

5237 SAYILI TÜRK CEZA KANUNU'NDA CİNSEL SALDIRI VE CİNSEL TACİZ SUÇLARI

Yrd. Doç. Dr. Handan YOKUŞ SEVÜK*

I. GENEL OLARAK

5237 sayılı yeni Türk Ceza Kanunu'nun ikinci kitabının “*Kişilere Karşı Suçlar*” kısmında cinsel saldırı, çocukların cinsel istismarı, reşit olmayanla cinsel ilişki ve cinsel taciz suçları düzenlenmiştir. Değişen ceza hukuku anlayışı ile bu suçlar, cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar bölüm başlığı altında düzenlenerek cinsel özgürlük korunmuştur.

Karşılaştırmalı hukuk incelendiğinde de öncelikle kanunların cinsel dokunulmazlığa karşı suçlara ilişkin olarak bölüm başlıklarında cinsel özgürlüğün ön plana çıkarıldığı görülmektedir. Örneğin; İsviçre Ceza Kanunu'nda başlık cinsel bütünlüğe karşı suçlar iken, Alman Ceza Kanunu'nda başlık cinsel özgürlüğe karşı suçlardır.¹ Fransız Ceza Kanunu'nda cinsel saldırılar, vücut bütünlüğüne ve psikolojik bütünlüğe karşı işlenen suçlar başlığı altında düzenlenmiştir.² Polonya Ceza Kanunu ise cinsel dokunulmazlığa karşı suçları cinsel ilişkinin bireyin kişisel özgür tercihi ve gereksinimi olduğu anlayışına dayalı olarak düzenlemiştir.³

5237 sayılı TCK, cinsel dokunulmazlığa karşı suçları düzenlerken cinsel saldırı, cinsel istismar, cinsel taciz gibi yeni kavramlar getirmiş, 765 sayılı TCK'da geçen ırza tasaddi, ırza geçme, söz atma ve sarkıntılık kavramlarına yer vermemiştir. Öğretide, kanunun ırza geçme, ırza tasaddi

* Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Ana Bilim Dalı öğretim üyesi

¹ Nuhoğlu, Ayşe, “Türk Ceza Kanunu'nda ve 2002 Tasarısı'nda Cinsel Suçlar”, *Çetin Özek Armağanı*, İstanbul 2004, s. 609.

² Tezcan, Durmuş-Erdem, Mustafa Ruhan, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 2. Bası, İzmir 2002, s. 333.

³ Ünver, Yener, *Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer*, Ankara 2003, s. 1034.

kavramı yerine, cinsel saldırı kavramını tercih etmesi eleştirildiği gibi,⁴ cinsel davranış gibi bir kavramın kullanılmasının modern ceza hukuku felsefesine daha uygun olup “ırza geçme ve tasaddi” gibi terimlerinden kaçınılmasının isabetli olduğu da düşünülmektedir⁵. Kanun’un bu düzenleniş şekli, cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar başlığı altında yer alan suçların 765 sayılı TCK’nın bugüne kadar ortaya koyduğu uygulamayla bir bütünlük arz etmediği, 765 sayılı TCK’nın eksik yönlerinin tamamlanması yoluna gidilmesi gerektiği, bu Kanun da bu yola gidilmeyerek, uygulaması Türk hakimlerince bilinmeyen kendi içinde bir bütünlüğe sahip bulunan İspanyol Ceza Hukuku kurallarının kabul edilmesi ve cinsel saldırı, cinsel taciz, çocukların cinsel istismarı ayırımının nasıl yapılacağı konusunda herhangi bir düzenlemeye gidilmemiş olmasının uygulamada güçlüklerle neden olacağı bakımından eleştirilmiştir.⁶ Ayrıca, cinsel taciz, cinsel saldırı ve çocukların cinsel istismarı suçlarının kanunilik ilkesi bakımından sorun oluşturacağı da belirtilmiştir.⁷

II. CİNSEL DOKUNULMAZLIĞA KARŞI SUÇLARIN TARİHÇESİ

Bireyin cinsel özgürlüğünü ihlal eden, ailenin toplumdaki itibarını zedeleyen fiiller eskiden beri cezalandırılmıştır. Roma hukukunda VIII. yüzyıla kadar cinsel özgürlüğe yönelik suçlardan dolayı cezalandırma aile babasının cezai yetkisine veya Censoslara bırakılmıştı. Daha sonraları ise ahlaka karşı eylemleri cezalandıran “*Lex Julia de Adulteris*” yürürlüğe girmiş ve bu Kanun’la zina ve çok evlilik, ensest eylemleri suç olarak kabul edilip cezalandırılmıştır. İmparatorluk hukukunda ise, kadınlara karşı yapılan iffetsiz hareketler cezalandırılmış, ırza geçme ise niteliği itibarıyla özgürlüğe karşı bir suç olarak kabul edilmiştir. Roma hukukunun son zamanlarında ise, kendi vesayeti altına bırakılan kimselerin ırzına geçenlerin cezalandırıldığı görülmektedir.⁸

⁴ Tezcan, Durmuş-Erdem, Mustafa Ruhan; “Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nin TCK Tasarısı Hakkındaki Raporu”, *Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci Kitap Makaleler, Görüşler, Raporlar*, Türkiye Barolar Birliği, Ankara 2004, s. 351; Aynı doğrultuda Artuk, Mehmet Emin’in görüşü için bkz., *Türkiye Barolar Birliği, Türk Ceza Kanunu Reformu, Birinci Kitap, Toplumsal Değişim Sürecinde Türk Ceza Kanunu Reformu, Panel 21-22 Mayıs 2004*, Ankara, s. 150-152.

⁵ Mahmutoglu, Fatih Selami, “TBMM Adalet Komisyonu’nda Kabul Edilen Türk Ceza Kanunu Tasarısı Hakkında Görüş”, *Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci Kitap Makaleler, Görüşler, Raporlar*, Türkiye Barolar Birliği, Ankara 2004, s. 358.

⁶ Tezcan, Erdem, *TCK Tasarısı Hakkındaki Rapor*, s. 351.

⁷ Artuk’un görüşleri için bkz., *TBB Birinci Kitap*, s. 150-152.

⁸ Yarsuvat, Duygun, “Mukayeseli Hukukta Cinsi Suçlar ve Müeyyideleri”, *İHFM* 1964, c. XXX, s. 1-2, s. 115-116.

Ortaçağda da ferdi ahlakileşmeyi sağlamak ve genel ahlakı korumak amacıyla cinsel özgürlüğe yönelik eylemler suç sayılmıştır. Bu dönemde ceza kanunlarının cinsel suçlarla ilgili bölümlerinde dinsel bir düzenleme kendini hissettirmiştir. Suç ile günah arasında kesin bir sınır çizilmemekte ve bu iki kavram iç içe düşünülmekteydi. Bu nedenle ahlaksızlığı bir günah olarak kabul eden Kanunî hukuktaki, cinsel suçların içeriği ile bugünkü cinsel suçların içeriği farklıdır.⁹

İslam hukukunda, cinsel suçlar had suçlarından olup, evlilik dışı gerçekleştirilen tüm cinsel ilişkiler zina suçu olarak kabul edilmiş, basit zina celde, nitelikli zina ise recm, ensest ilişki ise idam cezası ile cezalandırılmıştır. Zina eylemi zorla gerçekleştirildiğinde, üzerinde cebir uygulanan kadının zina suçundan dolayı cezalandırılmayacağı kabul edilmiştir. Küçük çocuklar ve akıl hastaları rızalarıyla olsa cinsel ilişkide bulunsalar dahi, bundan dolayı sorumlu tutulmazlar, ancak onların rızaları geçerli sayılmadığı için faile had cezası verilir.¹⁰

Osmanlı hukukunda Kanunî Kanunnamesi'ne söz atma, sarkıntılık ve tasaddi suçları cezalandırılmıştır.¹¹ Irza geçmek suçu ilk defa Türk hukukunda 1274 tarihli Ceza Kanunname-i Hümayunu'nda düzenlenmiştir. 765 sayılı TCK'da düzenlenen ırza geçme, ırza tasaddi, söz atma, sarkıntılık suçları gibi cinsel suçlar, mehz 1889 İtalyan Ceza Kanunu'ndan değiştirilerek alınmıştır.¹²

III. KORUNAN HUKUKSAL DEĞER

Suçların tasnifinde, suçların özel mahiyetlerini ve niteliğini ortaya koymak ve bu suretle önemini göstermek bakımından genellikle suçun hukuki konusu kriteri uygulanmaktadır.¹³ 765 sayılı TCK ve 5237 sayılı TCK da bu kriteri kabul etmiştir. Suçun kanunda düzenlendiği yer, koruduğu hukuksal değeri ön plana çıkarır. Bu bakımdan 765 sayılı TCK'da cinsel suçların "Adabı Umumiye ve Nizamı Aile Aleyhinde Cürümler" babında düzenlendiği göz önüne alındığında, cinsel suçlarda korunan hukuksal değer

⁹ Yarsuvat, s. 116-117.

¹⁰ Avcı, Mustafa, *Osmanlı Hukukunda Suçlar ve Cezalar*, s. 160 ve 168.

¹¹ Avcı, s. 203-204.

¹² Dönmezer, Sulhi, *Ceza Hukuku Özel Kısım, Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler*, 5. Bası, İstanbul 1983, s. 41 ve 49.

¹³ Toroslu, Nevzat, "Suçların Tasnifi Sorunu ve Taksirli Suçlar ile Kabahatler Konusunda Bazı Eğilimler", *Değişen Toplum ve Ceza Hukuku Karşısında TCK'nın 50 Yılı ve Geleceği*, İstanbul 1977, s. 119.

genel ahlak ve aile düzenidir. Bir başka deyişle bu suçlar ile genel ahlakın ve ailenin korunması amaçlanmıştır.¹⁴ Cinsel suçların bazılarının koruduğu hukuksal değer aile ve ahlak olduğu, ülkemizde olduğu gibi eski Alman ceza hukuku öğretisinde de ifade edilmiştir.¹⁵

Ancak ceza hukukunun asli ödevinin ahlaki oluşturan bir fonksiyon olduğu anlayışı terk edilmiş, ceza hukukunun ödevinin hiçbir zaman ahlak, adap, etik normlara aykırılıkları suç haline getirmek olmadığı anlayışı benimsenmiştir. Ahlaki kurallara aykırılıklar, onlar bir hukuksal değer haline gelmedikleri sürece devletin ceza uygulama yetkisi bakımından bir gerekçe oluşturmazlar. Bugün ceza hukukunun hukuksal değerlerin korunmasına ilişkin bir araç olduğu belirtilmektedir.¹⁶ Artık ceza hukuku cezalandırma hukuku olmaktan çıkarak bireysel hakları koruma hukuku olmuş, bunun sonucunda suçla korunan hukuksal değer de doğrudan ve dolaylı olarak bireysel sübjektif haklar ortaya çıkmıştır.¹⁷ Bu bakış açısı cinsel dokunulmazlığı karşı suçlarda da kendisini göstermiştir.

Günümüz çağdaş toplumun değişmiş yapısı, cinsel suçların hukuksal değer görüşünü oldukça değiştirmiş olup bu değer artık genel adap, genel ahlak, geleneksel değer yargıları olmayıp, kişinin bireysel cinsel tercih hak ve özgürlüğüdür.¹⁸ Cinsel suçların koruduğu hukuksal değer, bireyin özgürce cinsel tercihini belirlemesi olarak kabul edilmelidir. Bu cinsel tercihin özgürce belirlenmesi hukuksal değeri çeşitli şekillerde ihlal edebilir ve bunun ihlal şekilleri çeşitli cinsel suçların oluşumuna kaynaklık eder. Irza geçmedeki ihlal şekli ile aralarında nüfuz-tedip-koruma ilişkisi olan kişilerden birinin diğeri hakkında işlediği cinsel suç veya kadın veya çocukların kötüye kullanımı ile pornografik yayınlara ilişkin suçlar arasındaki temel fark budur. Yoksa devlet herhangi bir cinsel ahlakı hukuk, ceza hukuku hükümleri aracılığıyla bireylere benimsetemez ve buna girişemez.¹⁹

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda, cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar esas itibarıyla kişiye karşı işlenen suçlar olması nedeniyle 2. Kitabı'nın "Kişilere Karşı Suçlar" başlıklı İkinci Kısım altında düzenlenmiştir TCK 102.

¹⁴ Centel, Nur, "Cinsel Suç Mağduru Kadının Korunması", Prof. Dr. Kenan Tunç Omağ'a Armağan, İstanbul 1997, s. 61.

¹⁵ Ünver, Hukuksal Değer, s. 1032.

¹⁶ Yener, Hukuksal Değer, s. 1025.

¹⁷ Özek, Çetin, "1997 Türk Ceza Yasası Tasarısı'na İlişkin Düşünceler", Prof. Dr. Sahir Erman'a Armağan, İstanbul 1999, s. 663.

¹⁸ Ünver, Yener, "Özellikle Cinsel Suçlar Alanında Olmak Üzere, Kadımlarla İlgili Ceza Hukuku Normlarındaki Değişim ve Türkiye'deki Durum", Adalet Yüksekokulu 20. Yıl Armağanı, İstanbul 2001, s. 295.

¹⁹ Ünver, Hukuksal Değer, s. 1033-1034.

maddenin gerekçesinde, bu bölümde yer alan suçlarla korunan ortak hukuki değer, kişilerin cinsel dokunulmazlığı olduğu ve cinsel dokunulmazlığın, kişilerin vücudu üzerinde cinsel davranışlarda bulunulması suretiyle ihlal edileceği belirtilmiştir. Ancak öğretilde, cinsel suçlardan olan cinsel saldırı suçunda vücut dokunulmazlığının ihlalinin söz edilmesi, burada ihlal edilenin vücut dokunulmazlığı değil, bunu da içerecek şekilde cinsel dokunulmazlık olduğu gerekçesiyle eleştirilmiştir.²⁰ Kanımca, öğretilde²¹ eskiden beri savunulan cinsel dokunulmazlığa karşı suçların koruduğu hukuksal değer bireyin cinsel özgürlüğü olduğu anlayışını göstermesi bakımından, bu suçların kanunda düzenleniş yeri isabetlidir. Böylece Ceza Kanunu tarafından bireylerin cinsel özgürlüğüne yönelik eylemler cezalandırılarak koruma sağlanmıştır.

IV. CİNSEL SALDIRI SUÇU

A. Genel Olarak

TCK m. 102’de düzenlenen cinsel saldırı suçunda,²² 765 sayılı TCK’nın 414, 418 ve 421. maddelerinde düzenlenen ırza geçme, ırza tasaddi ve sarkıntılık suçlarına yer verilmektedir.²³ Bu düzenleme Galatasaray Üniversitesi’nin TCK Tasarısı hakkında bildirdiği görüşte; cinsel saldırı terimi ve

²⁰ Galatasaray Üniversitesi, “Türk Ceza Kanunu Tasarısı Hakkında Galatasaray Üniversitesi’nin Görüşü”, Yarsuvat, Duygun - Bayraktar, Köksal - Yüzbaşıoğlu Necmi..., *Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci Kitap Makaleler, Görüşler, Raporlar*, Türkiye Barolar Birliği, Ankara 2004, s. 308.

²¹ Tezcan, Erdem, *Ceza Özel*, s. 335; Nuhoğlu, s. 613.

²² TCK m. 102.: (1) Cinsel davranışlarla bir kimsenin vücut dokunulmazlığını ihlal eden kişi, mağdurun şikayeti 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 halinde, soruşturma ve kovuşturmanın yapılması mağdurun şikayetine 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. Silahla veya birden fazla kişi tarafından birlikte, işlenmesi halinde, yukarıdaki fıkralara göre verilen cezalar yarı oranında artırılır.

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

suçu içerisinde, yürürlükteki kanun ve hukukumuzda yer alan ırza geçme ve ırza tasaddi suçları ve hatta sarkıntılık suçlarının bir arada düzenlenmesi, bu halin ileride cinsel eylemlerin çok ağır cezalarla karşılanmasına neden olabileceği gerekçesiyle eleştirilmektedir. Kanımca, sarkıntılık suçunun vücuda temas ile gerçekleşmesi mümkün olduğu²⁴ ve sarkıntılık suçunun bu şekilde işlenmesi halinde cinsel saldırıda olduğu gibi cinsel davranışlarla kişinin vücut dokunulmazlığının ihlali söz konusu olduğu için, sarkıntılık suçunun cinsel saldırı içinde düzenlenmesi yerinde olmuştur. Ayrıca bu düzenleme ile 765 sayılı TCK m. 421'in uygulanmasında olduğu gibi eylemin hangi halde söz atma, hangi halde sarkıntılık olduğunu tespitteki zorluk giderilmiştir.²⁵ Bu düzenlemenin, tüm cinsel eylemlerin çok ağır cezalarla karşılanmasına neden olabileceği konusundaki eleştiriye ise, hakim, somut olayda; suçun işleniş biçimini, suçun işlenmesinde kullanılan araçları, suçun işlendiği zaman ve yeri, suçun konusunun önem ve değerini, meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığını, failin kast veya taksire dayalı kusurunun ağırlığını, failin güttüğü amaç ve saiki, göz önünde bulundurarak, işlenen suçun kanuni tanımında öngörülen cezanın alt ve üst sınırı arasında temel cezayı belirleyeceği için (TCK m. 61) katılmamaktayım.

Maddede cinsel saldırı suçu ve cinsel saldırı suçunun nitelikli hali düzenlenmektedir. Cinsel saldırı suçunun temel şeklinde (m. 102/1), cinsel arzuları tatmin amacına yönelik davranışlarla kişinin vücut dokunulmazlığının ihlal edilmesi, cinsel saldırının nitelikli halinde (m. 102/2) ise cinsel arzularını tatmini amacına yönelik olmasa da vücuda organ veya bir cisim sokulması cezalandırılmaktadır.

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

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

²³ Çocuklara karşı cinsel davranışlar TCK m. 103'de "Çocukların cinsel istismarı" şeklinde düzenlenmiştir.

²⁴ Sanığın, mağdureye aniden arkasından sarıldığı, göğüslerini sıktığı mağdurun bırak demesi üzerine bırakıp gittiği anlaşılmakla; devamlılık arz etmeyen ani hareketlerin TCK'nın 421/2. maddesinde tanımlanan sarkıntılık suçunu oluşturduğu gözetilmeden yazılı şekilde hükme varılması (Y. 5. CD, 20.03.2002, 3787/1752); Meran, Necati, *Gerekeçli-Karşılaştırmalı 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu*, Ankara 2004, s. 504.

²⁵ "Sanıkların birlikte yazıp evinin kapısının altından atarak mağdureye ulaştırdıkları mektup ile ekindeki resimlerin bir defada olması karşısında eylemlerinin söz atma yerine sarkıntılık olarak kabulüyle hükümlülüklerine karar verilmesi" (Y. 4. CD, 9.10.2002, 12216/146219), bkz., Meran, s. 504; "Devamlılık ve sırnaşıklık arz eden sanığın eyleminin kül halinde TCK'nın 421/2 maddesinde yazılı sarkıntılık suçunu oluşturduğu halde, söz atmaktan hüküm kurulması, karşı temyiz yapılmadığından bozma nedeni yapılmamıştır. (Y. 5. CD, 30.10.2001, 1342/6809), bkz., Meran, s. 505.

Cinsel saldırı suçunun özelliği, bu suçu oluşturan fiillerin mağdurun iradesi dışında gerçekleştirilmesidir.²⁶ Cinsel saldırı suçunda cebir, tehdit, hile veya mağdurun iradesini etkileyen haller maddede unsur olarak düzenlenmemiş ancak maddenin gerekçesinde, mağdura karşı cebir veya tehdit ya da hile kullanılabileceği gibi, örneğin bilincinin yitirilmesine neden olmak veya uyku hali dolayısıyla bilincinin kapalı olmasından yararlanmak suretiyle de bu suçların işlenmesinin mümkün olduğundan söz edilmiştir. Çocukların cinsel istismarı suçunu düzenleyen TCK m. 103/1-b’de ise, 16-18 yaş arasındaki çocuklara karşı gerçekleştirilen cinsel davranışların cezalandırılabilmesinin, bunların cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilmesi halinde mümkün olduğu şeklinde bir hüküm getirilmiştir. Bu maddenin gerekçesinde; bu nitelendirmenin, cinsel saldırı ve cinsel istismar fiilleri açısından ortaya konan ayırım ölçütüne göre aykırı olmakla birlikte; suçun mağdurunun çocuk olması ve bu fiiller karşısında direncinin zayıflığı göz önünde bulundurularak, söz konusu fiillerin de bu madde kapsamında suç olarak tanımlanması yoluna gidildiği ve çocuğun iradesinin ortadan kaldırılmış olması değil, “iradeyi etkileyen neden” ifadesi kullanıldığı belirtilmektedir. Kanun koyucunun çocukların istismarı suçunda böyle bir düzenlemeye gitmesinin nedeninin çocuğu koruma amacı olması, cinsel saldırı ile cinsel istismar fiilleri arasındaki farkı tespitinde sorunlara yol açacağı gerçeğini değiştirmez.²⁷

Cinsel saldırı suçunda, kişiye karşı gerçekleştirilen cinsel davranışların kişinin rızasına aykırı olarak gerçekleştirilmesi gerekmektedir; diğer bir deyişle TCK m. 26/2 gereği kişinin rızası hukuka uygunluk nedeni olup, rızanın varlığı ceza sorumluluğunu ortadan kaldırmaktadır.²⁸ Rıza kapsamı dışındaki tüm eylemlerin hukuka aykırılığı söz konusu olacağından, önce verilen rızanın eylemler devam ederken geri alınması veya daha ileriye götürülmesine rıza gösterilmemesi halinde de eylem cinsel saldırı suçunu oluşturacaktır. Ceza sorumluluğunu kaldıran bir sebep olarak rıza, suçun oluşumu açısından fiilin işlenmesinden önce ve en geç işlendiği sırada açıklandığında etkili olur. Bu nedenle cinsel davranışa maruz kalan kişi TCK m. 102/1 anlamında kişinin cinsel davranışlarına rıza göstermiş,

²⁶ 102. maddenin gerekçesi.

²⁷ Aydın’da cinsel davranışlarla vücut dokunulmazlığını ihlal ile cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilen cinsel davranışlar arasındaki farkın belli olmadığı görüşündedir. Bkz., Aydın, Öykü Didem, “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar” HPD, s. 2, Sonbahar 2004, s. 159.

²⁸ TCK m. 26/2’e göre; “Kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez.”

ancak m. 102/2 anlamında failin vücuduna organ sokmasına rıza göstermemişse, bu durumda failin TCK m. 102/2'den sorumluluğu olacağı izahtan uzaktır.²⁹

Rızanın olup olmadığı belirlenirken, bu suçta korunan hukuksal değerlerin cinsel dokunulmazlık olduğu ve istenmeyen eylemin kişinin cinsel özgürlüğünü de içerecek şekilde vücuduna dokunulmaması olduğu göz önünde tutulduğunda kişinin “hayır” demesi rızanın olmadığını göstermesi bakımından yeterlidir. Ayrıca bu saldırı karşısında mağdurdan farklı bir direnç göstermesini beklemenin, her somut olay bakımından değerlendirilmesinin gerekliliği gözden kaçırılmamalıdır.³⁰ Mağdurun ve failin direnci algılama şekli, fail ile mağdur arasındaki fiziksel güç farklılıkları, olayın gerçekleştiği zaman ve yer, cinsel saldırıya maruz kalmamak için bedensel direnç gösterilmesini anlamsız kılabilir. Bu nedenledir ki somut olayda rızanın olmadığını söyle ve hareketlerle belirtmek yeterli olabilir. Örneğin; evinde çocukları uyurken böyle bir cinsel saldırıya maruz kalan kadının bu eyleme rıza göstermediğini açıkça belirttikten sonra çocuklarının bu olaya şahit olacağı endişesiyle ayrıca faille fiziki bir mücadeleye girmediği için eyleme rıza gösterdiği sonucuna varılamaz ve bu durumda ayrıca bedensel bir direnç göstermesi beklenemez.

Mağdura karşı cebir veya tehdit ya da hile ile cinsel saldırı suçu işlenebilir. Cinsel saldırı suçunun işlenmesindeki araçlardan biri olan cebir, bir kimsenin iradesini etkileyerek yapmak istediğinden başka bir hareketi yapmasına sebep olacak biçimde maddi veya manevi zor kullanmaktır. Bu bakımdan cebir kavramı, mağdur üzerinde onun direncini kıran her türlü maddi kuvvet kullanımı şeklinde tarif edilebilecek şiddet ve serbest hareket edebilme olanağını ortadan kaldırmak amacıyla kişinin huzurunu bozma, endişelendirme veya onda bir güvensizlik duygusu meydana getirme olan tehdit kavramlarını da kapsamaktadır.³¹

TCK m. 102/4'e göre, mağdurun direncinin kırılmasının ötesinde cebir kullanılması durumunda ayrıca kasten yaralama suçundan dolayı cezaya hükmedileceği için, cinsel saldırı suçunu işlemek için mağdura karşı

²⁹ Soyaslan'da mağdurun cinsel birleşme dışında tasaddi oluşturacak hareketlere razı olması, ancak daha sonra failin tehdit yoluyla cinsel birleşmeyi sağlaması durumunda, cebren ırza geçme suçunun oluşacağını belirtmektedir. Soyaslan, Doğan, *Ceza Hukuku Özel Hükmeler*, 4. Baskı, Ankara 2002, s. 356.

³⁰ Aydın, şüpheye yer vermeyecek şekilde cinsel davranışlara rıza göstermediğini belirtmenin, ırza geçmenin maddi unsuru bakımından ölçü olması gerektiğini belirtmektedir. Aydın, s. 159.

³¹ Artuk, Mehmet Emin - Gökçen, Ahmet - Yenidünya, Caner, *Ceza Hukuku Özel Hükmeler*, 5. Bası, Ankara 2004, s. 834-835.

kullanılan cebirin mağdurun direncinin kırılmasına yetecek kadar olması gerekmektedir. Cebre maruz kalan kişi, bu fiziki gücün oluşturduğu acıyla cinsel saldırı suçuna direnç gösteremeyecektir.

Mağdurun içkisine ilaç katmak, uyuşturucu madde vermek, hipnotizma etmek gibi fail tarafından cinsel saldırıyı gerçekleştirebilmek için hileli vasıtalar kullanılabilir. Mağdur burada hataya düşürülmekte, kandırılmakta ve bu surette fiile direnç gösteremeyecek bir hale gelmektedir.³²

Cinsel saldırı suçunun, cebir, tehdit, hile kullanılmadan, failin içinde bulunduğu durumdan yararlanmak suretiyle de işlenmesi söz konusu olabilir.³³ Örneğin; mağdurun beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda olması; uyku hali veya direnç gösteremeyecek şekilde alkollü olması hallerinden yararlanılarak cinsel saldırı suçu işlenebilir. Mağdurun içinde bulunduğu durumdan dolayı, kişinin rıza göstermiş olması halinde dahi rızası geçerli bir rıza olmayacağı ve yine bu durumdan dolayı eyleme direnç göstermesi beklenilmeyeceğinden bu hallerde failin ceza sorumluluğu söz konusudur.

B. Cinsel Saldırı Suçunun Temel Şekli

1. Fail ve Mağdur

Cinsel saldırı suçunun faili kadın veya erkek olabilir. Bu suç, farklı cinsten kişiye karşı işlenebileceği gibi, aynı cinsten kişiye karşıda işlenebilir.

2. Maddi Unsur

TCK 102. maddenin 1. fıkrasında düzenlenen cinsel saldırı suçunun oluşabilmesi için, cinsel arzuları tatmin amacına yönelik davranışlarla kişinin vücut dokunulmazlığının ihlal edilmesi gerekir. Bu suçun söz konusu olabilmesi için, failin cinsel bir davranışta bulunması gerekmektedir. Ancak cinsel davranıştan neyin anlaşılması gerektiği açık değildir.³⁴ Maddenin ge-

³² Artuk - Gökçen - Yenidünya, s. 837.

³³ Çeşitli nedenlerle mağdurun fiile direnç gösterememesi halinde mefruz cebirin varlığı kabul edilmiş; 765 sayılı TCK'nın 414 ve 416. maddelerinde, bu haller; mağdurun akıl ve beden hastalığı sebebiyle veya failin kullandığı hileli vasıtalarla ya da failin fiilinden başka bir sebeple failin eylemine karşı koyamayacak halde olması şeklinde sayılmıştır. Bu hüküm yeni kanunda yer almamaktadır. Bu konuda bkz., Artuk - Gökçen - Yenidünya, s. 835; Dönmezer, s. 79-91.

³⁴ *Türk Ceza Kanunu Tasarısı Hakkında Galatasaray Üniversitesi'nin Görüşü*, s. 308; Aynı görüş Öztürk tarafından da belirtilmiştir. Bkz., "Cinsel Dokunulmazlığa Karşı İşlenen

rekçesinden anlaşılan ise, cinsel arzuları tatmin amacına yönelik fakat cinsel ilişkiye varmayan şehevi davranışlar cinsel davranışı oluşturmaktadır.

Suçun maddi unsuru, kişinin vücudu üzerinde iradesi dışında gerçekleştirilen, cinsel arzuları tatmin amacına yönelik fakat cinsel ilişkiye varmayan davranışlardır.³⁵ Bu durumda 765 sayılı TCK m. 421'deki sarkıntılık suçu, cinsel amaçlı olarak vücuda dokunma şeklinde gerçekleştiğinde cinsel saldırı olarak değerlendirilecektir.³⁶ Maddenin yerinde düzenlemesi karşısında kişinin vücuduna yönelik cinsel amaçlı davranışlar, 765 sayılı TCK'da eylemin sarkıntılık veya ırza tasaddi suçunu oluşturup oluşturmadığını tespit eylemde "devamlılık"ın aranması gibi ölçütlere gerek kalmadan cinsel saldırı olarak kabul edilecektir.³⁷

Mağdurun rızası söz konusuysa suç oluşmaz. Suçun oluşması için, gerçekleştirilen hareketlerin objektif olarak şehevi bulunmaları yeterlidir; failin şehevi duygularını fiilen tatmin edilmiş olması gerekmez.³⁸

3. Manevi Unsur

Suç özel kastla işlenebilir. Genel kast suçun oluşması için yeterli değildir.³⁹ Suçun oluşabilmesi için failde, ayrıca cinsel arzuları tatmin amacı olmalıdır. Failin hareketlerinin dış görünüşü itibarıyla şehevi nitelikte bulunması gerektiği gibi, fail bu hareketleri cinsel arzularını tatmin amacıyla gerçekleştirmelidir.⁴⁰

Suçlar" konulu Birinci Podyum Tartışması, *Türk Ceza Kanunu Reformu, Birinci Kitap, Toplumsal Değişim Sürecinde Türk Ceza Kanunu Reformu*, Türkiye Barolar Birliği, Panel 21-22 Mayıs 2004 Ankara, s. 143; Ayrıca cinsel davranış model ve cinsel suç ilişkisi hakkında bkz., Can, Cahit, *Toplumsal İnsanın Evrensel Doğası ve Cinsel Suçlar*; Ankara 2002, 302-304.

³⁵ 102. maddenin gerekçesi.

³⁶ Olay gecesi aynı yerde yattığı mağdurun bacaklarına cinsel organını sürten ve mağdurun karşı çıkmasına rağmen bunu tekrarlamak suretiyle şehevi hislerini cinsel birleşme dışında tatmine yönelen eyleminin ırz ve namusa tasaddi suçunu oluşturduğu halde yazılı şekilde sarkıntılık suçundan hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir. (Y. 5. CD, 28.2.2002, 3596/1092); bkz., Meran, s. 478.

³⁷ "Mağdureyi öpmek boynundan ısırarak, sevişmek gibi bedeni temas içeren ve süreklilik gösteren eylemlerin TCK'nın 416/2. maddesindeki ırz ve namusa tasaddi niteliğinde bulunduğu halde, suç vasfında yanılığa düşülerek yazılı olduğu şekilde hüküm kurulması" (Y. 5. CD, 19.1.2004, 3003/784, 2004/40), ".....devamlılık arz eden ve şehevi hislerini cinsel birleşme dışında tatmine yönelik olan hareketleri sarkıntılık hududunu aşır ırz ve namusa tasaddi suçunu oluşturduğu halde sarkıntılık olarak kabulü" (Y. 5. CD, 09.12.2002, 2334/8215), Bu kararlar ve diğer kararlar için bkz., Meran, s. 477-478.

³⁸ 102. maddenin gerekçesi.

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

4. Suçun Özel Görünüş Şekilleri

a. Suça Teşebbüs

Bu suça teşebbüs, icra hareketleri kısımlara bölünebileceğinden mümkündür. TCK m. 35/1'e göre; kişi, işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaz ise teşebbüsten dolayı sorumlu tutulur. *"Doğrudan doğruya icraya başlama"* ölçütü kabul edildiğinden işlenmek istenen cinsel saldırı suçuyla belirli bir yakınlık ve bağlantı içindeki hareketlerin yapılması durumunda suçun icrasına başlanılmış sayılacaktır. Ayrıca yapılan hareketlerin de bu suçu işlemek için uygun hareketler olması gerekmektedir.⁴¹

Türk Ceza Kanunu m. 36 gereği, fail, suçun icra hareketlerinden gönüllü vazgeçer veya kendi çabalarıyla suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini önlerse, teşebbüsten dolayı cezalandırılmaz; fakat tamam olan kısım esasen bir suç oluşturduğu takdirde, sadece o suça ait ceza ile cezalandırılır. Örneğin; fail cinsel ilişkide bulunmak isterken vazgeçerse, o zamana kadarki eylemler cinsel saldırının temel şeklini oluşturabilir.⁴²

³⁹ Irza tasaddi suçunda Dönmezer, s. 103, Artuk - Gökçen - Yenidünya (s. 839), Tezcan - Erdem (*Ceza Özel*, s. 354) ve Önder (s. 496) özel kastın aranmayacağını, suçun oluşması için genel kastın yeterli olduğunu belirtmektedir.

⁴⁰ Önder, irza tasaddi suçunda failin cinsel dürtü ile hareket etmesi gereğini failin saikini değil, eylemin hukuka aykırılık yoğunluğunu belirlediğini ileri sürmektedir. Önder, s. 495.

⁴¹ Bkz., 31. maddenin gerekçesi.

⁴² "Mağdureyle cinsi ilişkide bulunma isteğinden ciddi bir engel yok iken ihtiyariyle vazgeçen sanığın bu aşamada kalan eyleminin tasaddi niteliğinde bulunduğu ve 15 yaşından büyük mağdureye yönelik rızaya dayalı tasaddinin de suç teşkil etmeye-

b. İçtima

Türk Ceza Kanunu m. 43/3'e göre, cinsel saldırı suçunda zincirleme suç hükümleri uygulanamaz.⁴³ Bir başka deyişle, cinsel saldırı suçunun, bu suçu işleme kararı kapsamında aynı kişiye karşı değişik zamanlarda birden fazla işlenmesi durumunda, bir cezaya hükmedilmeyip, bu suçların her birinden dolayı ayrı ayrı ceza verilecektir. Kanımca, eylem her gerçekleştiğinde kişinin cinsel dokunulmazlığı zarar görecektir ve her eylem mağdurun maruz kaldığı psikolojik travmayı arttıracak için, her cinsel saldırı eyleminin ayrı değerlendirilmesi isabetlidir. Cinsel saldırı suçunun aynı suç işleme kararı kapsamında olsa da değişik kişilere karşı birden fazla işlenmesi halinde de zincirleme suç hükümleri uygulanmaz ve bu durumda gerçek içtima uygulanır.

Cinsel saldırı suçu birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlenirse, TCK'nın 43. maddesinin 2 ve 3. fıkraları gereği, her bir mağdur bakımından ayrı cinsel saldırı suçları oluşur. Bir başka deyişle her mağdura karşı yapılan hareket bağımsız bir suç olma özelliğini korur ve cezaların içtimaı hükümleri uygulanır. Örneğin; kalabalık bir yerde cinsel amaçlı olarak birine sürtünmeye çalışan kişi, aynı anda iki kişiye sürtünse iki ayrı cinsel saldırı suçundan sorumlu tutulacaktır.

TCK m. 43/1'e göre, bir suçun temel şekli ile daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli şekilleri aynı suç sayıldığından, kişi aynı suç işleme kararıyla bir kişiye karşı önce m. 102/1 anlamında cinsel saldırı suçunun temel şeklini işler, daha sonra 102/2 anlamında cinsel saldırının nitelikli hali olan vücuda organ veya sair bir cismin sokulması suretiyle cinsel saldırı suçunu işlerse, aslında bu durum zincirleme suçun kabulüne engel değildir. Ancak TCK m. 43/3'deki cinsel saldırı suçlarında zincirleme suç hükümlerinin uygulanmayacağına ilişkin açık hüküm karşısında, bu durumda gerçek içtima hükümleri uygulanacaktır. Bir başka deyişle fail bir suç işleme kararının icrası kapsamında bir kişiye karşı değişik zamanlarda hem TCK m. 102/1'deki hem de 102/2'deki eylemi gerçekleştirirse, zincirleme suç hükümlerinden yararlanamayacak, bu eylemlerden ayrı ayrı cezalandırılacaktır.

ceği gözetilip beraatine karar verilmesi gerektiği halde yazılı şekilde cinsi ilişkiye kalkışma suçundan hükümlendirilmesi" bozmayı gerektirmiştir (Y. 5. CD, 27.5.2004, 2003/3568, 2004/4361) bkz., Meran, s. 477.

⁴³ 765 sayılı TCK'da düzenlenen ırza tasaddi suçunda aynı suç işleme kararıyla aynı mağdur üzerinde belirli aralıklarla tekrarı halinde zincirleme suç (TCK m. 80) söz konusu, ancak farklı mağdurlara karşı gerçekleştirilen ırza tasaddi fiillerinde her bir mağdur bakımından ayrı suç oluşur.

c. İştirak

Suçun kanuni tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştiren kişilerden her biri, fail olarak sorumlu olur (TCK m. 37). Suçun kanuni tanımında öngörülen cinsel davranışlarla bir başkasının vücut dokunulmazlığın ihlal eylemini gerçekleştiren kişi fail olup; suçun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi durumunda, bu kişilerin her biri müşterek fail olarak sorumlu tutulacaktır. Müşterek faillikte, birlikte suç işleme kararının yanı sıra, fiil üzerinde ortak hakimiyet kurulduğu için, her bir suç ortağı fail statüsünde olup, ortak hakimiyetin kurulup kurulmadığının saptanmasında suç ortaklarının suçun icrasındaki rolleri ve katkılarının taşıdığı önem göz önünde bulundurulur.⁴⁴ Örneğin; cinsel saldırı suçunu işlemek isteyen suç ortaklarından birinin cebir veya tehdit kullanarak mağdurun direncini kırdığında, diğerinin de kişiye cinsel saldırı suçunda bulunması halinde, her iki suç ortağının suçun işlenişine yaptıkları katkı, suçun icrası açısından birbirini tamamlayıcı niteliktedir. Dolayısıyla, her iki suç ortağı, suçun işlenişinde ortak bir hakimiyet kurduğu için, suçun faili olarak cezalandırılacaktır.

Bu suça dolaylı faillik de mümkündür. Kişi cinsel saldırı suçunu kuşur yeteneğine sahip olmayan bir kimseyi araç olarak kullanmak suretiyle gerçekleştirebilir (TCK 37/2).

Bu suça iştirakin şekilleri olan azmettirme ve yardım etme mümkündür.⁴⁵ Suç ortaklarının azmettiren veya yardım eden olarak sorumluluğu için iştirakte bağlılık kuralı gereği, suçun tamamlanmış veya en azından teşebbüs aşamasına varmış olması gerekir (TCK m. 40/3). Bir suçun failine, onun haberi olmaksızın, tek taraflı iradeyle, failin cinsel saldırı suçunu işlenmesine başlamadan önce, örneğin mağdurun içkisine ilaç katarak yardım eden kişi müşterek fail olarak değil, yardım eden olarak sorumlu tutulur.

TCK m. 41/1'e göre, iştirak halinde işlenen suçlarda, sadece gönüllü vazgeçen suç ortağı, gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanır. Gönüllü vazgeçen suç ortağı, suçun işlenmemesi için elinden gelen bütün gayreti göstermiş buna rağmen cinsel saldırı suçu işlenmişse, örneğin cinsel saldırı suçunun işlenmesi sırasında mağdurun hareket etmesini önlemek suretiyle yardımda bulunarak suçun icrasını kolaylaştıran kişi bundan vazgeçip, icra hareketlerinde bulunana önlemeye çalışmış olmasına rağmen suç işlenmiş

⁴⁴ TCK m. 37'nin gerekçesi.

⁴⁵ 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda "asli " ve "fer'i iştirak" ayrımı, yeni 5237 sayılı TCK'da "asli iştirak", "fer'i iştirak" ayrımının adil ve eşit olmayan bir cezalandırmayı sonuçlandırması ve uygulamada zorluk ve duraksamalara neden olması dolayısıyla kaldırılmıştır. Bkz., TCK m. 37.

olsa da gönüllü vazgeçen suç ortağını, gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlandırmak gerekecektir. Ancak, bu durumda, suç ortağının gönüllü vazgeçme anına kadar gerçekleştirdiği fiillerin bağımsız bir suç oluşturması durumunda, bu suçtan dolayı sorumlu tutulacağı kuşkusuzdur.

C. Suçun Nitelikli Hali

Türk Ceza Kanunu m. 102/2' de cinsel saldırı suçunun nitelikli hali düzenlenmektedir.⁴⁶ TCK m. 102/2' de "*fiilin*" işleniş şeklinden dolayı eylem, birinci fıkradaki haline göre daha ağır cezalandırılmıştır. Birinci fıkradaki fiil ise "*cinsel davranışlarla bir kimsenin vücut dokunulmazlığını ihlal edecek fiil*" dir. Bu bağlamda, cinsel saldırı suçunun nitelikli halini düzenleyen TCK m. 102/2' de, cinsel davranışlarla bir kimsenin vücut dokunulmazlığını ihlal edecek fiilin vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle işlenmesi durumunun cezalandırıldığından söz edilecektir. Ancak o zamanda madde gerekçesinde belirtildiği üzere bu fiilin cinsel amaçla işlenmesi aranmadığına göre; cinsel amacın varlığı aranmadan cinsel davranıştan söz etmenin ve ayrıca vücuda organ veya sair bir cisim sokulmasının cinsel bir davranış olarak nitelendirmenin mümkün olup olmadığı ya da bu düzenleme karşısında aslında korunan hukuksal değer cinsel dokunulmazlık değil de vücut dokunulmazlığı mı olduğu hususlarına açıklık getirmek gereklidir. Kanımca her ne kadar maddenin tümünden gerekse gerekçesinden nitelikli hal olarak düzenlendiği sonucuna varılsa da, cevaplandırılması gereken sorular karşısında bu haliyle m. 102/2' de ayrı bir suç düzenlenip düzenlenmediği açık değildir.

1. Fail ve Mağdur

Suçun bu nitelikli hali, vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilebileceğinden faili kadın ve erkek olabilir. 765 sayılı TCK'daki düzenlemede ise, "*ırzına geçmek*" den söz edildiği için failin yalnızca erkek olabileceği,⁴⁷ kadının ise bu suça asli maddi fail olarak iştirak edebileceği öğretide ileri sürülmekteydi.⁴⁸

⁴⁶ Bkz., 102. maddenin gerekçesi.

⁴⁷ Dönmezer, s. 57; Tezcan - Erdem, *Ceza Özel*, s. 335; Önder, s. 445; Aksi görüş, Soyaslan, s. 359; Nuhoglu, s. 615.

⁴⁸ Örneğin; erkek ırza geçme fiilini işlerken, ırzına geçilenin kollarını tutan kadın asli fail olarak suç ortaklığında bulunabilir. Artuk, M. Emin - Yenidünya, Caner, "Evlilik İçinde Irza Geçme", *Cumhuriyetin 75. Yıl Armağanı*, İstanbul Üniversitesi Yayını, İstanbul 1999, s. 58; Ayrıca bkz., Nuhoglu, s. 615.

Bir kadının bir erkeği kendisiyle cebir, şiddet, korkutma ve tehdit ile cinsel ilişkiye zorlaması halinde cinsel saldırı suçunun faili kadındır (TCK m. 28).^{49, 50}

TCK m. 102/2'ye göre, suçun eşe karşı işlenmesi mümkün olduğundan eşlerden biri bu suçun faili olabilir. 765 sayılı TCK'da düzenlenen haliyle kocanın ırza geçme suçunun faili olamayacağı Yargıtay kararlarında ve öğretide kabul edilmektedir.⁵¹

Fiil, farklı cinsten kişiye karşı işlenebileceği gibi, aynı cinsten kişiye karşıda işlenebilir. Suçun nitelikli halinin mağduru kadın veya erkek olabilir.

2. Maddi Unsur

102. maddenin ikinci fıkrasında, vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi, bu suçun nitelikli hali olarak tanımlanmıştır. Suçun bu nitelikli halinin maddi unsuru, vücuda vajinal, anal veya oral yoldan organ veya sair bir cismin ithal edilmesidir. Vücuda teriminin, ırza geçme suçunun anlamını oldukça genişlettiği⁵² ve haklı olarak kanunilik ilkesiyle bağdaşmadığı gerekçesiyle öğretide eleştirilmiştir.⁵³ Kanunilik ilkesi gereği vücudun hangi bölgesi oluşu belirtilmeliydi. Maddenin gerekçesinde yazmak suretiyle kanunilik ilkesinin yerine getirildiğinden söz edilemez.

⁴⁹ Cebir ve şiddet, korkutma ve tehdidi düzenleyen TCK m. 28/1'e göre; "Karşı koyamayacağı veya kurtulamayacağı cebir ve şiddet veya muhakkak ve ağır bir korkutma veya tehdit sonucu suç işleyen kimseye ceza verilmez. Bu gibi hallerde cebir ve şiddet, korkutma ve tehdidi kullanan kişi suçun faili sayılır."; Dönmezer, bir kadının bir erkeği kendisiyle cinsel ilişkiye zorlaması halinde ırza geçme suçunun oluşmayacağı, ancak cebren kendi ırzına geçirtmekten söz edilebileceği, bunda 765 s. TCK'da suç olarak düzenlenmediği belirtilmiştir. Bu konuda bkz., Dönmezer, s. 57, Önder, s. 445.

⁵⁰ 12.5.2003 tarihinde TBMM'ye sunulan TCK Tasarısı'nın "Zorla ırza geçme" suçunu düzenleyen m. 315/3'deki "Bu maddede yazılı fiilin birinci fıkrada belirtilen hal ve suretlerle kendisine karşı yapılmasını sağlayan kimseye aynı ceza verilir" hükmüne kanunda yer verilmemiştir. TCK Kadın Çalışma Grubu tarafından "TCK 2002 Tasarısı Değişiklik Talepleri"nde, bu düzenleme, "kendisine yapılmasını sağlamak" ifadesinin yanlış yorumlara yol açabilecek ve cinsel tecavüz mağdurunun yaşadığı şiddetten sorumlu tutulmasına sebep olabilecek son derece tehlikeli bir belirsizlik içerdiği gerekçesiyle eleştirilmiştir. bkz., <http://www.istanbulbarosu.org.tr/merkezler> (1.1.2005).

⁵¹ Soyaslan, s. 357; Kocanın bu suçun faili olabileceği hususunda bkz., Centel, s. 63; Tezcan - Erdem, *Ceza Özel*, s. 342; Nuhoglu, s. 616.

⁵² *Türk Ceza Kanunu Tasarısı Hakkında Galatasaray Üniversitesi'nin Görüşü*, s. 308.

⁵³ Öztürk'ün görüşü için bkz., *Türk Ceza Kanunu Reformu*, Birinci Kitap, s. 144.

Suçun nitelikli halinin oluşması için; vücuda penis ithal edilebileceği gibi, vajinal veya anal yoldan vibratör, cop gibi sair bir cisim de ithal edilebilir.⁵⁴ Bir başka deyişle sadece vücuda bir organın veya sair bir cismin sokulması bu suçun oluşması için yeterlidir. Yine madde de organdan söz ettiği için parmak ile de cinsel saldırı gerçekleştirilebilir.⁵⁵

3. Manevi Unsur

Türk Ceza Kanunu m. 102/2'deki eylemden dolayı failin sorumluluğu ancak kastı halinde söz konusudur. Failin kastı, kişinin vücutuna organ ve sair bir cisim sokulması suretiyle cinsel dokunulmazlığını ihlale yönelik olmalıdır. Ancak, cinsel saldırı suçunun temel şeklinin aksine, TCK m. 102/2'de tanımlanan nitelikli halin oluşabilmesi için, gerçekleştirilen davranışın cinsel arzuları tatmini amacına yönelik olması şart değildir.⁵⁶ Cinsel arzuları tatmin amacıyla değil de, mağduru küçük düşürmek için eylemin gerçekleştirilmesi halinde de bu suç oluşur.⁵⁷ Örneğin; fail tarafından kişiyi aşağılamak amacıyla kişinin vücutuna anal yoldan şişe sokulması halinde cinsel saldırının nitelikli hali (m. 102/2) gerçekleşecektir.

Kanımca, kanununun bu düzenleniş şekliyle cinsel arzuları tatmini amacına yönelik olmasının aranmaması, uygulamada sorunlara yol açacaktır. 765 sayılı TCK'da da ırza geçme suçunun oluşması için de cinsel arzularını tatmin etmeyi amaçlamış olması şart değildi. Ancak orada ırza geçme *"aktif failin cinsel organını, diğerinin vücutuna normal veya anormal bir şekilde menisini boşaltacak şekilde kısmen veya ithal etmesi, sokması"*⁵⁸ olarak tanımlandığı için, bir başka deyişle erkek cinsel organının suçta kullanılması gerektiği için⁵⁹ sorun oluşturmuyordu. Ancak eylemin cinsel arzuları tatmini amacına yönelik olması aranmayınca TCK m. 102/2'de *"vücuda"* ve *"bir organ veya sair bir cisim"* denildiği için; bir kimsenin ağzına cop veya şişe sokulması örneğinde cinsel saldırının nitelikli halinin gerçekleştiğinden söz etmek gibi bir durumla karşı karşıya kalınacaktır. Bu düzenleniş şekliyle, kanun koyucu durumu uygulamaya ve öğretmeye bırakmış olmaktadır ki, bu

⁵⁴ Nuhoğlu, eylemin her hangi bir araçla gerçekleştirilmesinin bu suçu oluşturmaya gerektiğini savunmaktaydı. Nuhoğlu, s. 619.

⁵⁵ New York Ceza Yasası vajinaya parmak sokulmasını ırza geçme olarak değil, ağır cinsel saldırı olarak düzenlenmiştir. Aydın, s. 159.

⁵⁶ 102. maddenin gerekçesi.

⁵⁷ Tezcan - Erdem, *Ceza Özel*, s. 341.

⁵⁸ CGK, 4.6.1990, 5/101-156, bu karar için bkz., Otacı, Cengiz, *Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı İşlenen Suçlar*, Ankara 2000, s. 59-61.

⁵⁹ Nuhoğlu, s. 619.

hal de kanunilik ilkesine aykırılık oluşturacaktır. Uygulamada, bu sorunu çözmek için, failin 102/2'den sorumluluğu için organın vücuda anal, vajinal ya da oral yoldan sokulmasında cinsel arzuları tatmini amacı aranmayacak, yine bir cismin vajinal ya da anal yoldan sokulmasında da cinsel arzuları tatmini amacı aranmayacak ancak bir cismin oral yoldan sokulmasında maddenin tümü değerlendirilerek cinsel amaçlı olması aranacaktır. Kanımca; cinsel saldırı suçu ile korunan hukuksal değer cinsel dokunulmazlık olduğu göz önünde tutulduğunda maddenin sair bir cismin oral yoldan sokulmasında cinsel arzuları tatmin amacı aranmalıydı.

4. Fiilin Eşe Karşı İşlenmesi

Cinsel saldırı suçunun nitelikli halini oluşturan bu fiiller, eşe karşı da işlenebilir. 765 sayılı TCK'da yer almayan bu düzenleme ile evlilik içi rıza dışı cinsel ilişki suç haline getirilmektedir. 765 sayılı TCK'nın uygulamasında Yargıtay, karı koca arasındaki cebren normal ilişkinin suç oluşturmadığı, ancak anormal ilişkiler aile efradına karşı fena muamele suçunu oluşturduğu şeklinde karar vermektedir.⁶⁰

Evlilik içi rıza dışı cinsel ilişkinin suç olarak düzenlenmesinin gerekip gerekmediği,⁶¹ bizim hukuk sistemimizde tartışıldığı gibi, diğer ülkelerin hukuk sistemlerinde en çok tartışılan konulardan olmuştur. Kanada 1982'de, Belçika'da 1989'da, Hollanda'da 1991'de, Finlandiya ve Fransa'da 1994'de, yapılan değişikliklerle bu eylem suç olarak düzenlenmiştir. Alman Ceza Kanunu'nda da 1998 yılında yapılan değişiklikte eşe karşı yapılan rıza dışı cinsel ilişki eylemi ırza geçme suçu kapsamına alınmıştır. Hırvatistan Ceza Kanunu'nda da bu eylem ırza geçme olarak düzenlenmiş olup, kovuşturulması şikayet koşuluna bağlanmıştır. İngiltere'de 1990 tarihli iki Yüksek Mahkeme kararıyla eşe karşı cinsel saldırı ve ırza geçme suç sayılmıştır.⁶² Amerika Birleşik Devletleri'nin üç eyaletinde ise, evlilik içi ırza geçme kabul edilmemektedir.⁶³

⁶⁰ Y. 4. CD, 7.7.1994, 2788/6217, YKD Kasım 1994, s. 1847 vd., Ayrıca bu konuda eleştiriler için bkz., Ünver, *Cinsel Suçlar* s. 322-323.

⁶¹ DEÜ Hukuk Fakültesi'nce Türkiye genelinde 85.857 kişi üzerinde yapılan bir araştırmaya göre, toplumun %83.88'i evlilik içinde ırza geçme eyleminin suç olarak düzenlenmesi gerektiği kanısındadır; Öztürk, Bahri - Erdem, Mustafa Ruhan - Özbek, Veli Özer, *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, 7. Bası, Ankara 2002, s. 1104.

⁶² Ayrıntılı bilgi için bkz., Ünver, *Cinsel Suçlar*, s. 306-307.

⁶³ Centel, s. 63; Ayrıca bkz., Bafra, Jale, "Türk Hukuku ve Karşılaştırmalı Hukuk Açısından "Evlilik İçi Zorla Cinsel İlişki Eyleminin" Hukuki Statüsü", *İstanbul Barosu Dergisi*, c. 69, s. 10-11-12. s. 569-573, s. 570-571.

Öğretide evlilik içi ırza geçmeye ilişkin özel bir düzenlemeye yer verilmesi⁶⁴ ve ırza geçme suçunun bir ağırlatıcı nedeni olarak düzenlenmesi gerektiği belirtilmekteydi.⁶⁵ Kanımca, TCK'nın bu düzenlemesi evliliğin, kişinin cinsel dokunulmazlığına saldırıyı meşru hale getirmesini diğer bir deyişle evliliğin hukuka aykırılığı ortadan kaldırdığı anlayışını önlemek bakımından yerinde olmuştur. Kanun koyucu, evlilik birliğinin, eşlere sadakat yükümlülüğünün yanı sıra, karşılıklı olarak birbirlerinin cinsel arzularını tatmin yükümlülüğü de yüklemekle beraber, evlilik birliği içinde bile cinsel arzularını tatmine yönelik talepler açısından tıbbi ve hukuki sınırlarının olduğu, bu sınırların ihlali suretiyle eş üzerinde gerçekleştirilen ve cinsel saldırı suçunun nitelikli halini oluşturan davranışların ceza yaptırımını gerekli kıldığı gerekçesiyle.⁶⁶ Yeni Ceza Kanunu'nda bir düzenlemeye giderek tartışmalara son vermiştir.⁶⁷ Ancak, cinsel saldırı suçunun bu nitelikli halinde soruşturma ve kovuşturma yapılması, mağdur eşin şikayetine bağlı tutulmuştur.⁶⁸

Kanımca, sadece cinsel saldırı suçunun nitelikli hali değil temel şeklinin eşe karşı işlenmesi halinde de, korunan hukuksal değer aynı olduğu, bazen cinsel saldırının temel şeklinin nitelikli halinden mağdur için daha ağır sonuçlar doğurabileceği ve suçun kovuşturulmasının şikayete bağlı olduğu düşünülünce, eylemi gerçekleştiren eşin ceza sorumluluğu düzenlenmeliydi.⁶⁹

⁶⁴ Tezcan - Erdem, *Ceza Özel*, s. 341.

⁶⁵ Artuk - Yenidünya, s. 67-68; Ünver'de bu durumun ya diğer cinsel suçlardan ayrı bir maddede ve daha ağır bir ceza yaptırımını içeren bir suç tipi şeklinde veya cinsel suçların ağırlatıcı nedeni olarak düzenlenmesi gerektiğini belirtmektedir. Ünver, *Cinsel Suçlar*, s. 323.

⁶⁶ 102. maddenin gerekçesi.

⁶⁷ TCK Kadın Çalışma Grubu, "TCK 2002 Tasarısı Değişiklik Talepleri"nde; evlilik akdi olmaksızın evlilik benzeri ilişkiler içinde yaşanan cinsel tecavüz söz konusu olduğunda, suçun, tıpkı evlilik içinde olduğu gibi, özel alanda meydana geldiğini; suçun evlilik benzeri birliktelikler için de tanımlanmamasının, pek çok tecavüz vakasının adalete sevk edilmesini engelleyeceğini ve tecavüz mağdurları arasında eşitsizlik yaratacağını belirtmektedir. <http://www.istanbulbarosu.org.tr/merkezler> (1.1.2005).

⁶⁸ İÜHF'ce 1133 kişi üzerinde yapılan bir araştırmaya göre, evlilik içi cinsel taciz/ırza geçmenin suç olarak düzenlenmesi gerekip gerekmediği sorusuna, 244 kişi resen koğuşturulan bir suç olması, 518 kişi şikayete bağlı bir suç olması, 105 kişi suç olmaması gerektiği ve 91 kişi ise, herhangi bir fikrinin bulunmadığı şeklinde cevap vermiştir. Bkz., Ünver, Yener, "Türkiye'de Aile İçi Şiddetin Boyutları, Nedenleri ve Çözüm Önerileri", *Suçla Mücadele Bağlamında Türkiye'de Aile İçi Şiddet Ülke Çapında Kriminolojik-Viktimolojik Alan Araştırması ve Değerlendirmesi*, İstanbul 2003, s. 18.

⁶⁹ Aynı doğrultuda bkz., Ünver, *Aile İçi Şiddet*, s. 63.

5. Suçun Özel Görünüş Şekilleri

a. Teşebbüs

Cinsel saldırı suçunun nitelikli haline teşebbüs mümkündür. Fail suçun icra hareketlerine başladıktan sonra, elinde olmayan nedenlerle mağdurun vücuduna organ ve sair bir cismi sokamamışsa eylem teşebbüs halinde kalmıştır.

Fail, icra hareketlerine başladıktan sonra isteyerek icra hareketlerini tamamlamamışsa -örneğin; mağdurun ağlaması üzerine eylemi tamamlamamışsa- veya kendi çabalarıyla suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini önlerse, teşebbüsten dolayı cezalandırılmaz, gönüllü vazgeçmeden yararlanır. Ancak tamam olan kısım esasen bir suç oluşturduğu takdirde, sadece o suça ait ceza ile cezalandırılır. Bu örnekte, failin suçun temel şekline ait suçtan cezalandırılması olasılığı vardır.⁷⁰

Failin icra hareketleri kişinin vücuduna anal yada vajinal yoldan cinsel organının sokulmasına yönelik olup da iktidarsızlığı nedeniyle icra hareketlerini tamamlayamaması durumunda da fail bu suça teşebbüsten sorumlu tutulmalıdır.⁷¹ Her ne kadar suça teşebbüste kullanılan aracın suçun kanuni tanımında öngörülen fiili meydana getirmeye elverişli olması gerekse de elverişlilik sadece kullanılan araç bakımından değil, suçun konusu da dahil olmak üzere bütün fiil yönünden bulunmalıdır.⁷² Bu nedenle fail “*elverişli hareketler*” de bulunarak icraya başlamış, ancak iktidarsızlığı nedeniyle suçu tamamlayamamışsa teşebbüsten dolayı sorumlu tutulacaktır.

b. İçtima

TCK m. 43/3 gereği, cinsel saldırı suçunda zincirleme suç hükümleri uygulanmaz. Cinsel saldırı suçu aynı kişiye karşı değişik zamanlarda birden fazla işlenmesi durumunda, bir cezaya hükmedilmeyip, bu suçların her birinden dolayı ayrı ayrı ceza verilecektir. Ancak failde ayrıca eziyet

⁷⁰ Irza geçme suçunda, icra hareketlerine başlayan fail isteyerek icra hareketlerini bitirmemişse, fail gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanır ve fail irza tasaddi veya sarkıntılıktan cezalandırılabilir. Tezcan - Erdem, *Ceza Özel*, s. 342.

⁷¹ Dönmezer, irza geçme suçu için, iktidarsızlık mutlak surette yetersiz ise işlenemez suçun olduğunu, mutlak değil de nispi ise elverişli araç bulunmakla beraber sadece yetersiz olacağından failin teşebbüsten sorumlu tutulması gerektiği belirtmektedir. Dönmezer, s. 66.; Ayrıca bkz., Selçuk, Sami, *Kızlık Bozma Suçu*, Ankara 1996 s. 55 vd.

⁷² Bkz., TCK m. 35’in gerekçesi.

etme kastı da varsa, cinsel saldırı ve eziyet suçu bakımından fikri içtima hükümleri uygulanır.

TCK m. 109/5’de düzenlenen cinsel amaçlı olarak kişi hürriyetinden yoksun kılma suçu işlendikten sonra, cinsel saldırı suçunun nitelikli hali de söz konusu olursa gerçek içtimanın uygulanması gerekli olup, failin her iki suçtan da sorumluluğu söz konusu olmalıdır.

Cinsel saldırı suçunun mağdurun direncini kırarak şekilde cebir kullanılarak işlenmesi halinde, ayrıca cebir suçundan⁷³ ceza verilmez.

c. İştirak

Bu suçta kişinin, kendi iktidarsız olduğundan, mağdurun vücuduna organ sokulması için bir başkasını araç olarak kullanması örneğinde olduğu gibi, suçu bir başkasını araç olarak kullanmak suretiyle gerçekleştirebilmesi söz konusu olabileceğinden dolayısıyla faillik mümkündür. Ayrıca, iştirakin şekilleri olan azmettirme ve yardım etme söz konusu olabilir.⁷⁴

D. Cinsel Saldırı Suçu ve Diğer Bazı Suçlar

1. Cinsel Saldırı Suçu ve Tehdit Suçu

Türk Ceza Kanunu’nun tehdit suçunu düzenleyen 106. maddesinin 1. fıkrasında bir başkasını, kendisinin veya yakınının hayatına, vücut veya cinsel dokunulmazlığına yönelik bir saldırı gerçekleştireceğinden bahisle tehdit eden kişinin cezalandırılacağı öngörülerek tehdit suçu bağımsız bir suç olarak tanımlanmıştır. Bu suçun maddi unsuru, birini kendisini veya yakınının hayatına, vücut veya cinsel dokunulmazlığına yönelik bir saldırı gerçekleştireceğinden söz etmektir.

Türk Ceza Kanunu m. 106/3’e göre; tehdit amacıyla kasten öldürme, kasten yaralama veya malvarlığına zarar verme suçunun işlenmesi halinde, ayrıca bu suçlardan dolayı ceza verilir. Suçun temel şeklinde hayat, vücut ve malvarlığına zarardan bahisle tehditin işlenmesinden söz eden kişinin, kasten öldürme, kasten yaralama ve malvarlığına zarar verme suçunu tehdit amacıyla işlemesi halinde ayrıca bu suçlardan cezalandırılması TCK m.

⁷³ TCK m. 108/1’e göre; “Bir şeyi yapması veya yapmaması ya da kendisinin yapmasına müsaade etmesi için bir kişiye karşı cebir kullanılması halinde, kasten yaralama suçundan verilecek ceza üçte birinden yarısına kadar artırılarak hükmolunur.”

⁷⁴ İçtima ve iştirak konusunda suçun temel şeklindeki açıklamalara bkz.,

106/3'de öngörülürken, tehdit amacıyla cinsel saldırı suçunun işlenmesi halinde cinsel saldırı suçundan ayrıca cezalandırmaması anlaşılır değildir. Kanımca, 106/3'e göre gerçek ıçtima uygulanacak suçlar arasında, diğer suçlar sayıldığına göre cinsel saldırı suçunun da sayılması gerekirdi. Bu hükmün gerekçesinde, kişi, tehdidinin ciddiliğini vurgulamak için, öldürme veya yaralama ya da mala zarar verme suçlarını işlerse bu suçlardan dolayı da cezaya hükmedileceği belirtildiğine göre, cinsel dokunulmazlığa yönelik bir saldırı gerçekleştireceğinden söz eden kişinin de *"tehdidinin ciddiliğini vurgulamak için"* cinsel dokunulmazlığa karşı bir suç işlemesi olasılığı vardır. Üstelik tehdidin, mağduru malvarlığı itibariyle büyük bir zarara uğratacağından veya sair bir kötülük edeceğinden bahisle yapılması, cinsel dokunulmazlığına yönelik bir saldırı gerçekleştireceğinden bahisle yapılmasına nazaran daha az cezayı gerektirmektedir. Bütün bu nedenlerin yanında ihlal edilen hukuksal değerler karşılaştırıldığında da TCK m. 106/3 de tehdit suçuyla malvarlığına zarar verme suçunda gerçek ıçtima hükümlerinin uygulanıp da tehdit suçuyla cinsel dokunulmazlığa karşı olan suçlardan cinsel saldırı suçunda gerçek ıçtımının uygulanmaması açıklanamaz.

Cinsel dokunulmazlığına yönelik bir saldırı gerçekleştireceğinden söz etmek tehdit suçunun unsuru olmakla birlikte, fail tehdit suçunu gerçekleştirdikten sonra cinsel saldırı suçunu işlerse gerçek ıçtima kuralları uygulanmalıdır.⁷⁵

Türk Ceza Kanunu m. 148'de düzenlenen yağma suçu açısından tehdidin, kişiyi, kendisinin veya yakınının hayatına, vücut veya cinsel dokunulmazlığına yönelik bir saldırı gerçekleştireceğinden bahisle yapılması halinde; mal alındıktan yani hırsızlık suçu tamamlandıktan sonra, bunu geri almak isteyen kişiye karşı gerçekleştirilen cinsel saldırı halinde de yağma ve cinsel saldırı suçları bakımından gerçek ıçtima söz konusudur.

2. Cinsel Saldırı ve İşkence Suçu

Türk Ceza Kanunu'nun işkence suçunu düzenleyen 94/3'e göre, işkence suçunu oluşturan fiilin cinsel yönden taciz şeklinde gerçekleşmesi cezalandırılmış olup, fiil cinsel saldırı boyutuna ulaştığında işkence suçunun yanı sıra, ayrıca cinsel saldırı suçundan dolayı da cezaya hükmetmek gerekmektedir. Bir başka deyişle bir kişinin cinsel arzuları tatmin amacına

⁷⁵ Artuk - Gökçen - Yenidünya da failin tehdit fiilini gerçekleştirdikten sonra tehdit konusu suçu irtikap etmesi halinde gerçek ıçtımının uygulanacağını belirtmektedir. s. 164; Aksi görüş Tezcan - Erdem, *Ceza Özel*, s. 44.

yönelik davranışlarla kişinin vücut dokunulmazlığının ihlal edilmesi veya cinsel arzuları tatmin amacı olmasa da vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi halinde ayrıca cinsel saldırı suçundan da cezalandırılması söz konusu olacaktır.

Ancak kanunun sistematığıne baktığımızda, kanun koyucunun bazı suçlarda, m. 102/4 veya m. 106/3’de olduğu gibi gerçek içtimanın uygulanacağını madde metninde göstermeyi tercih ettiğini görüyoruz. Bu nedenle işkence suçunda gerek ihlal biçimi ve gerekse ihlal edilen hukuksal değer göz önüne alındığında, kanımca işkence suçunda da fiilin cinsel saldırı şeklinde gerçekleşmesi halinde ayrıca cinsel saldırı suçundan da cezalandırılacağı madde metninde belirtilmeliydi.

3. Cinsel Saldırı ve İnsanlığa Karşı Suç

Nürnberg Mahkemesi Statüsü’nün 6 (c) maddesinden esinlenen ve yeni Fransız Ceza Kanunu 212/1. maddesinde de aynı yönde düzenleme bulunan TCK’nın 77/1 maddesine göre, cinsel saldırıda bulunma, siyasal, felsefi, ırki veya dini saiklerle toplumun bir kesimine karşı bir plan doğrultusunda sistemli olarak işlenirse, insanlığa karşı suç oluşturur. TCK m. 42/1’e göre; biri diğerinin unsurunu veya ağırlaştırıcı nedenini oluşturması dolayısıyla tek fiil sayılan suça bileşik suç denilip, bu tür suçlarda içtima hükümleri uygulanmayacağı için, burada bileşik suç söz konusu olup, suçu oluşturan araç suç olan cinsel saldırıdan dolayı ayrıca ceza verilmez.

E. Cinsel Saldırı Suçunda Mağdurun Direncinin Kırılmasını Sağlayacak Ölçünün Ötesinde Cebir Kullanılması Hali

TCK m. 104/4’e göre, cinsel saldırı suçunun işlenmesi sırasında mağdurun direncinin kırılmasını sağlayacak ölçünün ötesinde cebir kullanılması durumunda, kişi ayrıca kasten yaralama suçundan dolayı cezalandırılır. Bir başka deyişle cinsel saldırı ve kasten yaralama suçunda gerçek içtima söz konusu olur.

Suçun işlenmesinde cebri unsur olarak aramayan, ancak cinsel saldırı suçu mağdurun iradesi dışında gerçekleşeceğinden, failin cebir kullanmak suretiyle mağdurun direncinin kırılabileceğini öngören kanun koyucu cinsel saldırı suçunda kullanılan cebrin ölçüsünü “*mağdurun direncinin kırılmasını sağlayacak ölçünün ötesinde*” diyerek belirlemektedir.

Cinsel saldırı suçu ile cinsel istismar suçu bakımından failin ayrıca kasten yaralamadan sorumluluğu için getirilen ölçütte farklılık söz konusudur. Cinsel saldırı suçunun çocuklara karşı işlenmesi halinde kanunun deyişiyle cinsel istismar suçunda, TCK m. 103/5, suçun işlenmesi sırasında başvuru alan cebir ve şiddetin kasten yaralama suçunun ağır neticelerine neden olması halinde, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümlerin uygulanacağını hüküm altına alıyor. Oysa yetişkine karşı işlenen cinsel saldırı suçunun failinin ayrıca kasten yaralama suçundan sorumluluğu için ölçüt, kullanılan cebrin *“mağdurun direncinin kırılmasını sağlayacak ölçünün ötesinde”* olması iken, mağdur, çocuk olduğunda failin ayrıca kasten yaralama suçundan sorumluluğu için *“cebir ve şiddetin kasten yaralama suçunun ağır neticelerine neden olması”* ölçütü getiriliyor. Maddenin gerekçesine baktığımızda ise, durum iyice anlaşılmaz hal alıyor. 103/5’de 4. fıkraya atfen cinsel istismarın, on beş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte maruz kaldığı fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılaya yeteneği gelişmemiş olan kişilere karşı cebir veya tehdit kullanmak suretiyle gerçekleştirilmesinin cezanın artırılmasını gerektiren bir nitelikli hal olarak kabul edildiği, ancak, bunun için, uygulanan cebrin en fazla kasten yaralama suçunun temel şeklini oluşturacak boyutta olması gerektiği için 5. fıkranın bu şekilde düzenlendiği belirtiliyor. Oysa kanun, 103/1-b’de 15 yaşından büyük çocuklara karşı eylemin cebir ile işlenebilmesinden de söz etmektedir. Bu durumda da eğer cinsel istismar için uygulanan cebirde *“cebrin en fazla kasten yaralama suçunun temel şeklini oluşturacak boyutta olması gerektiği”* ölçütü aranırsa çocukların korunduğundan söz edilemez. Cebir kullanılarak işlenen cinsel saldırı suçunda failin ayrıca kasten yaralama suçundan sorumluluğu için öngörülen mağdur yetişkin olduğunda kullanılan ölçüt ile mağdur 16-18 yaş arasında olduğunda öngörülen ölçüt çelişki arz etmektedir. Kaldı ki 103. maddenin 4 ve 5. fıkrasındaki düzenlemelerin birlikte değerlendirileceği maddeden anlaşılmamaktadır. 5. fıkra tüm çocuklara karşı işlenen cinsel istismar suçuna ilişkin düzenlemedir. Maddenin bu düzenleniş şekliyle uygulamada sorunlar açması kaçınılmazdır.

F. Cezanın Ağırlaşmasına Neden Olan Nitelikli Haller

102. maddenin 3. fıkrası cinsel saldırı suçunun temel şeklinin ve nitelikli halinin ağırlatıcı nedenlerini göstermektedir.⁷⁶ Bu hallerin varlığı halinde suçun işlenmesindeki ve mağdurun direncini kırmadaki kolaylık ve failin

⁷⁶ Öztürk, 102. maddede iki ayrı düzenleme olduğu için “suçun” ağırlatıcı nedenlerinden söz ederken hangi suçun kastedildiğinin anlaşılmadığı görüşündedir. Bkz., TBB Birinci Kitap, s. 144.

mağdur üzerinde nüfuz ve güce sahip olması göz önünde tutularak ağırlatıcı neden uygulanmaktadır.⁷⁷

1. Mağdurun Beden veya Ruh Bakımından Kendisini Savunamayacak Durumda Olması Hali

Mağdurun bedenlen veya ruh bakımından cinsel saldırı fiiline direnemeyecek durumda olması ve failin bu durumu bilmesi gerekmektedir.

765 sayılı TCK m. 416/1’de fiilin akıl veya beden hastalığından dolayı fiile direnemeyecek mağdura karşı işlenmesinden söz edilmektedir. 5237 sayılı TCK’daki bu düzenleme, “*akıl hastalığı*” gibi bir ölçüt getirmediğinden, 765 sayılı TCK’daki düzenlemeye nazaran daha kapsamlıdır. 765 sayılı TCK’da 416/1’de düzenlenen failin fiilinden başka sebepten dolayı fiile direnemeyecek bir halde bulunan mağdura karşı fiilin işlenmesi hali de bu madde kapsamında ele alınmalıdır.

Bağırarak, yardım istemek, failin geldiğinin görülmesi, duyulması karşısında tedbir almak direnmek anlamında olduğundan,⁷⁸ görme özürlüğü veya sağır dilsizlere karşı cinsel saldırının olması halinde, mağdur kendisini savunamayacak durumda sayılmalıdır. Mağdur, içinde bulunduğu bir elemenden dolayı ruh bakımından kendini savunamayacak durumda olabilir. Mağdurun anlama ve kavrama yeteneğindeki eksiklik, herkesin sözüne inanma gibi hallerin varlığı da mağdurun ruh bakımından kendini savunamayacak durum olarak değerlendirilmelidir. Tüm bu hallerin varlığının tespiti bir uzman tarafından yapılmalıdır. Kanımca, mağdurun iradi sarhoşluk veya uyuşturucu madde kullanmış olduğu halde cinsel saldırıda bulunulursa, failin sorumluluğunu tespitite bu ağırlatıcı nedenin uygulanıp uygulanmayacağı somut olayda değerlendirilmelidir.

2. Kamu Görevinin veya Hizmet İlişkisinin Sağladığı Nüfuz Kötüye Kullanıldığı Haller

Kanun koyucu, failin kamu görevinin veya hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanması halinde daha ağır ceza öngörmektedir. Öğretide

⁷⁷ 765 sayılı TCK m. 417, ırza geçme ve ırza tasaddi suçlarındaki ağırlatıcı nedenleri düzenlemiştir. Buna göre; “Yukarıdaki maddelerde yazılan fiil ve hareketler birden ziyade kimseler tarafından işlenir veya usulden biri veya veli ve vasi veya mürebbi ve muallimleri ve hizmetkarları veya terbiye ve nezaret veya muhafazaları altına bırakılan veya buna düşer olanların üzerlerine hüküm ve nüfuzu olan kimseler tarafından vuku bulursa kanunen muayyen olan ceza yarısı kadar artırılır.”

⁷⁸ Otacı, s. 27.

kamu görevinin sağladığı nüfuzun kötüye kullanılması halinin düzenlenmemesi, bir eksiklik olarak belirtilmişti.⁷⁹

Fail, eğitim ve öğretim görevi ile yükümlü kişi olabileceği gibi, mağdurla veya mağdurun yanında oturduğu bir yakınıyla veya mağdurun içinde bulunduğu yatılı bir kurumla hizmet ilişkisi içinde bulunabilir. Önemli olan bu görevin ve hizmet ilişkisinin sağladığı kolaylıkla fiilin işlenmiş olmasıdır.

3. Üçüncü Derece Dahil Kan Veya Kayın Hısımlığı İlişkisi İçinde Bulunan Bir Kişi Karşı İşlenmesi Hali

Kanun koyucunun böyle bir ağırlatıcı neden kabul etmesinin nedeni, hısımlık ilişkisinden dolayı mağdurla olan yakınlığın bu suçu işlemede kolaylık sağlaması ve mağdur üzerindeki nüfuz ve güce sahip olması ve mağdurun faile duyduğu güvenin kötüye kullanılmasıdır.

4. Silahla veya Birden Fazla Kişi Tarafından Birlikte İşlenmesi Hali

Cinsel saldırı suçunun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi, bu suçun icra hareketlerinin müşterek fail olarak sorumluluğu gerektirecek şekilde gerçekleştirilmesini ifade etmektedir. Bu bakımdan, söz konusu suçun örneğin bir başkası tarafından azmettiren veya yardım eden sıfatıyla iştirak ederek işlenmesi halinde, sadece bu nedenle (d) bendi hükmüne istinaden cezada artırım yapılamayacaktır.⁸⁰ Ancak kanımca, birden fazla fail, aynı yerde ve zamanda mağdura karşı birbiri ardına cinsel saldırı suçu işlerse, aralarında yardımlaşma olmasa bile mağdurun direncinin kırılmasındaki kolaylık göz önünde tutularak ağırlatıcı neden uygulanmalıdır.⁸¹

Fiilin silahla işlenmesi hali de ağırlatıcı neden olarak düzenlenmiştir. TCK m. 6/1-f'ye göre silah deyiminden, ateşli silahlar, patlayıcı maddeler,

⁷⁹ Soyaslan, s. 364.

⁸⁰ Bkz., 102. maddenin gerekçesi. Irza geçme ve irza tasaddi suçlarında ferî maddi iştirak hallerinde bu ağırlatıcı nedenin uygulanabilmesi için ferî maddi şerikin olay yerinde bulunması gerektiği gibi, manevi iştirak şekillerinde bu ağırlatıcı nedenin uygulanmayacağı ileri sürülmekteydi. Tezcan - Erdem, *Ceza Özel*, s. 344.

⁸¹ Irza geçme ve irza tasaddi suçları bakımından Yargıtay'ın uygulaması da bu yönde olup, öğretilerde de Nuhoğlu, (s. 624); Artuk - Gökçen - Yenidünya'da (s. 842) bu görüşte olmakla birlikte, Tezcan - Erdem (*Ceza Özel*, s. 344) bu ağırlatıcı nedenin ancak mağdurun direncinin kırılmasına etkisi olan asli ve ferî maddi iştirak durumlarında uygulanabileceğini belirtmektedir.

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 kimyasal ve biyolojik maddeler anlaşılacağından fiilin bunları kullanmak suretiyle işlenmesi halinde failin cezası artırılacaktır.

5. Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Haller

Cinsel saldırı suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış halleri; 1. Mağdurun beden ve ruh sağlığının bozulması hali (m. 102/5),⁸² 2. Mağdurun bitkisel hayata girmesi veya ölümü hali.⁸³ Bu hallerin varlığı daha ağır ceza ile cezalandırılmayı gerektirmektedir (m. 102/6).⁸⁴ 765 sayılı TCK'nın 418. maddesinde düzenlenen Yargıtay tarafından kızlık zarının yırtılması halinde uygulanan "*fiilin mağdurun mayubiyetini*⁸⁵ *müstelzim bulunması*" hali öğretide⁸⁶ ve kadın sivil toplum kuruluşlarınca eleştirilmiş, 5237 sayılı TCK'da isabetli olarak bu hükme yer verilmemiştir.

Kişi cinsel saldırı suçunu işlerken eylemi, kastettiği neticeden başka, mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması ve mağdurun bitkisel hayata girmesi veya ölümü gibi bir neticeye neden olmaktadır. Meydana gelen bu ağır neticeye failin cinsel saldırı fiilinin sebebiyet vermesi gerekir.⁸⁷ Bu durumda faili bu neticelerden sorumlu tutabilmek için, netice sebebiyle ağırlaşmış suçlar dolayısıyla sorumluluk için aranan koşulların gerçekleşmesi gerekir. TCK m. 23'e göre, cinsel saldırı suçunun failinin bu neticelerden sorumlu tutulabilmesi; failin, bu neticeler bakımından en azından taksirle hareket etmesine bağlıdır. Failin bu ağır neticelerin ortaya çıkacağını öngördüğü durumlarda ise, meydana gelen ağır netice açısından fail olası kastla hareket ettiği için bu ağır neticelerden sorumlu tutulacaktır.

⁸² TCK m. 102/5'a göre; "Suçun sonucunda mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması halinde, on beş yıldan az olmamak üzere hapis cezasına hükmolunur."

⁸³ TCK m. 102/6'a göre; "Suçun mağdurun bitkisel hayata girmesine veya ölümüne neden olması durumunda, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükmolunur."

⁸⁴ 765 sayılı TCK'nın 418. maddesine göre; "Yukarıdaki maddelerde yazılı fiil ve hareketler mağdurun ölümünü mucip olursa faille müebbet ağır hapis cezası verilir. (f. 1) Eğer bu fiil ve hareketler bir marazın sirayetini veya mağdurun sıhhatine sair büyük bir nakisa irasını veya malûliyet veya mayubiyetini müstelzim olursa cezanın yarısı ilave edilerek hükmolunur (f. 2)."

⁸⁵ Önder mayubiyeti, bir uzvun fizyolojik fonksiyonuna herhangi bir halel gelmeden uzun, estetik, güzellik ve şeklinin bozulması olarak tanımlamaktadır. Önder, s. 478.

⁸⁶ Nuhoglu, s. 627-628.

⁸⁷ Özgenç, İzzet - Şahin, *Uygulamalı Ceza Hukuku*, 3. Bası, Ankara 2001, s. 192.

Suçun sonucunda mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması halinde, daha ağır bir ceza öngörülmeyle birlikte, mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulduğuna ilişkin ölçüt uygulamaya bırakılmıştır.⁸⁸ Her cinsel saldırı suçunda doğal olarak mağdurun psikolojik bir travmaya maruz kaldığı göz önünde tutulduğunda,⁸⁹ mağdurun ruh sağlığındaki bozukluğun tespiti için hakim uzman görüşünden yararlanacak, belki de uygulamada yaralama suçlarında olduğu gibi kısa süreli, geçici gibi ölçütlerle gereksinim duyulacaktır.

G. Soruşturma ve Kovuşturma

Suçun temel şekline ilişkin olarak soruşturma ve kovuşturmanın yapılması, mağdurun şikayetine bağlı tutulmuştur. Suçun nitelikli hali ise resen kovuşturulur. Ancak suçun nitelikli halinde mağdur eş olduğunda, soruşturma ve kovuşturmanın yapılması, mağdur eşin şikayetine bağlıdır.

V. CİNSEL TACİZ SUÇU

A. Genel Olarak

Türk Ceza Kanunu'nun 105. maddesinde düzenlenen cinsel taciz suçu,⁹⁰ 765 sayılı TCK'nın 421 maddesindeki suç⁹¹ karşılık olarak düzenlenmiş olup, 421. maddede geçen “söz atma ve sarkıntılıkta bulunma” ifadeleri yerine “cinsel amaçlı taciz” kavramına yer verilmiştir.⁹² Suç Amerikan

⁸⁸ Öztürk’de haklı olarak psikolojik bozukluğun ölçüsünün akıl hastalığı mı olduğunu sormaktadır. Bkz., *TBB Birinci Kitap*, s. 144.

⁸⁹ Ayrıca aynı doğrultuda Aydın’da, maddi fiilin beden ve ruh rahatsızlığını doğurması gerektiğini belirterek bu düzenlemeyi eleştirmektedir. Bkz., *TBB Birinci Kitap*, s. 145.

⁹⁰ TCK Madde 105. - (1) Bir kimseyi cinsel amaçlı olarak taciz eden kişi hakkında, mağdurun şikayeti üzerine, üç aydan iki yıla kadar hapis cezasına veya adli para cezasına hükmolunur.

(2) Bu fiiller, hiyerarşi veya hizmet ilişkisinden kaynaklanan nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle ya da aynı işyerinde çalışmanın sağladığı kolaylıktan yararlanılarak işlendiği takdirde, yukarıdaki fıkraya göre verilecek ceza yarı oranında artırılır. Bu fiil nedeniyle mağdur işi terk etmek mecburiyetinde kalmış ise, verilecek ceza bir yıldan az olamaz.

⁹¹ 765 s. TCK m. 421’e göre; “Kadınlara ve erkeklere söz atanlar üç aydan bir seneye ve sarkıntılık edenler altı aydan iki seneye kadar hapsolünür.”

⁹² 12.5.2003 tarihinde TBMM’ye sunulan TCK Tasarısı 321. madde de hem söz atma, sarkıntılık hem de cinsel tacizden söz edilmekteydi. “Kadınlara veya erkeklere söz atanlara üç aydan altı aya kadar hapis veya üç yüz elli milyon liradan bir milyar liraya

hukukunda öteden beri var olan ve 1994 Fransız Ceza Kanunu'nda da yer verilen "*cinsel taciz*" suçunu tanımlamaktadır.⁹³ "*Cinsel Taciz*" başlıklı Fransız Ceza Kanunu'nun 222-33 maddesine göre, "*görevinin verdiği yetkiyi kullanarak emir, tehdit veya maddi cebir ile cinsel çıkar sağlamak amacıyla başkasını rahatsız eden kişi bir sene hapis ve yüz bin frank para cezasına mahkum olur.*"⁹⁴ Ancak Fransız Ceza Kanunu'nun bu hükmü, suçun nitelikli hali olarak belirlenen 105/2 maddesindeki düzenlemeye paralel bir düzenleme içermektedir.⁹⁵ 2003 TCK Tasarısı m. 321/3'de mağdurun hüküm ve nüfuzu altında bulunduğu kimsenin cinsel tacizi, söz atma ve sarkıntılık fiillerinin cinsel yönden, ahlak temizliğine aykırı olarak mağdurun rahatsız edilmesi şeklini alması biçiminde tanımlanmış ve söz atma ve sarkıntılık suçlarının ağırlatıcı nedeni olarak öngörülmüştür.

Cinsel tacizi düzenleyen TCK m. 105/1'de cinsel taciz suçu açıkça tanımlanmamış, ancak eylemin cinsel amaçlı taciz şeklinde olacağı belirtilmiştir. Oysa, ceza hukukunun güvence fonksiyonunu yerine getirebilmesi için, kanunilik ilkesinin yanında kanunda yer alan suç tanımlarının açık ve seçik olması gerekir ki belirlilik ilkesi denen bu ilke, hangi insan davranışının suç oluşturduğunu belirleyen kanun metinlerinin çok açık ve herkes tarafından anlaşılabilir bir şekilde formüle edilmesini gerektirir.⁹⁶

765 sayılı TCK'da da söz atma ve sarkıntılık eylemleri tanımlanmamış, öğreti ve mahkeme içtihatlarıyla söz atma, sarkıntılık ve ırza tasaddi kavramı ve farklılıkları tanımlanmış idi.⁹⁷ Cinsel taciz, maddenin gerek-

kadar ağır para cezası verilir. Kadınlara ve erkeklere sarkıntılık edenlere altı aydan iki yıla kadar hapis cezası verilir. Bu fiiller, mağdurun hüküm ve nüfuzu altında bulunduğu kimsenin cinsel tacizi şeklinde olursa faile verilecek ceza bir yıldan az olamaz. Bu maddede yer alan suçların soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlıdır."

⁹³ 12.5.2003 tarihinde TBMM'ye sunulan TCK Tasarısı m. 321'in gerekçesi.

⁹⁴ Artuk - Gökçen - Yenidünya, s. 826.

⁹⁵ Öztürk'de cinsel tacizin aslında literatürde ve Avrupa, Amerika uygulamasında 2. fıkradaki düzenleme olduğunu belirtmektedir. Bkz., *TBB Birinci Kitap*, s. 144; Cinsel taciz suçunun İsviçre ve Alman hukukundaki düzenlemeleri için bkz., Nuhoglu, s. 638-639.

⁹⁶ Özgenç - Şahin, s. 21-22.

⁹⁷ Y. CGK, 24.12.1990 tarihli 343/361 kararında "Sarkıntılık, belirli bir kimseye karşı işlenen, o şahsın edep ve iffetine dokunan ani ve hareketler yönünden kesiklik gösteren, şehvet kastıyla işlenen edepsizce davranışlardır. Fail ile mağdurenin vücutlarının teması şart değildir. İslık çalmak, mağdurun peşinden giderek sırtışıkça hareketlerde bulunmak, cinsel organını göstermek veya mağdurun cinsel organını seyretmek, birden fazla aşk mektubu yazmak, çimdik atmak, el kol işaretleri ile cinsel ilişkide bulunmayı önermek gibi hareketler sarkıntılık suçunu oluşturmaktadır. Tasaddi ise mağdur üzerinde işlenen ve cinsel birleşme katı taşımayan, devamlılık gösteren

çesinde kişinin vücut dokunulmazlığının ihlali niteliği taşımayan cinsel yönden, ahlak temizliğine aykırı olarak mağdurun cinsel davranışlarla rahatsız edilmesi olarak tanımlanmaktadır. Öğretide ise; “Cinsel taciz, birey ve bireylerin edep ve iffetlerine yönelik rahatsız edici nitelikte hareketlerdir.” şeklinde tanımlanmakta, bu tanımdan yola çıkılarak, cinsel taciz kavramına söz atmaktan ırza tecavüze kadar birey ve bireyleri cinsiyeti ile ilgili rahatsız eden her türlü davranışın girdiği belirtilmektedir.⁹⁸ Ancak Kanun’un cinsel saldırı suçunu ayrıca düzenlediği göz önünde tutulduğunda,⁹⁹ cinsel tacizin bu kadar genişletilemeyeceği açık olup, cinsel arzuları tatmin için bir kimsenin cinsel dokunulmazlığına yönelik ancak vücut dokunulmazlığını ihlal etmeyen bir başka deyişle cinsel saldırı boyutuna ulaşmayan davranışlarla rahatsız edilmesi cinsel taciz anlamındadır.¹⁰⁰

B. Cinsel Taciz Suçunun Temel Şekli

1. Fail ve Mağdur

105. madde, bu suçun faili ve mağduruna ilişkin özel bir düzenleme getirmemektedir. Cinsel taciz suçunun faili kadın veya erkek olabileceği gibi, maddede “bir kimseyi”¹⁰¹ cinsel amaçlı taciz eden denildiğinden, mağduru da kadın veya erkek olabilir.¹⁰² Bu suç, farklı cinsten kişiye karşı işlenebileceği gibi, aynı cinsten kişiye karşıda işlenebilir.

şehvi hareketlerdir. Sarkıntılık suçunda ani ve kesiklik gösteren hareketler, tasaddi fiilinde süreklilik kazanmakta ve ısrarla sürdürülmektedir. Fail, şehvi hislerinin tatmini için süreklilik arz eden hareketlerde bulunmaktadır.”, s. 502-503 Sanıkların birlikte yazıp evinin kapısının altından atarak mağdureye ulaştırdıkları mektup ile ekindeki resimlerin bir defada olması karşısında eylemlerin söz atma yerine sarkıntılık olarak kabulüyle hükümlülüklerine karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir (Y. 4. CD, 9.10.2002, 12216/14621). “Bursa’ya geldiğin zaman seninle buluşmak istiyorum, beni bu kartla bulurun” diyerek kartvizitini veren sanığın eylemi söz atma suçunu oluşturur (8.6.2004, 2003/5889, 20003/4691). Bu konudaki kararlar için bkz., Meran, s. 502-507.

⁹⁸ Artuk - Gökçen - Yenidünya’ya göre; “Cinsel taciz kavramına birey ve kamunun edep ve iffetine yönelik bir eylem oluşturan söz atma, sarkıntılık suçu (TCK 421); mağdurla bedeni teması gerektiren, cinsi münasebet derecesine varmayan bir takım şehvani hareketler olan ve sarkıntılık fiilinden daha ileri bir hal teşkil eden “ırza tasaddi” eylemi de (TCK 415, 416) mağdurun rahatını kaçırdığından “cinsel taciz” kavramı içinde mütalaa edilmelidir. “Biriyle onun rızası hilafına normal veya anormal yoldan cinsi münasebette bulunmak şeklinde tanımladığımız “ırza geçme” eylemi (TCK 415, 416) bu fiile muhatap edeni rahatsız ettiğinden cinsel tacizin en ağır şekli sayılmalıdır. “alenen hayasızca vaz’u hareket” eylemi (m. 419) toplumun cinsel nitelikteki utanç duygusuna saldırı oluşturduğundan cinsel taciz sayılır. Cinsel taciz kavramına 8. babın dışında kalan edebe muhalif hareketler suçu da (TCK 576) girer.” Artuk - Gökçen - Yenidünya, s. 826-827.

2. Maddi Unsur

Suçun oluşabilmesi için, vücut dokunulmazlığı ihlali niteliği taşımayan bir başka deyişle cinsel saldırı boyutuna ulaşmayacak şekilde cinsel amaçlı davranışlarda bulunmak gerekmektedir. Bu madde 765 sayılı TCK'nın 421. maddesinde düzenlenen suça karşılık olarak düzenlendiğinden, söz atma ve bedeni temas şeklinde gerçekleşmeyen sarkıntılık fiili cinsel taciz suçunu oluşturacaktır.¹⁰³ Önemli olan eylemin cinsel amaçlı olarak yapılmasıdır. Örneğin; birine cinsel ilişki teklifinde bulunmak,¹⁰⁴ kişiyi ısrarla takip ederek cinsel içerikli söz atmak, cinsel organını göstermek¹⁰⁵ cinsel taciz suçunu oluşturur.

TCK m. 105. maddenin gerekçesinde ise cinsel taciz, kişinin vücut dokunulmazlığı ihlali niteliği taşımayan cinsel davranışlarla gerçekleştirilen ve cinsel yönden, ahlak temizliğine aykırı olarak mağdurun rahatsız edilmesi şeklinde tanımlandığından, gerekçedeki hem "*cinsel davranış*" hem de "*ahlak temizliğine aykırı*" kavramları tartışmaya açıktır.

Cinsel davranıştan neyin anlaşılması gerektiği açık olmadığı gibi,¹⁰⁶ cinsel davranış modelinin temelinde belirli bir zamanda ve belirli bir yerde geçerli olan ahlaksal yargı bulunmaktadır. Ancak ahlaksal yargı, duygusal kökenlidir ve dolayısıyla görelidir.¹⁰⁷ Madde de fiilin cinsel amaçlı

⁹⁹ Ünver'e göre; Tasaddi ve sarkıntılık dışında taciz eylemi özel bir suç haline getirilmemelidir. Ünver, *Aile İçi Şiddet*, s. 56-57. Öztürk'de madde hakkında görüşünü "Cinsel taciz, cinsel amaçlı taciz eden ne demek?" demek suretiyle bildirmektedir. Bkz., *TBB Birinci Kitap*, s. 144.

¹⁰⁰ 12.5.2003 tarihinde TBMM'ye sunulan TCK Tasarısı'nın 321. maddesinde cinsel tacizle birlikte söz atma ve sarkıntılık suçları düzenlenmiş, maddenin gerekçesinde ise söz atma ve sarkıntılık, öğreti ve uygulama doğrultusunda tanımlanmıştır. "Söz atma" ve "Sarkıntılık" cinsel tacizdir. Maddede yer alan "Söz atma" fiili, cinsel taciz içeren sözlü saldırı durumudur. Söz atma, sarkıntılık derecesine varmayan, sadece sözle gerçekleştirilen yani süreklilik göstermeyen saldırılardır. Sözler bir defa söylenmekle kalmayıp devamlılık gösterir yani tekrarlanırsa ya da fiili temasa yönelirse fiili sarkıntılık olarak nitelendirmek gerekir. Cinsel taciz, bir kişiye karşı onun rızasına aykırı olarak söz ve hareketle cinsel bütünlüğüne saldırı oluşturacak surette ve cinsel tecavüz veya cinsel bütünlüğe tasaddi suçuna veya bunların teşebbüsüne varmayacak hareketlerden oluşur."

¹⁰¹ Artuk - Gökçen - Yenidünya, Cinsel tacizin belirli bir kimseye yönelmesinin zorunlu olmadığı görüşündedir. Artuk - Gökçen - Yenidünya, s. 827.

¹⁰² 765 s. TCK'nın 421. maddesinde de failden hiç söz edilmemekte ancak mağdurun kadın ve genç erkek olacağı belirtilmekteydi. Maddedeki "genç" deyimini, Anayasa Mahkemesi'nin 20.3.2002, 39/35 sayılı kararıyla madde metninden çıkarıldığı için, fiil kadın veya erkeğe karşı işlenebilir.

¹⁰³ "Sanık TCK'nın 547. maddesi uygulanarak cezalandırılmışsa da; uyuyan bir kadının yorganını açarak onun rengini vücut ahengini şehvi bir zevkle sanığın eylemi sarkıntılıktır. Sarkıntılık için bu kadının genç bir erkeğin tenine, vücuduna el do-

olmasından söz edilirken, madde gerekçesinde fiilin “cinsel davranış”larla gerçekleştirileceği şeklindeki açıklama yerinde değildir. Örneğin; mağdura buluşmayı öneren bir mektup yazılması fiilinin cinsel amaçlı olabileceği söylenebilirse de cinsel davranış olduğu söylenemez.

“Ahlak temizliğine aykırı” kavramı belirsiz bir kavramdır. Cinsel konularda “ahlak” genel bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır. Ahlak, edep, iffet veya “ahlak temizliği” gibi devamlı hareket halinde olan ve değişen kavramlara müspet bir hukuk kuralını oturtmak oldukça güçtür ve bunun doğruluğu hususunda da kuşkuyla hareket etmek gerekir.¹⁰⁸ Ahlaklığın hukuksal değer karakterinin ne olduğu sorusu araştırılırken cinsel ahlakın yapısı dikkate alınmalı, ahlaklılığın her nesil için aynı geçerlilikte, kapsamda ve yapıda olmadığı bilinmelidir. Genelde konuşma dilinde ahlaklılıktan söz edilirken cinsel davranışlar hatırlanırsa da, bu her zaman kastedilen şeyi karşılamaz. Hukukçularca cinsel ahlak diye adlandırılan şey yalın ahlaki bir iddiayı mı içerdiği, bunun genel ahlakın bir parçası mı olduğu veya bu ifadenin yanlış mı olduğu sorgulanmalıdır.¹⁰⁹ Kanımca, belirsiz bir kavram olan ahlaklılık, görecelidir. Ahlak anlayışı, her toplumun kültürel yapısına göre ve kişinin ahlak bilincinin sosyalleşme süreciyle birlikte geliştiği¹¹⁰ göz önüne alındığında hatta kişiye ve zamana göre değişiklik gösterecektir. Örneğin; “ayna tutma” veya “bıyık bükme” gibi bir davranış, bir toplumda ahlak temizliğine aykırı olarak kabul edilebilecekken diğer bir toplum için böyle algılanmayabilir. Bir davranışın “ahlak temizliğine aykırı” olup olmadığı bu düzenleme karşısında uygulamada şekil alacaktır ancak bunun uygulamada ne kadar birlik yaratacağı ise tartışılır.¹¹¹ Burada failin

kundurmuş olması şart değildir.” (CGK, 25.12.1961, 24/24), bu karar ve sarkıntılık suçu hakkında diğer kararlar için bkz., Otacı, s. 152.

¹⁰⁴ Bir kadına karşı cinsi münasebet teklifinde bulunmak, sarkıntılık niteliğindedir. (CGK, 9.5.1977,1786202), Otacı, s. 151.

¹⁰⁵ “Sanığın mağdureyi ısrarlı biçimde takip ederek söz atması sırnaşıkça hal alan eylemleri, sarkıntılık suçunu oluşturur. (Y. 5. CD, 11.5.1994,1322/1649), bkz., Otacı, s. 158; “Sanığın kızgınlık sonucu olsa da cinsel organını şikayetçiye göstermesi, hakaret değil sarkıntılık sayılmalıdır.” (Y. 5. CD, 4.4.1984, 1272/1394), bkz., Otacı, s. 164.

¹⁰⁶ *Türk Ceza Kanunu Tasarı’sı Hakkında Galatasaray Üniversitesi’nin Görüşü; Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci Kitap Makaleler, Görüşler, Raporlar, Türkiye Barolar Birliği, Ankara 2004*, s. 308.

¹⁰⁷ Can, s. 303, dnp. 39.

¹⁰⁸ Yarsuvat, Duygun, “Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar”, *Değişen Toplum ve Ceza Hukuku Karşısında TCK’nın 50 Yılı ve Geleceği*, İstanbul 1977, s. 648 ve 663.

¹⁰⁹ Ünver, *Hukuksal Değer*, s. 1028.

¹¹⁰ Can, s. 303.

¹¹¹ Sosyal örgütlenme biçimleri farklı olan toplumların bireyleri, cinsel davranışları açısından birbirlerinden ne ölçüde farklıysalar, aynı toplum içerisindeki değişik sosyal

cinsel taciz suçundan sorumluluğu belirlenirken, TCK m. 4/2'deki "*Ancak sakınamayacağı bir hata nedeniyle kanunu bilmediği için meşru sanarak bir suç işleyen kimse cezaen sorumlu olmaz.*" hükmünün önemi de ortaya çıkmaktadır. Kişinin cezai sorumluluğu için, işlediği fiilin hukuken kabul görmez bir davranış olduğunun bilincinde olması gerekeceğinden ve hatanın kaçınılamaz olduğunun belirlenmesinde ise, kişinin bilgi düzeyi, gördüğü eğitim, içinde bulunduğu sosyal ve kültürel çevre koşulları göz önünde bulundurulacağından, tüm suçlar için genel bir prensip olan bu husus özellikle kişinin cinsel taciz suçundan sorumluluğunda önem arz etmektedir.

Cinsel taciz oluşturan eylemin, vücuda temas etmemesi gerekir. Cinsel taciz, cinsel saldırı suçu veya cinsel saldırı suçuna teşebbüse varmayacak eylemden oluşur. Cinsel amaçlı eylem, sözle, yazıyla ve bedensel hareketlerle gerçekleştirilebilir. Eylem doğrudan mağdura yönelik olmalıdır.¹¹² Mağdurdan başkasına yapılan hareketler cinsel taciz suçunu değil şartları varsa hakaret suçunu oluşturur.¹¹³

3. Manevi Unsur

Suç ancak kasten işlenebilir. Genel kast yanında suçun oluşması için özel kast da aranmıştır. Bu da; failin cinsel amaçlı olarak hareket etmesidir. Failin, kişinin vücut dokunulmazlığı ihlali niteliği taşımayan cinsel davranışları ve cinsel yönden, ahlak temizliğine aykırı olarak mağduru rahatsız edecek hareketleri bilerek ve isteyerek cinsel amaçlı olarak yapacaktır.¹¹⁴ Hakim davranışın cinsel amaçlı olup olmadığını, somut olayın özelliklerine göre takdir edecektir.

sınıfların, grupların, bölgelerin bireyleri de birbirinden aynı ölçüde ayrılmaktadırlar. Can, s. 303.

¹¹² "Sanık A. Y'nin cinsel organı görülecek şekilde külotlu iken müştekiye bakıp cinsel organını okşamak şeklinde tezahür eden eylemini, belli kişi hedef alınarak yapılmış bulunması nedeniyle TCK'nın 42172. maddede tanımlanan sarkıntılık suçunu oluşturduğu gözetilmeden, yazılı şekilde TCK'nın 419. maddesiyle hüküm kurulması" Y. 5. CD, 18.09.2001, 9069/5061, Meran, s. 505.

¹¹³ Artuk - Gökçen - Yenidünya, s. 869.

¹¹⁴ Öğretide Artuk - Gökçen - Yenidünya'nın cinsel taciz fiilinde mutlaka cinsel bir saikin, onu harekete geçiren şehvi duygusunun bulunmasına ihtiyaç olmadığı yolundaki tespitleri, kanımca cinsel tacize verdikleri anlamla ilgili olup, kanunun açık düzenlemesi karşısında cinsel taciz suçunda cinsel saikin aranmayacağından söz edilemez. Bkz., Artuk - Gökçen - Yenidünya, s. 827.

C. Cinsel Taciz Suçunun Nitelikli Hali

105. maddenin 2. fıkrasında, cinsel taciz suçunun nitelikli halleri belirlenmiştir. Buna göre, hiyerarşi veya hizmet ilişkisinden kaynaklanan nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle ya da aynı işyerinde çalışmanın sağladığı kolaylıktan yararlanılarak kişiye karşı cinsel tacizde bulunulması, suçun temel şekline göre daha ağır bir ceza ile cezalandırılmaktadır.¹¹⁵ Böylece çalışanların işyerlerinde karşılaştığı cinsel tacize açıkça TCK'da ilk kez yer verilmiş bulunmaktadır.¹¹⁶

Bu fiillerin mağdurun hüküm ve nüfuzu altında ya da iş yerinde; emrinde ya da birlikte çalıştığı bir kişi tarafından gerçekleştirilmesi halinin ağırlaştırıcı neden sayılmasının sebebi, failin eylemini yineleme olanağına sahip olması ve hüküm ve nüfuzun yarattığı mağdur üzerindeki psikolojik baskı nedeni ile bu fiilleri daha kolay işleyebilmesidir. Bu suçun nitelikli halinin oluşması için cinsel taciz niteliği taşıyan fiilin bir kere yapılması yeterli olup, süreklilik aranmaz.

Cinsel taciz suçunun nitelikli halinde fail, mağdur ile hiyerarşi veya hizmet ilişkisi olan kişi ya da mağdurla aynı iş yerinde çalışan kişi olması gerekmektedir. Bu nedenle okul ya da yatılı bir kurumda kalan öğrencilere karşı gerçekleştirilen veya evdeki hizmetçiye karşı gerçekleştirilen cinsel taciz eylemleri suçun nitelikli halini oluşturur.

Cinsel taciz suçunun temel şeklinde üç aydan iki yıla kadar hapis cezası öngörülmüşken, suçun nitelikli halinde cinsel tacizi oluşturan fiil nedeniyle, mağdur işini terk etmek zorunda kalmış ise verilecek cezanın bir yıldan az olamayacağı belirtilerek mağdur daha fazla korunmuştur.

D. Suçun Özel Görünüş Şekilleri

1. Suça Teşebbüs

Cinsel taciz suçuna teşebbüs mümkündür. Kişi işlemeyi kastettiği cinsel taciz suçunu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da

¹¹⁵ Öğretide Ünver, okul, işyeri gibi yerlerdeki cinsel taciz eylemlerinin ayrı bir suç olarak değil, sarkıntılığın bir ağırlatıcı nedeni olarak düzenlenmesi gerektiği belirtmektedir. Ünver, *Aile İçi Şiddet*, s. 56-57.

¹¹⁶ TCK m. 417'de irza geçme ve irza tasaddi suçlarında ağırlatıcı nedenler arasında sayılan "hüküm ve nüfuz sahibi kişiler" in sayılması suretiyle, failin işyerinde çalışma gibi nedenlerle mağduru egemenliği altına alabilecek veya onu etkileyebilecek bir durumda olması halinde daha ağır ceza öngörülmüştü. Ancak bu düzenleme söz atma ve sarkıntılık suçlarını kapsamamaktadır.

elinde olmayan nedenlerle tamamlayamayabilir. Örneğin; kişinin yazdığı aşk mektuplarının mağdurun eline ulaşmaması veya mağdureye el kol işaretileri ile birlikte olma isteğini belirtirken başkaları tarafından engellendiği için hareketlerine devam edememesi örneklerinde olduğu gibi fail suçun icrasına başlamış ancak suç teşebbüs derecesinde kalmış olabilir.

Bu suçta gönüllü vazgeçme söz konusu olabilir. Fail, suçun icra hareketlerinden gönüllü vazgeçer veya kendi çabalarıyla suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini önlerse, teşebbüsten dolayı cezalandırılmaz; fakat tamam olan kısım esasen bir suç oluşturduğu takdirde, sadece o suçta ait ceza ile cezalandırılır (TCK m. 36).

2. İştirak

Bu suçta iştirakin şekilleri olan azmettirme ve yardım etme mümkündür. Örneğin; cinsel amaçlı oluşunu bildiği mektubu muhatabına ulaştıran kimse yardım etmeden sorumludur.

3. İçtima

Cinsel taciz suçu değişik zamanlarda aynı kişiye birden fazla olarak, aynı suç işleme kararıyla işlenmişse zincirleme suç söz konusu olup tek bir cezaya hükmedilir, ancak bu ceza arttırılarak verilir (TCK m. 43/1).¹¹⁷ TCK m. 43/2'e göre, aynı suç birden fazla kişiye karşı tek bir fiile işlenmişse de zincirleme suç söz konusudur. Bu durumda cinsel taciz suçunu oluşturacak bir fiilin birden fazla kişiye karşı yönelmesi durumunda da tek bir cezaya hükmedilecek ancak ceza arttırılacaktır. Örneğin; failin cinsel organını birden fazla kişiye göstermesi durumunda, her bir mağdur bakımından ayrı cinsel taciz suçları değil, bir cinsel taciz suçu oluşur.

Cinsel taciz suçunun aynı suç işleme kararı kapsamında olsa da değişik kişilere karşı birden fazla işlenmesi halinde, zincirleme suç hükümleri uygulanamaz. Örneğin; önce kardeşine sonra ablasına cinsel ilişkide bulunma teklifinde bulunma örneğinde ablaya karşı ve kardeşe karşı ayrı ayrı cinsel taciz suçunun varlığı söz konusu olup, olayda cezaların içtimali hükümleri uygulanır.

¹¹⁷ Yargıtay'ın sarkıntılık suçuna ilişkin bir kararına göre; "Sanığın kısa aralıklarda, telefon açtığı müştekiye " seni seviyorum, evlenmek istiyorum" diye söylemekten ibaret eyleminin tümüyle sarkıntılık suçunu oluşturduğu ve bu haliyle bünyesinde teselsülü de kapsadığı gözetilmeden TCK'nın 421/2 maddesiyle tayin olunan cezanın ayrıca 80. madde ile artırılması" bozmayı gerektirmiştir. (Y. 5. CD, 28.11.2002, 2100/8108), bkz., Meran, s. 503.

Bir kişi, aynı suç işleme kararıyla bir kimseyi cinsel amaçlı taciz etse, daha sonraki bir zamanda tacizde bulunduğu, suçun mağduru ile arasında hiyerarşik bir ilişki kurulsa, bu hiyerarşiden kaynaklanan nüfuzunu kötüye kullanarak fail tekrar cinsel tacizde bulunursa, TCK m. 43/1'e göre; bir suçun temel şekli ile nitelikli şekilleri aynı suç sayıldığından, aynı cinsel taciz suçunun birden fazla işlenmesi söz konusu olacaktır. Bu durumda zincirleme uç hükümleri uygulanacaktır.

Türk Ceza Kanunu'nun işkence suçunu düzenleyen 94. maddesinin¹¹⁸ 3. fıkrasına göre; *"Fiilin cinsel yönden taciz şeklinde gerçekleşmesi halinde, 10 yıldan 15 yıla kadar hapis cezasına hükmolunur". "İşkence olarak bir kişiye insan onuruyla bağdaşmayan ve bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, algılama ve irade yeteneğinin etkilenmesine, aşağılanması yol açacak davranışlarda bulunulması gerekir. İşkence teşkil eden fiiller, aslında kasten yaralama, hakaret, tehdit, cinsel taciz niteliği taşıyan fiilleri de içerir. Ancak bu fiiller ani olarak değil, sistematik bir şekilde ve belli bir süreç içinde işlenmektedir. Bir süreç içinde süreklilik arz eder bir tarzda işlenen işkencenin en önemli özelliği, kişinin psikolojisi, ruh sağlığı, algılama ve irade yeteneği üzerindeki tahrip edici etkilerinin olmasıdır."*¹¹⁹ Burada TCK 94/3'de suçun ağırlaştırıcı halinin söz konusu olabilmesi için *"Fiilin cinsel yönden taciz şeklinde gerçekleşmesi"* denildiğinden, cinsel tacizin süreklilik arz eder şekilde sistematik ve belli bir süreç içinde yapılması gerekecektir. Kamu görevlisi, kişinin vücut dokunulmazlığı ihlali niteliği taşımayan cinsel yönden, ahlak temizliğine aykırı olarak işkence fiilini uyguladığı kişiyi rahatsız edici cinsel davranışlarda bulunacaktır. Örneğin kamu görevlisinin işkencede bulunduğu kişiye *"Bu akşam seninle birlikte olalım"* demesi yetmeyecek, sistematik olarak ve belli bir süreç içinde hareketlerin tekrarlanması gerekecektir. Cinsel tacizi oluşturacak hareketler, aynı olmayıp farklı hareketler olsa bile önemli olan fiilin cinsel taciz şeklinde gerçekleşmesi ve bu durumunda kişinin psikolojisi, ruh sağlığı, algılama ve irade yeteneği üzerindeki tahrip edici etki ve kişide aşağılanma duygusu oluşturmalarıdır. TCK 94/3'de bileşik suç söz konusu olup, içtima hükümleri uygulanmaz. Bir başka deyişle, cinsel taciz şeklinde hareketlerle işkencenin gerçekleştirilmesi durumunda failin sorumluluğu TCK m. 94/3'e göre olup, ayrıca bir de cinsel taciz fiilinden (m. 105) dolayı sorumlu tutulmayacaktır.

¹¹⁸ TCK m. 94'e göre; " Bir kişiye karşı insan onuruyla bağdaşmayan ve bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesine, aşağılanmasına yol açacak davranışları gerçekleştiren kamu görevlisi hakkında üç yıldan on iki yıla kadar hapis cezasına hükmolunur."

¹¹⁹ TCK 94. maddenin gerekçesi .

Cinsel taciz suçunun cezasına baktığımızda 3 aydan 2 yıla kadar hapis cezası veya adli para cezası iken, işkence suçunu oluşturacak fiilin cinsel taciz şeklinde gerçekleşmesi halinde 10 yıldan 15 yıla kadar bir hapis cezası öngörülmüştür. Kanun koyucu burada işkence suçunun mağdurunu koruma kaygısıyla kanımca, cinsel taciz suçu ile işkencenin cinsel taciz şeklinde gerçekleşmesi halindeki cezalar karşılaştırıldığında oldukça ağır bir ceza öngörmüştür.

E. Soruşturma ve Kovuşturma

Suçun soruşturulması ve kovuşturulması mağdurun şikayetine bağlıdır.¹²⁰ Suçtan zarar gören kişi, zamanaşımı süresini geçmemek koşuluyla fiilin ve failin kim olduğunu öğrendiği günden itibaren 6 ay içinde (TCK m.73), 5271 sayılı CMK m. 158’de gösterilen makamlara şikayette bulunacaktır.

VI. SONUÇ

- 5237 sayılı TCK’da cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar, esas itibariyle kişiye karşı işlenen suçlar olması nedeniyle, TCK’nın 2. Kitabı’nın “*Kişilere Karşı Suçlar*” başlıklı İkinci Kısım altında düzenlenmiştir. Cinsel dokunulmazlığa karşı suçlarda cinsel saldırı, cinsel istismar, cinsel taciz gibi yeni kavramlar getirilmiş, 765 sayılı TCK’da geçen ırza tasaddi, ırza geçme, söz atma ve sarkıntılık kavramlarına yer verilmemiştir.

- Cinsel saldırı ve cinsel taciz suçları, cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlardandır. 765 sayılı TCK’da bu suçlar “*Adabı Umumiye ve Nizamı Aile Aleyhinde Cürümler*” babında düzenlenmişken, 5237 sayılı TCK’da bu sistematikten vazgeçilmesi, bu suçlarda korunan hukuksal değerlerin bireyin cinsel dokunulmazlığı olduğunu göstermesi bakımından, bu suçların kanunda düzenleniş yeri isabetlidir. Böylece ceza kanunu tarafından bireylerin cinsel özgürlüğüne yönelik eylemler cezalandırılarak koruma sağlanmıştır.

¹²⁰ TCK Kadın Çalışma Grubu, “TCK 2002 Tasarısı Değişiklik Talepleri”nde, işyerinde cinsel tacizin, kişinin iş hayatını tehdit eden ve çalışma hakkını ihlal eden ciddi bir suç olduğu, mağdur hükmü ve nüfuzu altında bulunduğu kişi tarafından veya işyerinde tacize uğradığı takdirde, şikayeti işini veya konumunu tehdit edebileceğinden, suçun kovuşturulması ve soruşturmasının şikayete bağlı olmaması gerektiği belirtilmektedir.

• 5237 sayılı TCK m. 102’de düzenlenen cinsel saldırı suçunda, 765 sayılı TCK’nın 414, 418 ve 421. maddelerinde düzenlenen ırza geçme, ırza tasaddi ve sarkıntılık suçlarına yer verilmektedir. 765 sayılı TCK’daki sarkıntılık suçunun cinsel saldırının kapsamında değerlendirilmesi, sarkıntılık suçunun vücuda temas ile gerçekleşmesi mümkün olduğu ve ayrıca cinsel saldırıda olduğu gibi cinsel davranışlarla kişinin vücut dokunulmazlığının ihlali söz konusu olduğu için yerinde olmuştur. Ayrıca bu düzenleme ile, uygulamada eylemi söz atma, sarkıntılık ve ırza tasaddi şeklindeki nitelendirmedeki zorluk da giderilmiştir.

• Cinsel saldırı suçunun temel şeklinde (m. 102/1), cinsel arzuları tatmin amacına yönelik davranışlarla kişinin vücut dokunulmazlığının ihlal edilmesi, cinsel saldırının nitelikli halinde (m. 102/2) ise cinsel arzularını tatmini amacına yönelik olmasa da vücuda organ veya bir cisim sokulması cezalandırılmaktadır. Ancak TCK 102/2’de her ne kadar maddenin tümünden ve gerekçesinden nitelikli hal olarak düzenlendiği sonucuna varılsa da, 102’deki eylemin cinsel arzuları tatmin amacının aranmaması karşısında bu şekliyle m. 102/2’de ayrı bir suç düzenlenip düzenlenmediği açık değildir.

• TCK m. 102/2’de “vücuda” ve “bir organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle” denildiği ve eylemin cinsel arzuları tatmini amacına yönelik olması aranmadığı için; bir kimsenin ağzına cop veya şişe sokulması örneğinde cinsel saldırının nitelikli halinin gerçekleştiğinden söz etmek gibi bir durumla karşı karşıya kalınacaktır. Cinsel saldırı suçu ile korunan hukuksal değer cinsel dokunulmazlık olduğu göz önünde tutulduğunda maddenin sair bir cismin oral yoldan sokulmasında cinsel arzuları tatmin amacı aranmalıydı. Uygulamada bu sorunu gidermek için, failin 102/2’den sorumluluğu için organın vücuda anal, vajinal ya da oral yoldan sokulmasında cinsel arzuları tatmini amacının aranmaması, yine bir cismin vajinal ya da anal yoldan sokulmasında da cinsel arzuları tatmini amacının aranmaması, ancak bir cismin oral yoldan sokulmasında maddenin tümü değerlendirilerek cinsel amaçlı olması aranması şeklinde bir çözüme gidilmesi olasılığı söz konusudur. Ancak bunun kanunilik ilkesine aykırılık oluşturacağı açıktır.

• Evlilik içi rıza dışı cinsel ilişkinin suç olarak düzenlenmesi, evliliğin hukuka aykırılığı ortadan kaldırdığı anlayışını önlemek bakımından yerinde olmuştur. Kanımca, sadece cinsel saldırı suçunun nitelikli hali değil temel şeklinin eşe karşı işlenmesi halinde de, korunan hukuksal değer aynı olduğu ve bazen cinsel saldırının temel şeklinin nitelikli halinden mağdur için daha ağır sonuçlar doğurabileceği suçun kovuşturulmasının şikayete bağlı olduğu düşünülünce, eylemi gerçekleştiren eşin ceza sorumluluğu düzenlenmeliydi.

• Yetişkinine karşı işlenen cinsel saldırı suçunun failinin ayrıca kasten yaralama suçundan sorumluluğu için getirilen ölçüt, kullanılan cebirin “mağdurun direncinin kırılmasını sağlayacak ölçünün ötesinde” olmasıdır (m. 102/4). Cinsel istismar suçunda ise failin ayrıca kasten yaralama suçundan sorumluluğu için getirilen ölçüt ise, suçun işlenmesi sırasında başvuru alan cebir ve şiddetin kasten yaralama suçunun ağır neticelerine neden olması halidir (TCK m. 103/5). Cinsel saldırı suçu ile cinsel istismar suçu bakımından failin ayrıca kasten yaralamadan sorumluluğu için getirilen ölçütteki farklılık çelişki arz etmektedir.

• Cinsel taciz, bir kimsenin cinsel arzularını tatmin için bir başkasını, cinsel dokunulmazlığına yönelik ancak vücut dokunulmazlığı ihlali niteliği taşımayan bir başka deyişle cinsel saldırı boyutuna ulaşmayan davranışlarla rahatsız etmesidir.

• TCK m. 105. maddenin gerekçesinde ise cinsel taciz, kişinin vücut dokunulmazlığı ihlali niteliği taşımayan cinsel davranışlarla gerçekleştirilen ve cinsel yönden, ahlak temizliğine aykırı olarak mağdurun rahatsız edilmesi şeklinde tanımlanmıştır. Gerekçede belirtilen “*ahlak temizliğine aykırı*” kavramı belirsizdir. Kanımca, ahlaklılık, göreceli bir kavram olup, her toplumun kültürel yapısına göre ve kişinin ahlak bilincinin sosyalleşme süreciyle birlikte geliştiği göz önüne alındığında hatta kişiye ve zamana göre değişiklik göstereceğinden, bir davranışın “*ahlak temizliğine aykırı*” olup olmadığı uygulamada şekil alacaktır ancak bunun uygulamada ne kadar birlik yaratacağı ise tartışılır. Ayrıca failin cinsel taciz suçundan sorumluluğu belirlenirken, TCK m. 4/2’deki “*Ancak sakınamayacağı bir hata nedeniyle kanunu bilmediği için meşru sanarak bir suç işleyen kimse cezaen sorumlu olmaz*”. Hükmü, özellikle kişinin cinsel taciz suçundan sorumluluğunda önem arz edecektir.

KAYNAKÇA

- Artuk, Mehmet Emin - Gökçen, Ahmet - Yenidünya, Caner, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 5. Bası, Ankara 2004.
- Artuk, M. Emin - Yenidünya, Caner, “Evlilik İçinde Irza Geçme”, *Cumhuriyetin 75. Yıl Armağanı*, İstanbul Üniversitesi Yayını, İstanbul 1999.
- Avcı, Mustafa, *Osmanlı Hukukunda Suçlar ve Cezalar*, İstanbul 2004.
- Aydın, Öykü Didem, “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar” *HPD*, s. 2, Sonbahar 2004.
- Bafra, Jale, “Türk Hukuku ve Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Evlilik İçi Zorla Cinsel İlişki Eyleminin Hukuki Statüsü”, *İstanbul Barosu Dergisi*, c. 69, s. 10-11-12.
- Can, Cahit, *Toplumsal İnsanın Evrensel Doğası ve Cinsel Suçlar*, Ankara 2002.
- Centel, Nur, “Cinsel Suç Mağduru Kadının Korunması”, *Prof. Dr. Kenan Tunç Omağ’a Armağan*, İstanbul 1997.
- Dönmezer, Sulhi, *Ceza Hukuku Özel Kısım, Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler*, 5. Bası, İstanbul 1983.
- Galatasaray Üniversitesi, “Türk Ceza Kanunu Tasarısı Hakkında Galatasaray Üniversitesi’nin Görüşü”, Yarsuvat ,Duygun - Bayraktar, Köksal - Yüzbaşıoğlu, Necmi..., *Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci Kitap Makaleler, Görüşler, Raporlar*, Türkiye Barolar Birliği, Ankara 2004.
- Mahmutoğlu, Fatih Selami, “TBMM Adalet Komisyonu’nda Kabul Edilen Türk Ceza Kanunu Tasarısı Hakkında Görüş”, *Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci Kitap Makaleler, Görüşler, Raporlar*, Türkiye Barolar Birliği, Ankara 2004.
- Nuhoğlu, Ayşe, “Türk Ceza Kanunu’nda ve 2002 Tasarısı’nda Cinsel Suçlar”, *Çetin Özek Armağanı*, İstanbul 2004.
- Meran, Necati, *Gerekçeli-Karşılaştırmalı 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu*, Ankara 2004.
- Otacı, Cengiz, *Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı İşlenen Suçlar*, Ankara 2000.
- Önder, Ayhan, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 4. Bası, İstanbul 1994.
- Özek, Çetin, “1997 Türk Ceza Yasası Tasarısı’na İlişkin Düşünceler”, *Prof. Dr. Sahir Erman’a Armağan*, İstanbul 1999.
- Özgenç, İzzet - Şahin, *Cumhur, Uygulamalı Ceza Hukuku*, 3. Bası, Ankara 2001.

Özgenç, İzzet, *Gerekçeli Türk Ceza Kanunu*, Ankara 2004.

Öztürk, Bahri - Erdem, Mustafa Ruhan - Özbek, Veli Özer, *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, 7. Bası, Ankara 2002.

Selçuk, Sami, *Kızlık Bozma Suçu*, Ankara 1996.

Soyaslan, Doğan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 4. Baskı, Ankara 2002.

TCK Kadın Çalışma Grubu, "TCK 2002 Tasarısı Değişiklik Talepleri", bkz., <http://www.istanbulbarosu.org.tr/merkezler> (1.1.2005).

TCK Tasarı 12.5.2003 tarihinde TBMM'ye sunulan TCK Tasarı Metni.

Tezcan, Durmuş - Erdem, Mustafa Ruhan; "Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin TCK Tasarısı Hakkındaki Raporu", *Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci Kitap Makaleler, Görüşler, Raporlar*, Türkiye Barolar Birliği, Ankara 2004.

Tezcan, Durmuş - Erdem, M. Ruhan, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 2. Bası, İzmir 2002.

Toroslu, Nevzat, "Suçların Tasnifi Sorunu ve Taksirli Suçlar ile Kabahatler Konusunda Bazı Eğilimler", *Değişen Toplum ve Ceza Hukuku Karşısında TCK'nın 50 Yılı ve Geleceği*, İstanbul 1977.

Türkiye Barolar Birliği, *Türk Ceza Kanunu Reformu, Birinci Kitap, Toplumsal Değişim Sürecinde Türk Ceza Kanunu Reformu, Panel 21-22 Mayıs 2004*, Ankara.

Ünver, Yener, *Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer*, Ankara 2003.

Ünver, Yener, "Türkiye'de Aile İçi Şiddetin Boyutları, Nedenleri ve Çözüm Önerileri, Suçla Mücadele Bağlamında Türkiye'de Aile İçi Şiddet Ülke Çapında Kriminolojik-Viktimolojik Alan Araştırması ve Değerlendirmesi", İstanbul 2003.

Ünver, Yener, "Özellikle Cinsel Suçlar Alanında Olmak Üzere, Kadınlarla İlgili Ceza Hukuku Normlarındaki Değişim ve Türkiye'deki Durum", *Adalet Yüksekokulu 20. Yıl Armağanı*, İstanbul 2001.

Yarsuvat, Duygun, "Mukayeseli Hukukta Cinsi Suçlar ve Müeyyideleri", *İHFM* 1964, c. XXX, s. 1-2.

Yarsuvat Duygun, "Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar", *Değişen Toplum ve Ceza Hukuku Karşısında TCK'nın 50 Yılı ve Geleceği*, İstanbul 1977.