

# Cinsel Suçlarda İspat Meselesi<sup>(\*)</sup>

## Issue of Justifying Sexual Crimes

Murat Enes PAKSOY<sup>(\*\*)</sup>

### Öz:

Toplumumuzun ve dünyanın önemli sorunlarından biri olan cinsel suçların ispatı konusunda, genelde fail ile mağdurun yalnız kalması söz konusu olduğundan dolayı ispat zorlaşmaktadır. Özellikle mağdurun şikâyetinde gecikmesi, delillerin ortaya çıkmasını neredeyse imkânsız hale getirmektedir. Sonuçta birçok durumda elde kalan tek delil olan beyanlara bakarak; geçmiş ilişki, çelişkiler, samimi ve değişmeyen anlatımlara bakılarak somut olay adaleti sağlanmalıdır. Çocuklara karşı işlenen suçlar farklı bir bakış açısıyla ele alınmalı, çocuk psikolojisinin bir yetişkinden farklı olduğu unutulmamalıdır. Dolayısıyla bir çocuğun yalan söyleme sebepleriyle yetişkinin sebepleri farklı olacaktır. Öyleyse delillere bakılırken mağdurun ve failin yaşları, meslekleri, akrabalık ilişkileri, hiyerarşik ilişkileri dikkatle gözden geçirilmelidir.

### Anahtar Kelimeler:

Cinsel Saldırı, Çocuğun Cinsel İstismarı, Sarkıntılık, Cinsel Taciz, İspat.

### Abstract:

One of the biggest problems of our society and the world being the attestation of sexual crimes becomes more challenging to substantiate due to the fact that the accused individual and the victim are isolated. Especially, the fact that the delay in the introduction of the crime by the victim makes it almost impossible to reveal evidence. As a result, looking at the only evidence given in many situations like past relationships, contradictions, sincere and unfluctuating explanations substantial justice should be achieved. Things should be considered differently when investigating crimes against children, it should not be forgotten that a child's psychology is different from an adult's psychology. Therefore, the reasoning of a child's lies is going to be varying from the reasoning behind an adult's lies. With this taken into account, while investigating the evidence, things such as the victim and the accused person's age, occupation, relationship with relatives, hierarchic relations must be carefully examined.

### Keywords:

Sexual Violation, Child Sexual Abuse, Molestation, Sexual Harrassment, Justification.

<sup>(\*)</sup> Makale Hakem denetiminden geçmiştir.

Makalenin Editörlüğe Gönderildiği Tarih: 25.06.2021, Makalenin Kabul Tarihi: 03.09.2021.

<sup>(\*\*)</sup> Adalet Bakanlığı, Cumhuriyet Savcısı Adayı, Yüksek Lisans Öğrencisi, Hasan Kalyoncu Üniversitesi, Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı,  
E-Posta: muratenes9797@gmail.com,  
Orcid No: <https://orcid.org/0000-0003-2980-2683>.

## I. CİNSEL SALDIRI

Cinsel saldırı suçunun düzenlendiği 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 102. Maddesinin 1. Fıkrasında geçen cinsel davranış ibaresinden ne anlaşılması gerektiği tartışmalı olsa da genel kabule göre cinsel davranıştan; cinsel haz ya da cinsel tatmine yönelik birtakım eylemlerde bulunmak anlaşılmalıdır. Yani kişinin rızası hilafına vücudu üzerinde cinsel arzuları tatmine yönelik olan davranışlardır. Kanunun gerekçesinde bu hareketlerin objektif olarak cinsel nitelikte olması yeterlidir, sübjektif olarak failin şehvi duygularının tatmin olmuş olması aranmaz. Suçun mağduru yetişkin erkek veya kadınlardır. Suçun faili herkes olabilir. Suçun maddi konusu da aynı şekilde insandır, hayvanlar veya ölümler üzerinde bu suç işlenemez. Suçun oluşabilmesi için bedensel temas olması zorunludur. Bu suç fiilen tehdit, cebir veya hile ile işlenebilir. Aynı kanunun 102. Maddesinde geçen daha az ceza takdiri olan sarkıntılık suçunda failin tek cinsel davranışı yeterlidir. Hareket yüzeysel ve geçici olmalıdır aksi halde cinsel saldırı suçuna vücut verir. Anlık hareketle bu suç tamamlanır, dolayısıyla sarkıntılık düzeyinde kalan cinsel saldırı suçuna teşebbüs çok nadir durumlarda mümkün olabilir. Burada belirtmek gerekir ki failin suçu işlemek için bir alet kullanması mümkündür. Örneğin bir şemsiye veya bir sopa ile mağdurun cinsel dokunulmazlığını ihlal edecek şekilde yapılacak davranışlar bu suça vücut verir. Mağdurun bedenine sonradan eklenen protez olan uzuvlarına dokunmanın da diğer koşullar mevcutsa bu suçu oluşturacağı doktrinde savunulmaktadır.<sup>1</sup> Sonuç olarak cinsel amaç, beden teması ve ani hareket şartları varsa sarkıntılık düzeyinde kalan cinsel saldırı suçu işlendiği söylenebilir. Aynı maddenin 1. cümlesindeki cinsel saldırı suçunda 'cinsel davranışlar' ibaresi bulunduğundan dolayı burada tek hareket yeterli olmamakta, failin, cinsel amaçlı olarak birden çok defa mağdura teması aranmaktadır. 765 sayılı TCK'da bulunan elle sarkıntılık ve ırza tasaddi suçunun 5237 sayılı TCK'daki karşılığı bu suçtur. Bu suç tipinde korunan hukuki değer kişinin cinsel özgürlüğüdür. Bu suç tipinde; somut olay adaleti uygulanması gerekmekte olup failin amacının kanuna göre değerlendirilmesi çok önemlidir. Örneğin bir kadının elini nezaket amacıyla öptüğünü söyleyen bir erkeğin hareketinin sarkıntılık suçunu oluşturup oluşturmayacağını değerlendirilmesinde tamamen olayın oluş biçimi ele alınarak incelenmelidir. Veya sevgi gösterisi yapmak amacıyla bir kişinin başını okşamak genel olarak cinsel davranış olarak nitelendirilmezken bu durum bir dava konusu olduğunda olayın detaylarına

<sup>1</sup> Yeldan, Ali / Taneri, Gökhan: Cinsel Suçlarda İspat ve Sübut, Karahan Kitabevi, Adana, 2017, ss. 141-142.

bakılması önemlidir. Yasa metninden anlaşıldığı üzere suç yalnızca özel kastla, yani cinsel davranışla işlenebilir. Suçun olası kastla işlenmesi mümkün görünmemektedir. Örneğin kolunu sallarken başka birisinin kalçasına denk gelebileceğini öngörse de bunu umursamayan kişinin eylemi sarkıntılık suçunu oluşturmayacaktır. Çünkü ortada cinsel amaç yönünden özel bir kast yoktur. İlgilinin rızası varsa bu suç oluşmayacaktır. Rıza açıkça gösterilebileceği gibi örtülü olması da mümkündür yani kişi karşısındakinin cinsel davranışlarına ses çıkarmayarak örtülü olarak rıza göstermiş olabilir. Fakat bu durum her örnekte aynı şekilde cereyan etmez. Örneğin çocuklarının yaşadığı olayı duymasından çekinen bir annenin o an bu duruma karşı sesini yükseltmemiş olması elbette ki örtülü rıza olarak kabul edilemeyecektir. Tam veya kısmi akıl hastalığı yahut akıl zayıflığı bulunan kimselerin gösterdiği rızanın kesinlikle kabul olmayacağı söylenemez.<sup>2</sup> Yargıtay'a göre bu kişilerin maruz kaldığı cinsel hareketlerin sonuçlarını anlama ve davranışlarını yönlendirme olanağı bulunuyorsa rızası geçerli kabul edilmelidir. Hekimlerin hastalarına temasta bulunması tıbbi zorunluluk olduğundan rızanın da varlığıyla beraber fiil hukuka uygun hale gelir. Bu suç tipinin hile ile işlenmesi mümkün olup hastanın iradesi fesada uğratarak tedavi bahanesiyle cinsel dokunulmazlığının ihlal edilmesi halinde rıza geçersiz olmaktadır. Sonuç olarak iradesi fesada uğratılmadan rıza göstermeye ehil bir yetişkin bireyin rızası hareketi suç olmaktan çıkarmaktadır.

Cinsel saldırı suçunun düzenlediği 5237 sayılı kanunun 102. Maddesinin 2. Fıkrasında, cinsel saldırının nitelikli hali olan vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suçu düzenlenmiştir. Madde gerekçesinde bu suçun oluşabilmesi için cismin vajinal, anal veya oral yoldan sokulması gerektiği belirlenmiştir. Suçun tamamlanması için organ ya da sair cismin mağdurun vücuduna kısmen girmiş olması yeterlidir. Burada failin davranışının cinsel tatmine dayanması gerekmez, kanunda tarif edilen eylemi yapması yeterli görülmektedir. Bu konuda doktrinde tartışma vardır ve bazı yazarlar maddede cinsel davranış tabiri bulunduğundan ve bu suç ayrı bir maddede düzenlenmediğinden dolayı cinsel tatmin amacının aranması gerektiğini savunmaktadır. Aksi halde kasten yaralama veya işkence, eziyet suçlarından ayırmanın mümkün olmayacağı belirtilmektedir.<sup>3</sup> Bu suçun mağduru yetişkin kimselerdir. Eşlerin birbirine karşı cinsel yakınlık anlamında bir zorunluluğu bulunmadığı için bu suçu eşlerden

---

<sup>2</sup> Şare, Ersin: "Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlarda İlgilinin Rızası", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 21(2), 2019, s. 997.

<sup>3</sup> Özen, Muharrem / Hafizoğulları, Zeki: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar, 4. Baskı, USA Yayıncılık, Ankara, 2015, s. 161.

birisinin işlemei mümkündür, bu durumda soruşturma ve kovuşturma yapılması mağdurun şikâyetine bağlı kılınmıştır. 765 Sayılı TCK'da olmayan bu suç 5237 sayılı TCK ile düzenlenmiştir. Bu suçta azmettirme veya yardım etme söz konusu olabilir. Teşebbüsün olabilmesi de mümkündür. Yalnızca sarkıntılık suçuna teşebbüs söz konusu olamaz, eylem ani, kesik hareketle gerçekleştiği için failin bu eylemi gerçekleştirmeden cinsel saldırının basit şekline mi yoksa yalnızca sarkıntılığa mı teşebbüs ettiği anlaşılabilir. Yani teşebbüste kalan ve cinsel davranış olduğunda şüphe bulunmayan hareket cinsel saldırının basit haline teşebbüsten cezalandırılmalıdır.<sup>4</sup> Cinsel saldırının nitelikli hali ile basit hali arasında teşebbüs ayrımı yapmak zor olmaktadır, çünkü basit cinsel saldırının tamamlanmış hali, vücuda organ veya sair bir cisim sokma yoluyla işlenen nitelikli halin teşebbüsünü oluşturmaktadır. Burada geçitli suç ilişkisi bulunmaktadır. Öyleyse failin kastının çok iyi tespit edilmesi gerekmektedir.<sup>5</sup> Basit cinsel saldırı suçunda eğer fiil bölünebiliyorsa teşebbüs mümkündür. Eylemi gerçekleştirmeye elverişli davranışlar gerçekleştirilmeye başladığında icra hareketleri başlamış demektir. Burada şüpheye yer vermeyecek şekilde failin kastı ortaya konabiliyorsa ve failin elinde olmayan nedenlerle suç tamamlanamamışsa basit cinsel saldırı suçuna teşebbüs mümkündür. Vücuda organ veya sair bir cisim sokma şeklindeki nitelikli hale teşebbüsün anlaşılması için failin buna ilişkin niyetini sözle veya davranışlarıyla ortaya koymuş olması gerekir. Aksi halde fail tamamlanmamış cinsel saldırı suçundan cezalandırılır. Bu yönde doktrinde nitelikli hale teşebbüsün oluşabilmesi için mutlaka organ veya sair bir cismin sokmanın denenmiş olması yoksa temel cezanın basit cinsel saldırıdan verilerek kanunda gösterilen üst sınıra yaklaşılması görüşleri<sup>6</sup> olsa da genel kanaat bu yönde değildir. Yargıtay uygulaması da bu görüşe zıttır.<sup>7</sup>

Cinsel saldırı suçunun ağırlaştırılmış cezayı gerektiren nitelikli hallerinin birincisi, suçun beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak kişiye karşı işlenmiş olmasıdır. Buradan mağdurun mukavemette bulunamaması anlaşılmalıdır. Alkol veya uyuşturucu, uyarıcı madde etkisinde olan kişi de bu kapsama girmektedir. Yaşlı, engelli, felçli, uyku halinde olan veya akıl hastalığı olan kişilere karşı fiiller bu kapsama girer. Ruhsal bakımdan kendini savunamayanlardan anlaşılması gereken ise zeka geriliği bulunan veya çok kolay

<sup>4</sup> Taştan, Mehmet: Cinsel Suçlarda İspat Sorunu ve Yargılama Usulü, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 137.

<sup>5</sup> Özen / Hafızoğulları, Kişilere Karşı Suçlar, s. 162.

<sup>6</sup> Taştan, Cinsel Suçlarda İspat Sorunu, s. 139.

<sup>7</sup> Taştan, Cinsel Suçlarda İspat Sorunu, s. 138.

şekilde kandırılabilen yaptığı eylemin anlam ve sonuçlarını hiçbir şekilde anlayamayan kişilere karşı işlenen fiillerdir. Bu ağırlaştırıcı sebebin fail tarafından bilinmemesi kastını ortadan kaldırır. Bu bendin ispat yönüne bakmak gerekirse failin mağdurla ne kadar süre önce tanıştığı, hayat şartları göz önüne alınarak hayatın olağan akışına uygun bir biçimde ele alınarak savunmasına itibar edilmelidir. Örneğin sanığın mağdurla akraba veya arkadaş yahut sürekli muhatap olduğu bir kişi olması durumlarında durumu bilmediği savunmasına çoğunlukla itibar edilemeyecektir. Ayrıca bir bilirkişiden mağduru kendini savunmayacak durumda olduğunun uzman olmayan kişilerce bilinip bilinemeyeceği konusunda rapor alınması gerekmektedir.

Bir diğer ağırlaştırıcı neden suçun kamu görevinin, vesayet veya hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuzun kötüye kullanılmak suretiyle işlenmesidir. Kamu görevlisi deyiminden TCK md.6'da bahsedilmektedir. Eğer nüfuz kullanılmamışsa vesayet ilişkisi veya kamu görevlisi olmak nitelikli halin uygulanması için yeterli olmayacaktır. İşçi-işveren hasta-doktor vatandaş-kamu görevlisi evlatlık-veli çocuk-veli çocuk-vasi ilişkilerinde bu ağırlaştırıcı nedenin en yaygın olduğu ilişkilidir.<sup>8</sup>

Üçüncü derece dâhil kan veya kayın hısımlığı içinde bulunan bir kişiye karşı ya da üvey baba, üvey ana, üvey kardeş, evlat edinen veya evlatlık tarafından işlenmesi durumunda da yine ceza artırılabilecektir. Kan hısımlığı derecesinin nasıl belirleneceği Türk Medeni Kanunu'nun 17. maddesinde belirlenmiştir. Evlendikten sonra aynı şekilde kayın hısımlığı oluşur. Doktrinde evlilik birliği sona erse de bu nitelikli halin oluşacağını düşünenler olmakla birlikte kanunda bu yönde bir ibare bulunmaması sebebiyle evlilik birliği sona ererse ağırlaştırıcı sebebin uygulanması mümkün görünmemektedir.<sup>9</sup> Kanun koyucunun bu konuyu evlilik birliği sona erdikten sonrasını da kapsayacak şekilde düzenlemek isteseydi 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Madde 45/1-b de olduğu gibi 'evlilik birliği olmasa bile' şeklinde düzenlemesi mümkündür. Medeni Kanun 18. Maddesi gereğince Kayın hısımlığı evlilik bittikten sonra da devam ettiğine göre bu kişilerle ilgili ağırlaştırıcı nedenin evlilik bittikten sonra da uygulanması gerekir. Eski eşe ağırlaştırıcı neden uygulanmazken eski eşten kaynaklanan kayın hısımlarına bu durumun uygulanması çelişki oluşturmaktadır. Doktrindeki ağırlıklı görüş bu konunun içtihatla aşılamayacağı, yeni bir yasal düzenlemeyle bu sorunun ortadan kaldırılması gerektiği yönündedir.<sup>10</sup>

---

<sup>8</sup> Taştan, Cinsel Suçlarda İspat Sorunu, s. 82-91.

<sup>9</sup> Taştan, Cinsel Suçlarda İspat Sorunu, s. 95.

<sup>10</sup> Taştan, Cinsel Suçlarda İspat Sorunu, s. 95-96.

Cinsel saldırı suçunun silahla veya birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi de bir ağırlaştırıcı nedendir. Silah kavram olarak TCK 6/1-f de tanımlanmıştır. Neyin silah olduğu yoruma açık olduğu için aletin nerede ne şekilde kullanıldığı önemlidir. Silah olmasa da mağdura silah izlenimi veren şeyler silah olarak kabul edilmelidir. Örneğin gerçeğinden ayırt edilemeyen bir yapay tabanca veya içi boş bir tabanca silah olarak mağduru korkutmaya somut olay için elverişliyse silah sayılması gerekir.

102. maddenin 3. Fıkrasındaki son ağırlaştırıcı hal insanların toplu olarak bir arada yaşama zorunluluğunun bulunduğu ortamların kolaylığından faydalanmak suretiyle suçun işlenmesidir.

Burada kanun gerekçesinde belirtildiği gibi hastane, ceza infaz kurumu, yetimhane, huzurevi, öğrenci yurdu gibi yerler kastedilmiştir. Metro, metro-büs, otobüs, dolmuş, tren, konser salonları, asansör gibi yerler için bu ağırlaştırıcı sebebin uygulanma imkânı yoktur, bu mekânlarda insanlar geçici olarak bir arada bulunsa da bir arada yaşama unsuru gerçekleşmemektedir.

Suçun işlenmesinde cebir ve şiddete başvurulması nedeniyle meydana gelen yaralama suçu sonucunda ağır neticeler ortaya çıkarsa, fail ayrıca TCK md.87'den, yani neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış yaralamadan da cezalandırılır. Yine suça bağlı olarak mağdur bitkisel hayata girer veya ölürse fail müebbet hapis cezası ile cezalandırılır.

## II. CİNSEL İSTİSMAR

5271 Sayılı TCK'nın 103. Maddesinde düzenlenmiş suçtur. Uluslararası terminolojiye de uygun bir kelime olması açısından istismar ifadesiyle düzenlenmiştir.<sup>11</sup> Cinsel haz amacıyla bir çocuğun kötüye kullanılması cinsel istismar sayılmaktadır. TCK md.6/1-b'ye göre çocuk 'henüz 18 yaşını doldurmamış kişi' olarak ifade edilmektedir. Çocuk hakları sözleşmesinin 1. Maddesine göre de ülkelerin kendi kanunlarında daha erken yaşta erginlik söz konusu değilse 18 yaşını doldurmayan her birey çocuk sayılır.<sup>12</sup> Ülkemizde de reşit olma yaşı hâkim kararıyla daha erken yaşta ergin kılınma istisnaları dışında 18'dir. Çocuğa yönelik cinsel istismarın en sık rastlanan istismar çeşitlerinden biri

<sup>11</sup> Çakmut Yenerer, Özlem: "Cinsel Şiddet Mağduru Çocuk Kavramı ve Türk Ceza Kanunu'nun Çocuğa Yönelik Cinsel Şiddet Düzenlemelerine Genel Bakış", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 22(1), 2016, s. 36.

<sup>12</sup> Çakmut Yenerer, Özlem: "Cinsel Şiddet Mağduru Çocuk Kavramı ve Türk Ceza Kanunu'nun Çocuğa Yönelik Cinsel Şiddet Düzenlemelerine Genel Bakış", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 22(1), 2016, s. 36.

olduğu bilinmektedir.<sup>13</sup> Cinsel istismar suçu çocukların kendilerini tam ifade edememesi, olayın şokundan çıkamamaları ve ebeveynler tarafından kendilerine kızılacağı korkusuyla genellikle ortaya çıkamamaktadır. Cinsel istismara uğrayan çocuklarla ilgili yapılan bir araştırmaya göre yüzde 30'unun 11-17 yüzde 40'nun 6-10 yüzde 30'unun ise 2-5 yaş arası olduğu sonucu ortaya çıkmıştır. Yani yüzde 70 oranında 11 yaşının altındaki çocuk cinsel istismara uğramaktadır. Aynı araştırmaya bakıldığında suç faillerinin yüzde 96'sının erkek yüzde 80'inin ise çocuğun tanıdığı bir kişi olduğu ifade edilmektedir. Bir başka araştırmaya bakıldığında cinsel istismar mağduru çocukların ileriki dönemlerde aynı suçun faili olma olasılıklarının arttığı göze çarpmaktadır.<sup>14</sup>

Suçun tek bir istisna dışında bütün hallerinde şikâyet aranmaksızın doğrudan soruşturma ve kovuşturma yapılabilir. Yalnızca sarkıntılık düzeyinde kalmış suçun failinin çocuk olması halinde soruşturma ve kovuşturma yapılabilmesinin mağduru, velisinin veya vasisinin şikâyetine bağlı olduğu ifade edilmiştir. Suçun unsurlarının oluşabilmesi için 15 yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmasına rağmen fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan çocuklara karşı gerçekleştirilen her türlü cinsel davranış veya fiilin anlam ve sonuçlarını idrak edebilen diğer çocuklara karşı (15 yaşını doldurmuş 18 yaşını doldurmamış) cebir, tehdit, hile veya iradeyi fesada uğratan başka bir yolla gerçekleştirilen cinsel davranışlar gerekmektedir. 15 yaşını doldurmuş 18 yaşını doldurmamış çocuklarda fiilin anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği olmadığı kabul edilenler; sağır, dilsizler ve akıl hastalığı olanlardır. Korunan hukuki değer çocuğun cinsel dokunulmazlığıdır. Suçun faili herkes olabilir, mağdurla aynı veya farklı cinsten olması önem arz etmez. Bu suçu eşin işleyip işleyemeyeceği tartışma konusudur. Türk Medeni Kanunu'nun 124. Maddesine göre evlenme yaşı 17'dir, olağanüstü durumlarda 16 yaşındaki kişi de evlenebilir. Burada 18 yaşını doldurmadan evlenmiş ve mahkeme kararıyla ergin kılınmış bir kişiye karşı bu fiilin hangi suç tipine gireceği tartışmalıdır. Doktrinde ağırlıklı görüşe göre vücuda organ veya sair bir cisim sokma yoluyla eşe karşı bir suç işlenirse bu suç cinsel istismarın nitelikli hali sayılmalıdır.<sup>15</sup> Yargıtay'ın süreklilik kazanan kararlarına bakıldığında failin kim olduğuna göre bu konuda ikili bir

<sup>13</sup> Çakmut Yenerer, Özlem: "Cinsel Şiddet Mağduru Çocuk Kavramı ve Türk Ceza Kanunu'nun Çocuğa Yönelik Cinsel Şiddet Düzenlemelerine Genel Bakış", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 22(1), 2016, s. 36.

<sup>14</sup> Çakmut Yenerer, Özlem: "Cinsel Şiddet Mağduru Çocuk Kavramı ve Türk Ceza Kanunu'nun Çocuğa Yönelik Cinsel Şiddet Düzenlemelerine Genel Bakış", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 22(1), 2016, s. 37.

<sup>15</sup> Taştan, Cinsel Suçlarda İspat Sorunu, s. 225-229.

ayırma gittiği anlaşılmaktadır. Buna göre; 18 yaşını bitirmemiş fakat ergin kılınmış mağdura karşı eşi tarafından bu suç işlenirse cinsel saldırı suçunun nitelikli hali (102/2) eşi dışında başka herhangi birisi tarafından işlenirse cinsel istismarın nitelikli hali (103/2) olduğunu kabul etmektedir.<sup>16</sup>

15 yaşını doldurmamış çocukların suça rıza göstermeleri kesinlikle kabul edilmemektedir. Dolayısıyla failin rızaya dayalı olarak cinsel davranışı gerçekleştirdiği savunması kabul görmeyecektir. Burada uygulamada en sık karşılaşılan husus failin mağdurun yaşını bilmediğini ileri sürmesidir. Burada; failin, mağdurun yaşını öğrenme imkânı bulunup bulunmadığı, ne kadar süredir görüştükları, akrabalık ilişkilerinin bulunup bulunmadığı hususları özellikle araştırılmalıdır. Eğer gerçekten failin savunmasına itibar edilebiliyorsa fail TCK md.30 gereği hata hükümlerinden yararlandırılmalıdır.

15 yaşını doldurmuş 18 yaşını doldurmamış çocuklara karşı işlenen fiiller cebir, tehdit veya iradeyi etkileyen başka bir yolla işlenmiş olmalıdır. Eğer fiil rızaya dayalıysa ve çocuk bu eyleminin ne anlama geldiğini algılamaya muktedirse bu durumda reşit olmayanla cinsel ilişki suçu oluşacaktır. Rızanın olup olmadığı olayda iyi araştırılmalıdır. Bir çocuğun cinsel davranışa sessiz kalmasının rıza olarak kabul edilmesi bir yetişkine göre daha zordur. Fiil hile ile de işlenebilir. Hile amacına ulaşmak için mağdurun direncini kıracak her türlü söz ve davranıştır. Yargıtay'ın bu konudaki uygulamasına bakıldığında genellikle polis, asker, doktor gibi kişilerin konumundan dolayı mağdurun çekineceğini bildiği için bu cinsel davranışı sergilemesi halinde hilenin varlığını kabul etmektedir. Mağdurca bilinebilecek, ya da bilinmesi gereken basit aldatmalar Yargıtay tarafından hile sayılmamaktadır.<sup>17</sup> Fakat yine de mağdur çocuk olduğu için çocuğun sübjektif olarak aldanmasının mümkün olduğu söylenebilir. Yargıtay'a göre evlilik teklifi yapılması ve bu yönde inandırıcı telkinlerde bulunulması sonrasında cinsel davranışın gerçekleştirilmesi halinde hile yoktur, bir vadin hile olarak kabul edilmesi kolay görünmemektedir.<sup>18</sup> Suçun iştirak halinde işlenmesi mümkün olup azmettirme, birlikte faillik veya yardım etme şeklinde cereyan edebilir. Zincirleme suç olarak işlenmesi mümkündür. Olayın zincirleme suç şeklinde işlendiğini anlamak için zaman aralığına bakılması önem arz etmekte olup fiil kesintiye uğramıyorsa zincirleme suç olamaz. Burada aranan unsurlardan birisi zaman birliğidir. Araya zaman girdikten sonra fiilin yeniden işlenmesi halinde zincirleme suç olduğu düşünülebilecektir.

<sup>16</sup> Taştan, Cinsel Suçlarda İspat Sorunu, s. 225-229.

<sup>17</sup> Taştan, Cinsel Suçlarda İspat Sorunu, s. 48.

<sup>18</sup> Taştan, Cinsel Suçlarda İspat Sorunu, s. 236-239.



### III. REŞİT OLMAYANLA CİNSEL İLİŞKİ

15 yaşını doldurmuş bir çocuk ile rızaya dayalı olarak cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir unsur bulunmaksızın cinsel ilişkide bulunmak TCK'nın 104. Md'sinde düzenlenen reşit olmayanla cinsel ilişki suçuna vücut verir. Cinsel ilişkiden anlaşılan aktif failin cinsel organını mağdurun vücuduna vajinal veya anal yoldan sokmasıdır. Oral yoldan organ sokmak cinsel ilişki sayılmamaktadır.<sup>19</sup> Hukuken korunan 15 yaşını dolduran fakat 18'i doldurmeyen bireyin cinsel dokunulmazlığıdır. Doktrinde rızaya dayalı olmasına rağmen bu eylemin suç olarak düzenlenmesi eleştiri konusu olmuştur.<sup>20</sup> Kanun koyucu burada uluslararası hukuka göre ve ulusal kanunlara göre çocuk sayılan bir bireyin kendi isteği ile olsa bile cinsel yönden korunmasını amaçlamıştır.<sup>21</sup> Suçun temel şekli şikâyete bağlı olmakla beraber, ağırlaştırılmış halleri olan evlenme yasağı olan kişi ile veya koruyucu aileler ile evlat edinme öncesi çocuğun bakım yükümlülüğünü üstlenen kişilerce işlenmesi halinde şikâyet aranmaz. Suçun mağdurunun 15 yaşını doldurmuş fakat reşit olmamış çocuk olduğu bellidir. Buradaki sorun failin kimler olabileceğidir. Doktrinde failin yetişkin birisi olması gerektiğini savunanlar olduğu gibi yetişkin birisinin olmasının şart olmadığı eğer ilişkiye girenlerin her ikisi de çocuksa kim cinsel ilişki konusunda diğerini ikna ettiyse onun fail diğerinin mağdur olacağını savunanlar da vardır. Bir diğer görüş ise her ikisinin de hem mağdur hem fail olması gerektiğidir.<sup>22</sup> Eski düzenlemeye göre fail ile mağdurun arasında en az 5 yaş olması gerekiyordu. Anayasa Mahkemesi bu düzenlemeyi eşitlik ilkesine aykırı bularak iptal etti.<sup>23</sup> Buradan anlaşılacağı üzere çocukların da bu suçun faili olması mümkündür. Suç yalnızca kastla işlenebilen bir suçtur, eğer fail mağdurun yaşından emin olamamasına rağmen eylemini gerçekleştiriyorsa olası kastın varlığı düşünülebilir. Cinsel suçların genel düzenlenmesinde cinsel davranış ibaresi yer alırken burada cinsel ilişki olarak ifade edilmiştir. Kanun koyucu burada kanun sistematüğinden ayrılarak diğerlerine göre daha ağır bir eylem aramıştır. Teorik olarak teşebbüs mümkündür fakat uygulamada olması kolay değildir. Çünkü fiil zaten rızayla gerçekleştirildiği için failin elinde olmayan sebeplerle başlayamadığı eylemin ispatı zor olacaktır. Uygulamada birçok cinsel istismar suçundan yapılan kovuşturmada görüldüğü üzere, mağdur korkması sebebiyle fiili rızaen yapmadığını söylemekte daha

<sup>19</sup> Yeldan / Taneri, Cinsel Suçlarda İspat, s. 163.

<sup>20</sup> Yeldan / Taneri, Cinsel Suçlarda İspat, s. 165.

<sup>21</sup> Yeldan / Taneri, Cinsel Suçlarda İspat, s. 165.

<sup>22</sup> Yeldan / Taneri, Cinsel Suçlarda İspat, s. 170.

<sup>23</sup> Taştan, Cinsel Suçlarda İspat Sorunu, s. 414.

sonra işin vahametini görmesi üzerine rızayla ilişkide bulunduğunu açıklamakta böylece suç tipi reşit olmayanla cinsel ilişkiye dönmüş olmakta ve dosya ağır ceza mahkemesinden asliye ceza mahkemesine gönderilmektedir. Öyleyse hâkimin burada mağdur beyanlarını çok iyi takip etmesi çelişki olup olmadığını irdelemesi ve rızasının olup olmadığını mutlaka saptaması gerekmektedir. Aksi halde büyük bir mağduriyet söz konusu olabilecektir.

Suçun ağırlaştırıcı hallerine bakıldığında şikâyetin aranmadığını ve cezasının çok daha ağır olduğunu görmekteyiz. Evlenme yasağı olan bir kişinin, koruyucu ailenin, evlat edinmek üzere çocuğa bakan ailenin bu suçu işlemesi halinde cezanın artırılması söz konusudur. Düzenlemenin amacı bir nevi çocuğun kendisine duyduğu yakınlığın kötüye kullanılmasını engellemektir.

#### IV. CİNSEL TACİZ

TCK 105'te düzenlenen bu suçta fail mağdurun vücut bütünlüğünü ihlal etmeden söz veya davranışla rahatsız etmektedir. Fiziki temas olması halinde cinsel taciz değil koşulları varsa cinsel saldırı veya cinsel istismar suçu olduğundan bahsetmek gerekecektir. Korunan hukuki değer bireylerin cinsel özgürlüğünün rahatsızlık verici davranışlardan alıkonulmasıdır. Suça teşebbüs sınırlı da olsa teorik olarak mümkündür. Postada cinsel taciz içeren mektubun yakalanması veya hareket başlamak üzereyken cinsel taciz içeren eylemin engellenmesi söz konusuysa teşebbüs düşünülebilecektir. Zincirleme suç olarak işlenebilir. Ani bir suçtur. Suçun soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlıdır. Kişiyi rahatsız edecek, utanmasına sebep olacak cinsel içerikli davranışlar ve sözler bu suçu oluşturabilir. Bu suç tipi genelde TCK 123'te geçen kişilerin huzur ve sükûnunu bozma ve TCK 125 hakaret suçlarıyla karıştırılmaktadır. Genel olarak cinsel olarak karşı tarafa yönelen bedensel temas içermeyen rahatsızlık verici hareketler cinsel taciz suçunu oluşturur denebilir. İltifat taciz değildir fakat neyin iltifat neyin taciz olduğu kişilerin birbiriyle ilişkisine ve olayın akışına göre belirlenmelidir. Bu suça örnek vermek gerekirse; mağdura cinsel içerikli fıkra anlatma, yoldan geçerken bedenine yönelik sözler söyleme, herhangi bir yerde cinsel organını doğrudan mağdura gösterme, mağdura cinsel içerikli mesajların, maillerin, fotoğrafların veya videoların yollanması, öpücük atmak, cinsel ilişki teklifinde bulunmak gibi davranışlar cinsel taciz olarak değerlendirilmektedir. Basit iltifatlar, arkadaşlık teklifi, yemeğe çıkmak isteyip istemediğini sormak gibi davranışlar cinsel taciz kapsamına girmemektedir.<sup>24</sup>

<sup>24</sup> Taştan, Cinsel Suçlarda İspat Sorunu, s. 474-475.

Hiyerarşik ilişki veya hizmet ilişkisi kapsamında sağlanan nüfuz kötüye kullanılırsa ceza artırılır. Suçun sonucunda mağdur ailesini, işini veya okulunu terk etmek mecburiyetinde kalırsa kanuna göre en az bir yıl ceza verilmesi gerekmektedir. Suç yalnızca kastla işlenebilir. Bu kast mutlaka özel kast olmalıdır. Yani failin mutlaka cinsel amaçla mağduru rahatsız etmesi gerekmektedir. Bazı davranışlar kişilerin huzur ve sükûnunu bozma suçu, hayasızca hareketler suçu veya hakaret suçunu da oluşturabilir. Kanun gerekçesinde TCK 225 hayasızca hareketler suçu ile teşhircilik şeklinde yapılan cinsel tacizin nasıl ayırt edileceği ifade edilmiştir. Buna göre TCK 225'in oluşabilmesi için aleniyet gerekmemekte cinsel taciz suçunda ise aleniyet değil belli bir kişiye yönelme aranmaktadır.

## **V. GENEL OLARAK CİNSEL SUÇLARDA DELİLLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ VE İSPAT SORUNU**

Cinsel suçlar genellikle ispatı zor olan suçlardır. Bu duruma etki eden birçok faktör bulunmakla birlikte özellikle failerin bu suçu işlemek için mahrem alanları seçmesi, tanık beyanının bulunmaması ve mağdur üzerindeki toplum baskısı gibi faktörler maddi gerçeğe ulaşılmasına engel olmaktadır. Bunun yanında her suç tipinde görülebileceği gibi cinsel suçlarda da gerek husumet sebebiyle gerekse de başka çıkarlar elde etmek amacıyla iftira atıldığı görülmektedir. Öyleyse delillerin değerlendirilmesinde hassas olunmalı, çelişiklere dikkat edilmeli ve anlatımların hayatın olağan akışına uygun olup olmadığı incelenmelidir. Bu bölümde Yargıtay'ın hangi kriterlere göre hareket ettiği ve vicdani kanaate nasıl ulaştığını irdeleyeceğiz.

### **A. Fail ile Mağdurun Daha Önceki Tanışıklığı**

Fail ile mağdurun tanışıp tanışmadığı veya akrabalık ilişkisinin bulunup bulunmadığının anlaşılması önemlidir. Örneğin daha önceden arkadaşlık etmiş olmaları kimi durumda husumetin sebebini ortaya koyarken kimi durumda da aslında eylemin geçerli rızayla yapıldığını fakat mağdurun toplum baskısından çekinerek kendisinin rızası dışında yaptığını söylemesine neden olur. İtibar karinesine göre mağdurun faile iftira atmasını gerektirecek hiçbir sebep bulunmaması Yargıtay nezdinde bir kıstastır.<sup>25</sup> Öyleyse fail ile mağdurun geçmişteki ilişkilerinin ayrıntısıyla öğrenilmesi maddi gerçeğe ulaşmada büyük önem arz etmektedir.<sup>26</sup>

---

<sup>25</sup> Korkusuz, Gülşah: "Cinsel Saldırı Suçu", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, LXXI(1), 2013, s. 845.

<sup>26</sup> Korkusuz, Gülşah: "Cinsel Saldırı Suçu", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, LXXI(1), 2013, s. 845.

## B. Mağdurun Açıklamalarının Hayatın Olağan Akışına Uygunluğu

Hayatın olağan akışı kavramından anlaşılması gereken, günlük sosyal yaşamın kendi akışı içerisinde yapılan alışlagelmiş davranışlardır. Bu kriter cinsel suçlarda Yargıtay uygulamasında da sıklıkla karşımıza çıkar. Örneğin mağdurun kaçma imkânı varken kaçmaması, fail ile olaydan sonra kendi isteğiyle görüşmüş olması veya evde misafir varken cinsel saldırıya uğramış olduğu iddiası hayatın olağan gidişatına aykırıdır.<sup>27</sup>

## C. Yetkili Makamlara Bildirimde Geç Kalınması

Bildirimde geç kalınması hem olayın delillerini azaltmakta hem de mağdur beyanına olan güveni azaltmaktadır. Buna karşı görüşte olan kişiler ise genellikle cinsel saldırı suçunun mağduru olan kadınların olayın travmasını atlatacak hukuki haklarını kullanmayı düşünmesinin zaman alabileceğini ifade etmekte olsa da Yargıtay'ın genel kanaati şikâyetteki gecikmenin mağdur olduğunu iddia eden kişinin toplum nezdindeki itibarını zedelememek amacıyla sosyal konumundan ötürü yaptığı bir davranış olarak görmektedir.<sup>28</sup> Fakat tüm olaylarda aynı şekilde hareket edilmemiş somut olay adaletine uygun bir biçimde bazı durumlarda bildirimde geç kalmış olması haklı bir sebebe dayanıyorsa ve iddia diğer delillerle destekleniyorsa mahkûmiyet kararı verilmiştir.<sup>29</sup>

## D. Çelişki İçeren Beyanlar

Beyanların samimi ve tutarlı olması çok önemlidir. Soruşturma başladığı andan itibaren birbirine uygun makul ve mantıklı açıklamalar yapılması gerekmektedir. Aksi halde kişinin kendi kafasında kurgu oluşturduğu izlenimi oluşması muhtemeldir. Çocukların beyanlarına değinmek gerekirse genel görüş çocukların böyle bir konuda kolaylıkla yalan söylemeyeceği yönündedir.<sup>30</sup> Fakat bu genel kabul de çocuğun yaşına ve algı düzeyine göre değişmektedir. Gerçek hayatta çocukların yalan söylemesi genellikle annelerinin bir husumet nedeniyle eşlerine veya bir başkasına bu iftirayı atmasını öğütlemesi sebebiyle olmaktadır. Bu sebeple çocuğun ebeveynlerinin fail olduğu söylenen kişiyle husumeti olup olmadığı veya annenin eşyle boşanma sürecinde ise çocuğun velayetini rahatlıkla alabilmek amacıyla çocuğuna bu yönde bir telkinde bulunup bulunmadığının üzerinde dikkatle durulmalıdır.

<sup>27</sup> Bacaksız, Pınar / Bayzit, Tuğba: "Yargıtay'ın Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlarda İspat Yaklaşımı", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 21 (Özel sayı), 2019, s. 397-398.

<sup>28</sup> Bacaksız / Bayzit, "Yargıtay'ın Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlarda İspat Yaklaşımı", s. 391.

<sup>29</sup> Bacaksız / Bayzit, "Yargıtay'ın Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlarda İspat Yaklaşımı", s. 391.

<sup>30</sup> Bacaksız / Bayzit, "Yargıtay'ın Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlarda İspat Yaklaşımı", s. 400.

## E. Direnme ve Yardım Çağırma Olanığı Bulunan Mağdurun Bu Olanığı Tercih Edip Etmediği Meselesi

Mağdurun direnmemesi veya yardım istememesi suçun sübut bulmadığı yönünde bir karine olarak yorumlanamaz. Bazı olaylarda mağdur kişi failden ciddi anlamda korkması veya uyuşturucu, alkol etkisinde olması sebebiyle direnci kırılmış olabilir. Bunlar gibi geçerli bir sebebi olmadığı halde bu olanığın kullanılmaması mağdur açısından rızanın varlığının kabulünü gerektirebilecektir. 5. Ceza Dairesi bir kararında mağdurun olay esnasında cep telefonundan zor durumda olduğuna ilişkin mesajlar göndermesini suçun sübut bulduğuna ilişkin delillerden birisi olarak değerlendirmiştir.<sup>31</sup>

Bu deliller olayın oluşuyla ilgili delillerdir. Diğerleri ise beden muayenesi, vücuttan örnek alma, şüpheliden parmak izi alma gibi delillerdir. Beden muayenesi yapılması çok önemli olup failin mağdurun vücudu üzerinde bıraktığı delillerin kaybolmaması için olaydan sonra hızlı bir şekilde bu muayenenin yapılması büyük önem taşımaktadır. Moleküler ve genetik incelemenin yapılması çok önemli olup bu gibi fiziksel deliller bir anlamda beyan delillerin etkisini azaltır. Bu tespitlerin yapıp olay yerinde şüphelinin, mağdurun örneklerinin bulunup bulunmadığı konusu mutlaka araştırılmalıdır.

Soruşturma kapsamında öncelikli olarak sorulması gerekenler mağdur açısından olayın nerede ve ne zaman olduğu, eylemi kaç kişinin yaptığı, eylemin nasıl ve ne şekilde gerçekleştiği (cebir, tehdit, hile gibi), şüpheliyi tanıyıp tanımadığı, akrabalığı olup olmadığı, önceden cinsel ilişkide bulunup bulunmadığı ve bulunmuşsa ne şekilde en son ne zaman olduğu, şikayetçi olup olmadığı, beden muayenesi ile vücudundan örnek çıkarılmasına razı olup olmadığı hususlarıdır.<sup>32</sup>

Faille sorulması gerekenler ise; mağdurla tanışıklığı olup olmadığı, akrabalık bağı veya hizmet ilişkisi bulunup bulunmadığıdır. Buradan sonra suçu işlediğini kabul ediyorsa mağdurun rızası olup olmadığı, fiilin şekli sorulmalıdır. Eğer reddediyorsa olay anında orada olmadığına ilişkin bir ispatı olup olmadığı sorulmalı ve başka delilleri varsa bunları ileri sürmesi istenmelidir.<sup>33</sup> Elbette ki şüpheden sanık yararlanır ilkesi uyarınca suçsuzluğunu ispatlamakla mükellef olmasa da suçlamadan daha çabuk kurtulması için şüphelinin delilleri de önemlidir.

<sup>31</sup> Bacaksız / Bayzit, "Yargıtay'ın Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlarda İspat Yaklaşımı", s. 399.

<sup>32</sup> Aslan, Ahmet: Cumhuriyet Savcısı ve Soruşturma, 7. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021, s. 413-414.

<sup>33</sup> Aslan, Cumhuriyet Savcısı ve Soruşturma, s. 416-417.

## SONUÇ

Cinsel suçlar diğer ülkelerde olduğu gibi ülkemiz açısından da hem ceza hukuku yönünden hem de toplumsal bağlamda önemli bir sorundur. Suçlu olduğu iddia edilen kişinin toplum nezdinde yargılanması söz konusu olduğundan soruşturma ve kovuşturmanın hızlı bir biçimde ilerlemesi gerekmektedir. Eğer kovuşturmaya yetecek deliller bulunamazsa 'lekelenmeme hakkı' çerçevesinde sanık sıfatının verilmemesi gerekmektedir. Eğer suçun işlendiği kanaati olursa bu durumda da mağdurun aynı travmayı tekrar tekrar yaşamasının önüne geçilmeli, defalarca aynı şeyi anlatmak zorunda bırakılmamalıdır. Öncelikle maddi delillere ağırlık verilmesi gerekmekte olup mağdurdan ve failden örnek alınması, beden muayenesi, moleküler ve genetik inceleme, failden parmak izi alınması, kamera kaydının tespiti yapılmalıdır. Beyan delillerde ise tutarlılık ve samimi anlatıma bakılarak hareket edilmelidir. Beyanların değerlendirilmesinde hayatın olağan akışına uygunluğu, faille mağdurun tanışıklığı, akrabalık bağı olup olmadığı, bildirim ilk ne zaman yapıldığı hususları maddi gerçeğe ulaşmada etkili olacaktır.

## KAYNAKÇA

- Aslan, Ahmet: Cumhuriyet Savcısı ve Soruşturma, 7. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021.
- Bacaksız, Pınar / Bayzit, Tuğba: "Yargıtay'ın Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlarda İspat Yaklaşımı", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 21 (Özel sayı), 2019, s. 379-414.
- Canikoğlu Kırbas, Seher: "'Kadının Beyanı Esastır': Çok Bilinmeyenli Bir Denklem", Ankara Barosu Dergisi, (4), 2015, s. 229-253.
- Çakmut Yenerer, Özlem: "Cinsel Şiddet Mağduru Çocuk Kavramı ve Türk Ceza Kanunu'nun Çocuğa Yönelik Cinsel Şiddet Düzenlemelerine Genel Bakış", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 22(1), 2016, s. 35-51.
- Korkusuz, Gülşah: "Cinsel Saldırı Suçu", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, LXXI(1), 2013, s. 815-854.
- Özen, Muharrem / Hafizoğulları, Zeki: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar, 4. Baskı, USA Yayıncılık, Ankara, 2015.
- Şare, Ersin: "Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlarda İlgilinin Rızası", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 21(2), 2019, s. 977-1023.
- Taştan, Mehmet: Cinsel Suçlarda İspat Sorunu ve Yargılama Usulü, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- Yeldan, Ali / Taneri, Gökhan: Cinsel Suçlarda İspat ve Sübut, Karahan Kitabevi, Adana, 2017.