüdüğü, cinsel gücün artması, iç salgı bezlerinin fonksiyonu, alkol, uyuşturucu maddeler, fizyolojik faktörler (beden arazları, yaş, cinsiyet), zeka düzeyi, aşağılık kompleksi, ahlaki gelişim, ailevi durum, akıl hastalıkları, cinsel sapıklıklardır.⁴² Bu etkenler göz önüne

⁴⁰ Okumuş, s. 36-42; ayrıntılı olarak bkz. Can, s. 304-308.

⁴¹ “Erkeklerde görülen diğer bir kompleks ise *Castration* (İğdişlik Korkusu), yani erkek çocukta penisin kesileceği korkusudur. Erkek çocuğun, kız çocukta penisin olmadığını fark etmesi sonucu, kızlarda penisin olmadığını kabul etmeme veya gizli bir yerde saklı olduğunu düşünmek biçiminde gelişir ve bu kompleksin sağlıklı bir şekilde atlatılamaması kadınlara yönelik cinsel suçlar ya da cinsel sapıklıkların görülmesine yol açmaktadır”, ayrıntılı olarak bkz. Okumuş, s. 41.

⁴² Okumuş, s. 43-62.

alınarak “Adli Tıp Kurumu Gözlem İhtisas Dairesi”ne, ceza ehliyetlerinin tespiti için, 1985-1993 yılları arasında gönderilen suç faili “250 deneğin” dosyaları incelenerek şu sonuçlara ulaşılmıştır: ⁴³

- *Faillerdeki akıl hastalığı oranı*; % 59’u (147 kişi) sağlam, % 36’sı (92 kişi) akıl hastası, % 5’inde (11 kişi) ise uygulanamama sonucuyla veri elde edilmiştir. Bu istatistikî verilerden de anlaşılmaktadır ki tıbbi açıdan “sağlam” olan kişiler genel olarak bu suçların faili olarak ortaya çıkmaktadır.

- *Faillerdeki zekâ seviyesi*; normal ve normal üstü zekâlılar (90 IQ ve üstü) % 56 (139 kişi), geri zekâlılar (75 IQ ve altı) % 25 (63 kişi), sınır zekâlılar (76-90 IQ) %14 (36 kişi), uygulanamayan ise % 5 (12 kişi) olarak belirlendiğinde, failerin zekâ seviyesinin genel olarak “normal ve üstü” kişilerden oluştuğu ortaya çıkmaktadır.

- *Faillerin yaş grubu*; 19 yaş altı % 34 (85 kişi), 20-29 yaş % 38 (94 kişi), 30-39 yaş % 18 (46 kişi), 40-49 yaş % 7 (17 kişi), 50-59 yaş % 2 (6 kişi), 60 yaş ve üstü % 1 (2 kişi) olarak belirlendiğinde, failerin yaşı genellikle “20-29 yaş” grubu yani genç yaş grubundan oluşmaktadır.

- *Faillerin bölgelere göre dağılımı*; Karadeniz bölgesi % 23 (58 kişi), Marmara bölgesi % 22 (56 kişi), İç Anadolu bölgesi % 17 (43 kişi), Ege bölgesi % 13 (32 kişi), Doğu Anadolu bölgesi % 10 (25 kişi), Akdeniz bölgesi % 8 (20), Güneydoğu Anadolu bölgesi % 6 (15 kişi) olarak belirlendiğinde failerin genellikle “Karadeniz ve Marmara ve İç Anadolu bölgelerinden” olduğu görülmektedir.

- *Faillerin eğitim durumu*; ilkokul % 51 (127), eğitimsiz % 29 (73 kişi), ortaokul % 9 (22 kişi), lise % 6 (16 kişi), okur-yazar % 3 (7 kişi), yüksek % 2 (5 kişi) olarak belirlendiğinde failer genellikle “ ilkokul mezunlarından” oluşmaktadır.

- *Faillerin mesleklere göre dağılımında*; serbest % 35 (88 kişi), işçi % 23 (58 kişi), çiftçi %16 (40 kişi), işsiz % 13 (32 kişi) olarak belirlendiğinde, failerin genellikle “serbest meslek” sahibi kişilerden oluştuğu görülmektedir.

- *Faillerin medeni durumları*; bekar % 78 (195 kişi), evli % 19 (48 kişi), dul % 3 (7 kişi) olarak belirlendiğinde failerin genellikle “bekar” kişilerden oluştuğu görülmektedir.

⁴³ Okumuş, s. 67-79.

- İşlenen suçların dağılımında; Irza geçme (nitelikli cinsel saldırı) % 57 ile (141 kişi), irza geçmeye teşebbüs % 19 (48 kişi), irza tasaddi % 16 (39 kişi) olarak belirlenirken faillerin genellikle “irza geçme” suçunu işledikleri görülmüş; irza geçme suçunun da büyük çoğunluğunu (% 40) “*fiili livata*” şeklinde kayda geçtiği görülmüştür. Mağdurların ise % 60’ını kadınlar % 40’ını ise erkekler (erkeklerin de % 72’sini 15 yaşından küçük erkek çocuklar) oluşturmaktadır.

III. CİNSEL SALDIRI SUÇU (TCK m. 102)

GENEL OLARAK

MADDE 102. - (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 on iki yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. Bu fiilin eşe karşı işlenmesi hâlinde, soruşturma ve kovuşturmanın yapılması mağdurun şikâyetine bağlıdır.

(3) Suçun;

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

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

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

d) Silâhla veya birden fazla kişi tarafından birlikte,

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

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

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

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

1. KAVRAM

TCK'nın 102. maddesinde düzenlenen cinsel saldırı suçu, eski TCK'da, "ırza tasaddi, ırza geçme ve sarkıntılık" suçlarının karşılığını oluşturmaktadır. Cinsel saldırı suçu; aşağıda da üzerinde duracağımız gibi; ya vücuda organ veya sair bir cisim sokulmadan, cinsel arzuları tatmine yönelik cinsel davranışlarla cinsel dokunulmazlığın ihlali suretiyle "basit cinsel saldırı" suçundan (m. 102/1) ya da cinsel arzuları tatmin amacına yönelik olmasa da vücuda organ veya sair cisim sokulması suretiyle, "nitelikli cinsel saldırı" suçundan (m. 102/2) meydana gelir.

TCK, eski TCK'dan farklı olarak "ırz" kavramından hareket etmemiş, bu kavram ile ilişkilendirilerek tanımlanan suç tiplerinin yerine yeni terimler kullanmıştır. eski TCK'nın 415 ve 416. maddelerinde "ırza tasaddi"; 414 ve 416. maddelerinde "ırza geçme" suçu yer almaktaydı. Ancak suçun maddi unsuru olan ırza geçme ve ırza tasaddinin ne olduğu belirtilmemiş, bunların tanımı yargı kararları ile yapılmıştır. Yargıtay, ırza tasaddiyi: "mağdur üzerinde işlenen ve cinsel birleşme kastı taşımayan devamlılık gösteren şehvi davranışlar"⁴⁴ şeklinde; ırza geçmeyi ise: "aktif failin cinsel organının, diğerinin vücuduna normal veya anormal bir şekilde menisini boşaltacak şekilde kısmen veya tamamen ithal etmesi, sokması" şeklinde tanımlamıştır.⁴⁵ Sarkıntılık ise: "bir kişiye karşı, onun isteğinin aksine, şehvet amacıyla söz, fiil ve hareketle edep ve iffete tecavüz oluşturacak şekilde ve ancak ırza tecavüz ve tasaddi suçlarına veya bunların teşebbüsüne varmayacak biçimde yönelen tecavüz" olarak tanımlanmaktadır.⁴⁶

Irz kavramı, genelde ifade edildiği üzere, doğrudan cinsel özgürlüğü ve dokunulmazlığı karşılamamakta olup, kadın hakları bakışı açısından ise, kadına ait bir değer olmadığı, erkeğin kadına atfettiği ya da erkeğin kadına sahip olmak bakımından kendinde gördüğü bir değer olarak kabul edildiği için eleştirilmiştir.⁴⁷ Irz kavramı bu açıdan,

⁴⁴ Bkz. CGK, 04.06.1990, 5/101-156, akt. Nuhoğlu, s. 622.

⁴⁵ Bkz. CGK, 04.06.1990, 101/156, akt. Nuhoğlu, s. 618.

⁴⁶ Bkz. Yılmaz, Hukuk Sözlüğü, s. 759.

⁴⁷ Aydın, s. 157.

diğer bir takım kavramlarla birlikte ele alındığında görülecektir ki, bununla cinsel dokunulmazlık ve cinsel özgürlük değil, toplumsal bir ah-laki bakış açısı yansıtılmaktadır. Şöyle ki ırz; iffet, namus, ahlak, edep ve töre gibi kavramlarla açıklanmakta ve çoğunlukla bunlarla birlikte kullanılmaktadır,⁴⁸ oysa bu da kavramın tam olarak hangi anlama kar-şılık geldiğini anlaşılmaz kılmaktadır.⁴⁹

Irza geçme kavramı, suç tipindeki fiili tam olarak ifade etmemekle birlikte bunun yerine kimi zaman “*tecavüz*” veya “*cinsel ilişki*” kavram-larının kullanıldığı görülmektedir. Tecavüzün, “*kadının rızası dışında ve zorla yaşadığı cinsel deneyimdir ve cinsel deneyim terimi de penisin vajinaya dahil edilmesidir*”, şeklindeki “*geleneksel*” tanımı dolayısıyla, sadece er-kek bu tanıma uygun aktif hareketin faili olabilmekte ve penisin ithali dışındaki cinsel suçlar dışlanmaktadır.⁵⁰ Geleneksel tanımda gerek er-keğin mağduriyeti dışlanmakta gerekse eşler arası ilişkideki cinsel şid-det, cinsel saldırı suçu kapsamında değerlendirilmemektedir. Bunun sebebi ise “*livatanın*”⁵¹ bu suçlar kapsamında değerlendirilmemiş olma-sı ve kocanın tecavüzünün ise eski TCK’nın 478. maddesinde yer alan “*aile fertlerine kötü muamele*” hükmü ile giderilmeye çalışılmasıdır.

Cinsel bütünlüğün, kadınlık ve erkeklik göstergesi olan organlarla belirlenmesi ve cinsel suçların da büyük çoğunlukla buna göre tanım-lanması dolayısıyla cinsel saldırı suçunun da yalnızca kadın üzerinde gerçekleştirilebileceğinin kabulü şeklinde bir anlam çıkarılmaktadır. Ancak, artık geleneksel tanımın yetersizliğinin anlaşılması ile cinsel

⁴⁸ “Çağdaş ve demokratik bir ceza kanununda, hele de cinsellik gibi pek çok tabunun bulunduğu bir alanda ‘töre’ kavramının hiç yer almamasının, kanuni tipin ‘açık ve belirgin’ olmasının ‘kanunilik ilkesi’ açısından taşıdığı önem” için bkz. Sancar, Tür-kan Yalçın; TCK Tasarısının (2000) Bazı Hükümleri Hakkında Düşünceler, <http://auhf.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv/AUHF-2002-51-03/AUHF-2002-51-03-TSancar.pdf>, (25.11.2007).

⁴⁹ Irz: “*bir kimsenin, başkaları tarafından dokunulmaması ve saygı gösterilmesi gereken iffe-tidir*”; iffet: “*Cinsi konularda ahlak kurallarına bağlılık, namus*”; namus: “*bir toplumda ahlak kurallarına beslenen bağlılık, dürüstlük, doğruluk*”; ahlak: “*İyi nitelikte güzel huy-lar, töre*”; töre: “*bir toplulukta benimsenmiş, yerleşmiş davranış ve yaşama biçimlerinin, kuralların, görenek ve geleneklerin, ortaklaşa alışkanlıkların ve tutulan yolların bütünü-dür*”; edep: “*Toplum töresine uygun davranma, incelik*” tanımlarından da anlaşıl-dığı gibi bir birinin yerine ikame edilebilecek, açık olmayan anlamlar çıkmaktadır. Kavramlar için bkz. TDK Türkçe Sözlük, Ankara 1998.

⁵⁰ Polat, s. 199..

⁵¹ “*Livata, erkeğin erkekle cinsel ilişkisi veya erkeğin kadına arkadan yanaşması -anal yoldan cinsel organ ithali-dir*”, bkz. Yılmaz, s. 540.

suçlarda ve özellikle cinsel saldırı suçunda yeni bir tanım yapılması gerekliliği ortaya çıkmıştır. Bu nedenle, dünyada genel kabul gören tanım şu şekilde yapılmıştır: “Kadın ve erkek arasında, kurbanın rızası olmadan vajinal ilişki ve cinsiyet ayrımı olmaksızın anal ilişki, fellatio (Ağızla erkek cinsel organını uyarmak) ve cunnilingus (Ağızla kadın cinsel organını uyarmak) ve yüzeysel de olsa vajinal ya da anal girişin olduğu koşullar eşi de kapsamak koşuluyla suç oluşturur.”⁵² Tanımdan anlaşıldığı üzere suçun oluşması için esas olan, kişilerin rızasının bulunmamasıdır; yani kişilerin rızalarına dayalı cinsel ilişkiler bu suçun kapsamında değerlendirilemez.

Cinsel saldırı başlığı ile düzenlenen 102. maddede, “saldırı” kavramından hareket edildiğinden, rıza ve irade dışı yapılan hukuka aykırı eylemleri kapsaması nedeniyle kişilerin cinsel arzularını tatmine yönelik “cinsel davranışları” temel alınmaktadır. Yeni düzenleme ile geleneksel anlayış terk edilmiştir; ancak bu yeni düzenlemenin sistematik açıdan sorunsuz olduğu anlamına gelmemelidir.⁵³

2. MUKAYESELİ HUKUKTA CİNSEL SALDIRI SUÇU

Alman Ceza Kanunu’nun “ahlaka karşı cürümler ve cünhalar” bölümü, 1973 yılında yapılan değişiklikle “cinsel özerkliğe karşı suçlar” olarak değiştirilmiştir. 1997 yılında yapılan değişiklikle de ırza geçmenin “evlilik dışı” olması zorunluluğu kaldırılmıştır. Cinsel birleşme dışında aynı ağırlığa sahip oral veya anal ilişkiler de ırza geçme suçu içinde ele alınmış (Alman CK 177), böylece erkeklerin de bu suçun mağduru olabileceği kabul edilmiştir.⁵⁴

Fransız Ceza Kanunu 2. kitap “kişilere karşı işlenen cürüm ve cünhalar” başlığı ile 2. kısmın 2. bölümünde “fiziki bütünlüğe ve psikolojik bütünlüğe saldırılar” yer almakta, bunun 3. alt başlığında ise “cinsel saldırılar” düzenlenmektedir. ırza geçme ve benzeri suçlar “genel ahlak ve adap aleyhine cürümler” başlığı altında düzenlenmemiştir. ırza geçme, bir kimsenin vücuduna her ne şekilde olursa olsun cinsel organın ithali ile gerçekleşmekte, ayrıca suçun mağdurunun kadın veya erkek olması önem taşımamaktadır.⁵⁵

⁵² Polat, s. 200.

⁵³ Hafizoğulları bu konuda; TCK’nın, beşeri cinselliğin ırzına geçtiğini düşünmektedir. Bu eleştiri için bkz. Hafizoğulları, s. 3.

⁵⁴ Tezcan/Erdem/Önok, s. 214.

⁵⁵ Tezcan/Erdem/Önok, s. 215.

İtalyan Ceza Kanunu'na 1996'da dâhil edilen 609bis maddesi ile "ırza tasaddi-ırza geçme" şeklindeki ayırım kaldırılmış, her iki kavram "cinsel şiddet" başlığı altında toplanmıştır.⁵⁶

3. CİNSEL SALDIRI SUÇUNDA KORUNAN HUKUKSAL DEĞER

Suçun kanunda düzenlendiği yer, suçların tasnifinde özel mahiyetlerini ve niteliğini ortaya koymak ve önemini göstermek bakımından, koruduğu hukuksal değeri ön plana çıkarır.⁵⁷ eski TCK bu bakımdan cinsel suçları "adabı umumiye ve nizamı aile aleyhine cürümler" babında düzenleyerek cinsel suçlarda, "genel ahlak ve aile düzeni"ni korunan hukuksal değer olarak kabul etmekteydi. TCK ile bu anlayış değişmiş, cinsel saldırı suçunda korunan hukuksal değer, kişilerin "cinsel dokunulmazlığı ve cinsel özgürlüğü" olduğu kabul edilmiştir.⁵⁸ TCK'nın 102. maddesinin gerekçesinde açıkça; bu bölümde yer alan suç tipi ile korunan hukuksal değer, kişilerin cinsel dokunulmazlığı olduğu; cinsel dokunulmazlığın ise kişilerin vücudu üzerinde gerçekleştirilecek cinsel davranışlarla ihlal edilebileceği belirtilmiştir.

Ceza hukukunun asli ödevi, ahlak, edep, etik veya din kurallarına aykırılıkları suç haline getirmek değildir. Ahlaki veya dinsel kurallara aykırılıklar, onlar bir hukuksal değer haline gelmedikleri sürece devletin ceza uygulama yetkisi bakımından bir gerekçe oluşturamazlar. Bugün, daha yerinde bir ifadeyle, "ceza hukukunun, hukuksal değerlerin korunmasına ilişkin bir araç" olduğu kabul edilmektedir.⁵⁹ Aksi takdirde, Jakobs'un da belirttiği gibi; "hukuksal değerlerin aşırı, olağan sınırlar aşılarak korunmak istenmesi, bireyleri hukuksal değerlerin düşmanı saymaya

⁵⁶ Tezcan/Erdem/Önok, s. 217.

⁵⁷ Sevük, s. 245.

⁵⁸ Nuhoğlu, s. 610; Centel, s. 61; Sevük, s. 246; Aydın, s. 152; Toroslu, s. 56; Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 135; Şen, Ersan, TCK'nın Yorumu, Cilt 1, İstanbul 2006, s. 376; farklı görüşte Tezcan/Erdem/Önok ise; "her ne kadar bu suçlar eski TCK'da 'genel ahlak ve aile nizamına karşı suçlar' başlığı altında düzenlenmiş olsa da, bu suçların cinsel özgürlüğe yönelik ve bu nedenle de burada korunan hukuksal yararın yine de mağdurun cinsel özgürlüğü olduğunun söylenebileceğini" ifade etmektedir, bkz. Tezcan/Erdem/Önok, s. 219.

⁵⁹ Ünver, Yener, Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, Ankara 2003, s. 1025.

ve bir “düşman ceza hukuku” oluşumuna yol açarak, özel yaşamı, bireyin hareket serbestisini yok eder.”⁶⁰

Ahlaklılık-adaplılığın ne olduğu çoğu zaman tartışmalıdır. Bu kavramlar hukuksal kavramlar gibi göreceli gerçeklik yerine bir norm ve değerler düzenini ifade etmemektedirler. Ahlaklılığın bir hukuksal değer olmaması sebebiyle, çoğu kez hukukun da ahlaka aykırılıklara katlanması tepkide bulunmaması gerekir. Çünkü hukuk kimi zaman, ahlakın olanağı olabileceği gibi ahlaksızlığın da olanağı olabilmektedir.⁶¹

Kanun koyucu, açıkladığımız bu sebepler gereği 5237 sayılı TCK’da cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlardan olan “*cinsel saldırı suçu*”, kişiye karşı işlenen suçlar olması sebebiyle, 2. kitabının, “*Kişilere Karşı Suçlar*” başlıklı 2. kısmının 6. bölümünde 102. maddede düzenlemiştir.

B. BASİT CİNSEL SALDIRI SUÇU (TCK m. 102/1)

Eski TCK’nın basit cinsel saldırı suçuna karşılık gelen “*ırza tasaddi*” hükmü 415 ve 416. maddelerinde mağdurun yaşı esas alınarak düzenlenmişti. Buna göre: eski TCK’nın 415. maddesi, 15 yaşından küçükler karşı işlenen; 416. maddesi ise 15 yaşını bitirmiş kişilere karşı işlenen ırza tasaddi suçu yaptırmaya tabi kılmişti. Ancak yukarıda da ifade ettiğimiz gibi madde metninde ırza tasaddi kavramının tanımı yapılmamış, tanım Yargıtay tarafından yapılmıştır.⁶²

1. FAİL VE MAĞDUR

Bu suçun faili herhangi bir kimse olabilir. Fail, kadın, erkek herkes olabilir. Yani bu suç herkes tarafından herkese karşı işlenebilir. Failin belirli kişilerden olması ise cezayı ağırlaştıran neden olarak karşımıza çıkmaktadır.⁶³

Suçun mağduru aynı cinsten bir kişi olabileceği gibi farklı cinsten bir kişi de olabilir. Ancak mağdurun özellikle, 18 yaşından büyük

⁶⁰ Akt. Ünver, s. 1056.

⁶¹ Ünver, s. 1027-1030.

⁶² Yargıtay’ın ırza tasaddi tanımı için bkz. dipnot 44.

⁶³ Toroslu, s. 57.

olması gerekmektedir, aksi takdirde basit cinsel saldırı suçu değil, çocukların cinsel istismarı suçu oluşacaktır. Ayrıca suçun mağdurunun yalnızca insan olabilmesi sebebiyle, hayvanlar veya ölümler üzerinde işlenmesi durumunda cinsel saldırı suçu oluşmayacaktır. Bununla birlikte, hayvanlar üzerinde işlenmesi durumunda, Hayvanları Koruma Kanunu'na muhalefeti; ölümler üzerinde işlenmesi durumunda ise TCK'nın 130/2. maddesindeki "*kişinin hatırasına hakaret*" suçunu oluşturacaktır.⁶⁴

Eski TCK bakımından da bu konuda bir farklılık bulunmamakta, ırza geçme suçundan farklı olarak ırza tasaddi suçunun failinin kadın veya erkek olabileceği kabul edilmekteydi.⁶⁵

2. MADDİ UNSUR

Basit cinsel saldırı suçu, eski TCK'nın, "*ırza tasaddi ve sarkıntılık*" suçlarına karşılık gelmektedir. Sarkıntılık suçu, TCK'da ikili bir ayırma tabi tutulduğundan, suça konu olan fiilin tespiti ve bu durumda yaşanacak tereddütler bakımından cinsel eylemlerin çok ağır cezalara tabi tutulmasına neden olabileceği gerekçesiyle eleştirilmiştir.⁶⁶ Çünkü eski TCK'nın 421. maddesinde düzenlenmiş olan "*sarkıntılık suçu*" TCK'nın hem 102. maddesinde yer alan "*cinsel saldırı*" suçuna hem de 105. maddesinde yer alan "*cinsel taciz*" suçuna karşılık olacak şekilde düzenlenmiştir. Bu sebeple de sarkıntılık suçu bakımından, bu ikili ayırım için benimsenecek en iyi yöntem; vücuda temas yoluyla gerçekleştirilen, şehvet duygusuyla yapılan ve ırza tasaddi boyutuna varacak düzeyde süreklilik taşımayan fiilleri TCK'nın 102/1. maddesi; söz ve yazı ile vücuda temas olmaksızın gerçekleştirilen fiiller ise 105. maddesi kapsamında değerlendirmektir.⁶⁷

Bir kişinin vücudu üzerinde, rızası olmaksızın, cinsel arzuları tatmine yönelik olarak gerçekleştirilen cinsel davranışlar suçun maddi

⁶⁴ Toroslu, s. 57; Gürkan, Şeref/Uğuz, Ahmet, Yeni Ceza Yasamızda Cinsel Suçlar, *Adalet Dergisi*, S. 27, http://www.yayin.adalet.gov.tr/dergi/27_sayi.htm (20.11.2007); Tezcan/Erdem/Önok, s. 221.

⁶⁵ Artuk, Mehmet Emin/Gökçen, Ahmet/Yenidünya, Caner, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Ankara 2003, s. 787; Tezcan/Erdem/Önok, s. 220; Dönmezer, s. 106.

⁶⁶ Gürkan/Uğuz, http://www.yayin.adalet.gov.tr/dergi/27_sayi.htm, (22.11.2007)

⁶⁷ Artuk/Gökçen/Yenidünya, 2006, s. 136; Artuç, Mustafa/Gedikli, Cemil, *TCK-CMK-CGİK-ÇKK ve 5560 sayılı Kanunla Getirilen Yenilikler*, Ankara 2007, s. 100.

unsurunu meydana getirir. Ancak cinsel davranışla, vücuda temas aranmakla birlikte cinsel ilişki derecesine ulaşmamış olması gerekmektedir. 102. maddenin gerekçesinde de belirtildiği üzere; *“suçun oluşması için, gerçekleştirilen hareketlerin objektif olarak şehvi nitelikte bulunmaları yeterlidir; failin şehvi arzularını fiilen tatmin etmiş olması aranmaz.”*

Suçun oluşması için, kişinin cinsel dokunulmazlığının her ne kadar kişinin vücudu üzerinde cinsel davranışlar gerçekleştirilerek ihlal edilmesi aransa da, “cinsel davranışlardan” ne anlaşılması gerektiği ise belirtilmemiştir. Artuk/Gökçen/Yenidünya, suçun basit şekli açısından cinsel davranıştan; *“cinsel ilişki boyutuna ulaşmayan ancak mağdurun vücuduna temas etmek suretiyle gerçekleştirilen cinsel arzuların tatminine yönelik hareketlerin”* anlaşılması gerektiğini ifade etmektedir.⁶⁸ Tezcan/ Erdem/Önok da aynı yönde ve buna ek olacak şekilde ; *“cinsel saldırı suçunun oluşması için cinsel davranışın tek başına yeterli olmayıp aynı zamanda vücut dokunulmazlığının da ihlal edilmiş olması gerekmekte, yani bedensel temasın şart olduğunu”* ifade etmektedir.⁶⁹

Mağdurun rızasının bulunması durumunda suç oluşmaz. Rızanın ise suçun işlenmesinden önce ya da en geç suç işlenmekte iken varlığı gerekir. 102. maddede yer almamasına rağmen madde gerekçesinde *“mağdura cebir veya tehdit ya da hile kullanılabileceği gibi, örneğin bilincin yitirilmesine neden olmak ya da uyku hali dolayısıyla bilincin kapalı olmasından yararlanmak suretiyle de bu suçlar işlenebilir”* ibaresi yer aldığından, suçun işlenmesi için iradenin ortadan kaldırılması gerektiğinden bahsedilmiştir. İradenin ortadan kaldırılması ise cebir, tehdit veya hileden yararlanılarak gerçekleştirilebileceği gibi bu davranışlar zor kullanılarak bizzat mağdura da yaptırılabilir.⁷⁰

Rızanın var olup olmadığının belirlenmesinde yalnızca “hayır” demenin yeterli olup olmadığı tartışmalıdır. Bu sebeple de her somut olayın şartlarına göre değerlendirme yapmak gerekmektedir. Tezcan/

⁶⁸ Artuk/Gökçen/Yenidünya, (2006), s. 137.

⁶⁹ Tezcan/Erdem/Önok, s. 229.

⁷⁰ “Cebir, mağdur üzerinde onun mukavemetini kırarak nitelikte ve failin arzu ve isteklerine uygun olarak mağdurun hareket etmesine neden olan maddi kuvvet; tehdit, kendisi veya yakınları üzerinde ileride gerçekleştirilebilecek bir kötülüğün mağdura bildirilmesi; hile ise mağdurun hataya düşürülerek fiile mukavemet edemeyecek bir duruma düşürülmesidir.” Bkz. Artuk/Gökçen/Yenidünya, (2006), s. 139,140.

Erdem/Önok, kişinin hayır demesinin yalnız başına yeterli olmayacağını savunurken;⁷¹ *Aydın* ise, mağdurun ciddi bir hayır demesinin yeterli olduğunu, ayrıca direnç göstererek üstüne bir de dayak yemesini aramanın çağdaş gelişmelere aykırı olduğu kanaatinde dir.⁷²

Yargıtay eski TCK döneminde vermiş olduğu kararda irza tasaddinin kapsamında değerlendirilebilecek eylemleri; “...bir kadın veya kızın veya erkeğin şehveti tahrik edici bir yerini tutmak, tutturmak, kucağa oturtmak, cinsel organlarına sokma niyeti olmaksızın dokundurmak, memelerini sıkmak, yanaklarını ve dudaklarını öpmek, şehvet veren diğer yerlerini sıkıştırmak gibi hareketler” şeklinde sıralamıştır.⁷³

3. MANEVİ UNSUR

Basit cinsel saldırı suçu kasten işlenebilen bir suçtur. Kast, TCK’nın 21. maddesinde “suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir” şeklinde tanımlanmıştır. Suçun gerek doğrudan gerekse olası kastla işlenmesi mümkündür. Örneğin, kalabalık bir yerde cinsel duygularını tatmin amacıyla birine sürtünmeye çalışırken bir başkasının da vücuduna dokunabileceğini öngörerek fiili gerçekleştirirse olası kasttan söz edilir.⁷⁴

Kastın varlığı için ise fiilin objektif olarak cinsel nitelik taşıması ve fiilin de mağdurun iradesine aykırı olduğunun bilinmesi yeterli olup, failin bu arzularını fiilen tatmin etmiş olup olmadığının önemi olmadığı gibi bunun tespiti de zordur.

Suçun işlenmesinde özel kast aranır. 102. maddenin gerekçesinde, suçun işlenebilmesi için failde cinsel arzuları tatmin amacına yönelik cinsel davranışların varlığı aranmaktadır. Bu da faildeki cinsel davranışın özel suç işleme kastına yönelik olduğunu gösterir.⁷⁵ Fail cinsel ar-

⁷¹ Tezcan/Erdem/Önok, s. 223.

⁷² Aydın, s. 158.

⁷³ Bkz. CGK 15.4.1985, 513/218 (Bakıcı, Sedat, Açıklamalı-İçtihatlı Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler, Ankara 1994, s. 94), akt. Artuk/Gökçen/Yenidünya, (2006), s. 138, 139.

⁷⁴ Sevük, s. 253.

⁷⁵ Şen ve Sevük, suçun “özel kast”la işlenebileceği düşüncesindedir, bkz. Şen, s. 379; Sevük, s. 252. Farklı görüşte ise; suçun özel değil “genel kast”la işlenebileceği yönündedir, bkz. Artuk/Gökçen/Yenidünya, (2006), s.141; Tezcan/Erdem/Önok, s. 231; Dönmezer, s. 103.

zuları tatmin amacı taşımaksızın mağdurun vücut dokunulmazlığını ihlal ederse başka suç tiplerini meydana getirebilecektir.⁷⁶

4. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİ

a. TEŞEBBÜS

Cinsel saldırı suçu, mağdurun cinsel dokunulmazlığını ihlal edecek nitelikte davranışların gerçekleştirilmesi ile tamamlanır. Basit cinsel saldırı suçu sırf hareket suçu olması sebebiyle mağdurun vücudu üzerinde cinsel davranışların gerçekleştirilmesiyle suç meydana gelir. Ancak failin icra hareketleri kısımlara bölünebiliyorsa bu durumda teşebbüs mümkündür.

TCK'nın 35. maddesi gereği, *“kişi işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle icraya başlayıp da elinde olmayan sebeplerle tamamlayamaz ise”* teşebbüsten dolayı sorumlu tutulur. Cinsel saldırı suçunun basit şekli açısından icra hareketlerine başladıktan sonra gönüllü olarak icra hareketlerinden vazgeçen veya kendi çabalarıyla suçun oluşmasını engelleyen kişi bu suça teşebbüsten dolayı cezalandırılmaz. TCK'nın 36. maddesi gereği; gönüllü vazgeçme durumunda fail teşebbüsten dolayı cezalandırılmaz; ancak o ana kadar gerçekleştirilen fiiller bir suç oluşturuyorsa sadece o suça ait ceza ile cezalandırılır.⁷⁷

b. İÇTİMA

Cinsel saldırı suçunda cebir ve tehdit unsur olduğundan, fail ayrıca cebirden dolayı cezalandırılmayacaktır. Cebirin mağdurun direncini ortandan kaldıracak düzeyde olması gerekir; aksi takdirde bu ölçünün ötesinde cebir kullanılması durumunda fail ayrıca kasten yaralama suçundan dolayı da cezalandırılır. Ancak mağdurun direncinin kırılması konusunda ölçünün ne zaman aşıldığının tespitinin uygulamada sorunlar yaratması olanak dahilindedir⁷⁸.

TCK “zincirleme suçu” 43. maddede düzenlemiştir. Zincirleme suç: *“bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda bir kişiye karşı*

⁷⁶ Şen, s. 379.

⁷⁷ Artuk/Gökçen/Yenidünya, (2006), s.153; Tezcan/Erdem/Önok, s. 223; Şen, s. 378; Sevik, s. 253.

⁷⁸ Tezcan/Erdem/Önok, s. 233.

aynı suçun birden fazla işlenmesi (m. 43/1) durumunda uygulanır.” 5377 sayılı Kanun’la değişiklik yapılmadan önce, TCK’nın 43/3. maddesinde cinsel saldırı suçunda zincirleme suç hükümlerinin uygulanmayacağı hükmü yer almaktayken, değişiklik sonrası cinsel saldırı suçu açısından da zincirleme suç kurallarının uygulanması yolu açılmıştır. Ancak bunun için mağdurun aynı kişi olması gerekir. Cinsel saldırı suçunun mağdurlarının farklı kişiler olması durumunda her bir mağdur bakımından ayrı ayrı suç oluşur ve gerçek içtima uygulanır.⁷⁹

c. İŞTİRAK

Suçun kanuni tanımında yer alan cinsel davranışların birden fazla kişi tarafından birlikte gerçekleştirilmesi durumunda iştirak kuralları uygulanır. TCK’nın 37. maddesi gereği, burada gerek suç işleme karârında gerekse fiil üzerinde hâkimiyet sağlanmasında müşterek hareket etme söz konusu olduğundan ortaklardan her biri fail olarak sorumlu olur. TCK ile “asli” ve “feri” iştirak ayrımı kaldırıldığından her bir ortak hakkında suçun işlenişindeki katkısı ve rolü dikkate alınacaktır.

Bu suçun işlenilmesinde başkasının araç olarak kullanılması durumunda dolaylı faillik mümkündür. Ayrıca, “iştirakte bağlılık kuralı” gereği asıl failin fiilinin hukuka aykırı olmaması durumunda fiile iştirakten söz edilmeyecektir. Suçun işlenişine azmettiren veya yardım eden olarak katılmak mümkündür. Örneğin, suçun failine, icra hareketlerine başlamadan önce, onun haberi olmaksızın, mağdurun içkisine ilaç katan kişi, “yardım eden” olarak sorumlu tutulur.⁸⁰

C. NİTELİKLİ CİNSEL SALDIRI SUÇU (TCK m. 102/2)

TCK’nın 102/2. maddesinde “nitelikli cinsel saldırı suçu” düzenlenmiştir. Cinsel saldırı suçunun “vücuda organ veya sair bir cisim sokulması” suretiyle işlenmesi durumunda suçun nitelikli hâli gerçekleşir. eski TCK’nın, 416/1. maddesinde yer alan “ırza geçme” suçunun karşılığını

⁷⁹ Artuk/Gökçen/Yenidünya, (2006), s. 154; Tezcan/Erdem/Önok, s. 234; farklı görüşte olan Sevik ise “eylem her gerçekleştiğinde kişinin cinsel dokunulmazlığının zarar görmesi ve her eylem mağdurun maruz kaldığı psikolojik travmayı arttıracak için, her cinsel saldırı eyleminin ayrı değerlendirilmesinin isabetli olacağı” düşüncesindedir. Bkz. Sevik, s. 254.

⁸⁰ Sevik, s. 255.

oluşturmaktadır. Ancak TCK, eski TCK'dan farklı olarak mağdurun 18 yaşından büyük olmasını aramıştır. Bu suçun, *"15 yaşını tamamlamamış veya 15 yaşını tamamlamakla birlikte fiilin anlam ve sonucunu kavrayamayan bir kişiye karşı"* cebir, tehdit, hile gibi iradeyi sakatlayan araçlarla işlenmesi durumunda *"cinsel istismar suçu"*; yine 15-18 yaşları arasındaki bir kişiyle cebir, tehdit, hile olmaksızın cinsel ilişkiye girilmesi durumunda *"reşit olmayanla cinsel ilişki suçu"* meydana gelecektir.

1. FAİL VE MAĞDUR

Bu suçun faili, kadın ya da erkek herkes olabilir. eski TCK döneminde *"ırza geçme"* suçunun tanımından hareketle failin ancak bir erkek olabileceği kabul edilmiştir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 4.6.1990 tarihli kararında, ırza geçmeyi; *"Aktif failin cinsel organını, diğerinin vücuduna normal veya anormal yoldan menisini boşaltacak şekilde kısmen veya tamamen ithâl etmesi, sokması"* şeklinde tanımlamıştır.⁸¹ eski TCK döneminde *"ırzına geçmek"* kavramından hareket edildiği için, yukarıda da belirttiğimiz gibi ırz kavramının da kadına özgülenmesi sebebiyle failin ancak erkek olabileceği benimsenmiştir.⁸²

eski TCK, suçun nitelikli hali bakımından eşin failliği hakkında özel bir hüküm içermemekteydi. eski TCK'nın 414 ve 416. maddelerinde buna ilişkin bir kısıtlama getirilmemiş olduğundan, kocanın da bu suçun faili olarak kabul edilmesinin mümkün olabileceği öğretide kimi yazarlarca belirtilmiştir.⁸³ Evlilik içi gerçekleştirilen zorla cinsel ilişkinin evlilik kurumunun doğal bir sonucu olarak kabul edilmesi durumunda, eşlerin, özellikle kadının, rızaya dayalı olmayan her türlü cinsel fanteziye katlanması gerekliliği ortaya çıkar. *Dönmezer*, eski TCK uygulamasında, *"ırza geçme suçunun oluşmasının gayri meşru olması gerektiği, bu itibarla kocanın karısı üzerinde cebir kullanarak veya diğer*

⁸¹ Bkz. YCGK, 4.6.1990, 101/56; (Malkoç, İsmail, *Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler*, Ankara 2001, s.1), akt. Artuk/Gökçen/Yenidünya, (2006), s. 143. *Dönmezer*, Yargıtay'ın bu kararından önce yine bu kararla aynı yönde, *"bu suçun ancak aktif bir fail" yani erkek tarafından, "pasif bir mağdura" karşı yani kadın veya erkek (zahri cima/livata şeklinde) olan bir kişiye karşı gerçekleştirilebileceğini* belirtmekteydi. Ayrıntılı olarak bkz. *Dönmezer*, s. 57, 58.

⁸² *Dönmezer*, s. 57; Sevik, s. 256; Nuhoglu, s. 615.

⁸³ Centel, s. 63; Nuhoglu, s. 616; Artuk, Mehmet Emin/Yenidünya, Caner, Evlilik İçinde Irza Geçme, in: *Cumhuriyet'in 75. Yıl Armağanı*, İstanbul 1999, s. 57-71.

suretle ırzına geçecek olursa fiilin suç teşkil etmeyeceğini; ancak fiilin zahiren (anal/livata) gerçekleşmesi durumunda eski TCK'nın 478 ve 479. (TCK m. 232) maddelerindeki fena muamele olarak kabul edilmesi gerektiğini" ifade ederek, evlilik birliğinin cinsel saldırı suçu açısından "hukuka uygunluk sebebi" olduğunu belirtmiştir.⁸⁴ Hatta ayrılık kararı verilmiş eş hakkında dahi fiilin suç teşkil etmeyeceği savunulmaktadır.⁸⁵

Evlilik birliğinin, eşin bütün cinsel isteklerini tatmin etmeye olanak sağladığına ilişkin görüşe katılmak mümkün değildir. Günümüzde, kadının nikâhla cinsel ilişkiyi kabul ettiği konusunda geri alınmaz bir irade beyanında bulunmuş sayıldığı anlayışı terk edilmiş ve evliliğin kocaya karısının vücudu üzerinde tasarruf yetkisi vermediği kabbullenilmiştir. Çünkü kadın evlenmekle vücut bütünlüğü üzerindeki hakkını kaybetmemektedir.⁸⁶

Artuk/Gökçen/Yenidünya, bu konuda pek isabetli olarak, "karısına karşı müessir fiil uygulayan kocanın, müessir fiil suçundan yargılanabilmesine karşın; aynı kişinin cebren cinsel ilişkide bulunmasından dolayı ırza geçme suçunun faili olarak kabul edilmemesini bir çelişki" olarak nitelendirmektedir.⁸⁷ Benzer eleştirilerin, ayrılık kararı verilmiş eşe karşı işlenen cinsel saldırı suçu hakkında da getirilmesi pek olanaklıdır. Kaldı ki ayrılık kararı verilmiş eşler hakkındaki ayrılık kararı gerekçesinin "cinsel şiddet" olması durumunda da yine aynı görüşün savunulması mümkün görünmemektedir.

Suçun nitelikli hali vücuda organ veya sair cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilebilecektir. Bu fiillerin eşe karşı gerçekleştirilmesi durumunda da TCK'da, eski TCK'dan farklı olarak eşin rızasının olmaması durumunda suçun nitelikli hali meydana gelecektir. Bu durumda soruşturma ve kovuşturma yapılması, mağdur eşin şikâyetine bağlı tutulmuştur. Ancak burada belirtilmesi gereken diğer bir husus da; cinsel özgürlüğün hareket noktası olarak kabul edilmesine rağmen, evlenmekle kişinin cinsel özgürlüğünü "diğer eşe terk etmediği" anlayışından hareketle böyle bir düzenlemenin suçun basit şekli açısından

⁸⁴ Bkz. Dönmezer, s. 59-61; aynı yönde YCGK, 19.6.1996 4409/5504 sayılı kararı için bkz. akt. Artuk/Gökçen/Yenidünya, (2006), s. 148.

⁸⁵ Dönmezer, s. 61.

⁸⁶ Artuk/Gökçen/Yenidünya, (2006), s. 149-151; Nuhoglu, s. 616; Sevük, s. 260; Şen, s. 384; Centel, s. 63.

⁸⁷ Artuk/Gökçen/Yenidünya, (2006), s. 151.

getirilmemiş olmasının eksikliğidir.⁸⁸

Mağdurun yaşı, mağdur açısından suçun unsurlarından olduğu için fiilin ancak 18 yaşından büyüklere kaşı gerçekleştirilmesi durumunda suçun nitelikli hali meydana gelir. Mağdurun, her ne kadar nüfus kaydı alınıyor olsa da, mağdurun kayıttaki yaşı konusunda tereddütlerin olması durumunda, ceza hukukunda da amacın, maddi gerçeğin ortaya çıkarılması olması sebebiyle, yaşının tespiti yapılır. Bu konuda Adli Tıp Kurumu'ndan mağdurun suç tarihindeki yaşı hususunda görüş alınarak, CMK'nın 218/2. maddesi gereğince yaş düzeltilmesi yoluna gidilir.⁸⁹

Suçun oluşması bakımından mağdurun evli veya bekâr olması, bakire olması, fuhşu meslek haline getirmiş olması, eşcinsel olması, sosyal statüsü önemli değildir. Mağdurun, 15 yaşını tamamlamamış veya 15 yaşını tamamlamakla birlikte fiilin anlam ve sonucunu kavrayamayan bir kişi olması durumunda, TCK'nın 103/2. maddesi gereği çocukların cinsel istismarı suçu söz konusu olur. Fiilin canlı olmayanlara, cesetlere karşı gerçekleştirilmesi durumunda TCK'nın 130/2. maddesindeki *"kişinin hatırasına hakaret suçu"* gerçekleşecektir. Aynı şekilde hayvanlara karşı gerçekleştirilen fiiller de Hayvanları Koruma Kanunu'na muhalefeti gerçekleştirecektir. eski TCK döneminde mağdurun *"fuhşu meslek haline getirmiş olma"*sı durumunda uygulanan ve 1989'da Anayasa Mahkemesi'ne iptal istemi ile yapılan başvurunun reddedilmesi ile sonuçlanan ancak; 1990 yılında yapılan değişiklikle eski TCK'dan çıkarılan indirim nedeni TCK döneminde de benimsenmemiş ve cinsel özgürlük açısından bu nitelikte istisnalara yer verilmemiştir.⁹⁰

⁸⁸ Gürkan/Uğuz, http://www.yayin.adalet.gov.tr/dergi/27_sayi.htm; Tezcan/Er-dem/Önok, s. 235.

⁸⁹ Gürkan/Uğuz, http://www.yayin.adalet.gov.tr/dergi/27_sayi.htm.

⁹⁰ Dönmezer, "... kriminolojik bakımdan, suçun kadının cinsi safiyetini, bekâretini ihlal eden bir hareket olması sebebiyle ağır cezalarla karşılandığı tespit olunabilmektedir. Nitekim fuhşu iştigal eden kadın üzerinde icra olunan ırza geçmenin bugün dahi hafifletici bir sebep sayılmasını bu telakki tarzına bağlamak icap eder" görüşünde olup yine benzer anlayışla "kadına yönelik tecavüz, kocanın cinsi haklarına da tecavüz teşkil etmekte ve ailenin kan rabıtasıyla yürütülen birliğini ihlal etmekte" olduğunu belirtmektedir, bkz. Dönmezer, s. 44.

2. MADDİ UNSUR

Suçun maddi unsuru “*vücuda organ veya sair bir cisim sokulmasıdır*”. TCK’nın 102. maddesinin gerekçesi gereği bu fiil, vajinal, anal veya oral yoldan gerçekleşebilir. Vücuda penis sokulabileceği gibi, vajinal veya anal yoldan cop, sopa, şişe, kalem ve benzeri maddelerle sair katı veya sıvı cisim de sokulması mümkündür.⁹¹ Vücuda girmesi mümkün olmayan şeylerin ithaline çalışılması durumunda suça teşebbüs söz konusu olabilecektir. Gerek eski TCK döneminde gerekse 2002 tasarısında ırza geçme, “*cinsiyet organın ithali*” olarak benimsendiği için suçun oluşabilmesi için erkek cinsel organının suçta kullanılması aranmaktaydı. Bu sebeple de sopa, parmak ve sair araçlarla fiilin gerçekleştirilmesi durumunda ırza geçmenin değil ırza tasaddi veya müessir fiil suçunun oluşabileceği kabul edilmekteydi.⁹²

Kişinin vücuduna organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilen nitelikli cinsel saldırı suçunun, mağdurun iradesi dışında gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Mağdurun rızası varsa suç meydana gelmez. Mağdurun, failce gerçekleştirilen eyleme karşı tepkisiz kalması cebir veya tehdit ya da hile ile sağlanabilir. Bu şekilde elde edilen rıza geçerli bir rıza olarak kabul edilmemektedir. Ancak kullanılacak cebirin, cinsel saldırıyı gerçekleştirmeye yetecek ölçünün ötesinde, yani mağdurun direncinin kırılmasının ötesinde olması durumunda failin ayrıca kasten yaralamadan da sorumlu tutulacağı belirtilmiştir.

TCK’da “*cinsel organ*” kavramı yerine “*organ*” kavramı kullanıldığından, vücuda cinsel organ dışında, örneğin parmak⁹³ dâhil edilmesi de söz konusu suç kapsamında değerlendirilecektir. “*Vücuda*” kavramının, ırza geçme suçunun anlamını oldukça genişlettiği ve haklı olarak madde metninde yer almamasına rağmen, madde gerekçesinde buna yer verilmesinin, kanunilik ilkesiyle bağdaşmadığı gerekçesiyle eleştirilmiştir.⁹⁴

⁹¹ Artuk/Gökçen/Yenidünya, (2006), s. 142.

⁹² Nuhoglu, s. 619.

⁹³ New York Ceza Yasası, vajinaya parmak sokulmasını ırza geçme (rape) değil; ağır cinsel saldırı (aggravated sexual abuse) olarak düzenlemiştir, bkz. Aydın, s. 159.

⁹⁴ “...vücuda organ veya sair cisim sokmak, bu ne yahu? Vücudun neresine, koltuk altı olur mu? Bacak arası olur mu, ben bunu anlamadım” bkz. Öztürk, Bahri; TCK Reformu, TBB Panel, 1. Kitap, Ankara 2004, s. 144; aynı yönde bkz. Tezcan/Erdem/Önok; s. 236.

3. MANEVİ UNSUR

Bu suç kasten işlenebilen bir suçtur, taksirle işlenemez. TCK'nın 102. maddesinin gerekçesine göre, eylemin cinsel arzuların tatminine yönelmesi aranmaz. Failin herhangi bir nedenle, mağduru aşağılamak, intikam almak, korkutmak gibi amaçlarla hareket etmesi durumunda da suç gerçekleşir.

TCK'nın 102. maddesinin gerekçesinde, her ne kadar suçun temel şeklindeki aksine, cinsel arzuları tatmin maksadının aranmayacağı belirtilse de, fiilin niteliği gereği "*cinsel bir içerik*" taşıması gerekmektedir. Aksi takdirde diğer suç tiplerinden ayırt etmek zorlaşacaktır. Failde cinsel arzuları tatmin kastının aranmaması uygulamada sorunlara yol açacaktır. Çünkü suçun oluşması için vücuda organ veya sair cisim sokulması arandığından, örneğin bir kişinin ağzına cop veya şişe sokulması durumunda suçun nitelikli halinin meydana geldiğinden söz etmek gibi bir durum ile karşılaşılabilmektedir.⁹⁵

5. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİ

a. TEŞEBBÜS

Cinsel saldırı suçunun nitelikli hâline teşebbüs mümkündür. Fail suçun icra hareketlerine başladıktan sonra, elinde olmayan nedenlerle organ ya da sair bir cisim sokamamış ise eylem teşebbüs aşamasında kalmıştır. Cinsel saldırı suçlarında saldırı türüne göre o saldırı bakımından icra hareketi sayılacak hareketlerden birinin yapıldığının tespit edilmesi durumunda doğrudan icra hareketleri başlamış kabul edilecektir.⁹⁶ Örneğin; mağduru soymaya başlamak, soyunması için zorlamak, prezervatif takarak hazırlanmak hâllerinde suça teşebbüs edildiği kabul edilecektir.⁹⁷

⁹⁵ Artuk/Gökçen/Yenidünya, (2006), s. 152; Sevük, s. 258, 259; Toroslu, s. 59; Tezcan/ Erdem/Önok, s. 231; Hafızoğulları'nın bu konuya ilişkin eleştirisi ise şöyledir; "*cinsel amaç*" dışında bir kimsenin bir yerine bir şey sokmak fiilinin "*vücut dokunulmazlığına karşı*" bir suç değil de "*cinsel saldırı suçu*" sayılması anlaşılır bir "*gağ*" değildir. Çünkü cinsel amaç dışında bir kimsenin bir yerine bir şey sokarak onu aşağılamak fiili, gerekçede öyle dense de cinsel saldırı suçuna vücut vermez, her hâlde hakaret ve müessir fiil suçlarına vücut verir", bkz. Hafızoğulları, s. 4.

⁹⁶ Artuk/Gökçen/Yenidünya, (2006), s. 153.

⁹⁷ Gürkan/Uğuz, http://www.yayin.adalet.gov.tr/dergi/27_sayi.htm.

Failin hareketlerinin teşebbüs şeklinde değerlendirilebilmesi için kullandığı aracın ve yaptığı hareketlerin suçun tanımındaki fiili meydana getirmeye elverişli olması gerekir. Failin icra hareketleri kişinin vücuduna anal ya da vajinal yoldan cinsel organının sokulmasına yönelik olup da iktidarsızlığı nedeniyle icra hareketlerini tamamlayamaması durumunda fail bu suça teşebbüsten sorumlu tutulmalıdır. Bu sebeple, failin iktidarsızlığı sebebiyle cinsel saldırıyı gerçekleştirememesi durumunda, işlenemez suç değil, teşebbüs hükümleri uygulanmalıdır.⁹⁸ Gönüllü vazgeçme durumunda ise failin bu ana kadarki hareketleri başka bir suç oluşturuyorsa, örneğin basit cinsel saldırı suçunu, fail tamam olan bu kısım için cezalandırılacaktır.⁹⁹

b. İŞTİRAK

İştirak çeşitleri kanun tarafından sınırlı sayıda (numerus clausus) sayılmıştır. Bunların dışında bir iştirak çeşidi kabul edilerek cezalandırma yoluna gidilemez. TCK'nın 37 ve 38. maddelerinde *"asli failler"*, 39. maddesinde ise iştirakin diğer çeşidi olan *"yardım eden"* düzenlenmiştir. Yardım edenler kendi içinde maddi ve manevi olmak üzere ikiye ayrılır. İştirakin failin iradesine yönelik şekline manevi iştirak, maddi katkı arz eden şekline ise maddi iştirak adı verilmiştir.¹⁰⁰ İştirakin bu şekilleri arasındaki ayırımın *"failin işlenişi üzerinde kurulan hâkimiyet ölçü alınarak"* belirleneceği madde gerekçesinde açıklanmıştır. Bu suçta kişinin iktidarsız olduğundan, mağdurun vücuduna organ sokulması için bir başkasını araç olarak kullanması durumunda dolayısıyla faillik mümkündür.¹⁰¹

c. İÇTİMA

TCK'nın ilk hâlinde madde 43/3 gereğince, cinsel saldırı suçunda zincirleme suç hükümlerinin uygulanamayacağı şeklindeki düzenleme bulunurken, 5377 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik sonucu bu suç

⁹⁸ Sevik, s. 261; Tezcan/Erdem/Önok, s. 233; karşı görüşte ise, *"iktidarsızlığın mutlak olması durumunda işlenemez suç, nispi olması durumunda ise teşebbüsten sorumlu tutulması gerektiği"* belirtilmektedir, bkz. Dönmezer, s. 55, 56; Nuhoğlu, s. 621.

⁹⁹ Tezcan/Erdem/Önok, s. 233.

¹⁰⁰ Gürkan/Uğuz, http://www.yayin.adalet.gov.tr/dergi/27_sayi.htm.

¹⁰¹ Sevik, s. 262.

yönünden zincirleme suç hükümlerinin uygulanması sağlanmıştır.¹⁰² Ancak işlenen suçta mağdurlar birden fazla, yani farklı kişiler ise her bir mağdur bakımından ayrı ayrı suç olacaktır. Cinsel saldırı suçu işlenirken konut dokunulmazlığı da ihlal edilmişse fail ayrıca TCK'nın 116. maddesi gereği konut dokunulmazlığının ihlali suçundan da sorumlu olacaktır.

D. SUÇUN DAHA AĞIR CEZAYI GEREKTİREN HALLERİ

TCK'nın 102/3. maddesinde cinsel saldırı suçunun daha ağır ceza gerektiren hallerine veya diğer bir ifade ile suçun ağırlaştırıcı nedenlerine yer verilmiştir.

Cinsel saldırı suçunu incelerken, suçun *“basit”* ve *“nitelikli”* hallerini göz önüne alarak ikili bir ayrıma tabi tuttuk. Ancak öğretilerde bundan farklı olarak, TCK'nın 102/2. maddesinde nitelikli bir halin değil, suçun basit şeklinden tamamen bağımsız başka bir suçun söz konusu olduğu belirtilmiştir.¹⁰³

1. SUÇUN, BEDEN VE RUH BAKIMINDAN KENDİNİ SAVUNAMAYACAK DURUMDA BULUNAN BİR KİŞİYE KARŞI İŞLENMESİ (TCK m. 102/3-a)

Suçun işlenmesinde, *“mağdurun”* beden ve ruh sağlığı göz önüne alınarak, fiile direnç gösterebilme serbestisinin ortadan kalkmış olması ve bu hallerin de fail tarafından bilinmesi gerekmektedir. Ruh bakımından kendini savunamayacak durumunda olma, mağdurun kendini savunma imkanını tamamen ortadan kaldıracak nitelikte akli maluliyetinin bulunmasına bağlıdır. Ancak mağdurun saflığı ve de-neyimsizliği bu kapsamda değerlendirilemez. Beden hastalığında ise mağdur fiziki anlamda direnç göstermekten yoksun durumdadır. Ör-

¹⁰² Tezcan/Erdem/Önok, *“suçun nitelikli hali olarak öngörülmüş olsa da, 102/2. maddede tamamen farklı nitelikte bir suç olduğunu düşünmekte; aynı suç işleme kararına dayanarak değişik aralıklarla aynı kişiye yönelik basit ve nitelikli cinsel saldırı gerçekleştiğinde, zincirleme suç kurallarının uygulanamayacağını”* belirtmektedir, bkz. Tezcan/Erdem/Önok, s. 234.

¹⁰³ Tezcan/Erdem/Önok, s. 235.

neğin; mağdurun felçli olması, tabii uyku halinde olması¹⁰⁴ sağır dilsiz olması, görme engelli olması.¹⁰⁵

TCK, eski TCK'dan farklı olarak “akıl hastalığı” gibi bir ölçüt belirlemediğinden daha geniş bir kapsama sahiptir. Dolayısıyla gerek ge-
çici gerekse kalıcı olsun, gerçek anlamda bir hastalık teşkil etmemekle
birlikte, mağdurun eyleme geçerli bir rıza göstermesi ya da direnmesi
olanağını kısmen ya da tümüyle ortadan kaldıran tüm durumlar bu
kapsamda değerlendirilir.¹⁰⁶

2. SUÇUN KAMU GÖREVİNİN VEYA HİZMET İLİŞKİSİNİN SAĞLADIĞI GÜVENİN KÖTÜYE KULLANILARAK İŞLENMESİ (TCK m. 102/3- b)

Bu konuda, fail ile mağdur arasındaki bazı ilişkilerin varlığı önem kazanmaktadır. Fail, kamu kudretinin sağladığı yetki ile kamu görevi-
ni¹⁰⁷ ve hizmet ilişkisinin¹⁰⁸ sağladığı güç ve etkiyi kötüye kullanarak bu
suçu işlediğinde söz konusu ağırlaştırıcı neden uygulanacaktır.

¹⁰⁴ Yargıtay, tabii uyku halinin mağdurun mukavemet iktidarsızlığını içerdiğine karar vermiştir, bkz, Toroslu, s. 61.

¹⁰⁵ Artuk/Gökçen/Yenidünya, (2006), s. 155; Sevik, s. 266; Şen, s. 385.

¹⁰⁶ Sevik, “mağdurun iradi sarhoşluk ve uyuşturucu madde kullandığı durumlarda gerçekleştirilen cinsel saldırı da ağırlatıcı nedenin uygulanıp uygulanmayacağına tespiti için somut olayın değerlendirilmesi gerektiğini” düşünürken, bkz. Sevik, s. 266; Tezcan/Erdem/Önok ise, “bu nitelikli halin uygulanması bakımından mağdurun kendini savunma olanağını kaldırması bakımından kusurunun önem taşımamaktadır... söz gelimi, bir barda fazla içki içerek sarhoş olan kişiye karşı bu durumundan istifade ederek cinsel saldırı suçunun işlenmesi durumunda da bu ağırlaştırıcı neden uygulanacağı” kanaatindedir, bkz. Tezcan/Erdem/Önok s. 237.

¹⁰⁷ Bkz. Yarg. 5. CD, 6.5.1986, 1353/2309: “...Jandarma takım komutanı olan sanığın tahkikat yapacağından bahisle, karakola getirdiği müdahil üzerindeki nüfuzunu suiistimal etmek suretiyle ırza geçme suçunu işlediği anlaşılmış ve karar yerinde de böyle bir kabule yer verilmiş olmasına göre, cezasının özel nitelikleri TCK’nın 417. maddesi yerine genel nitelikteki 251. madde gereğince artırılması bozmayı gerektirmiştir”, (Savaş-Mollamahmutoğlu, III, s. 3955), akt. Artuk/Gökçen/Yenidünya, (2006), dipnot 59, s. 156.

¹⁰⁸ Bkz. Yarg. 5. CD, 14.3.1995, 551/660: “...unlu mamuller imalat bölümünde pasta ustası olan sanık Mevlüt’ün yanında çırak olarak çalışan mağdur Ahmet üzerinde hüküm ve nüfuzunun bulunduğu gözetilmemesi bozmayı gerektirmiştir” (Savaş-Mollamahmutoğlu, III, s. 3955), akt. Artuk/Gökçen/Yenidünya, (2006), dipnot 60, s. 156.

3. SUÇUN ÜÇÜNCÜ DERECE DÂHİL KAN VEYA KAYIN HISIMLIĞI İLİŞKİSİ İÇİNDE BULUNAN BİR KİŞİYE KARŞI İŞLENMESİ (TCK m. 102/3-c)

Cinsel saldırı suçlarında faille yakınlık, bu suçların işlenmesinde kolaylık sağladığından mağdur üzerindeki nüfuz, güç ve güvenin kötüye kullanılması daha ağır ceza verilmesini gerektirmiştir. Çünkü bu gibi hallerde hem fiilin gerçekleştirilmesi kolaylaşmakta hem de mağdurun direnci daha kolay kırılabilir. ¹⁰⁹

4. SUÇUN SİLAHLA VEYA BİRDEN FAZLA KİŞİ TARAFINDAN BİRLİKTE İŞLENMESİ (TCK m. 102/3-d)

TCK'nın 6/1-f maddesinde silahın tanımı yapılarak, silahtan ne anlaşılması gerektiği geniş bir biçimde belirlenmiştir. Buna göre: *"ateşli silahlar, patlayıcı maddeler, saldırı ve savunmada kullanılmak üzere yapılmış her türlü kesici, delici veya bereleyici alet, saldırı ve savunma amacıyla yapılmış olmasa bile fiilen saldırı ve savunmada kullanılmaya elverişli diğer şeyler, yakıcı, aşındırıcı, yaralayıcı, boğucu, zehirleyici, sürekli hastalığa yol açıcı nükleer, radyoaktif, kimyasal, biyolojik maddeler"* silahtır. Silah, niteliği gereği failin suçu işlemede mağdur üzerinde korku yaratarak onun direncinin kırılmasına kolaylık sağlamakta ve direnmesine engel olmaktadır. Bu sebeple de silahın somut olayda doğrudan doğruya kullanılmasına gerek yoktur. Örneğin suçun, silahın kılıfı içinde teşhir edilerek işlenmesi veya gerçeğine çok benzeyen oyuncak bir silahı teşhir ederek işlenmesi durumunda da bu ağırlaştırıcı hüküm uygulanacaktır. ¹¹⁰

Cinsel saldırı suçunun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi daha ağır ceza gerektiren diğer bir durumdur. Buna göre, bu suçun en az iki fail tarafından birlikte işlenmesi durumunda ağırlaştırıcı nedenden söz edilebilecektir. Cinsel saldırının bir başkasını *"azmettiren"* veya bir başkasına *"yardım eden"* sıfatıyla iştirak edilerek işlenmesi durumunda söz konusu ağırlaştırıcı nedenin uygulanması mümkün

¹⁰⁹ Artuk/Gökçen/Yenidünya, (2006), s. 156; Sevik, s. 267.

¹¹⁰ Artuk/Gökçen/Yenidünya, (2006), s. 157; farklı görüşte ise, *"failin silahlı olması yetmez, ayrıca cinsel saldırı fiili silah kullanılarak işlenmiş olması gerektiği"* ifade edilmektedir, bkz. Toroslu, s. 61.

olmayacaktır. Ancak sanıklardan birinin isnat kabiliyetine sahip olması ağırlaştırıcı nedenin uygulanmasına engel değildir.¹¹¹

E. CİNSEL SALDIRI SUÇUNUN NETİCESİ İTİBARIYLA AĞIRLAŞMIŞ HALLERİ

1. MAĞDURUN BEDEN VEYA RUH SAĞLIĞININ BOZULMASI (TCK m. 102/5)

Cinsel saldırı sonucunda mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması hâlinde faile verilecek ceza artırılacaktır. Ancak bu durumda, netice sebebiyle ağırlaştırılmış suçlar dolayısıyla sorumluluk için TCK'nın 23. maddesinde belirtilen koşulların gerçekleşmesi gerekmektedir. Failin sorumlu olabilmesi için netice konusunda en azından taksirli kabul edilebilmesi gerekecektir. Yani kastın çerçevesini aşan sonuçtan sorumluluğu için aşan kısım itibarıyla hiç olmazsa taksirli olduğunun kabul edilmesi gerekecektir.¹¹² Failin öngördüğü neticeden daha ağır bir netice meydana geldiğinde, neticenin fail tarafından öngörülüp öngörülemezliğine bakılacaktır. Failin, neticeyi öngörüp, olursa olsun iradesi ile hareket etmesi durumunda, gerçekleşen ağır neticeden, olası kastla hareket etmesi sebebiyle sorumlu tutulması söz konusu olacaktır.

Cinsel saldırı sırasında meydana gelen sıyrıklar ve ekimozlar cebir ve şiddetin doğal sonucu olarak kabul edildiği ölçüde bu ağırlaştırıcı hüküm uygulanmaz. eski TCK'da cezanın ağırlaştırılmasını gerektiren, *"failin bir marazın bulaşması sonucuna yol açması"*,¹¹³ *"mağdurun sağlığında önemli bir eksikliğe neden olması"*,¹¹⁴ *"maluliyete ve mayubiyete yol açması"*¹¹⁵ hallerine TCK'da yer verilmemiştir.

¹¹¹ Artuk/Gökçen/Yenidünya, (2006), s. 158; Toroslu, s. 62; Tezcan/Erdem/Önok, s. 239; Sevük, s. 267; Şen, s. 387.

¹¹² Sevük, s. 268; Gürkan/Uğuz, http://www.yayin.adalet.gov.tr/dergi/27_sayi.htm.

¹¹³ "...bu durumda mağdurun hastalık kapması söz konusudur. Hastalığın bizzat failden geçmesi aranmaz, çevreden veya kullanılan vasitalardan da kaynaklanabilir. Fail kendisinde bu hastalığın (AIDS, belsoğukluğu, frengi, cüzam, verem vb.) var olduğunun bilerek, bunun mağdura da geçmesini istiyorsa bu durumda ayrıca hastalığın niteliğine göre, kasten öldürme veya kastan müessir fiilden de söz edilecektir", bkz. Artuk/Gökçen/Yenidünya, (2003), s. 803

¹¹⁴ Artuk/Gökçen/Yenidünya, (2003), s. 803.

¹¹⁵ "Maluliyet halinde mağdurun bir uzvu, fiil sebebiyle devamlı arızaya uğramakta ve

Mağdurun ruh sağlığının bozulması uygulamaya bırakılmış olsa da psikolojik anlamda travmanın ne zaman meydana geldiğinin tespiti sorunlara yol açabilecektir. Öğretide ise, her cinsel saldırı sonucu mağdurda ruhsal çöküntü meydana geleceğinden, psikolojik bozukluğun ölçüsünün akıl hastalığı olup olmadığı sorgulanmakla beraber;¹¹⁶ kalıcı ruhsal bozukluğun bulunmasının esas alınarak fiile maruz kalan kişinin evlilikten veya karşı cinsle bir arada bulunmaktan soğumasının kalıcı olması ölçütünün bulunması gerektiği de ifade edilmektedir.¹¹⁷ Yargıtay kararlarında da yerleşmiş bir uygulama ile mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulup bozulmadığının tespiti için Adli Tıp Kurumu'ndan rapor alınması gerektiği vurgulanmıştır.¹¹⁸

eski TCK'dan farklı olarak TCK'da, "*kızlığın bozulması*" ağırlatıcı bir neden (eski TCK m. 418) veya bağımsız bir suç (eski TCK m. 423) olarak kabul edilmemiştir..

2. MAĞDURUN BİTKİSEL HAYATA GİRMESİ VEYA ÖLMESİ (TCK m. 102/6)

Cinsel saldırı sonucu mağdurun bitkisel hayata girmesi veya ölmesi durumunda, suçun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hali söz konusu olacaktır. Bunun için de fiil ile mağdurun bitkisel hayata girmesi veya ölüm neticesi arasında nedensellik bağı olmalıdır. Örneğin, cinsel saldırı sonrasında mağdurun intihar etmesi bu kapsamda değerlendirilmemektedir. Ancak cinsel saldırı suçu işlendikten sonra suçun ortaya çıkmaması için mağdur öldürülmüşse, hem cinsel saldırı hem de nitelikli kasten öldürme suçundan dolayı (TCK m. 82/g) faile ceza verilir ve bu durumda TCK 102/6 uygulanmaz.¹¹⁹

tedavisi mümkün olmamaktadır. Mayubiyet ise bir uzvun fizyolojik fonksiyonuna herhangi bir zarar gelmeden o uzvun estetik güzelliğinin ya da şeklinin bozulması (Yargıtay, ırza geçme ve ırza tasaddi suçlarında kızlığın bozulmasını mayubiyet olarak nitelendirmekteydi. Bkz. YCGK. 10.2.1992, 357/21) Bkz. Artuk/Gökçen/Yenidünya, (2003), s. 804.

¹¹⁶ Öztürk, s. 144; Aydın, s. 145; Hafızoğulları, s. 6.

¹¹⁷ Adli tıp uzmanlarına göre, kalıcı ruhsal bozukluğun bulunup bulunmadığı kişiden kişiye değişmekle birlikte iki ile altı ay arasında devam eden tedaviye rağmen iyileşme gerçekleşmemişse ruhsal bozukluğun varlığı kabul edilmektedir. Bkz. Artuk/Gökçen/Yenidünya, (2006), s. 159.

¹¹⁸ Yargıtay kararları için bkz. (5. CD, 25.1.2006, 2005/19291 E. ;2006/186 K.), (5. CD, 25.1.2006, 2005/16112 E. ;2006/182 K.), (5. CD, 2.2.2006, 2005/16884 E. ;2006/517 K.), (5. CD, 225.1.2006, 2005/19115 E. ;2006/181 K.), Artuç/Gedikli, s. 102-108.

¹¹⁹ Tezcan/Erdem/Önok, s. 242; Artuk/Gökçen/Yenidünya, (2006), s. 160.

Failin, suçu işlerken kullandığı vasıtalar dolayısıyla bitkisel hayat veya ölüm vukua geldiğinde de bu hüküm uygulanmaz. Ayrıca cinsel saldırının tamamlanmış olması ile teşebbüs aşamasında kalmış olması arasında bu hükmün uygulanması açısından da fark yoktur.¹²⁰ Bitkisel hayat kavramı açısından da kasten yaralama suçunun nitelikli halleri uygulama bulur.

F. EVLENMENİN ETKİSİ, KOVUŞTURMA VE YAPTIRIM

eski TCK'nın 434. maddesinde ırza tasaddi veya ırza geçme suçunda fail ile mağdurun evlenmesi bir cezasızlık nedeni olarak sayılmaktaydı. TCK ise bu konuda farklı bir düzenleme getirerek fail ile mağdurun evlenmesi bakımından kamu davasını veya cezayı ortadan kaldıran bir sonuç öngörmemiştir.¹²¹

Cinsel saldırı suçunun basit şeklinde fail ile mağdurun evlenmesi kovuşturmayla bu hüküm uyarınca engel teşkil etmeyecektir. Ancak bu ihtimalde şikâyetten vazgeçme mümkündür. Suçun nitelikli şekli açısından soruşturma ve kovuşturma, fiilin evlilik birliği içinde gerçekleştirilmiş olup olmamasına göre farklılık gösterecektir. Evlilik birliği içinde gerçekleştirilen nitelikli cinsel saldırı suçunda soruşturma ve kovuşturma için şikâyet aranırken, diğer nitelikli hallerde ise şikâyet aranmamakta, resen takip yapılmaktaydı. Ancak Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 2007 tarihli kararında yeni bir uygulamaya yol açmıştır. Buna göre: *"Eşe karşı silahla, nitelikli cinsel saldırıda bulunulması durumunda; silahla, birden fazla kişi tarafından cinsel saldırı suçunun işlenmesi halinde; kardeşe, anneye ve babaya cinsel saldırı suçunda; kamu görevlisinin nüfuzu altında bulunan kişilere karşı cinsel saldırı suçunda; beden ve ruh bakımından kendisini savunamayacak durumdaki kişilere cinsel saldırı suçunda artı şikâyet şartı aranmayacaktır"*.¹²²

Suçun basit şeklinin (TCK m. 102/1) müeyyidesi *"iki yıldan yedi yıla kadar haptistir"*. Nitelikli cinsel saldırı suçunun müeyyidesi (TCK m. 102/2) ise *"yedi yıldan on iki yıla kadar haptistir"*. Suçun (TCK m. 102/3)

¹²⁰ Artuk/Gökçen/Yenidünya, (2006), s. 160.

¹²¹ "...cinsel saldırının temel şeklinin eşler arasında işlenmesini cezalandırmayan bir anlayışın, suçun işlenmesinden sonra fail ile mağdur arasında evliliğin gerçekleşmesine rağmen, niçin faili cezalandırma yoluna gittiğini anlamak mümkün gözükmemektedir", eleştirisi için bkz. Tezcan/Erdem/Önok, s. 243.

¹²² Bkz. <http://www.turkhukuksitesi.com/showthread.php?t=7464>, (16.10.2007).

daha ağır cezayı gerektiren hallerinde ise faile verilecek ceza “yarı oranında” artırılır.

Suçun işlenmesi sırasında mağdurun direncinin kırılmasını sağlayacak ölçünün ötesinde cebir kullanılması durumunda, faile “cinsel saldırı suçunun yanı sıra kasten yaralama suçunun cezası” da verilir. Suçun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hali olan mağdurun ruh veya beden sağlığının bozulmasına yol açması durumunda fail “on yıldan az olmamak üzere hapis” cezası ile cezalandırılır. Cezanın üst sınırının belirlenmemiş olması sebebiyle de TCK’nın 49. maddesi gereği üst sınır en fazla “yirmi yıl hapis” olarak kabul edilir. Cinsel saldırı suçu sonucu mağdurun bitkisel hayata girmesi veya ölmesi durumunda ise fail “ağırlaştırılmış müebbet hapis” cezası ile cezalandırılır.

KAYNAKLAR

- Akal, Cemal Bali, *Siyasi İktidarın Cinsiyeti*, Ankara 1994.
- Artuç, Mustafa/ Gedikli, Cemil, *TCK-CMK-CGİK-ÇKK ve 5560 Sayılı Kanunla Getirilen Yenilikler*, Ankara 2007.
- Artuk, Mehmet Emin, Yeni Türk Ceza Kanunu’nun Temel İlkeleri, *Hukuk ve Adalet Dergisi*, S. 5, 2005, s. 11-19
- Artuk, Mehmet Emin/ Yenidünya, Caner, Evlilik İçinde Irza Geçme, in: *Cumhuriyet’in 75. Yıl Armağanı*, İstanbul 1999, s. 57-70.
- Artuk, Mehmet Emin/ Gökçen, Ahmet/ Yenidünya, Caner, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Ankara 2003.
- Artuk, Mehmet Emin/ Gökçen, Ahmet/ Yenidünya, Caner, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Ankara 2006.
- Aydın, Öykü Didem, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, *Hukuki Perspektifler Dergisi*, S. 2, 2005.
- Bayraktar, Köksal, Kadına Karşı Şiddet, in: *İnsan Hakları Hukuku ve Kadın*, İstanbul 2003, s. 65-72.
- Can, Cahit, *Toplumsal İnsanın Evrensel Doğası ve Cinsel Suçlar*, Ankara 2002.
- Centel, Nur, Cinsel Suç Mağduru Kadının Korunması, in: *Kenan Tunçomağ’a Armağan*, İstanbul 1997, s. 59-70.

- Dinçkol, Bihteran Vural, Kadının İnsan Hakları, in: *İnsan Hakları Hukuku ve Kadın*, İstanbul 2003, s. 13-19.
- Dönmezer, Sulhi, *Ceza Hukuku Özel Kısım*, İstanbul 1983.
- Evik, Ali Hakan, Ceza Kanunumuz ve Kadın, in: *Çetin Özek Armağanı*, İstanbul 2004, s. 349-365.
- Fromm, Erich, *İnsandaki Yıkıcılığın Kökenleri*, (Çev. Şükrü Alpagut), İstanbul 1993.
- Godenzi, Alberto, *Cinsel Şiddet*, (Çev. Sultan Kurucan-Yakup Coşar), İstanbul 1992.
- Gürkan, Şeref/Uğuz, Ahmet, Yeni Ceza Yasamızda Cinsel Suçlar, *Adalet Dergisi*, S. 27, http://www.yayin.adalet.gov.tr/dergi/27_sayi.htm.
- Hafızoğulları, Zeki, *Beşeri Cinsellik ve Yeni Türk Ceza Kanunu*, <http://www.abchukuk.com/cezahukuku/cinsel-suclar.html>.
- Kocasakal, Ümit, TCK Sistematiği ve Sorunları Üzerine Söyleşi, *Ankara Barosu Hukuk Gündemi Dergisi*, 2006, S. 4, s. 44-49.
- Köknel, Özcan, *Kaygıdan Mutluluğa Kişilik*, İstanbul 1999.
- Mahmutoğlu, Fatih, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Hukuka Uygunluk Nedenleri, *Hukuk ve Adalet Dergisi*, 2005, S. 5, s. 42-61.
- Nuhoğlu, Ayşe, Türk Ceza Kanunu'nda ve 2002 Tasarısında Cinsel Suçlar, in: *Çetin Özek Armağanı*, İstanbul 2004, s. 609-641.
- Okumuş, Hülya, Cinsel Suç Faillerinde Kişilik Yapısı-Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 1994.
- Özgenç, İzzet, *Gerekçeli Türk Ceza Kanunu*, Ankara 2004.
- Öztürk, Bahri, TCK Reformu, *Türkiye Barolar Birliği Panel*, 1. Kitap, Ankara 2004, s. 138-171.
- Polat, Oğuz, *Klinik Adli Tıp-Adli Tıp Uygulamaları*, Ankara 2006.
- Sancar, Türkan Yalçın, *TCK Tasarısının (2000) Bazı Hükümleri Hakkında Düşünceler*, <http://auhf.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv/AUHF-2002-51-03/AUHF-2002-51-03-TSancar.pdf>.
- Seminara, Sergio, İtalyan Ceza Kanunu Reformları, *Hukuki Perspektifler Dergisi*, S. 3, 2005, s. 202-206.
- Sevük, Handan Yokuş, 5237 Sayılı TCK'da Cinsel Saldırı ve Cinsel Taciz Suçları, *TBB Dergisi*, S. 57, s. 243-282.

- Şen, Ersan, *Yeni TCK'nın Yorumu*, Cilt I, İstanbul 2006.
- Tezcan, Durmuş/ Erdem, Mustafa/ Önok, Murat, *5237 Sayılı TCK'ya göre Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, Ankara 2006.
- Toroslu, Nevzat, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Ankara 2005.
- Toroslu, Nevzat, *Ceza Hukuku Türleri*, *Hukuk ve Adalet Dergisi*, S. 5, 2005, s. 61-65.
- Ünver, Yener, *Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer*, Ankara 2003.
- Yılmaz, Ejder, *Hukuk Sözlüğü*, Ankara, 2001.
- Yumul, Arus, Savaş ve Kadın, *Hukuk ve Adalet Dergisi*, S. 1, 2004, s. 39-53.