

VÜCUDA ORGAN VEYA SAİR CİSİM SOKMAK SURETİYLE İŞLENEN CİNSEL SALDIRI SUÇU BAKIMINDAN TEŞEBBÜSE İLİŞKİN SORUNLAR

(Araştırma Makalesi)

DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.1182464>

Dr. Öğr. Üyesi Efser ERDEN TÜTÜNCÜ*

Öz

Vücuda organ veya sair bir cisim sokmak suretiyle işlenen cinsel saldırının (5237 sayılı TCK m. 102/2) hukuki mahiyeti konusunda doktrinde görüş birliği bulunmamaktadır. Bu mesele, TCK m. 102/2'nin teşebbüse elverişliliği ve buna bağlanan sonuçlar konusunda özel bir öneme sahiptir. Madde gerekçesinde, TCK m. 102/2'nin cinsel saldırı suçunda cezanın ağırlaştırılmasını gerektiren bir nitelikli hal olduğu ifade edilmiştir. Yargıtay da TCK m.102/2'de yer alan düzenlemeyi, TCK m. 102/1'in nitelikli hali olarak kabul etmektedir. Konuya ilişkin yerleşik Yargıtay içtihadı, söz konusu nitelikli halin teşebbüse elverişli olduğu yönündedir. Bununla birlikte doktrinde, TCK m. 102/2'nin TCK m. 102/1'in nitelikli hali olduğunu savunan yazarlar arasında teşebbüse elverişlilik bakımından bir görüş birliği yoktur. Bizim de katıldığımız TCK m. 102/2'nin TCK m. 102/1'den bağımsız bir suç olduğunu savunan görüşe göre ise bu suç teşebbüse elverişlidir. Öte yandan teşebbüse ilişkin koşulların oluşup oluşmadığının somut olay bakımından değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu çalışmanın amacı, vücuda organ veya sair bir cisim sokmak suretiyle işlenen cinsel saldırının hukuki niteliği bakımından değerlendirmede bulunarak, Yargıtay kararlarına yansımış örneklerle teşebbüse ilişkin koşulları somutlaştırmak suretiyle, TCK m. 102/2'nin teşebbüse elverişliliği ve buna bağlanan sonuçları irdelemektir.

Anahtar Kelimeler

Cinsel Saldırı Suçu, Vücuda Organ veya Sair Cisim Sokmak Suretiyle Cinsel Saldırı, Nitelikli Cinsel Saldırı, Teşebbüs, Gönüllü Vazgeçme

* İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, İstanbul, (e.erden@iku.edu.tr) ORCID: 0000-0003-0497-7380 (Geliş Tarihi: 06.05.2022-Kabul Tarihi: 22.09.2022) Yazar, eserinin Derginize ait bilimsel etik ilkelere uygun olduğunu taahhüt eder.

**ISSUES REGARDING CRIMINAL ATTEMPT
IN TERMS OF RAPE AND SEXUAL ASSAULT BY PENETRATION**

(Research Article)

Abstract

There is no consensus in the doctrine on the legal nature of rape and sexual assault by penetration (According to Article 102/2 of the Turkish Penal Code No. 5237). This issue is of particular importance in terms of criminal attempt and the consequences attached to it (TPC art. 102/2). In the explanatory memorandum, it has been stated that TPC Art. 102/2 is not a distinct crime, but a variation that requires aggravating the penalty in the crime of sexual assault. The Court of Cassation also considers this provision as “aggravated” sexual assault. According to the pertinent case-law of the Court, “aggravated sexual assault” can be attempted. However, the scholars who assert that TPC Art. 102/2 is not a distinct crime cannot reach a consensus on whether the crime can be attempted. According to the opposing view, which we also agree with; TPC Art. 102/2 and TPC Art. 102/1 are distinct crimes. Therefore, the crime in question is suitable for the criminal attempt. On the other hand, it is vital to evaluate if the conditions of the criminal attempt have been met, taking into consideration the circumstances in concrete cases. The aim of this study is to evaluate the legal nature of rape and sexual assault by penetration. By embodying the conditions of the criminal attempt with examples reflected in the decisions of the Court of Cassation, the suitability of criminal attempt TPC Art. 102/2 and the consequences attached to it have been examined.

Keywords

Sexual Assault Crime, Sexual Assault by Inserting An Organ or Other Object Into the Body, Aggravated Sexual Assault, Attempt, Voluntary Abandonment

GİRİŞ

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda (TCK) yer alan cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar, mağdurun yaşı ve eylemin vücut dokunulmazlığını ihlal edip etmemesi kriterlerine göre birbirinden ayrılmaktadır. Mağdurun on sekiz yaşını tamamlamış bir kimse olması halinde, bu bölümde yer alan suçlardan cinsel saldırı (TCK m. 102) ve cinsel taciz (TCK m. 105) suçları uygulama alanı bulmaktadır. Bu iki suç tipi arasındaki ayrım bakımından ise suç teşkil eden eylemin vücut dokunulmazlığını ihlal edip etmemesi belirleyicidir¹.

Cinsel saldırı suçu, kanun koyucu tarafından TCK m. 102/1'de "*cinsel davranışlarla bir kimsenin vücut dokunulmazlığını ihlâl*" olarak formüle edilmiştir. Suçun temel şekli ile daha az cezayı gerektiren hali ve cezanın ağırlaştırılmasını gerektiren nitelikli halleri de maddede zikredilmekle birlikte, bunların izahına ve birbirinden ayırt edilebilmesine yarayacak açıklamalara gerekçede yer verilmiştir. Madde gerekçesinde² suçun temel şekline ilişkin maddi unsur, "*kişinin vücudu üzerinde gerçekleştirilen, cinsel arzuları tatmin amacına yönelik ve fakat cinsel ilişkiye varmayan cinsel davranışlar*" olarak ifade edilmiştir. Öte yandan cinsel saldırının ani ve kesilen davranışlarla işlenmesi, daha az cezayı gerektiren bir hal olarak "*sarkıntılık düzeyinde kalmış cinsel saldırı*" şeklinde düzenlenmiştir³.

Maddenin ikinci fıkrası bakımından maddi unsuru oluşturan hareket ise "*vücuda organ veya sair bir cisim sokma*" şeklinde belirlenmiştir. Suçun bu şekilde işlenmesi, madde gerekçesinde cezanın ağırlaştırılmasını gerektiren bir nitelikli hal olarak öngörülmüş; davranışın, "*cinsel arzuları tatmin etme amacına yönelik olması*" ise aranmamıştır. Bir başka ifadeyle, TCK m. 102/2 çerçevesinde bir suçun oluşması için -kısmen de olsa- "*vajinal, anal veya oral yoldan vücuda organ veya sair bir cismin ithal edilmesi*" gerekli ve yeterlidir⁴. Suç genel kastla işlenebilmekte, organ veya sair cismin mutlaka fail tarafından mağdura sokulması aranmamaktadır. Organ veya cismin fail dışında bir üçüncü kişi tarafından mağdura sokulması veya mağdurun organ

¹ **Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan/Önok, R. Murat:** Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 18. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020, s. 413.

² Gerekçe metni için bkz. **Gerçekler,** Hasan: Yorumlu ve Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017, s. 1026-1028.

³ **Artuk, Mehmet Emin/Alşahin, Mehmet Emin:** "Sarkıntılık Fiili", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 65, Sayı: 4, 2016, s. 3243-3270.

⁴ **Taner, Fahri Gökçen:** Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017, s. 173.

veya cismi kendisine sokmaya zorlanması bu suç kapsamında sayılacağı gibi eylemin pasif süjesi olacak şekilde failin kendisine organ sokturması halinde de vücuda organ veya cisim sokmak suretiyle cinsel saldırıdan (TCK m. 102/2) söz etmek mümkündür⁵.

TCK m. 102/2 kapsamında suçun oluşabilmesi için organ veya cismin kısmen dahi olsa “sokulmuş olması” arandığından, failin vücuda organ veya cisim sokma kastıyla giriştiği icra hareketlerini, organ veya cismin sokulmasından önce sonlandırmak durumunda kalması halinde uygulanacak olan hüküm konusunda doktrinde görüş birliği bulunmamaktadır. Böyle bir örnekte failin o ana kadarki eylemlerinin tamamlanmış bir -basit- cinsel saldırı suçu (TCK m. 102/1) olarak mı mütalaa edileceği yoksa TCK m. 102/2 uygulama alanı bularak teşebbüs nedeniyle cezada indirim mi yapılacağı konusunda; TCK m. 102/2'nin hukuki mahiyeti ve buna bağlı olarak teşebbüse elverişliliğine ilişkin kanaat belirleyici nitelik taşımaktadır.

Öte yandan teşebbüse ilişkin esasların, kendine özgü özellikler gösteren suç tipleri bakımından bu farklılıklar gözetilerek somutlaştırılması gerekir. Cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar da ceza hukukunun en tartışmalı meselelerinden biri olan teşebbüse ilişkin tartışmalar bakımından özellik gösteren suç tiplerinin başında gelmektedir. Cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar arasında da vücuda organ veya sair cisim sokmak suretiyle işlenen cinsel saldırı suçu yönünden, konunun daha özel bir öneme sahip olduğu düşüncesindeyiz. Düzenlemenin hukuki niteliği konusunda dahi bir uzlaşının bulunmaması bunun en belirgin göstergesidir. Bu sebeple çalışmanın çerçevesi, TCK m. 102/2'de yer alan vücuda organ veya sair cisim sokmak suretiyle cinsel saldırı suçu bakımından teşebbüse ilişkin sorunlar ile sınırlı tutulmuştur.

⁵ Türk hukukunda dolaylı faillik kavramı ile açıklanmaya çalışılan bu durum, Alman Hukukunda yasal zemine sahiptir. Nitekim tipik fiil (§ 177 Abs. 6), “*mağdurun cinsel ilişkiye katlanmaya zorlanması*”nı da kapsayacak şekilde düzenlenmiştir. Buna ilişkin Alman Hukukundaki çeşitli görüşler için bkz. Bkz. **Wagner**, Markus: “Durch Täuschung veranlasste Selbstpenetration als Vergewaltigung? – Zugleich Anmerkung zu BGH Beschl. v. 10.3.2020 - 4 StR 624/191-”, Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ) 2021, 592-598; **Ziegler**, Theo: Beck'scher Online-Kommentar StGB, v. Heintschel-Heinegg, 52. Edition, C.H.BECK München 2022, Rn. 47 - 50.1; **Frommel**, Monika: Nomos Kommentar-StGB Hrgs. v. Urs Kindhäuser, Ulfrid Neumann, Hans-Ulrich Paeffgen, 5. Auflage, Nomos Verlag 2017, § 177 Rn. 61-62. Türk Hukukunda aksi yöndeki Yargıtay içtihadı ile bunun eleştirisi ve konuya ilişkin doktrinindeki çeşitli görüşler için bkz. **Tezcan/Erдем/Önok**, s. 418-420. Alman Hukukundaki katlanma hipotezini dikkate almak suretiyle, TCK m. 102/2'ye ilişkin değişiklik önerisi için ayrıca bkz. **Taner**, “Cinsel Özgürlük”, s. 170-171.

Çalışmada öncelikle TCK m. 102/2’de yer alan düzenlemenin hukuki mahiyetine ilişkin tartışmalara yer verilmiş, buna bağlı olarak vücuda organ veya sair cisim sokmak suretiyle işlenen cinsel saldırının teşebbüse elverişliliğine ilişkin değerlendirmelerde bulunulmuş ve akabinde teşebbüse ilişkin koşullar bağlamında somut örnekler üzerinden mesele incelenmiştir. Konunun anlaşılmasını kolaylaştırmak adına Yargıtay kararlarına yansıyan örneklerden de istifade edilmiştir. Son olarak, TCK m. 102/2’ye teşebbüs ve gönüllü vazgeçme hallerinde uygulanacak olan hükümlere dair açıklamalarda bulunularak, sonuç kısmında konuya ilişkin değerlendirmelerimize yer verilmiştir.

I. VÜCUDA ORGAN VEYA SAİR CİSİM SOKMAK SURETİYLE İŞLENEN CİNSEL SALDIRININ (TCK M. 102/2) HUKUKİ MAHİYETİ

Öncelikle belirtmek gerekir ki kanun koyucunun iradesi, TCK m. 102/2’deki düzenlemenin, cinsel saldırı suçunda cezanın ağırlaştırılmasını gerektiren bir nitelikli hal olduğu yönündedir. Nitekim madde gerekçesinde söz konusu düzenlemenin cinsel saldırı suçunun nitelikli hali olduğu açıkça ifade edilmiştir⁶. Gerekçeye göre suçun bu nitelikli hali için “*vücuda vajinal, anal veya oral yoldan organ veya sair bir cismin -kısmen de olsa- ithal edilmesi*” gerekli ve yeterlidir⁷. Suçun basit şeklinin aksine bahse konu fıkra kapsamına giren davranışların cinsel arzuları tatmin etme amacına yönelik olması aranmamıştır⁸.

Öte yandan, vücuda organ veya sair bir cisim sokmak suretiyle işlenen cinsel saldırının, cinsel saldırı suçunda cezanın ağırlaştırılmasını gerektiren bir nitelikli hal mi yoksa bağımsız bir suç mu olduğu konusunda doktrinde görüş birliği bulunmamaktadır.

⁶ Gerçekler, s. 1027.

⁷ Taner, “Cinsel Özgürlük”, s. 173.

⁸ Gerçekler, s. 1027. Suçun basit şekli için davranışın cinsel nitelikte olmasının yeterli olduğu ancak cinsel arzuları tatmin etme amacının aranmasına gerek olmadığı yönünde bkz. **Korkusuz**, Gülşah: “Cinsel Saldırı Suçu (TCK m. 102)”, İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası Cilt: LXXI, Sayı: 1, 2013, s. 824. “TCK m. 102/2’nin vücut dokunulmazlığına karşı bir suç değil de cinsel saldırı suçu sayılmasının anlaşılabilir olmadığı” yönünde madde gerekçesine yönelik eleştiri için ayrıca bkz. **Hafizoğulları Zeki/Özen**, Muharrem: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2010, s. 150-151.

A. TCK m. 102/2'nin TCK m. 102/1'in Nitelikli Hali Olduğu Yönündeki Yaklaşım

Doktrindeki baskın görüşe göre TCK m. 102/2, cinsel saldırı suçunda cezanın ağırlaştırılmasını gerektiren nitelikli haldir⁹. Bu görüş uyarınca suçun işleniş şekli dışında TCK m. 102/1 ile arasında bir fark bulunmamaktadır¹⁰.

Bu noktada ifade etmek gerekir ki bir suçun nitelikli hali, ilgili suçun temel şeklinin tüm özelliklerini barındırmalı ve ek bir takım özel nitelikler taşımalıdır¹¹. Bir başka ifadeyle nitelikli haller¹², suçun varlığı için zorunlu olan unsurlara eklenerek temel cezanın ağırlaştırılmasına veya hafifletilmesine sebep olan ikincil nitelikteki unsurlardır¹³.

Nitelikli haller, suçta kullanılan araçtan, failin veya mağdurun sıfatından, suçun konusuna ait bir özellikten, fail ile mağdur arasındaki ilişkiden ve belirli derecedeki yakınlıktan (akrabalıktan), suçun işlendiği yer veya zamandan, failin suçun işleyişiyle güttüğü amaç veya saikinden ya da suçun işleniş şeklinden kaynaklanabilir¹⁴.

Bir görüşe göre nitelikli hallerin çoğunluğu suçun işleniş şeklinden kaynaklanmaktadır ve TCK m. 102/2'de yer alan düzenleme, cinsel saldırı suçunda suçun işleniş şekline bağlı olarak cezanın ağırlaştırılmasını gerektiren bir nitelikli haldir¹⁵. Bu görüşe göre birinci fıkraya atıf yapılmamış

⁹ **Artuk**, Mehmet Emin/**Gökçen**, Ahmet/**Alşahin**, Mehmet Emin/**Çakır**, Kerim: Ceza Hukuku Özel Hükümler, 19. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2021, s. 385; **Koca**, Mahmut/**Üzülmez**, İlhan: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 7. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2020, s. 337; **Özbek**, Veli Özer/**Doğan**, Koray/**Bacaksız**, Pınar: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 16. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021, s. 330; **Toroslu**, Nevzat: Ceza Hukuku Özel Kısım, 8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2015, 63; **Korkusuz**, s. 826; **Yeğrim**, V. Korhan: "Nitelikli Cinsel Saldırı Suçu Bakımından Gönüllü Vazgeçme", Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 9, Sayı: 17, 2021, s. 192; **Malkoç**, İsmail: Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar, Malkoç Kitabevi, Ankara 2009, s. 55; **Taner**, "Cinsel Özgürlük", s. 162. Ayrıca bkz. ve karşı. ibid. 241-242.

¹⁰ **Yeğrim**, s. 180.

¹¹ **Evik**, Vesile Sonay: "Suça Etki Eden Nedenler", Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 6, Sayı: 2, 2007, s. 123.

¹² Doktrinde nitelikli hal yerine, suça etki eden (tesir eden) sebepler, ağırlatıcı veya hafifletici sebepler, suça etkili olan sebepler, cezaya etkili olan sebepler terimleri de kullanılmaktadır. Bkz. **Koca**, Mahmut/**Üzülmez**, İlhan: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 13. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020, s. 140-141.

¹³ **Evik**, s. 119.

¹⁴ **Koca/Üzülmez**, "Genel Hükümler", s. 142-144.

¹⁵ **Koca/Üzülmez**, "Genel Hükümler", s. 143; **Yeğrim**, s. 180.

olması da ikinci fıkradaki düzenlemenin nitelikli hal vasfını değiştirmeyecektir¹⁶. Ayrıca doktrinde, madde metnindeki “suretiyle” ibaresinin, bahse konu düzenlemenin nitelikli hal olduğu yönündeki kanaati kuvvetlendirdiği de savunulmuştur¹⁷.

Öte yandan, madde gerekçesi doğrultusunda TCK m. 102/2’deki nitelikli halin oluşması için cinsel arzuları tatmin amacı aranmamakta ise de davranışın objektif olarak cinsel nitelik taşıması gerekmektedir¹⁸. Bu durum doktrinde “eylemin üzerinde gerçekleştirildiği vücut boşluğunun sokma eylemine objektif olarak cinsel nitelik kazandırması gerektiği”¹⁹; “sokulmaya çalışılan cisim veya organ ile içine bir organ ya da cisim sokulmaya çalışılan vücut bölgesi arasında cinsel bir anlam, bağ veya ilişki bulunması”²⁰ gibi kriterlerle somutlaştırılmaya çalışılmaktadır. Vücuda vajinal, anal veya oral yoldan organ ya da sair bir cisim ithal edilmesi, objektif olarak “cinsel bir davranış” teşkil ettiği takdirde²¹ failin cinsel arzuları tatmin amacı taşıyıp taşıyamaması, suçun oluşumu bakımından önem taşımayacaktır. Örneğin gözaltındaki kişinin direncini kırmak, onu rencide etmek amacıyla uygulanan bir işkence kapsamında mağdurun anüsüne cop sokulması halinde, davranışın objektif olarak cinsel olduğundan hareketle, failin TCK m. 102/2 uyarınca sorumluluğu gündeme gelecektir²².

Yargıtay da TCK m. 102/2’yi cinsel saldırı suçunda cezanın ağırlaştırılmasını gerektiren bir nitelikli hal olarak görmekte; bu nitelikli halin uygulanabilmesi için sokulan organ veya cismin suçu işlemeye elverişli olması gerektiğini belirtmektedir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun (YCGK) zorla öptüğü mağdurun ağzına dilini sokan sanığın eylemini TCK m. 102/2 kapsamında görmediği kararında ortaya koyduğu, organ veya cismin elverişliliği

¹⁶ Koca/Üzülmez, “Özel Hükümler”, s. 336-337.

¹⁷ Demirtaş, Soner: “Suçun Nitelikli Hallerine Teşebbüs”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 25, Sayı: 3, 2021, s. 396.

¹⁸ Tezcan/Erdem/Önok, s. 420.

¹⁹ Koca/Üzülmez, “Özel Hükümler”, s. 337.

²⁰ Özbek/Doğan/Bacaksız, “Özel Hükümler”, s. 331.

²¹ Karş. Aydın, Öykü Didem: “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar”, Hukuki Perspektifler Dergisi, Sayı: 2, 2009, s. 158.

²² Böyle bir örnekte vücuda penis dışında bir cismin sokulması söz konusu olduğundan kasten yaralama, işkence suçları ile ayırımın yapılmasının çoğu durumda mümkün olmayacağı gerekçesiyle bu yaklaşım doktrinde eleştirilmiştir. Bkz. **Toroslu**, s. 63; **Hafizoğulları**, Zeki: “Beşeri Cinsellik ve Yeni Türk Ceza Kanunu”, Türk Hukuk Kurumu 71. Yıl Armağanı, Ankara 2005, s. 362-363. Konuya ilişkin detaylı açıklamalar için ayrıca bkz. **Tezcan/Erdem/Önok**, s. 420-421.

açısından bilimsel bir niteliği olmayan “*cinsel motif*”²³ kavramından hareket etmesi doktrinde eleştirilmektedir²⁴.

B. TCK m. 102/2’nin TCK m. 102/1’den Bağımsız Bir Suç Olduğu Yönündeki Yaklaşım

Bizim de iştirak ettiğimiz görüş uyarınca TCK m. 102/2’de yer alan düzenleme bağımsız bir suçtur²⁵. Zira 765 sayılı mülga TCK’da “ırza geçme”, “ırza tasaddi” ve “sarkıntılık” olarak farklı maddelerde düzenlenen suçlar, 5237 Sayılı TCK’da “cinsel saldırı” başlığı altında tek bir maddede bir araya getirilmiştir²⁶. 5237 Sayılı Kanun ile birlikte cinsel suçlarda “ahlak” anlayışından cinsel “özgürlük” anlayışına geçilmesiyle²⁷, toplumsal cinsiyet algısının bir tezahürü olarak görülebilecek “ırz” ve “namus” kavramları da terk edilmiştir²⁸. Fail ve/veya mağdurun cinsiyetinin önem arz etmediği bir anlayışı yansıtmaması açısından yerinde olduğunu düşündüğümüz “*vücuda organ veya sair cisim sokulması suretiyle*” ibaresinin kullanılmasının temelinde

²³ Yargıtay CGK, E 2013/14-294, K 2013/615, T 17.12.2013 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 10.12.2021).

²⁴ Bu görüşe göre ya failin soktuğu organ veya cismin (“penis veya yapay penis”) ya da suçun üzerinde gerçekleştiği mağdura ait vücut boşluğunun “*cinsel motif*” taşıması (“vajina veya anüs”) gerekmektedir. Eleştirisi için bkz. **Tezcan/Erdem/Önok**, s. 422 (dipnot 189). Ayrıca bkz. **Önok**, Murat: “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlarla İlgili Yargıtay Kararlarına Eleştirel Bir Yaklaşım” iç M. Buket Soygüt ve Aras Türay (edr) Kadına Yönelik Erk’ek Şiddeti ile Mücadele: Sorunlar ve Çareler Sempozyumu, Beta, İstanbul 2020, s. 66.

²⁵ **Tezcan/Erdem/Önok**, s. 417; **Yenerer Çakmut**, Özlem: “Kavramsal Olarak Kadına Karşı Şiddet/Cinsel Şiddet ve Türk Ceza Hukukunda Cinsel Saldırı Suçunun Genel Değerlendirmesi” Marmara Üniversitesi Kadın ve Toplumsal Cinsiyet Araştırmaları Dergisi, Cilt: 2 Sayı: 1, 2018, s. 53; **Centel**, Nur: “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Saldırı Suçu ve Cinsel Suçlar Değişiklik Tasarısı’nın Değerlendirilmesi”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 99, 2012, s. 275; **Kocaoğlu**, S. Sinan: Yargı Kararları Işığında Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar (TCK m.102-105), Yetkin Yayınları, Ankara 2016, s. 166.

²⁶ **Toroslu**, s. 61. Karş. **Ünver**, Yener: “Türk Maddi Ceza Hukukunda Cinsel Suçların Eleştirel Olarak İncelenmesi” iç Yener Ünver (ed) II. Türkiye – Slovenya Uluslararası Hukuk Sempozyumu “Cinsel Suçlar ve Evlilik Hukuku”, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2014, s. 28.

²⁷ **Taner**, “Cinsel Özgürlük”, s. 47-51. Ayrıca bkz. **Ünver**, “Türk Maddi Ceza Hukukunda”, s. 23-24; **Sancar**, Türkan Yalçın: Türk Ceza Hukukunda Kadın, Seçkin Yayıncılık, 2013, s. 91-101; **Dursun**, Selman: “Türk Ceza Hukuku’nda Cinsel Suçlara Genel Bir Bakış”, Ceza Hukuku Dergisi Sayı: 24, Nisan 2014, s. 58.

²⁸ **Dursun**, “Cinsel Suçlar”, s. 59. “Irz” kavramının kanundan çıkarılmasının son derece yerinde olduğuna ilişkin detaylı açıklamalar için ayrıca bkz. **Aydın**, Öykü Didem, s. 157; **Taner**, “Cinsel Özgürlük”, s. 162-163.

esasen eski kanunda farklı maddelerde yer alan suç tiplerinin bir araya getirilme zorunluluğu olduğu doktrinde ileri sürülmektedir²⁹.

Kanun koyucu vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle işlenen cinsel saldırı suçunun eşler arasında da işlenebileceğini düzenlemiş; bunu yaparken evlilik birliğinin kurulması ile eşlerin cinsel özgürlüklerini birbirlerine terk etmedikleri düşüncesinden hareket etmiştir. Doktrinde, suçun temel şeklinin, eşler arasında da işlenebilecek şekilde formüle edilmemiş olması eleştirilmektedir³⁰. Öte yandan bu durumun, vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle işlenen cinsel saldırının bağımsız bir suç olduğu yönündeki görüşü desteklediği de ileri sürülmektedir³¹. Buna karşılık, bir görüşe göre madde metninde basit cinsel saldırı suçunun eşe karşı işlenemeyeceğine ilişkin açık bir düzenleme bulunmamaktadır ve bu sebeple basit cinsel saldırı suçunun eşler arasında işlenebileceği savunulmaktadır³². Biz, -olan hukuk açısından- eşler arasında sadece TCK m. 102/2’de yer alan suçun işlenebileceğini savunmakta; bu durumun vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle işlenen cinsel saldırının bağımsız bir suç olduğu yönündeki görüşü güçlendirdiği savına katılmaktayız.

TCK m. 102/2 kapsamındaki fiillerin cinsel arzuları tatmine yönelik olmasının madde gerekçesinde aranmadığını yukarıda açıklamıştık. Bu durumun da ikinci fıkrada yer alan düzenlemenin birinci fıkradaki düzenlemeden bağımsız bir suç olduğu yönündeki görüşü desteklediği düşüncesindeyiz. Zira bir suçun temel şeklinin tüm özelliklerini taşımayan bir nitelikli hali söz konusu olamaz³³. Kaldı ki birbirinden farklı suçların varlığından söz edebilmek için, bunların mutlaka farklı maddelerde düzenlenmesi zorunlu değildir³⁴. Suçla korunan hukuksal yararın değişmesine sebep olan bir durum söz konusu ise bağımsız bir suçtan bahsedileceği³⁵ gibi aynı maddede düzenlen-

²⁹ Tezcan/Erdem/Önok, s. 417.

³⁰ Tezcan/Erdem/Önok, s. 417. Yazarlar tarafından Avrupa Birliği’ne uyum için çıkarılan bir yasal düzenlemenin gerekçesinde eşler arasında nitelikli cinsel saldırı suçunun oluşumu bakımından “tıbbi ve doğal sınırlar”ın aşılması gerekliliğine işaret edilmesi de haklı olarak eleştirilmektedir. 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu döneminde erkek eşin ırza geçme suçunun faili olmayacağı, fiili livata durumlarında ise aile efradına kötü muamele suçunun oluşacağı yönündeki kabule ilişkin açıklamalar için ayrıca bkz. Yeğrim, s. 176.

³¹ Tezcan/Erdem/Önok, s. 418.

³² Ünver, “Türk Maddi Ceza Hukukunda”, s. 30-32. Aynı yönde Dursun, “Cinsel Suçlar”, s. 66.

³³ Koca/Üzülmez, “Genel Hükümler”, s. 141; Toroslu, s. 63.

³⁴ Ünver, “Türk Maddi Ceza Hukukunda”, s. 40.

³⁵ Evik, s. 124; bu argümanın eleştirisi için bkz. ibid. 124.

miş olsa dahi nitelikli hale ilişkin koşulları taşımayan bir düzenleme de bağımsız suç olarak nitelendirilebilir³⁶.

Tüm bu açıklamalar ışığında TCK m. 102/2’de yer alan vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle işlenen cinsel saldırı suçunun hukuki mahiyeti bakımından değerlendirmemiz, bahse konu düzenlemenin bağımsız bir suç olduğu yönündedir. Bu doğrultuda teşebbüse ilişkin genel kuralların uygulama alanı bulacağı kanaatindeyiz.

Bununla birlikte, TCK m. 102/2’nin cinsel saldırı suçunun bir nitelikli hali olduğu görüşünün benimsenmesi halinde teşebbüs bakımından yapılacak değerlendirme değişecektir. Her ne kadar TCK m. 102/2’nin bağımsız bir suç olduğu kanaatinde de olsak, aksi yöndeki görüş uyarınca da teşebbüse ilişkin değerlendirmelerde bulunmakta fayda vardır. Bu doğrultuda TCK m. 102/2’de yer alan düzenlemenin teşebbüse elverişliliği meselesinin doktrin-deki farklı görüşler dikkate alınarak ele alınmasına ve Yargıtay kararlarından örneklerle teşebbüse ilişkin koşulların somutlaştırılmasına çalışılacaktır.

II. VÜCUDA ORGAN VEYA SAİR CİSİM SOKMAK SURETİYLE İŞLENEN CİNSEL SALDIRININ TEŞEBBÜSE ELVERİŞLİLİĞİ MESELESİ

Cinsel saldırı suçu, sırf (salt) hareket suçudur³⁷. Bu nedenle cinsel davranışın³⁸ gerçekleştirilmesi ile suç tamamlanır; icra hareketlerinin kısımlara ayrılabilirdiği ölçüde teşebbüs mümkündür³⁹. Korunan hukuksal değer cinsel özgürlük olduğu⁴⁰ bu suçta, söz konusu menfaatin ne zaman ve ne ölçüde zarar gördüğünün tespiti güçtür. Bu sebeple cinsel saldırı suçunun bir (somut) tehlike suçu olduğu da savunulmaktadır⁴¹.

³⁶ Akbulut, Berrin: Türk Ceza Hukuku Temel Bilgiler, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020, s. 163.

³⁷ Korkusuz, s. 824; Tezcan/Erdem/Önok, s. 437.

³⁸ “Cinsel davranış” kavramına ilişkin detaylı açıklamalar için bkz. Dursun, Selman: Disiplinler Arası Bir Yaklaşımla Ceza Hukukunda Hareket Kavram ve Terimi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021, s. 172-173; Taner, “Cinsel Özgürlük”, s. 94-114; Turhan, Engin: Türk ve Alman Ceza Hukukunda Çocukların Cinsel İstismarı Suçu, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021, s. 77-91.

³⁹ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, “Özel Hükümler”, s. 396.

⁴⁰ Tezcan/Erdem/Önok, s. 395. Kanun koyucunun “cinsel dokunulmazlık”tan söz etmesi karşısında “cinsel özgürlük” kavramının kullanımını öneren görüş için ayrıca bkz. Taner, “Cinsel Özgürlük”, s. 31 vd.

⁴¹ Taner, “Cinsel Özgürlük”, s. 233.

6545 sayılı Kanunla⁴² yapılan değişiklik öncesinde de cinsel saldırı suçuna teşebbüs konusunda tartışmalar bulunmakta idi. Bazı görüşler suçun ilk fıkrada düzenlenen -basit-şeklinin, neticesiz bir suç olduğundan hareketle, teşebbüse elverişli olmadığını savunurken⁴³; bazı yazarlara göre hareket bölünebildiği takdirde teşebbüs mümkün idi⁴⁴. Yargıtay'ın uygulaması da bu ikinci görüş doğrultusunda idi⁴⁵.

6545 sayılı Kanunla “sarkıntılık” düzenlemesinin gelmesiyle birlikte, suçun temel şekline ve sarkıntılık düzeyinde kalan haline teşebbüsün mümkün olup olmadığı tartışılmaya başlanmıştır⁴⁶. Bir görüşe göre cinsel saldırı suçunda cezanın hafifletilmesini gerektiren bir nitelikli hal olan sarkıntılığa teşebbüs mümkün değildir⁴⁷. Aksi yöndeki görüşe göre failin kastı süreklilik arz eden bir cinsel saldırıya yönelik olsa dahi somut olayda ani ve kesilen davranışlar gerçekleştirilip de vücuda temas gerçekleşmez ise sarkıntılık düzeyinde kalan cinsel saldırıya teşebbüsten söz etmek mümkündür⁴⁸. Suçun temel şekline teşebbüs ise failin kastının suçun temel şekline yönelik olduğunun tespit edilebilmesi halinde mümkündür. Ancak bunun somut olayda tespiti her zaman kolay olmaz. Hal böyle olunca, failin kastının suçun temel şekline yönelik olduğunun ispatı yapılamıyorsa, şüpheden sanık yararlanır

⁴² 6545 sayılı Kanun'la cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar ile ilgili çok sayıda değişiklik yapılmıştır. Bu değişikliklere ilişkin detaylı değerlendirmeler için bkz. **Taner**, Fahri Gökçen: “6545 Sayılı Kanun Cinsel Saldırı ve Cinsel Taciz Suçlarına Ne Getirdi? Ne Getirebilirdi?”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Özel Sayı, 2017, s. 65-92.

⁴³ **Hafizoğulları/Özen**, s. 149; “birinci fıkranın birkaç istisna dışında teşebbüse elverişli olmadığı ikinci fıkraya ise teşebbüsün mümkün olduğu” yönünde bkz. **Şen**, Ersan: Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu Cilt: I (m. 1-140), Vedat Kitapçılık, İstanbul 2006, s. 378-379.

⁴⁴ **Centel**, s. 282; **Malkoç**, s. 27; aynı yöndeki diğer yazarlar için bkz. **Taner**, “Cinsel Özgürlük”, s. 234 (dipnot 831).

⁴⁵ **Taner**, “Cinsel Özgürlük”, s. 234 (dipnot 832); başka örnek kararlar için ayrıca bkz. **Kafes**, Veli: “Yargı Uygulaması Açısından Cinsel Saldırı Suçu (TCK m. 102)” iç Yener Ünver (ed) II. Türkiye – Slovenya Uluslararası Hukuk Sempozyumu “Cinsel Suçlar ve Evlilik Hukuku”, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2014, s. 72.

⁴⁶ **Memiş Kartal**, Pınar: “Cinsel Saldırı”, iç Özel Ceza Hukuku, C.II, Kişilere Karşı Suçlar -1-, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017, s. 475; **Dereli**, Alparslan: “Cinsel Saldırı Suçunda Teşebbüs”, Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 8, Sayı: 16, 2020 s. 556-559.

⁴⁷ **Koca/Üzülmez**, “Özel Hükümler”, s. 346. Bu görüşe katılmamakla birlikte, nitelikli hallerde teşebbüs konusunda yazarların kendi içerisinde tutarlı bir yaklaşım sergilediklerini ifade etmek isteriz.

⁴⁸ **Tezcan/Erdem/Önok**, s. 437. Ayrıca bkz. ve karşı **Taner**, “Cinsel Özgürlük”, s. 234.

prensibi uyarınca sarkıntılık düzeyinde kalan cinsel saldırıya teşebbüsten söz edilebilir⁴⁹.

TCK m. 102/2 uyarınca suçun oluşması için vücuda organ veya sair bir cisim “*sokulmuş*” olması gerekmektedir⁵⁰. Bu durumda failin vücuda organ veya sair cisim sokmak kastıyla icra hareketlerine başlaması ancak elinde olmayan sebeplerle vücuda organ veya sair cisim sokamaması halinde, TCK m. 102/2 uyarınca belirlenecek ceza teşebbüs nedeniyle indirilecek midir; yoksa faile TCK m.102/1’den mi ceza verilecektir? Bir başka ifadeyle TCK m. 102/2 teşebbüse elverişli midir?

Öncelikle ifade etmek gerekir ki öğretide baskın görüşe göre organ veya cismin vücuda ne kadar girdiğinin, vücutta belirli bir süre kalıp kalmadığının veya penetrasyonun cinsel tatmini sağlayacak boyuta ulaşip ulaşmadığının suçun tamamlanması bakımından önemi yoktur⁵¹. Bir başka ifadeyle organ veya cismin tamamen ya da kısmen sokulmuş olması suçun oluşması bakımından önemsizdir. Organ veya cismin muhakkak mağdura sokulmasına da gerek yoktur; mağdurun faile organ veya cisim sokmaya zorlanması durumunda da dolaylı faillik yoluyla TCK m. 102/2 oluşabilir⁵². Ancak penetrasyonun kısmen dahi olsa gerçekleşmemesi halinde ikinci fıkra hükmünün uygulanamayacağı kabul edilmektedir⁵³. Penetrasyonun ne zaman gerçekleşmiş sayılacağı konusunda “*cinsel ilişki ve vücuda girme ile bağlantılı cinsel eylemler*”⁵⁴ bakımından Alman Hukukundaki yaklaşım yol gösterici

⁴⁹ Bu konuda detaylı açıklamalar için bkz. **Taner**, “Cinsel Özgürlük”, s. 235.

⁵⁰ **Tezcan/Erdem/Önok**, s. 418; BeckOK StGB/**Ziegler** StGB § 177 Rn. 48.

⁵¹ **Ünver**, “Türk Maddi Ceza Hukukunda”, s. 32; **Koca/Üzülmez**, “Özel Hükümler”, s. 345; **Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır**, “Özel Hükümler”, s. 385-386; **Özbek/Doğan/Bacaksız**, “Özel Hükümler”, s. 332. Bir görüş ise “*failin seksüel organının mağdurun vücutuna aşağı-yukarı tamamen girmesi gerektiğini*” savunmaktadır. Bkz. **Soyaslan**, Doğan: Ceza Hukuku Özel Hükümler, 11. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2016, s. 236. Ayrıca bkz. ve karşı. NK-StGB/**Frommel**, 5. Aufl. 2017, StGB § 177 Rn. 61, 62.

⁵² **Tezcan/Erdem/Önok**, s. 418. Yargıtay’ın ise aksi yönde kararları bulunmaktadır. Bkz. Yargıtay 14. CD., E 2015/7244 K 2016/301 T 18.01.2016. Çocukların cinsel istismarı suçu bakımından ayrıca bkz. Yargıtay 14. CD., E 2013/7470 K 2013/10266 T 08.10.2013; Yargıtay 14. CD., E 2018/7926 K 2019/10020 T 17.06.2019 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 10.12.2021). Ayrıca bkz. BeckOK StGB/**Ziegler** StGB § 177 Rn. 49; **Wagner**, s. 592-598.

⁵³ **Toroslu**, s. 63; **Özbek/Doğan/Bacaksız**, “Özel Hükümler”, s. 333; **Taner**, “Cinsel Özgürlük”, s. 173.

⁵⁴ Alman Hukukunda bu kavram, Türk hukukundaki “*vücuda organ veya sair cisim sokma*”ya karşılık gelecek şekilde kullanılmaktadır. Cinsel ilişki, erkeklik organının kadının vajinasına ithal edilmesi şeklinde tanımlanmakta (BGH, 25.10.2000 - 2. StR 242/00 (LG Bad Kreuznach); anal ve oral yoldan gerçekleştirilen saldırılar ise vücuda

olabilir. Alman doktrinindeki baskın görüşe göre erkeklik organı veya parmak gibi başka bir organ ya da cismin vajinanın giriş bölümüne⁵⁵ sokulmuş olması yeterlidir⁵⁶. Alman Federal Yüksek Mahkemesi'nin oldukça yeni tarihli bir kararında bu görüş doğrultusunda sonuca varılmıştır. Sanığın, mağdurun klitorisine parmağıyla dokunması -Alman Hukukunda cinsel ilişki benzeri eylemler bakımından bu suçta aranan, “*eylemin mağduru küçük düşürücü niteliğinin*” tartışılmasına gerek olmamakla birlikte- vücuda organ sokmak suretiyle cinsel saldırı (“*Vergewaltigung*”) - StGB § 177 VI 2 Nr. 1) olarak değerlendirilmemiştir⁵⁷. Mahkeme, klitorise dokunmanın mutlaka vücudun tensel sınırlarını aşmayı gerektirmeyeceğinden ve nitelikli halin söz konusu olabilmesi için vücudun tensel sınırlarının aşılmış olması gerektiğinden hareketle bu sonuca ulaşmıştır⁵⁸. Bu bakımdan organ veya sair cismin en azından vulvanın giriş kısmına (“*Scheidenvorhof*”) ulaşmış olması gerektiği ifade edilmiştir⁵⁹.

girme ile bağlantılı eylemler olarak kabul edilmektedir. Çocukların cinsel istismarı suçundan farklı olarak, cinsel saldırı suçunda “vücuda girme ile bağlantılı eylemler” bakımından “mağdurun özel olarak aşağılanması” koşulu aranmaktadır. Bkz. BeckOK StGB/Ziegler StGB § 177 Rn. 47 - 50.1.

⁵⁵ Almanca’da “*Scheidenvorhof*”; Latince “*vestibulum vagine*” olarak ifade edilen bu terimin Türkçe tıbbi karşılığı ise “*dölyolu dalızı*” olarak ifade edilmektedir. Bkz. **Turhan**, s. 252 (dipnot 259).

⁵⁶ BeckOK StGB/Ziegler StGB § 177 Rn. 50; **Heger**, Martin: Lackner/Kühl – Strafgesetzbuch – Kommentar, 29. Auflage, München, Verlag C.H. Beck, 2018, § 177 Rn. 22. Vajinanın giriş bölümündeki temasların “*sokma*” kapsamında sayılmaması gerektiği yönünde görüş ile vajinanın giriş bölümüne ulaşılmamış olsa dahi küçük dudakları (Latince “*labia minora*”, Almanca “*innere Schamlippen*”) aşan müdahaleleri “*sokma*” kapsamında sayan görüş hakkında açıklamalar için bkz. **Turhan**, s. 253.

⁵⁷ BGH, Beschl. v. 2.12.2020 – 4 StR 398/20 (LG Essen).

⁵⁸ “Vücudun tensel sınırları” kavramı vücudu dıştan sararak vücut örtüsünü oluşturan deri ve tırnak gibi epidermal yapılarla kaplı dış yüzey alanını ifade eder. Ağız boşluğu (cavum oris), burun boşluğu (cavum nasi), vagina, canalis analis gibi anatomik oluşumların dışarıya açılan doğal delik, yarık ya da açıklıkları (rima oris, nares, rima pudendi, anus) da bu sınırlamaya katılır. Bkz. **Arıncı**, Kaplan/**Elhan**, Alaittin: Anatomi, 5. Baskı, 2. Cilt (Dolaşım Sistemi, Periferik Sinir Sistemi, Merkezi Sinir Sistemi, Duyu Organları), Güneş Tıp Kitabevleri, Ankara 2014, s. 394-398. Vücuda bir organ veya sair cismin sokulduğunun kabul edilebilmesi için bu sınırı geçerek, vücut içine doğru az ya da çok girmesi (penetration) gereklidir. Clitoris’e temas için penetrasyon gerekmediğinden nitelikli halin söz konusu olabilmesi için organ veya sair cismin rima pudendi’yi geçerek, clitoris’in vücut içinde kalan bölümüne de teması mümkün kılan vestibulum vagina (“*Scheidenvorhof*”)’ya ulaşmış olması gerekmektedir.

⁵⁹ Kararda Mahkeme, iki önemli sonuca varmıştır: (1) Açıkça cinsel bir çağrışım içeren parmakla penetrasyonlar, belirli bir aşağılayıcı etkiye sahip cinsel ilişkiye benzer cinsel eylem olarak nitelendirilebilir. Bu özellikle, vajina, vajina girişi (“*Scheidenvorhof*”)

Öte yandan organ veya sair cismin penetrasyonu söz konusu olmasa dahi vücut sıvılarının (örneğin meni veya idrar) mağdurun ağzına girdiği örneklerde de vücut dokunulmazlığının ihlal edilmiş sayılacağı Alman doktrininde baskın şekilde savunulmaktadır⁶⁰. Bizim de katıldığımız Türk doktrinindeki baskın görüşe göre de TCK m. 102/2 bağlamında vücuda sokulan cismin, katı veya sıvı olabilmesi mümkündür⁶¹.

TCK m. 102/2’de yer alan düzenlemenin teşebbüse elverişli olup olmadığı meselesine gelince, cinsel saldırı suçunda cezanın ağırlaştırılmasını gerektiren bir nitelikli hali olduğunu kabul eden yazarlar arasında görüş birliği bulunmadığını ifade etmek gerekir.

Bir kısım yazara göre nitelikli halin uygulanabilmesi için vücuda organ veya sair cismin “sokulmuş” olması gerekeceğinden, somut olayda bu durum gerçekleşmediği sürece teşebbüs hükümlerine başvurulabilmesi mümkün olmayacaktır⁶². Suçların içtimaina ilişkin TCK m. 43/1 c.2’de yer alan “*bir suçun temel şekli ile daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli şekillerinin aynı suç sayılacağı*” yönündeki ifadeden hareketle de TCK m. 102/1 ile TCK m. 102/2’nin aynı suç kabul edilerek, teşebbüse elverişli olmadığı savunulmaktadır⁶³. Aksi yöndeki görüşe göre ise bir suçun nitelikli haline teşebbüs mümkündür; TCK’da bunu engelleyen bir düzenleme bulunmamaktadır⁶⁴. Konuya ilişkin yerleşik Yargıtay uygulaması, bu son görüşle paralel biçimde, TCK m. 102/2’nin suçun nitelikli hali olduğu yönünde olup;

veya anüsün penetrasyonu için geçerlidir. Eğer bu tür penetrasyonlar zorla yapılmışsa, belirli bir aşağılamanın meydana gelip gelmediği sorusunun daha fazla tartışılması genellikle gerekli değildir. (2) Büyük vulva dudakları (“*große Schamlippen*”) arasında kalan ve vücudun önüne kadar uzanan klitorise dokunmak mutlaka vücut sınırını geçmeyi gerektirmez. Nitekim somut olayda mağdurun ifadesi, sanığın “klitorisine dokunduğu” yönündedir.

⁶⁰ **Renzikowski**, Joachim: Münchener Kommentar zum StGB, 4. Auflage, C.H.BECK München 2021, Rn. 157; **Eisele**, Jörg: Schönke/Schröder Strafgesetzbuch 30. Auflage, C.H.BECK München 2019, Rn. 102; **Hörnle**, Tatjana, Leipziger Kommentar zum StGB, 12. Auflage, De Gruyter Recht Berlin 2009, Rn. 208, 221. Karş. NK-StGB/**Frommel** 5. Aufl. 2017, StGB § 177 Rn. 62. Çocukların cinsel istismarı suçu bağlamında konuya ilişkin detaylı açıklamalar için ayrıca bkz. **Turhan**, s. 254-255.

⁶¹ **Tezcan/Erdem/Önok**, s. 421; **Özbek/Doğan/Bacaksız**, “Özel Hükümler”, s. 331; **Koca/Üzülmez**, “Özel Hükümler”, s. 337. Aksi yönde bkz. **Taner**, “Cinsel Özgürlük”, s. 167-168.

⁶² **Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır**, “Özel Hükümler”, s. 396-397; **Koca/Üzülmez**, “Özel Hükümler”, s. 346.

⁶³ **Korkusuz**, s. 839.

⁶⁴ **Özbek/Doğan/Bacaksız**, “Özel Hükümler”, s. 332.

bu gibi durumlarda TCK m. 102/2'ye göre belirlenen cezanın teşebbüs nedeniyle indirilmesi gerektiği kabul edilmektedir⁶⁵.

TCK m. 102/2'nin bağımsız bir suç olduğu yönündeki görüşe göre bu suç teşebbüse elverişlidir; ikinci fıkra çerçevesinde belirlenen cezanın teşebbüs nedeniyle indirilmesi söz konusu olacaktır⁶⁶. Bazı yazarlara göre ise olan hukuk bakımından bu görüş eleştirilmektedir ve teşebbüs bakımından ortaya çıkan bu tartışmanın, düzenlemenin birinci ve ikinci fıkralarının iki ayrı suç haline getirilmesiyle çözümlenebileceği önerilmektedir⁶⁷.

Yukarıda da izah ettiğimiz gibi bizce de TCK m. 102/2'de yer alan suç bağımsız bir suç tipi olup, teşebbüse elverişlidir. Nitekim, birinci fıkradan farklı olarak, ikinci fıkra bakımından “cinsel arzuları tatmin etme amacının” aranmaması, nitelikli hallerin suçun temel şeklindeki tüm unsurları ihtiva etmesi gerekliliğini karşılamadığı gibi aynı maddenin farklı fıkralarında bağımsız suçların düzenlenmesine dair bir engel de bulunmamaktadır.

Her halde somut olayda teşebbüs hükümlerinin uygulanabilmesi, teşebbüse ilişkin koşulların varlığına bağlıdır. “Kişi işlemeyi kastettiği suçu, elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan sebeplerle tamamlayamaz ise teşebbüsten dolayı sorumlu tutulur” (TCK m. 35). Buna göre teşebbüsün varlığından söz edebilmek için şu dört koşulun gerçekleşmesi gerekir: “kastın varlığı, hareketin tipikliği gerçekleştirilmeye elverişli olması, doğrudan doğruya suçun icrasına başlanmış olması ve failin elinde olmayan nedenlerle tipikliğin gerçekleşmemesi”. Aşağıda, vücuda organ veya sair cisim sokulmak suretiyle cinsel saldırı suçu bakımından teşebbüse ilişkin koşullar ayrı başlıklar altında ele alınarak, Yargıtay kararlarından örneklerle somutlaştırılmaya çalışılacaktır.

Bu noktada ifade edelim ki aşağıdaki başlıklar altında incelenecek olan örneklerin bir bütün halinde değerlendirilmesi en doğru yaklaşım olmakla birlikte, konunun anlaşılmasını kolaylaştırmak ve sistematik bir inceleme yapmak amaçlandığından her başlık altında, bahse konu başlık ile uyumlu

⁶⁵ Yargıtay CGK, E 2019/15-167 K 2020/11 T 16.1.2020 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 10.12.2021); **Yeldan**, Didem: 99 Soruda Cinsel Suçlar, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021, s. 104-109.

⁶⁶ **Tezcan/Erdem/Önok**, s. 418. Aynı yönde **Ünver**, “Türk Maddi Ceza Hukukunda”, s. 39-40; **Yenerer Çakmut**, Özlem: “Cinsel Şiddet Mağduru Kadın ve Türk Ceza Kanunu'ndaki Konumu”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı: 1, 2016, s. 16; **Kafes**, s. 72; **Kocaoğlu**, s. 166.

⁶⁷ **Yeğrim**, s. 193; **Dereli**, s. 561. Böyle bir düzenleme yapılmasının yerinde olacağı ancak bu konuda bir zorunluluk bulunmadığı yönünde ayrıca bkz. **Taner**, “Cinsel Özgürlük”, s. 235.

örneklere yer verilecektir. Örneğin kastın ortaya konulması bakımından verilen bir örnek, icra hareketlerinin başlangıcı bakımından da değerlendirilebilir. Çalışmada tekrara düşmemek adına ilgili başlıkla daha uyumlu olduğuna inanılan örnekler üzerinden inceleme yapmak şeklinde bir yöntem benimsenmiş olup, esasen değerlendirme ve sonuç bölümünde izah edileceği üzere, tüm bu kriterlerin somut olayda bir bütün halinde göz önünde bulundurulması gerekmektedir.

A. Vücuda Organ veya Sair Cisim Sokmaya Yönelik Kastın Varlığı

Teşebbüs nedeniyle failin sorumlu tutulabilmesi için her şeyden önce⁶⁸ *kastın şüpheye yer bırakmayacak şekilde ortaya konulmuş olması* gerekmektedir. Bu nedenle, failin kastının vücuda organ veya sair cisim sokmaya yönelik olduğu konusunda şüphe varsa, şüpheden sanık yararlanır ilkesi gereğince TCK m. 102/2'ye teşebbüsten söz etmek mümkün olmayacaktır⁶⁹.

Tamamlanmış suçlarda olduğu gibi teşebbüs aşamasında kalmış suçlarda da failin kastının suç tipinin objektif nitelikteki tüm unsurlarını içermesi gerekir⁷⁰. Suçun oluşumu bakımından kanuni tarifte failin belirli bir saikle hareket etmesi aranmışsa, somut olayda bunun da gerçekleşmesi beklenir⁷¹. Öte yandan, TCK m. 102/2'nin madde gerekçesinde de açıkça ifade edildiği üzere vücuda organ veya sair cisim sokmak suretiyle cinsel saldırı bakımından "*cinsel arzuları tatmin etme*" amacı aranmamakta; bu suç, genel kastla işlenebilen bir suç olarak formüle edilmiş bulunmaktadır⁷². Bu ne-

⁶⁸ Teşebbüs aşamasında kalan suç ile tamamlanmış suç arasında unsurlar yönünden temel bir farklılık bulunmamakla birlikte, teşebbüste suçun objektif unsurları itibarıyla tamamlanamamış bir suç söz konusu olduğundan teşebbüse ilişkin incelemenin failin suç işleme kastından başlayarak yapılması gerektiği yönünde bkz. **Koca/Üzülmez**, "Genel Hükümler", s. 420.

⁶⁹ **Demirbaş**, Timur: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 13. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018, s. 463. Şüpheden sanık yararlanır ilkesi çerçevesinde suçun subjektif unsurunun incelenmesine ilişkin ayrıca bkz. **Doğan**, Koray: Ceza Muhakemesinde Belirsizlik Kuşkudan Sanık Yararlanır İlkesi "in dubio pro reo", 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018, s. 204-207. Ayrıca bkz. **Dönmezer**, Sulhi/**Erman**, Sahir: Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku -Cilt II-, 14. Baskı, Der Yayınları, İstanbul 2019, s. 114.

⁷⁰ **Öztürk**, Bahri/**Erdem**, Mustafa Ruhan: Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 20. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020, s. 354; **Koca/Üzülmez**, "Genel Hükümler", s. 421.

⁷¹ **Öztürk/Erdem**, s. 354; **Koca/Üzülmez**, "Genel Hükümler", s. 421; **Artuk**, Mehmet Emin/**Gökçen**, Ahmet/**Alşahin**, Mehmet Emin/**Çakır**, Kerim: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2020, s. 684.

⁷² Öte yandan yapılan davranışın "objektif yapısı, içeriği itibarıyla cinsel nitelikli olmalıdır"dir. **Tezcan/Erdem/Önok**, s. 421. Yazarlar, TCK m. 102/1 bakımından aranan "*cin-*

denle, TCK m. 102/2'ye teşebbüsten söz edebilmek için failin kastının “vücuda organ veya sair cisim sokma”⁷³ kapsaması gerekli ve yeterlidir.

Kastın şüpheye yer bırakmayacak şekilde ortaya konulmuş olduğunun, somut olayda tespiti için ise genel geçer bir kıstas belirlemek güç olup, her somut olay bağlamında bir değerlendirme yapmak gerekmektedir. Yargıtay kararlarına yansıyan örnekler üzerinden yapılacak bir değerlendirmeyle meseleyi somutlaştırmaya çalışacağız:

Öncelikle ifade etmek gerekir ki failin kastının vücuda organ veya sair bir cisim sokmayı da kapsadığını, ancak dış dünyaya yansıyan davranışlarından hareketle tespit etmek mümkündür⁷⁴. Failin **sarf ettiği sözler** de bu kapsamdadır. Örneğin, “benim olacaksın, buradan ölü çıkar dirin çıkmaz, boşuna debelenme”⁷⁵, “sus kapa çeneni seni de öldürürüm, kendimi de öldü-

sel arzuları tatmin etme amacı”nın da özel kast olarak anlaşılamayacağını makul gerekçelerle açıklamaktadırlar. ibid. 434. Ayrıca bkz. Yeldan, “99 Soruda”, s. 97.

⁷³ Daha önce izah ettiğimiz gibi buradaki “sokma” ibaresinden “sokma veya sokturma”nın anlaşılması gerekmektedir. Bir başka ifadeyle, failin, organ veya cismi kendisine sokturması da TCK m. 102/2 kapsamındadır. Aksi yönde bkz. Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, “Özel Hükümler”, s. 385-386; Koca/Üzülmez, “Özel Hükümler”, s. 338. Yine aksi yöndeki Yargıtay içtihadı ve eleştirisi ile konuya ilişkin detaylı açıklamalar için bkz. Tezcan/Erdem/Önok, s. 418-419. Öte yandan Alman Hukukunda olduğu gibi organ veya sair cismin mağdura bir üçüncü kişi veya bizzat mağdur tarafından sokulması da kapsam dahilindedir. BeckOK StGB/Ziegler StGB § 177 Rn. 49; BGH, Beschl. v. 10.3.2020 – 4 StR 624/19 (LG Siegen).

⁷⁴ Soyaslan, Doğan: Teşebbüs Suçu, Kazancı Kitap, 1994, s. 59. Ayrıca bkz. ve karşı. Dönmezer/Erman, s. 129.

⁷⁵ 5237 Sayılı TCK'nın yürürlüğe girmesinden sonraki bu kararında Yargıtay, “saniğin eşinin kardeşi olan mağdureyi telefon almak bahanesiyle tanık V.'nin evine götürdüğü, tanığın bir bahaneyle evden ayrılmasını müteakip ‘benim olacaksın, buradan ölü çıkar dirin çıkmaz, boşuna debelenme’ diyerek kucakladığı mağduru yatak odasına taşıdığı, bu sırada mağdurenin komşuların duymasını sağlamak için oda kapısının camını kırıp yüksek sesle yardım istediği, saniğin mağdureyi yatağa yatırıp üzerine çıktığı ve kendi fermuarını açtığı, müştekinin ciddi olarak direnmesi ve kapıya gelen komşuların bağırması üzerine eylemini tamamlayamadan bırakmak zorunda kaldığı” olayı vücuda organ veya sair cisim sokmak suretiyle cinsel saldırı suçuna teşebbüs olarak değerlendirmiştir (Yargıtay 5. CD, E 2007/11586 K 2008/161 T 22.01.2008, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 10.12.2021). 765 Sayılı TCK'nın yürürlükte olduğu dönemde verilen bir YCGK kararında da benzer şekilde, “saniğin, mağdurun ırzına geçmek kastıyla mağdurun evine girdiğini beyan ettiği, mağdurun da saniğin bu kastla geldiğini belirttiği, gece geç ve ıssız bir saatte yalnız olduğunu bildiği mağdurenin evinin yatak odasına girerek onun direnip bağırması üzerine saniğin kaçtığı” olayda YCGK, saniğin kastının hiçbir kuşkuyla yer bırakmayacak derecede ırza geçmeye yönelik olduğu ve bu hareketlerin ırza geçme bakımından icra hareketi sayılacağı yönünde karar verilmiştir (Yargıtay CGK, E 1982/5-432, K 1982/24, T 25.01.1982, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Erişim Tarihi: 10.12.2021).

rürüm, dört senedir zaten karısızım”⁷⁶, “o....., başkaları ile düşüp kalkıyor-sun, benimle de beraber olacaksın, yoksa gitmem seni bütün köye rezil ederim”⁷⁷, “sus bağırma, sen bu işi yapıyormuşsun, birlikte yapalım”⁷⁸ gibi ifadeler, -dış dünyaya yansıyan diğer davranışlarla bir bütün halinde değerlendirildiğinde- kastın vücuda organ veya sair cisim sokmak yönünde olduğuna kanaat oluşturabilecek niteliktedir.

Failin, kastını **sözsüz iletişim yöntemleri** kullanarak da ortaya koyması mümkündür. Nitekim YCGK’nın yakın tarihli bir kararına yansıyan olayda “yalnız yaşadığını bildiği sağır ve dilsiz mağdurenin evine sabaha karşı gelerek giysilerini çıkarmaya çalışan, mağdurenin direnmesi ve odanın ışığını yakması üzerine ise parmağına yüzük takma işareti yapıp, evlilik cüzdanı tarif eden” sanığın, kastını açıkça ortaya koyan sözler söylememiş olmasına rağmen, olay bir bütün halinde değerlendirildiğinde vücuda organ sokmak suretiyle cinsel saldırı kastını -şüpheye yer bırakmayacak şekilde- ortaya koyduğu kabul edilmiştir⁷⁹.

Öte yandan salt sarf edilen sözlerden kastın açıkça anlaşılabilmesi ya da failin mağdura bir zarar vermeyeceğini söylemesi ancak **kendisinin ve/veya mağdurun kıyafetlerini çıkarması ya da buna mağduru zorlaması gibi dış dünyaya yansıyan diğer davranışlarının** göz ardı edilmesi, kanaatimizce hukuka aykırıdır. Özetle, sarf edilen sözler, kullanılan sözsüz iletişim yöntemleri ve dış dünyaya yansıyan diğer davranışlar⁸⁰ somut olayda **bir bütün halinde incelenmek suretiyle** kastın vücuda organ ya da sair cisim sokmaya yönelik olup olmadığının tespiti yapılmalıdır. Yargıtay kararlarında ise “*failin işlenme tarzının*” dikkate alındığı ifade edilmektedir⁸¹.

⁷⁶ Yargıtay 14. CD, E 2020/3403 K 2020/4916 T 12.11.2020 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 10.12.2021).

⁷⁷ Yargıtay 14. CD, E 2013/1436 K 2014/12356 T 10.11.2014 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 10.12.2021).

⁷⁸ Yargıtay CGK, E 2014/14-600 K 2015/194 T 09.06.2015 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 10.12.2021).

⁷⁹ Yargıtay CGK, E 2020/14-93 K 2021/319 T 29.6.2021 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 10.12.2021).

⁸⁰ Esasen subjektif ölçüyü benimsemekle birlikte, kastın ortaya çıkarılması konusunda başlangıç noktasının, yapılan hareketten ibaret olacağı ve hareketi tamamen bir yana bırakarak kastı araştırmanın mümkün olmadığı, hareketin dışında kalan hususların ise ancak harekete anlam ve yön vermek bakımından dikkate alınabileceği yönündeki görüş için bkz. **Dönmezer/Erman**, s. 135.

⁸¹ Yargıtay 14. CD, E 2014/8697 K 2017/4204 T 26.09.2017; Yargıtay CGK, E 2019/14-36 K 2019/675 T 28.11.2019 (Akt. **Yeğrim**, s. 188). Ayrıca bkz. **Yeldan**, Didem: Uygulamada Cinsel Suçlar, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022, s. 143-144.

YCGK'nın yakın tarihli bir kararına konu olan olayda, sanığın kullandığı ifadelerin muhalif üyelerce sanık lehine yorumlanması kanaatimizce dikkat çekicidir. Bahse konu olayda “sanık, ev kiralama konusunda yardımcı olacağı bahanesiyle mağdureyi patronuna ait olan ve kullanılmayan eve götürüp yalnızlaştırarak uygun ortam hazırlamış, evi gezdikten sonra çıkmak isteyen mağdurenin boğazına bıçak dayayıp ağzını kapatmış, yatak odasına götürerek yatağa itmiş, bir yandan pantolonunun kemerini çözerken diğer yandan mağdurenin elbiselerini çıkarmaya çalışmış, boynunu öpmüş, kanyan eline pansuman yapacağı bahanesiyle sanığı mutfığa yönlendiren mağdure evden çıkmaya çalışırken sanık tarafından tekrar engellenmiş, sanık cinsel organını mağdurenin vajinal bölgesine sürmüş, göğüslerini ve kalçasını sıkmış, mağdurenin direnci nedeniyle ona ‘elbiselerini çıkarmadan da yapabiliriz’ diyerek onu ikna etmeye çalışmış, mağdurenin yardım çılgınlıkları ve tanığın kendilerini görerek bağırması üzerine ortaya çıkan engel durumları nedeniyle eylemine son vermek zorunda kalmıştır”. **Tüm bu hususlar birlikte gözetildiğinde,** “sanığın dış dünyaya yansıyan eylemlerinin vücuda organ sokmak suretiyle nitelikli cinsel saldırı kastını açıkça ortaya koyduğu ancak mağdurenin etkin direnmesi ve tanığın müdahalesi üzerine eylemini tamamlayamadığı” gerekçesi ile “eyleminin bir bütün hâlinde nitelikli cinsel saldırı suçuna teşebbüs niteliğinde olduğu” kabul edilmiştir⁸². Bahse konu karar, oyçokluğu ile verilmiş; iki muhalif üye, sanığın “sana zarar vermeyeceğim, üzerini çıkartmadan da yapabiliriz” şeklindeki sözlerinden hareketle sanığın **kastında şüpheye düşüldüğünü** gerekçe göstererek karşı oy kullanmışlardır⁸³.

Kanaatimizce, vücuda organ veya sair cisim sokmaya yönelik kastın varlığında şüpheye düşülmesi halinde TCK m. 102/1'den failin sorumlu tutulması kural olarak mümkün⁸⁴ ise de salt sanığın sarf etmiş olduğu sözlerden hareketle, olayın oluşu itibarıyla vücuda organ ya da sair cisim sokma kastının varlığı açıkça anlaşılan sanık lehine yorum yapmak mümkün değil-

⁸² Yargıtay CGK, E 2019/15-167 K 2020/11 T 16.1.2020 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 10.12.2021).

⁸³ Muhalifler, karşı oy yazılarında “sanığın mağdureye ‘sana zarar vermeyeceğim, üzerini çıkartmadan da yapabiliriz’ şeklindeki sözleri dikkate alındığında, hareketleri cinsel istekleri tatmine yönelik ise de amacının vücuda organ veya sair bir cisim sokmaya yönelik olduğu konusunda şüphe bulunduğu, bu nedenle eylemin TCK'nın 102/1. maddesi kapsamında basit cinsel saldırı suçunu oluşturduğu” ifadeleri ile gerekçelerini ortaya koymuşlardır. Dosyanın, YCGK incelemesinden önceki özel daire kararının gerekçesi de muhaliflerin bu görüşüne dayandırılmış idi. Bu konuda bkz. **Önok**, s. 71.

⁸⁴ **Şare**, Ersin: “Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 130, 2017, s. 126.

dir. Öte yandan, vücuda organ veya sair cisim sokmak suretiyle cinsel saldırının muhakkak fail ve/veya mağdurun kıyafetlerini çıkararak gerçekleştirilmesi gerekmez. Suçun oral yoldan işlenmesi buna gösterilebilecek en bariz örnektir. Sadece “*giysilerini çıkarmadan da bu işi yapabiliriz*” ifadesinden hareketle, dış dünyaya yansıyan diğer davranışları dikkate almaksızın organ veya sair cisim sokma kastında şüpheye düşülmesi kanaatimizce hatalıdır.

B. Doğrudan Doğruya İcraya Başlama

Failin kastının varlığının tespiti, ilgili suça teşebbüs nedeniyle ceza sorumluluğunun tayini için gerekli olmakla birlikte, yeterli değildir; fiilin, ilgili suç bakımından icra hareketi niteliğini de haiz olması gerekmektedir.

İcra hareketleri ile hazırlık hareketlerinin birbirinden ayrılması ise ceza hukukunun en tartışmalı meselelerinden biridir. Bu konuda, cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar bakımından özel bir güçlük yaşandığını söylemek yanlış olmayacaktır. TCK m. 102/1’de yer alan suçun oluşumu açısından, cinsel davranışlarla bir kimsenin rızası hilafına vücut dokunulmazlığının ihlal edilmesinin yeterli olması karşısında, çalışmanın konusunu oluşturan vücuda organ veya sair cisim sokmak suretiyle cinsel saldırı (TCK m. 102/2) bakımından icra hareketlerinin başlangıcını tespit etmek oldukça güçleşmektedir.

Cinsel davranışlarla vücut dokunulmazlığının ihlal edildiği fakat henüz TCK m. 102/2 kapsamında organ veya sair cisim sokma/sokturma söz konusu olmadığı durumlarda, tamamlanmış TCK m. 102/1’den mi, yoksa teşebbüs aşamasında kalmış TCK m. 102/2’den mi failin cezalandırılması gerektiğinin tartışılması gerekmektedir. Ayrıca vücuda temasın bulunmadığı durumlarda dahi TCK m. 102/2’ye teşebbüsten söz edilebilmenin mümkün olup olmadığının değerlendirilmesinde fayda bulunmaktadır.

Bilindiği gibi teşebbüsü düzenleyen TCK m. 35’te “*elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlama*”dan söz edilerek maddi objektif teori benimsenmiştir⁸⁵. Bu teori, madde gerekçesinde de açıkça ifade edildiği gibi tipik hareket ile “*yakınlık*” ve “*bağlantı*” içinde olma kriterleri ile

⁸⁵ Doktrinde ise yazarların bir kısmı objektif bir kısmı sübjektif teorileri benimsemekte; bir kısmı ise karma görüşü savunmaktadır. Bu konuda detaylı açıklamalar için bkz. **Dönmezer/Erman**, s. 132-133. Failin icraya başlama konusundaki tasavvurunun hukukumuzda teşebbüs bakımından önemi bulunmamakla birlikte, bu hususun hareketin elverişliliği bakımından önem taşıdığı yönünde ayrıca bkz. **İçer**, Zafer: Suça Teşebbüste Hazırlık Hareketleri ile İcra Hareketlerinin Birbirinden Ayrılması, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021, s. 154. Ayrıca bkz. **İpekçioğlu**, Pervin Aksoy: Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2009, s. 67-69.

açıklanmaktadır⁸⁶. Bununla birlikte söz konusu kriterlerin somut olaya uygulanarak icra hareketlerinin ne zaman başladığının tespiti, somut uyumsuzluğu çözmekle yükümlü hâkime bırakılacaktır⁸⁷. Zira suç tiplerinin karmaşık yapıları nedeniyle icra hareketlerinin ne zaman başladığını ortaya koyacak tüm suç tipleri bakımından uygulanabilir, genel geçer bir kriter belirlemek oldukça güçtür⁸⁸. Bu sebeple, icra hareketlerinin başlangıcının tespitinde ilgili suç tipine özgü özellikler önem taşımaktadır⁸⁹.

Çalışma konumuz olan TCK m. 102/2 açısından, “**vücut dokunulmazlığının ihlalini oluşturan cinsel davranışlarla belirli bir yakınlık ve bağlantı içinde bulunan hareketlerin gerçekleştirilmesiyle birlikte**” failin teşebbüs alanına girdiğini söylemek mümkündür⁹⁰. Bu bakımdan, TCK m. 102/2 çerçevesinde icra hareketlerinin başladığından söz edebilmek için failin, mutlaka mağdurun vücut dokunulmazlığını ihlal eden bir davranış gerçekleştirmiş olmasına gerek olmadığı düşüncesindeyiz⁹¹.

Bu noktada, teşebbüste tipik hareket ile belirli bir yakınlık ve bağlantı içinde olma kriterlerini, Yargıtay kararlarına yansıyan örneklerle vücuda organ veya sair cisim sokmak suretiyle işlenen cinsel saldırı bakımından irdelemeye çalışacağız.

1. Tipik Hareketle Belirli Bir Yakınlık İçinde Olma

Tipik hareket ile *zaman ve mekân bakımından* belirli bir yakınlık içinde bulunma kriteri, teşebbüsteki doğrudan doğruya icraya başlama koşulunun objektif unsuru niteliğindedir⁹². Buna göre, failin hareketi yüksek ihtimalle suçla korunan hukuki değer ihlaliyle sonuçlanacak ise şart gerçekleşmiş sayılacaktır⁹³.

Öncelikle ifade etmek gerekir ki mekân bakımından yakınlık, hazırlık hareketi-icra hareketi ayrımının yapılmasında tek başına göz önünde bulun-

⁸⁶ Madde gerekçesinde, “tasarı metninde yer alan *kastı şüpheye yer bırakmama* ölçütünün madde metninden çıkartılarak, *doğrudan doğruya icraya başlama* ölçütünün kabul edilmesiyle, işlenmek istenen suçla belirli bir yakınlık ve bağlantı içindeki hareketlerin yapılması halinde suçun icrasına başlanmış sayılacağı” ifade edilmiştir. Gereğe için bkz. **Gerçekler**, s. 422. Ayrıca bkz ve karşı. **Taner**, “Cinsel Özgürlük”, s. 237.

⁸⁷ **Sözür**, Adem: Suça Teşebbüs, Kazancı Kitap, 1994, s. 212; **İçer**, s. 123.

⁸⁸ **İçer**, s. 128. Yazarın normatif düzenleme önerisi için ayrıca bkz. ibid. 129.

⁸⁹ **Sözür**, s. 213.

⁹⁰ **Tezcan/Erdem/Önok**, s. 437.

⁹¹ **Tezcan/Erdem/Önok**, s. 437-438. Aksi yönde bkz. **Taner**, “Cinsel Özgürlük”, s. 237.

⁹² **İçer**, s. 152.

⁹³ **İçer**, s. 152. Bu kriter, “*korunan hukuki değer doğrudan tehlikeye sokulması*” olarak da ifade edilmektedir. Bkz. **Turhan**, s. 129.

durulabilecek bir unsur değildir. Bu kriterin failin suçla korunan hukuki değeri doğrudan ihlale yönelik davranışının tespiti bakımından yardımcı bir işlevi bulunmaktadır⁹⁴. Mekân bakımından yakınlık kriterinin somut olaya uygulanmasında suç tipinin özellikleri ve suçla korunan hukuksal değer göz önünde bulundurulması gerekir. Bu bakımdan, hareketin icra ediliş biçimine de değer atfedilmesi gerektiği savunulmaktadır⁹⁵. Bu görüşe göre, örneğin kasten yaralama suçu bakımından fail, mağdurun vücut bütünlüğüne yönelik bir harekete başlamadıkça, bizatihi fiziksel yakınlık, icra hareketlerinin başlangıcı için yeterli olmayacaktır. Aynı şekilde failin, mağdura ait işyerinin kepenginin asma kilitlerinden bir kısmını kırdığı ancak tamamını kıramadan yakalandığı olayda mala zarar verme suçunun tamamlandığı, konut dokunulmazlığının ihlaline teşebbüs söz konusu olduğu ancak eylemlerin hırsızlık suçu bakımından hazırlık aşamasında kaldığı savunulmaktadır⁹⁶.

TCK m. 102/2'ye teşebbüs konusunda değerlendirme yaparken mekân bakımından yakınlık kriteri bağlamında failin, **mağdurun konutuna veya bulunduğu odaya girmesi** örnekleri üzerinden meseleyi somutlaştırmaya çalışacağız.

Somut olayda failin kastettiği suç tipinde, suçun konusu, mekân bakımından özel olarak koruma altına alınmamış ise bahse konu suç yönünden icra hareketlerine başladığı kabul edilmemektedir⁹⁷. Bu doğrultuda, cinsel saldırıda bulunmak için failin mağdurun konutuna girmeye çalışması örneğinde, bu davranış yalnızca konut dokunulmazlığının ihlali suçunun icra hareketi olarak dikkate alınacak, işlenmek istenen cinsel saldırı suçu bakımından ise hazırlık hareketi olarak kabul edilecektir⁹⁸.

Öte yandan, kanaatimizce failin vücuda organ veya sair cisim sokmak suretiyle cinsel saldırıda bulunma kastıyla mağdurun odasına kadar girmesi veya onu kandırmak için hileli davranışlara başvurması halinde, **olağan**

⁹⁴ **Sözür**, s. 213.

⁹⁵ **İçer**, s. 155.

⁹⁶ Konuya ilişkin örnek Yargıtay kararları ve eleştirileri için bkz. **Özgenç**, İzzet: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 17. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2021, s. 550-551; **İçer**, s. 158-162. Karş. **Dönmezer/Erman**, s. 133.

⁹⁷ **İçer**, s. 162. Ayrıca bkz. ve karş. **Şare**, s. 125-126.

⁹⁸ BeckOK StGB/**Ziegler** StGB § 177 Rn. 130; **İçer**, s. 163. Ayrıca bkz. ve karş. **Tozman**, Önder: Suça Teşebbüs, Adalet Yayınevi, Ankara 2015, s. 130-131; **Özocak**, Gürkan: Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018, s. 96. Alman Federal Yüksek Mahkemesi tarafından da bu yönde bir yaklaşım benimsenmiştir. Bkz. BGH, Beschluß vom 14. 3. 2000 - 1 StR 60/00 (LG Augsburg).

hayat tecrübeleri çerçevesinde teşebbüsten söz etmek mümkündür⁹⁹. Bir başka ifadeyle, failin vücuda organ veya sair bir cisim sokmak suretiyle cinsel saldırı kastının varlığı, hiçbir şüpheye yer bırakmayacak şekilde dosyadan anlaşılıyor ve fail, mağdurun konutuna veya odasına kadar girmiş ise *mekân bakımından* yakınlık kriterinin sağlandığı söylenebilir. Bununla birlikte *mekân bakımından* yakınlık kriterinin tek başına teşebbüsten söz edilebilmesi için yeterli olmadığını, diğer kriterlerin de somut olay bağlamında incelenmesi sonucunda bir kanaate varılabileceğini hatırlatmak isteriz.

İcra hareketlerinin hazırlık hareketlerinden ayrılmasına yarayan diğer bir kriter zaman bakımından yakınlık kriteridir. Failin suçla korunan hukusal değere yönelik hareketi, çok kısa bir zamanda bizzat tipik hareketin icrasıyla sonuçlanacaksa zaman bakımından yakınlığın varlığından söz edilebilecektir¹⁰⁰.

Bu kriter bakımından, failin vücuda organ veya sair bir cisim sokmak kastıyla **tehdit, şantaj veya cebir kullanması** örnekleri üzerinden konuyu ele almakta fayda görüyoruz.

Öncelikle ifade etmek gerekir ki Türk doktrinde TCK m. 102/2 kapsamındaki eylemini gerçekleştirmek amacıyla cebir uygulayan failin hareketinin, icra hareketlerinin başlangıcı olarak kabul edildiğini söylemek mümkündür¹⁰¹. Görüşler esasen, tehdit veya şantaja başvurulması halinde farklılaşmaktadır.

Bir görüşe göre, salt tehdit veya şantaja başvurulması bu suçta icra başlangıcı sayılmamakta; TCK m. 102/2'ye teşebbüsten söz edebilmek için bedensel teması sağlamaya ve hatta vücuda organ veya cisim sokmaya yönelik bir girişimin bulunması gerekmektedir¹⁰². Bu görüşün, tehdit suçunun

⁹⁹ **Sözüer**, s. 214. Bu görüş eski kanun döneminde ortaya konulmuşsa da 765 sayılı TCK'da "ırza geçme" ve "ırza tasaddi" olarak ayrı maddelerde düzenlenen suçların, 5237 sayılı TCK'da aynı maddenin farklı fıkralarında düzenlenen birbirlerinden bağımsız suçlar olduğu kanaatinde olduğumuzdan, bu yaklaşımın, mevcut düzenlemeler bakımından da uygulanabilir olduğu kanaatindeyiz. Ayrıca bkz. **Özocak**, s. 111.

¹⁰⁰ **Gropp**, Walter: Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Auflage, Springer 2014, Rn. 55; bu kriterin parça hareket teorisi ile bütünleştirilerek meselenin çözümünde kullanılabileceği ancak her suç tipinde ve her somut olayda en ideal çözüm olmayabileceğinin göz önünde bulundurulması gerektiği yönünde bkz. **İçer**, s. 163-169. Yazar, malvarlığına karşı suçlar ve vücut dokunulmazlığına karşı suçlar ile cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar bakımından çoğunlukla hareketin ani tarzda işlenmesi söz konusu olduğundan, bahse konu kriterin fayda sağladığını savunmaktadır. Ayrıca bkz. **Tozman**, s. 117.

¹⁰¹ **Özgenç**, s. 553; **İçer**, s. 166.

¹⁰² **Taner**, "Cinsel Özgürlük", s. 237. Ayrıca bkz. ve karşı. **Şen**, s. 383.

TCK m. 106'daki düzenlenişinden yola çıktığı; cebir bakımından ise farklı bir yaklaşım benimsendiği anlaşılmaktadır. Bir başka ifadeyle, bu görüşe göre vücut temasına yönelik bir davranış olmaksızın yapılan tehditle bizzat tehdit suçu oluşup, cinsel saldırı suçu bakımından bir teşebbüsten söz edilemez; cinsel davranışı kolaylaştırmak amacıyla cebir kullanılması halinde ise teşebbüs aşamasına geçilmiş olur¹⁰³. Öte yandan, failin cebir uyguladığı ve böylece vücut teması gerçekleştirdiği her durumda kastının cinsel saldırı yönünde olduğunun söylenemeyeceği ise açıktır¹⁰⁴.

Bizim de iştirak ettiğimiz görüş uyarınca TCK m. 102/2'ye teşebbüsten söz edebilmek için somut olayda mutlaka fiziksel bir temasın gerçekleştirilmiş olmasına gerek yoktur; teşebbüse ilişkin diğer koşulların da varlığı halinde, failin vücuda organ veya cisim sokma davranışını kolaylaştırmak için mağdura tehdit veya şantaj uygulaması da icra hareketlerinin başlangıcı sayılabilir¹⁰⁵.

Yargıtay içtihadı incelendiğinde, failin hareketinin bir sonraki aşamada asıl ihlal etmek istediği tipik davranışı oluşturmadığı durumlarda teşebbüsten dolayı sorumluluk kabul edilmediği anlaşılmaktadır¹⁰⁶. Örneğin, “*sanığın elinde bıçakla dairelerine girip odalarında bulunan mağdurelere onlarla sevişmek istediğini söylediği*” bir kararında Yargıtay, “*mevcut haliyle sanığın nitelikli cinsel saldırı kastını ortaya koyacak bir eylem veya sözde bulunmaması*” gerekçesiyle failin basit cinsel saldırıya teşebbüs aşamasında kaldığı yönünde kanaate varmıştır¹⁰⁷. Bu örnekte -hatalı şekilde- sanığın kastının şüpheye yer bırakmayacak şekilde ortaya konulmamış olduğundan hareketle sonuca varıldığı anlaşılmaktadır. Kanaatimizce -dış dünyaya yansıyan diğer davranışlarıyla birlikte değerlendirildiğinde- sanığın mağdurlara “sevişmek istediğini” söylemesi cinsel ilişkiye girmek isteği olarak TCK m. 102/2 kapsamında kastın varlığına delalet eder niteliktedir. Somut olayın esasen icra hareketlerinin başlayıp başlamadığı bağlamında irdelenmesi

¹⁰³ **Taner**, “Cinsel Özgürlük”, s. 238. Yazarın, bu yöndeki görüşünü, İtalyan Ceza Kanunu'nda yer alan suç tipi ile Türk hukuku arasındaki farklılıklardan hareketle temellendirdiği anlaşılmaktadır.

¹⁰⁴ Aynı yönde görüş ve konuya ilişkin Yargıtay kararı örneği için bkz. **Taner**, “Cinsel Özgürlük”, s. 238.

¹⁰⁵ **Tezcan/Erdem/Önok**, s. 437; **Özgenç**, s. 553; **Şen**, s. 383. Çocukların cinsel istismarı suçu bakımından aynı yönde bkz. **Memiş Kartal**, Pınar: Türk Ceza Hukukunda Çocukların Cinsel İstismarı, Der Yayınları, İstanbul 2014, s. 222-223.

¹⁰⁶ **İçer**, s. 167.

¹⁰⁷ Yargıtay 14. CD., E 2016/7774, K 2016/7295, T 24.10.2016 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 12.12.2021).

gerekmektedir. Sanığın, bıçakla tehdit etmek suretiyle evlerine girerek mağdurlara cinsel ilişkiye girmek istediğini söylemek şeklindeki eylemlerinin, TCK m. 102/2 bağlamında zaman (ve mekân) bakımından yakınlık kriterini karşılar nitelikte olduğu düşüncesindeyiz.

Bir başka kararında Yargıtay, “*alkollü vaziyette komşusunun evine giderek mağdureyi kapıyı açmaya ikna etmeye çalışıp da onu ikna edemeyince elinde bulunan bıçakla mağdureyi tehdit edip kapıyı bıçakla açmaya çalıştığı*” olayda, “mağdurenin eşini telefonla araması ve bağırması üzerine sanığın olay yerinden ayrılmasını, cinsel saldırı suçuna yönelik elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlama” kapsamında değerlendirmemiştir¹⁰⁸. Kanaatimizce bu örnekte icra hareketlerinin başladığının kabulü gerekir. Ancak kararda icra hareketlerinin başlayıp başlamadığı hususunda değil; icra hareketlerinden vazgeçmenin gönüllü olup olmadığı konusunda bir tartışma yapılarak sonuca varılması daha uygun olurdu.

Sonuç olarak, zaman ve mekân bakımından yakınlık kriterlerinin tek başlarına uygulanmaları halinde çoğu kez doğru sonuç vermediğini söylemek mümkündür¹⁰⁹. Bu sebeple, aşağıda ele alınacak diğer kriterler de dikkate alınmak suretiyle somut olay bakımından bir değerlendirme yapmak gerektiğini vurgulamak isteriz.

2. Tipik Hareketle Bağlantı İçinde Olma

İcra hareketlerinin başladığından söz edebilmek için söz konusu hareketin tipik hareket bakımından *nedensel bir değere sahip olması* da gerekmektedir. Yakınlık kriterini tamamlayan, hareketin sübjektif yönünü ortaya koyan bu kritere göre icra hareketi sayılabilecek hareketlerin hukuki değeri doğrudan ihlale yönelik olması gerekir¹¹⁰.

Fail, suç tanımında öngörülen hareketlerden birini yapmış ise icranın başladığı tartışmasızdır. Bu hareketlerden olmamakla birlikte, bu hareketlere “zorunlu olarak bağlı olan” ve bunlarla “bütünlük içerisinde bulunan” ya da “neticeyi meydana getirmeye elverişli olan” hareketlerin yapılması da icra başlangıcı sayılacaktır¹¹¹. Bu değerlendirme ise *yaşam deneyimleri* ve *olayın akışı* dikkate alınmak suretiyle yapılabilir¹¹². Örneğin failin mağduru تنها

¹⁰⁸ Yargıtay 14. CD., E 2013/6933, K 2015/7145, T 11.06.2015 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Erişim Tarihi: 12.12.2021).

¹⁰⁹ **Dönmezer/Erman**, s. 123.

¹¹⁰ **İçer**, s. 169-170.

¹¹¹ **Centel, Nur/Zafer, Hamide/Çakmut**, Özlem: Türk Ceza Hukukuna Giriş, 10. Baskı, Beta, İstanbul 2017, s. 462. Ayrıca bkz. **Gropp**, AT § 9 Rn. 49.

¹¹² **Centel/Zafer/Çakmut**, s. 462.

bir yere götürmesi, burada mağdura basit cinsel saldırı şeklinde gelişen davranışlar sergilemesi, akabinde eline sivri bir cisim alıp mağdura kendisini takip etmesini söyleyerek vücuda organ veya sair cisim sokmak amacıyla “*daha تنها bir yer*” arayışına girişmesi ve bu sırada mağdurun bir fırsat yakalayıp kaçması örneğinde TCK m. 102/2 bakımından icra hareketlerinin başladığı kabul edilmelidir¹¹³.

Bu noktada ifade etmek gerekir ki Yargıtay’ın TCK m. 102/2 (ve TCK m. 103/2) bakımından icra hareketlerinin başlangıcı konusundaki “*failin kastının mağdura organ veya cisim sokmaya yönelik olduğu ispatlanabilmişse, buna yönelik girişimlerde bulunulmasıyla icra hareketinin başladığını kabul ettiği*” yaklaşımı Önok tarafından esasen basit ve doğru olarak mütalaa edilmiştir¹¹⁴. Ancak yazar, Yargıtay’ın kimi kararlarında vardığı sonuçlara haklı gerekçelerle katılmamaktadır¹¹⁵. Biz de Yargıtay’ın, vücuda organ veya sair cisim sokmaya yönelik girişimlerin ne zaman başladığı konusundaki çelişkili kararlarının, çoğunlukla somut olay adaletini sağlama kaygısından kaynaklandığını düşünüyor, aşağıda bu bakımdan önemli gördüğümüz kararlara yer vermek istiyoruz.

Yargıtay’ın tipik hareketle bağlantı içinde olma kriteri bakımından hatalı olduğunu düşündüğümüz bir kararında, “*sanığın gece vakti mağdurenin evine üst kısımdan girdiği, üç katlı olan evin iç koridorunda mağdure ve çocuğunun kaldığı bölümün kapısını zorlamaya başladığı ve mağdureyle cinsel ilişki yaşamak istediğini söylediği ve devamında kapının kırılan camı yerine tahta ile kapatılan kısmını zorlayarak elini içeri sokup kapıyı açmaya çalıştığı sırada, mağdurenin mutfaktan aldığı bıçak ile sanığın kolunu yaralamasından sonra olay yerinden kaçtığı olayda*” sanığın eylemlerinin, “TCK m. 102/2 bakımından icra hareketlerini oluşturmadığı, hazırlık hareketleri kapsamında kaldığı, bu haliyle eylemlerin cinsel taciz suçunu oluşturduğu” sonucuna varılmıştır¹¹⁶. Oysa, muhalif üyenin karşı oy gerekçesinde de ifade

¹¹³ Sözüer, s. 217-219; Özgenç, s. 556. Ayrıca bkz. Roxin, Claus: Strafrecht Allgemeiner Teil Band II Besondere Erscheinungsformen der Straftat, Verlag C. H. Beck, München 2003, § 30 Rn. 162.

¹¹⁴ Önok, s. 70.

¹¹⁵ Önok, s. 70.

¹¹⁶ Oluş ve kabulde ihtilaf bulunmayan olayın oluşu karşı oy yazısında şu şekilde özetlenmiştir: “*Mağdure köy yerinde en büyüğü on yaşında olan dört çocuğu ile birlikte yaşamakta, eşi ise yurt dışına çalışmaya gitmiş olup, uzun süredir gelip gitmemektedir. Sanık daha önce de cinsel içerikli olarak mağdureyi birden fazla kez taciz etmiştir. Olay gecesinde de alkollü olduğu anlaşılan sanığın, önce mağdurenin evinin camına vurarak “seninle birlikte olmak istiyorum” diyerek kapıyı açtırmak istediği, daha sonra çatıdan evin iç kısmına koridora girdiği, sanığın, mağdureye “o...pu, başkaları ile düşüp kalkı-*

edildiği üzere, icra hareketlerinin başlangıcı için mutlaka tipik hareketin gerçekleşmesini beklemek, teşebbüsün uygulanabilirliğini ortadan kaldıracaktır. Öte yandan, dosyanın YCGK tarafından yapılan incelemesinde sanığın henüz TCK m. 102/2 kapsamında icra hareketlerine başlamadığı gerekçesiyle (oybirliği) ile eylemlerinin cinsel taciz suçunu oluşturduğu mütalaa edilmiştir¹¹⁷.

Somut olayda vücuda organ veya sair cisim sokma kastı şüpheye yer bırakmayacak şekilde anlaşılan sanığın, mağdurun bulunduğu odaya girmeyi başaramamışsa da mağdurun etkin direnci nedeniyle elinde olmayan sebeple eylemlerine son verdiği ana kadarki hareketlerinin, tipik hareket ile (*yakınlık ve*) bağlantı içinde olma kriterini sağladığı kanaatindeyiz. Sanığın, “*kapının kırılan camı yerine tahta ile kapatılan kısmını zorlayarak elini içeri sokup kapıyı açmaya çalışması ve mağdurenin mutfaktan aldığı bıçak ile sanığın kolunu yaralamasına imkân verecek bir yakınlığın bulunması*”, Alman Hukukunda *Roxin* tarafından savunulan “*somutlaştırılmış parça eylem teoris*”nden hareketle de mağdurun alanına bir müdahalenin varlığının kabulü ile teşebbüs kapsamında değerlendirilebilir¹¹⁸.

C. Hareketin Tipikliği Gerçekleştirmeye Elverişli Olması

Failin teşebbüsten sorumlu tutulabilmesi için aranan bir diğer koşul, hareketin tipikliği gerçekleştirilmeye elverişli olmasıdır. Bir başka ifadeyle somut olayda failin icra hareketlerine başlaması teşebbüs bakımından tek başına yeterli olmayacak; hareketin tipik neticeyi gerçekleştirilmeye elverişli olup olmadığı yönünden bir değerlendirme yapılması da gerekecektir¹¹⁹. Elverişlilik, her somut olay bakımından özel olarak değerlendirilmeyi gerek-

yorsun, benimle de beraber olacaksın, yoksa gitmem seni bütün köye rezil ederim” şeklinde hakaretili sözlerde bulunarak, koridordaki kapının cam kısmına ince sunta yapıştırılmış bölümü kırarak, elini uzatıp bu kapıyı açmak istediği, mağdurenin de mutfaktan aldığı bıçakla kapıyı açmak için uzanan koluna vurarak sanığı yaraladığı, sanığın yaralanması sebebiyle eylemini tamamlamadan ayrıldığı anlaşılmaktadır” (Yargıtay 14. CD, E 2013/1436 K 2014/12356 T 10.11.2014, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 10.12.2021).

¹¹⁷ Yargıtay CGK, E 2019/14-500 K 2021/250 T 02.06.2021 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Erişim Tarihi: 10.12.2021).

¹¹⁸ **Roxin**, AT II, § 29 Rn. 141. Yazarın çocukların cinsel istismarı suçu bakımından icra hareketlerinin başlangıcına ilişkin değerlendirmeleri için ayrıca bkz. *ibid.* § 29 Rn. 166-169.

¹¹⁹ **İçer**, s. 132. YCGK’nın 2012 yılında verdiği bir kararında failin kanuni tarifte belirtilen neticeyi gerçekleştirilmeye elverişli olmaması halinde “suçun icrasının bitmediği” yönündeki yaklaşımı ve bunun eleştirisi için bkz. **Özgenç**, s. 549-550 (dipnot 930).

tiren bir husus olmakla birlikte, genel olarak hareketin, tipiklikte yer alan neticeyi gerçekleştirebilme iktidarı olarak tanımlanabilir¹²⁰.

Elverişlilik yönünden yapılacak *ex ante* değerlendirmede hareketin yapıldığı anda ortalama bir kimsenin objektif olarak bilebileceği bütün koşullar göz önünde bulundurularak, tipikliğin gerçekleşmesinin mümkün görünüp görünmediği esas alınır¹²¹. Somut olay bağlamında yapılacak olan bu değerlendirmede *elverişsizlik* ile *yetersizlik* ayrımının yapılması da önemlidir. Hareketin tipikliğin gerçekleşmesi bakımından elverişli olması gerekli olup, yeterli olup olmaması teşebbüs yönünden önem taşımaz¹²². Hareketin tipikliği gerçekleştirmeye elverişsiz olması halinde elverişsiz teşebbüsten (işlenemez suçtan¹²³) söz edilir ve fail cezalandırılmaz¹²⁴. Elverişlilik, yalnızca kullanılan araç bakımından değil, -suçun konusu da dahil olmak üzere- bütün fiil yönünden mevcut olmalıdır¹²⁵. Elverişsizlik, suçta kullanılan araçtan, suçun konusundan veya başkaca bir nedenden ileri gelebilir¹²⁶. Bir başka ifadeyle elverişlilik değerlendirmesi, “hareket” ile ilgili olarak yapılmaktadır. Zira bir suçun işlenmesi için elverişsiz olan bir araç, başka bir suç için kullanıldığında elverişli kabul edilebilir¹²⁷. Suçta kullanılan aracı kimin kullandığı ya da aracın kime karşı kullanıldığına bağlı olarak da elverişlilik konusunda varılacak sonuç değişebilir¹²⁸.

Vücuda organ veya sair cisim sokmak suretiyle işlenen cinsel saldırı bakımından hareketin elverişsizliğine, **vücuda duhulü mümkün olmayacak derecede büyük bir cismin araç olarak kullanılması** veya **eylemin ölü insan bedeni üzerinde gerçekleştirilmesi** örnek olarak gösterilebilir¹²⁹. Bu

¹²⁰ **Alacakaptan**, Uğur: İşlenemez Suç, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları-223, 1968, s. 61. Ayrıca bkz. **Kazaker**, Gözde: Ceza Hukukunda Elverişsiz Teşebbüs, Adalet Yayınevi, Ankara 2019, s. 28.

¹²¹ **Öztürk/Erdem**, s. 357; **Özgenç**, s. 559; **Soyaslan**, “Teşebbüs Suçu”, s. 109-110; **Sözüer**, s. 187. Karş. **Dönmezer/Erman**, s. 116.

¹²² **Öztürk/Erdem**, s. 358; **Sözüer**, s. 188.

¹²³ **Alacakaptan**, s. 2-3.

¹²⁴ Bu durumda kişinin, suç işlemek iradesini açığa vurarak tehlikeli kişiliğini ortaya koymuş olması nedeniyle hakkında tehlikelilik durumuyla orantılı bir güvenlik tedbirine hükmedilmesi gerektiği yönünde bkz. **Özgenç**, s. 563. Bkz. ve karş. **Sözüer**, s. 153, 192. Ayrıca bkz. **Gropp**, AT § 9 Rn. 27-35.

¹²⁵ **Yokuş Sevük**, Handan: “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Saldırı ve Cinsel Taciz Suçları”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 57, 2005, s. 243, 261.

¹²⁶ **Öztürk/Erdem**, s. 358.

¹²⁷ **Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır**, “Genel Hükümler”, s. 700.

¹²⁸ **Alacakaptan**, s. 62; **Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır**, “Genel Hükümler”, s. 700.

¹²⁹ **Turhan**, s. 155.

son durumda hareket, TCK m. 102/2 açısından elverişsiz olmakla birlikte ceset üzerinde tahkir edici bir fiil sayılacağından, kişinin hatırasına hakaret suçu bakımından elverişlidir. Keza suçun konusunun bir hayvan olması durumunda da 5199 sayılı Hayvanları Koruma Kanunu m. 28/A çerçevesinde elverişli olan hareket, TCK m. 102/2 bakımından elverişsizdir.

TCK m. 102/2 ile ilgili olarak hareketin elverişsizliği konusunda en tartışmalı husus, hiç şüphesiz failin **iktidarsızlık** sebebiyle suçu tamamlayamaması durumudur. Bir görüşe göre böyle bir durumda işlenemez suç söz konusudur¹³⁰. İştirak ettiğimiz aksi yöndeki görüşe göre ise fail TCK m. 102/2'ye teşebbüsten sorumlu tutulmalıdır¹³¹.

765 sayılı TCK'nın yürürlükte olduğu döneminde de "ırza tasaddi" ve "ırza geçme" suçları bakımından tartışılan bir konu olan iktidarsızlık meselesine ilişkin olarak *Dönmezer*, failin ameliyat dolayısıyla tenasül organının kesilmiş olması gibi tenasül organının ithal edilmesinin kesinlikle mümkün olmaması halinde işlenemez suçtan söz edilebileceğini; iktidarsızlık bu derecede değilse ve nispi olup somut olayda ortaya çıkmışsa artık aracın, (ırza geçme suçu açısından) yetersiz olmakla birlikte elverişli olacağından hareketle teşebbüs hükümlerinin uygulanması gerektiğini savunmuştur¹³².

Mevcut düzenleme bakımından, *Taner*'e göre mutlak şekilde tenasül organının ithal kabiliyetinin bulunmadığı hallerde dahi eylemin teşebbüs aşamasında kaldığının kabulü gerekmektedir¹³³. Zira eski kanun döneminde vajinaya parmak sokmak gibi davranışlar ırza tasaddi sayılmasına rağmen, günümüzde bu eylemlerin TCK m.102/2 kapsamına alınarak daha geniş bir himayeye kavuşturulması anlayışı karşısında, iktidarsızlığın işlenemez suç kapsamında değerlendirilmesinin isabetli olmadığı ifade edilmektedir¹³⁴.

¹³⁰ **Kocaoğlu**, s. 167. Bkz. ve karşı. **Kazaker**, s. 290-291.

¹³¹ **Tezcan/Erdem/Önok**, s. 442; **Taner**, "Cinsel Özgürlük", s. 239; **Özbek/Doğan/Bacaksız**, "Özel Hükümler", s. 342; **Yokuş Sevik**, s. 261; **Dereli**, s. 563.

¹³² **Dönmezer**, Sulhi: Ceza Hukuku Özel Kısım Genel Âdâb ve Aile Düzenine Karşı Cürümler, 5. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 1983, s. 66-67. Böyle bir durumda failde tasaddi kastı bulunması halinde ırza tasaddi suçunun varlığının söz konusu edilebileceğini de belirtmiştir. Karş. **Sözüer**, s. 187, 61 vd.; **Koca**, Mahmut: "Suçun Özel Görünüş Şekillerine İlişkin Yargıtay İçtihatlarının Değerlendirilmesi", Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, Cilt: 3, Sayı: 2, 2015, s. 108-109. Mutlak ve nisbi imkânsızlık ile ilgili güncel mevzuat bakımından öneriler için ayrıca bkz. **Artuk/Gökçen/Aşahin/Çakır**, "Genel Hükümler", s. 717; **Memiş Kartal**, "Çocukların Cinsel İstismarı", s. 223.

¹³³ **Taner**, "Cinsel Özgürlük", s. 239. Aynı yönde bkz. **Özbek/Doğan/Bacaksız**, "Özel Hükümler", s. 342.

¹³⁴ **Taner**, "Cinsel Özgürlük", s. 239. Karş. **Memiş Kartal**, "Çocukların Cinsel İstismarı", s. 223.

Amerikan hukukunda yapılan hukuki ve fiili imkânsızlık ayırımından hareketle de failin iktidarsızlığı nedeniyle suçu tamamlayamaması bir fiili imkânsızlık durumu sayılarak, başta yarattığı tehlikelilik durumu olmak üzere, mağdur ve kamunun menfaatlerini ihlal etmiş olması gerekçeleriyle failin cezalandırılması gerektiği düşünülmektedir¹³⁵.

Yargıtay'ın 765 sayılı TCK dönemindeki bir kararında faildeki fiziki imkânsızlık nedeniyle mağdurun cinsel organına duhulün gerçekleşmemesi üzerine, failin parmağıyla mağdurun kızlığını bozmasına ilişkin eylemi, suça teşebbüs kapsamında değerlendirilmiştir¹³⁶. Buna karşılık 5237 sayılı TCK döneminde verdiği eski tarihli bir kararında Yargıtay, mağdur çocuğun cinsel organına parmağını sokan sanığın eylemini tamamlanmış bir vücuda organ veya sair cisim sokmak suretiyle cinsel istismar suçu olarak değerlendirmiş ve teşebbüs hükümlerini uygulamamıştır¹³⁷.

Yargıtay yakın tarihli bir başka kararında ise benzer bir yaklaşımı çocuğun (organ veya sair cisim sokmak suretiyle) nitelikli cinsel istismarı suçuna teşebbüs bakımından sergilemiş, ancak bu yönüyle karar oyçokluğu ile verilmiştir¹³⁸. Karşı oy gerekçesi ise dikkat çekicidir: *“her ne sebeple olursa olsun (iktidarsızlık, yakalanma korkusu, mağdurun mukavemeti, başkasının olay yerine gelmesi...) yani failin kendiliğinden veya harici bir mania yüzünden fiiline devam edememesi ve vücuda organ sokamamasının sadece suçun basit şekli bakımından dikkate alınabilecek bir husus olduğu”* yönünde bir yaklaşım benimsenerek, failin iktidarsızlığının teşebbüsün koşullarından biri olan “failin elinde olmayan sebepler ile suçun tamamlanamaması” koşulunu sağlamadığı savunulmuştur¹³⁹. Muhalif üyenin, iktidarsızlık meselesini hareketin elverişliliği bakımından değil; suçun elde olmayan sebeplerle tamamlanamaması koşulu açısından değerlendirerek bir sonuca vardığı anlaşılmaktadır. Ancak söz konusu koşul bakımından değerlendiril-

¹³⁵ Aydın, Murat: “İşlenemez Suç (Elverişsiz Teşebbüs)”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 21 Sayı: 1, 2013, s. 90-91.

¹³⁶ Yargıtay 5. CD., E 2000/2250 K 2000/1197 T 13.04.2000 (Legalbank Elektronik Hukuk Bankası, Erişim Tarihi: 15.12.2021).

¹³⁷ Yargıtay 5. CD., E 2005/15761 K 2005/21713 T 27.10.2005 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 15.12.2021).

¹³⁸ Yargıtay 14. CD., E 2018/7549 K 2019/9302 T 24.04.2019 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 15.12.2021).

¹³⁹ “Cinsel saldırı suçunun nitelikli haline teşebbüsün kabulünün içinden çıkılmaz hukuki sorunlar doğurmakta olduğu” görüşünde olan muhalif üye, “cinsel saldırı suçunda erken boşalma veya iktidarsızlık gibi sebeplerin failin elinde olan nedenler olduğu” düşüncesindedir.

diğinde dahi bu yaklaşımın, gönüllü vazgeçme hükümlerini ölçsüz biçimde genişlettiği kanaatinde olup, bu görüşe katılmamaktayız.

Kimi zaman ise teşebbüste hareketin elverişliliği incelemesinin, hazırlık hareketi-icra hareketi ayrımı ile karıştırılarak yapıldığı anlaşılmaktadır¹⁴⁰. Oysa hareketin elverişliliği tartışmasının icra hareketlerinin başlamış olması halinde yapılabilecek bir tartışma olduğu açıktır¹⁴¹. Sonuç olarak, örneğin penisini sokmak kastıyla icra hareketlerine başlamış ama iktidarsızlığı nedeniyle bunu yerine getirememiş olan failin, icra hareketlerine başladığının kabulü gerekir. Failin bu aşamadan sonraki fiilleri bakımından ise elverişlilik ve suçun elde olmayan sebeplerle tamamlanamaması koşulları bakımından ayrı bir değerlendirme yapılmalıdır. Kanaatimizce TCK m. 102/2 kapsamında bir değerlendirme yapıldığında, failin iktidarsızlığı nedeniyle penisini mağdura vajinal, anal veya oral yoldan ithal edememesi halinde teşebbüs hükümleri uygulanmalıdır. Zira bu durumlarda hareket, teşebbüs bakımından “elverişli” olup, failin “elinde olmayan sebeple” suç tamamlanamamıştır. Bundan sonra, iktidarsız failin parmağını ya da başka bir cismi kullanarak duhulü gerçekleştirmesi halinde ise TCK m. 102/2’deki suçun tamamlanmış olduğunun kabulü gerekir¹⁴².

D. Failin Elinde Olmayan Sebeplerle Suçun Tamamlanamaması

Teşebbüsten söz edebilmek için aranan son koşul, kastettiği suçun icra hareketlerine başlayan failin suçu *elinde olmayan sebepler ile tamamlanamamasıdır*. Bilindiği gibi mülga 765 sayılı TCK’da icra hareketlerinin sona ermiş olup olmadığıyla bağlantılı olarak, eksik ve tam teşebbüs ayrımına yer verilmiş idi. Buna göre failin iradesi dışındaki engel, icra hareketleri henüz sona ermeden ortaya çıkmış ve bahse konu hareketlerin bitirilmesine engel olmuşsa eksik teşebbüs; bütün icra hareketleri bitirildikten sonra ortaya çıkıp da sonucun gerçekleşmesini önlemişse tam teşebbüsten söz edilmekteydi¹⁴³. 5237 sayılı TCK m. 35’te ise eksik – tam teşebbüs ayrımına yer verilmemiştir¹⁴⁴. Bunun bir sonucu olarak, teşebbüs bakımından icra hareketlerinin sona

¹⁴⁰ Yargıtay’ın bu yöndeki yaklaşımının eleştirisi ve örnek içtihatlar için ayrıca bkz. **İçer**, s. 187 (dipnot 248).

¹⁴¹ **İçer**, s. 187.

¹⁴² Aynı yönde **Özbek/Doğan/Bacaksız**, “Özel Hükümler”, s. 342; **Ünver**, Yener: “Cinsel Dokunulmazlığa ve Genel Ahlaka Karşı Suçlar” iç Türk Ceza Kanununun 2 Yılı Teori ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar, Türk Ceza Hukuku Derneği Yayınları:10, 2008, s. 305.

¹⁴³ **Dönmezer/Erman**, s. 137.

¹⁴⁴ **Aydın**, Devrim: “Suça Teşebbüs”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 55, Sayı: 1, 2006, s. 88. Eksik–tam teşebbüs ayrımının kaldırılması, bu ayrım bakımın-

erme anı ile ilgili tartışmaların artık bir öneminin kalmadığı söylenebilir¹⁴⁵. Öte yandan, TCK m. 35/2’de suça teşebbüs halinde failin, “meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığına göre cezalandırılacağı” ifade edildiğinden, hangi aşamada engelin ortaya çıktığının somut olay bakımından değerlendirilmesi gerekmektedir¹⁴⁶.

Teşebbüs bakımından icra hareketlerinin başlaması yeterli olup, icra hareketlerinin tamamlanamaması veya neticenin gerçekleşmemesinin, “failin elinde olmayan bir sebepten kaynaklanması” gerekmektedir. Failin elinde olmayan engel sebep, çeşitli şekillerde ortaya çıkabilir. Bu engel, mağdur veya bir üçüncü kişiden kaynaklanabileceği gibi failin kendisinden de kaynaklanabilir¹⁴⁷. Maddi veya manevi olabilir, bir takım “maddi enerjilerin ortaya çıkmasından” da ileri gelebilir¹⁴⁸.

Engel sebebin **mağdurun aktif direncinden ya da bir üçüncü kişinin müdahalesinden veya doğa olayları gibi maddi sebeplerden kaynaklanması** hallerinde, bunların failin elinde olmayan sebepler olarak anlaşılmasında çoğunlukla bir güçlük yaşanmaz¹⁴⁹. Kanaatimizce TCK m. 102/2 anlamında bir saldırıda bulunmak kastıyla doğrudan doğruya suçun icrasına başlayan failin, mağdurun etkin şekilde direnmesiyle veya bir üçüncü kişinin

dan her olayda uygulanması mümkün objektif ölçütler bulunamayacağından hareketle adil olmayan cezalandırmalar söz konusu olabileceği ifade edilerek savunulmaktadır. Bkz. **Özgenç**, s. 567. Ayrımın yeni kanunda da korunduğu yönündeki *Hafizoğulları*’na ait, görüş için bkz. ibid. 567 (dipnot 977). Ayrımın kaldırılmasına karşı eleştiriler için ayrıca bkz. **Yarsuvat**, Duygun/**Bayraktar**, Köksal/**Yüzbaşıoğlu**, Necmi: “Türk Ceza Kanunu Tasarı’sı Hakkında Galatasaray Üniversitesi’nin Görüşü” iç Teoman Ergül (ed) Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci Kitap Makaleler, Görüşler, Raporlar, Ankara 2004, s. 298; **Bayraktar**, Köksal: “TCK Tasarısına İlişkin Genel Bir Değerlendirme ve Genel Hükümler Üzerine Birkaç Eleştiri” iç Teoman Ergül (ed) Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci Kitap Makaleler, Görüşler, Raporlar, Ankara 2004, s. 33. Ayrıca bkz. **Demirbaş**, s. 476.

¹⁴⁵ **Dönmezer/Erman**, s. 138.

¹⁴⁶ **Aydın**, Devrim, s. 95-96. Teşebbüs halinde cezanın belirlenmesi başlığı altında bu husus detaylandırılacaktır.

¹⁴⁷ BeckOK StGB/**Ziegler** StGB § 177 Rn. 132; **Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır**, “Genel Hükümler”, s. 699-700.

¹⁴⁸ **Dönmezer/Erman**, s. 138.

¹⁴⁹ Maddi nitelikteki dış faktörlerin bulunması halinde vazgeçme gönüllü değildir. Aynı yönde bkz. **Demirbaş**, s. 479; **Dönmezer/Erman**, s. 148. Öte yandan, yukarıda iktidarsızlık konusundaki açıklamalarımız çerçevesinde zikrettiğimiz yakın tarihli Yargıtay kararındaki muhalif üyenin yaklaşımının, “her ne sebeple olursa olsun” eylemini tamamlamayan faili gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlandırma yönünde olduğunu ancak bizim buna iştirak etmediğimizi (Bkz. II., C.) hatırlatalım.

olaya müdahale etmesiyle etkisiz hale getirilmesi halinde, engel sebebin failin elinde olmayan bir sebep olduğu konusunda tereddüt bulunmamaktadır.

Buna karşılık, engel sebebin **failden kaynaklanması** halinde, somut olayda eylemin elde olmayan sebeple mi tamamlanamadığı yoksa vazgeçmenin gönüllü mü olduğu irdelenmelidir. Vazgeçmenin gönüllü olup olmadığı hususunda varılacak sonuç, failin o ana kadarki eylemlerinden olan sorumluluğunun tespiti ve dolayısıyla ceza sorumluluğu açısından belirleyicidir.

Fail eylemlerine kendi ihtiyariyle son vermişse gönüllü vazgeçmeden söz edilecek¹⁵⁰ ve fail teşebbüs nedeniyle cezalandırılmayacak ise de “o ana kadarki eylemleri bir suç teşkil ediyorsa” bundan sorumlu olacaktır. Vazgeçmenin ne zaman “**gönüllü**” olacağı ise oldukça tartışmalı bir meseledir. Kural olarak, vazgeçmenin **failden kaynaklanan iç faktörlere dayanması** halinde gönüllü olduğu söylenebilir. Şöyle ki fail, acıma veya merhamet etme gibi iç dünyasından kaynaklanan sebeplerle eylemlerine kendiliğinden son vermişse, vazgeçmenin gönüllü olduğu kabul edilmektedir¹⁵¹. Öte yandan, mağdurun faile eylemlerine devam etmemesi için para teklif etmesi, failin suçu ileri bir tarihte işleminin daha kolay olacağını düşünmesi veya eylemlerine devam etmesi halinde yakalanacağından korkması gibi içsel faktörlerin gönüllü vazgeçme kapsamında değerlendirilebilir olup olmadığı tartışmalıdır.

Doktrindeki baskın görüşe göre failin vazgeçme iradesinin hür olması yeterli olup, mutlaka ahlaki olması gerekmemektedir¹⁵². Buna göre vazgeçmenin mutlaka ahlaki sebebe dayanmasının, bir başka ifadeyle içten bir pişmanlığın sonucu olmasının aranması, hukukumuzda gönüllü vazgeçme kurumunun bir suç siyaseti aracı olmasıyla ve kanunun sözüyle bağdaşmaktadır¹⁵³. Nitekim kanunda vazgeçmenin aynı zamanda ahlaki olması gerektiğine dair bir koşul da zikredilmemiştir¹⁵⁴. Bununla birlikte, harici bir

¹⁵⁰ **Demirbaş**, s. 477.

¹⁵¹ **Özbek**, Veli Özer/**Doğan**, Koray/**Bacaksız**, Pınar: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021, s. 476; **Demirbaş**, s. 479.

¹⁵² **Sözüer**, s. 246; **Centel/Zafer/Çakmut**, s. 476; **Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır**, “Özel Hükümler”, s. 396-397; **Özbek/Doğan/Bacaksız**, “Genel Hükümler”, s. 476; **Akbulut**, s. 274; **Tozman**, s. 275.

¹⁵³ **Dönmezer/Erman**, s. 147.

¹⁵⁴ **Erra**, Carlo: “Teşebbüste İhtiyariyle Vazgeçme” (çev. S. Erman), İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: 10, Sayı: 1-2, 1994, s. 683-684; **Akdağ**, Hale: “Gönüllü Vazgeçme”, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 3, Sayı: 2, 2013, s. 104; **Koca/Üzülmez**, “Genel Hükümler”, s. 444-445; **Centel/Zafer/Çakmut**, s. 476. Ayrıca bkz. ve karşı. **Bozbayındır**, Ali Emrah: “Türk ve Mukayeseli Ceza Hukukunda Gönüllü

engel nedeniyle failin durmak zorunda kalması halinde teşebbüs hükümlerinin uygulanması gerektiği savunulmaktadır¹⁵⁵. Bir başka ifadeyle zorlanmış iradenin, özgür olduğundan söz edilemeyecektir¹⁵⁶. Alman doktrininde *Roxin*¹⁵⁷ tarafından ileri sürülen, Türk doktrininde *Sözüer* tarafından savunulan “suçlu mantığı” yaklaşımına göre de fail “yakalanma veya cezalandırılma tehlikesini göze alamadığı için suç yolunda ilerlemiyorsa”, vazgeçme gönüllü değildir¹⁵⁸.

Diğer bir görüşe göre vazgeçmenin gönüllü olabilmesi için failin içten bir pişmanlığının sonucu olarak vazgeçmiş olması gerekmektedir. Bu görüş uyarınca, ancak içten bir vazgeçme halinde failin tehlikesizliğinden söz edilebilecek ve normun amacına (*ratio legis*) uygun bir sonuca varılabilecektir¹⁵⁹. Bu görüş, tespiti neredeyse imkânsız olan failin iç dünyasına dair bir araştırmayı zorunlu kılacağı gerekçesiyle eleştirilmektedir¹⁶⁰.

Özetlemek gerekirse, baskın görüş vazgeçmedeki “gönüllülüğü”, özgür irade kavramı ile açıklamakta ve bu iradenin hangi saik ile ortaya çıktığı ile ilgilenmeyerek iradi vazgeçmeyi, gönüllü vazgeçme kapsamında mütalaa etmektedir. Bununla birlikte, failin tasavvur ettiği fiili işleminin artık mümkün olmadığını düşünmesi veya dış şartlardaki değişiklikler nedeniyle suçu tamamlamanın zorlaşması ya da yakalanmanın kolaylaşması nedeniyle vazgeçmesinin gönüllü olmadığı ifade edilmektedir¹⁶¹. Aksi yöndeki görüşe göre ise vazgeçmenin iradi olması yeterli olmayıp, pişmanlık duyularak içten gelmesi gerekir; içsel bir faktörden dahi kaynaklansa zorlanmış iradenin gönüllü vazgeçme kapsamında olduğu kabul edilemez¹⁶².

Vazgeçmenin gönüllü olup olmadığının tespiti bakımından, Yargıtay *Frank formülünü*¹⁶³ esas alan bir yaklaşım benimsemektedir. Buna göre fai-

Vazgeçmede “Gönüllülük” Şartı”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Sayı: 1, 2018, s. 162.

¹⁵⁵ **Önok**, s. 73.

¹⁵⁶ **Koca/Üzülmez**, “Genel Hükümler”, s. 445. “Zorlanmış irade de yine iradedir” yaklaşımı ve eleştirisi için ayrıca bkz. **Sözüer**, s. 248.

¹⁵⁷ **Roxin**, AT II, § 383-386. Ayrıca bkz. BeckOK StGB/**Ziegler** StGB § 177 Rn. 132.

¹⁵⁸ **Sözüer**, s. 248-249.

¹⁵⁹ **Dönmezer/Erman**, s. 147; **Özgenç**, s. 571.

¹⁶⁰ **Erra**, s. 700; **Akdağ**, s. 104.

¹⁶¹ **Önok**, s. 73; **Akbulut**, s. 477; **İpekçioğlu**, s. 135. Ayrıca bkz. **Akdağ**, s. 102.

¹⁶² **Akdağ**, s. 102.

¹⁶³ Buna göre fail “icra hareketlerine devam etmek ve neticeyi gerçekleştirmek istememe rağmen buna muktedir değilim” diyorsa vazgeçme, gönüllü değildir. **Demirbaş**, s. 480; **Roxin**, AT II, § 30 Rn. 431-432; **Gropp**, AT § 9 Rn. 49-51, 157.

lin eylemlerine devam edebilme imkânı varken ve fail bu imkânının olduğuna inanıyorken bunu yapmaması vazgeçmenin gönüllü olduğu anlamına gelmekte; failin suç yolunda daha fazla ilerleyemeyecek olmasını düşünmesi nedeniyle eylemlerine son vermesi durumunda ise vazgeçmenin gönüllü olduğu kabul edilmemekte ve teşebbüs nedeniyle ceza sorumluluğunun belirlenmesi gerekmektedir¹⁶⁴.

Kanaatimizce fail, harici nedenlerden kaynaklanan bir zorlama olmaksızın, özgür iradesiyle hareket etmişse, vazgeçme gönüllüdür. Dış manevi nedenlerin¹⁶⁵ (yakalanma tehlikesi, suçu tamamlamanın zorlaşması vb.) söz konusu olduğu durumlarda ise failin kararına egemen olabilirliğine ilişkin normatif bir inceleme ile sonuca varılmasının, çoğu durumda doğru sonuç vereceği düşüncesindeyiz. Meselenin derinliği nedeniyle çalışmanın sınırlılıkları dışına çıkmamak adına gönüllü vazgeçme ile ilgili görüşlerimizi bu şekilde kısaca ifade ederek, esasen TCK m. 102/2 bağlamında Yargıtay'ın gönüllü vazgeçme konusundaki yaklaşımını inceleyerek, kararlarına yansıyan somut örnekler üzerinden değerlendirmelerde bulunmaya çalışacağız¹⁶⁶.

Vücuda organ veya sair bir cisim sokmak suretiyle cinsel saldırıya teşebbüs ve bu suç bakımından gönüllü vazgeçme ayrımının yapılması oldukça güç olup, somut olay bağlamında değerlendirilmesi gereken bir meseledir. Yukarıda da ifade edildiği gibi Yargıtay, Frank formülünü esas almakta, suçun icrasına başlayan failin içsel faktörler nedeniyle eylemlerine son vermesi halinde vazgeçmenin gönüllü olup olmadığı konusunda failin “*otonom*” bir karar verip vermediği ölçütü ile çözüme ulaşmaktadır¹⁶⁷. Buna göre suç yoluna girmiş olan failin, eylemlerine devam etme olanağı bulunuyorken, ortaya çıkan engel fail tarafından *aşılabilir* olduğu halde vazgeçen failin gönüllü vazgeçmeden yararlanması söz konusudur¹⁶⁸. Örneğin Yargıtay'ın yakın tarihli bir kararında, “olay gecesi birlikte alkol aldığı reşit katılana saldırıp, kıyafetlerini çıkardıktan sonra cinsel ilişkiye girmek iste-

¹⁶⁴ **Öztürk/Erdem**, s. 372-373. Karş. **Sözüer**, s. 248-249.

¹⁶⁵ Dış manevi nedenlerin insan iradesi üzerindeki etkileri hakkında detaylı açıklamalar için bkz. **Erra**, s. 709.

¹⁶⁶ Vazgeçmenin ne zaman gönüllü sayılacağı konusunda, Türk hukuku ve mukayeseli hukuktaki çeşitli görüşler hakkında detaylı açıklamalar için bkz. **Bozbayındır**, s. 87-169.

¹⁶⁷ **Önok**, s. 72. Otonom-heteronom ve gönüllü-gönülsüz kavramlarına ilişkin değerlendirme için bkz. ve karş. **Bozbayındır**, s. 159-160. Ayrıca bkz. **Roxin**, AT II, § 30 Rn. 433-434; **Gropp**, AT § 9 Rn. 49-51.

¹⁶⁸ **Önok**, s. 73-74. Bu konuda Yargıtay kararlarından güncel örnekler ve eleştirileri için bkz. **Yeldan**, “99 Soruda”, s. 123-129.

diği katılanın direnmesi üzerine onun aşılabilir mukavemeti dışında eylemini tamamlamasına engel başkaca harici neden bulunmadan kendiliğinden bıraktığı ve mağduru öperek sürtünme şeklinde gelişen eylemlerin TCK m. 102/1 kapsamında olduğu” sonucuna varılmıştır¹⁶⁹. Bu kararda olduğu gibi Yargıtay’ın esasen doğru bir ölçüt kullandığı söylenebilirse de kimi zaman fazla kolaylıkla gönüllü vazgeçme hükümlerine başvurduğu gerekçesiyle doktrinde haklı şekilde eleştirildiği görülmektedir¹⁷⁰. Bir başka ifadeyle, Yargıtay’ın kimi kararlarında, teşebbüs hükümlerinin uygulanması gerekirken, hatalı şekilde gönüllü vazgeçme kapsamında değerlendirme yapıldığı görülmektedir¹⁷¹.

Mağdurun etkin şekilde direnmesinin failin elinde olmayan sebep sayılıp sayılmayacağı konusunda içtihatla bir birlik yoktur. Mağdurun mukavemetinin aşılabilir olup olmadığı somut olayın özelliklerine göre belirleneceğinden, bu konuda genel geçer bir kural ortaya koymak mümkün olmakla birlikte, içtihatlarda kimi zaman hatalı bazı sonuçlara varıldığı düşüncesindeyiz. Konuya ilişkin kararlar incelendiğinde, mağdurun ciddi bir direnç göstermesi nedeniyle failin eylemlerine son verdiği kimi örneklerde Yargıtay’ın, bu durumu gönüllü vazgeçme kapsamında değerlendirdiği anlaşılmaktadır¹⁷². Bize göre bu kararların bazılarında teşebbüs hükümlerinin

¹⁶⁹ Yargıtay 14. CD., E 2017/1386 K 2021/4519 T 24.06.2021 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 04.02.2022). Çocukların cinsel istismarı suçu bakımından da benzer yönde kararlar bulunmaktadır. Yakın tarihli bir kararda “*tarlada yalnız oldukları sırada organ sokmak suretiyle nitelikli cinsel istismar eylemine yönelik başladığı icra hareketlerini sonuna kadar götürebilme imkânı bulunduğu halde kendiliğinden eylemine son verdiği yönünde hakkında kanaat oluşan sanık bakımından TCK m. 103/1’de yer alan çocuğun cinsel istismarı suçunun basit şeklinin oluştuğu*” yönünde sonuca varılmıştır (Yargıtay 14. CD., E 2017/289 K 2021/4056 T 03.06.2021, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 04.02.2022). Bir başka yakın tarihli kararda ise “*suça sürüklenen çocuğun, bir suç işleme kararının icrası kapsamında değişik tarihlerde mağdura karşı gerçekleştirmek istediği nitelikli cinsel istismar eylemlerine yönelik başladığı icrai hareketlerini sonuna kadar götürebilme imkânı bulunduğu halde mağdurun aşılabilir mukavemeti dışında ciddi bir engel neden olmaksızın kendiliğinden eylemlerine son verdiği ve mevcut haliyle sübuta eren eylemlerin 5237 Sayılı TCK’nın 103/1. maddesinde düzenlenen zincirleme şekilde çocuğun cinsel istismarı suçunu oluşturduğu*” kanaatine varılmıştır (Yargıtay 14. CD., E 2020/1478 K 2021/3930 T 31.05.2021, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 04.02.2022).

¹⁷⁰ **Önok**, s. 74.

¹⁷¹ Bu konuda hatalı içtihatlar ve eleştirisi için bkz. **Önok**, s. 74 vd.; ayrıca bkz. **İpekçioğlu**, s. 123.

¹⁷² Yargıtay 14. CD., E 2013/1525, K 2013/13036, T 10.12.2013; Yargıtay 14. CD., E 2016/6013, K 2016/8421, T 12.12.2016 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Erişim Tarihi: 07.02.2022); Yargıtay 14. CD., E 2017/9473, K 2018/3650, T 14.05.2018; Yargıtay 14.

uygulanması gerekirdi. Zira mağdurun göstermiş olduğu direnç, somut olayın özellikleri çerçevesinde teşebbüsün tatbikini mümkün kılabilmiştir. Yeter ki fail -suç kararını muhafaza etmesine karşın- eylemlerine son vermek durumunda kalsın¹⁷³. Örneğin vücuda organ veya sair bir cisim sokmaya yönelik icra hareketlerine başlayan fail, mağdurun bıçakla kendisini savunması karşısında korkarak veya yakalanacağı korkusuna kapılarak eylemlerine son vermişse vazgeçmenin gönüllü olmadığı; failin TCK m. 102/2'ye teşebbüsten ceza sorumluluğunun bulunduğu kanaatindeyiz¹⁷⁴. Nitekim bu örneklerde failin kararına egemen olduğu söylenemez.

Yargıtay'ın yakın tarihli bir kararına konu olan olayda sanık, *tamirat işleri için evine gittiği mağduru bıçakla tehdit etmiş, cinsel ilişkiye girmek istediğini söylemiş, mağdurun mide bulantısı bahanesiyle banyoya saklanıp kızına mesaj attığı sırada giysilerini tamamen çıkarıp banyoya giren sanığa giyinik vaziyetteki mağdur karşı koymuş ve bu sırada tanığın olay yerine gelmesi ile sanık eylemlerine son vermek durumunda kalmıştır*¹⁷⁵. Bu olayda, kanaatimizce hatalı olarak gönüllü vazgeçme hükümleri uygulanmıştır. Kararın gerekçesinde “*sanığın kastının organ sokmaya yönelik olduğuna dair eylemsel bir davranışının bulunmadığı, katılanla birbirlerine dokunduklarına dair savunmanın aksine delil bulunmaması karşısında, mevcut haliyle eylemin cinsel saldırı suçunu oluşturduğu*” ifadelerine yer verilmiştir. Somut olayda sanığın bıçakla mağduru tehdit ederek cinsel ilişkiye girmek istediğini söylemesi ve çırılçıplak şekilde banyoya girmesi şeklinde gelişen eylemlerinin vücuda organ sokmak suretiyle cinsel saldırı kastını açıkça ortaya koyduğu konusunda kanaatimizce tereddüt bulunmamaktadır. Sanığın kendi giysilerini tamamen çıkarıp mağdurun saklandığı banyoya girmesi, teşebbüste icra hareketlerinin başlangıcı kapsamında zaman ve mekân bakımından yakınlık ile bağlantı içerisinde olma kriterlerini de kanaatimizce sağlamaktadır. Bu şekilde icra hareketlerine başlayan sanık, eylemlerine mağdurun aktif mukavemeti ve tanığın olay yerine gelmesiyle, yani elinde olmayan sebeplerle son vermek durumunda kalmıştır. Eylemlerini sona erdirmek konusunda, failin vazgeçme iradesinin “*zorlanmış bir irade*” olduğunun kabulü ve TCK m. 102/2'ye teşebbüs hükümlerinin uygulanması gerekirdi.

CD., E 2015/4628, K 2018/5242, T 17.09.2018; Yargıtay 14. CD., E 2017/265, K 2021/2984, T 14.04.2021 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 07.02.2022).

¹⁷³ **Bozbayındır**, s. 164.

¹⁷⁴ Aynı yönde bkz. **Önok**, s. 73.

¹⁷⁵ Yargıtay 14. CD., E 2021/9117 K 2021/255 T 19.01.2021 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 07.02.2022).

Yakın tarihli ve kanaatimizce yerinde olan başka bir kararda ise “*sanığın daha önce sadece Facebook yoluyla mesajlaşıp olay günü ilk kez yüze görüştüğü mağdureyi tır park alanı olarak kullanılan boş araziye götürüp yalnızlaştırarak uygun ortam hazırlaması, mağdureye daha önce cinsel ilişkiye girip girmediğini, anal ya da oral yolla gerçekleşen cinsel ilişki tecrübesinin bulunup bulunmadığını sorması, sorular nedeniyle sanığın niyetinden şüphelenerek evine dönmek isteyen mağdureyi aniden dudağından öpmesi, mağdurenin tepki göstermesi üzerine evine götüreceğini söyleyip araca bindikten sonra şoför mahalli yerine mağdurenin yanına, arka koltuğa geçerek mağdureyi boynundan, dudağından ve göğüs kısmından öpmeye çalışması, bir yandan kendi giysilerini tamamen çıkarıp bir yandan da mağdurenin elbisesini yukarı doğru sıyırıp alt iç çamaşırını çıkarmak istemesi, bu sırada sarf ettiği ‘Benim olacaksın. Ben seni istiyorum. Hiç bağırma yoksa seni burada öldürürüm.’ biçiminde sözlerle mağdureyle cinsel ilişkiye girme niyetini açıkça ortaya koyması, mağdurenin sanığın elinden kurtulmak için kendisinde sara hastalığı bulunduğunu ve kriz geçirebileceğini söylemesi üzerine giysilerini giyip mağdureyi izbana bırakmak üzere yola çıkması ancak izban durağına değil de otabana doğru ilerlemesi, mağdurenin yanında ilaç olmadığını anlaması ve hasta olmadığını düşünmesi üzerine mağdureye yine ‘Seni bırakmayacağım. Bugün benimle birlikte olacaksın yoksa seni öldürürüm.’ biçiminde sözler söylemesi, başka türlü kurtulma imkânının bulunmadığını düşünen mağdurenin hareket hâlindeki aracın sağ arka kapısını açarak bir ayağını dışarı çıkarmak suretiyle araçtan inme girişiminde bulunması üzerine saçlarından tutarak mağdureyi engellemeye çalışması, bu yolla mağdurenin eylemine son veremeyince aracı yavaşlatarak durdurması ve mağdurenin de araçtan kaçması, mağdurenin önce sanığa şiddetli biçimde direnmesi, devamında sara krizi geçirebileceğini söylemesi ve son olarak araçtan inebilmek için hareket hâlindeki aracın kapısını açarak ayağını dışarı çıkarması biçiminde ortaya çıkan engel durumlar nedeniyle eylemine son vermek zorunda kalması hususları birlikte gözetildiğinde, sanığın dış dünyaya yansıyan eylemlerinin vücuda organ sokmak suretiyle nitelikli cinsel saldırı kastını açıkça ortaya koyduğu, ancak mağdurenin etkin direnmesi nedeniyle eylemini tamamlayamadığı, elinde olmayan nedenlerle işlemeyi kast ettiği suçun icrai hareketlerini sürdüremediği, dolayısıyla davranışının gönüllü vazgeçmeye dayanmadığı ve hakkında TCK’nın 36. maddesinin uygulanma şartlarının gerçekleşmediği anlaşıldı.*

ğından, eyleminin bir bütün hâlinde nitelikli cinsel saldırı suçuna teşebbüs niteliğinde olduğu” sonucuna (oyçokluğuyla) varılmıştır¹⁷⁶.

Daha önce de zikrettiğimiz bir başka YCGK kararında, sağır ve dilsiz mağdureye karşı dış dünyaya yansıyan eylemleri ile şüpheye yer bırakmayacak şekilde kastını ortaya koyan ve icra hareketlerine başladığı kabul edilen sanığın eylemini mağdurun direnç göstermesi nedeniyle tamamlayamaması sanığın elinde olmayan sebep kabul edilerek somut olayda failin eylemleri -haklı şekilde- nitelikli cinsel saldırı suçuna teşebbüs kapsamında değerlendirilmiştir¹⁷⁷.

Benzer şekilde, Yargıtay’ın yakın tarihli bir başka kararının karşı oy gerekçesinde **iktidarsızlık** halinin suça teşebbüs bakımından failin elinde olmayan sebeplerle suçun tamamlanamaması koşulunu sağlamadığı; aksine bu hususların “failden kaynaklanan ve failin elinde olan sebepler olması nedeniyle cinsel organı yerine başka organ veya cisim sokarak suçu tamamlama imkânı varken bunu yapmamasının lehine yorumlanması gerektiği” yönündeki görüşten, elverişlilik konusundaki açıklamalarımızı yaparken söz etmiştik¹⁷⁸. Bu görüşe katılmıyoruz. Kastının organ sokmaya yönelik olduğunun hiçbir şüpheye yer bırakmayacak kesinlikte olması halinde organ sokmaya yönelik icra hareketlerine başlayan (örneğin, mağdurun iç çamaşırını indiren) failin, iktidarsızlığı nedeniyle cinsel organını mağdura ithal edememesi halinde, bunun elde olmayan sebep kabul edilerek teşebbüs hükümlerinin uygulanması gerektiği düşüncesindeyiz. Keza icra hareketlerine başlayan ancak organ sokma eylemini tamamlayamadan **erken boşalan** sanık bakımından da teşebbüs hükümlerinin uygulanabileceği düşüncesindeyiz¹⁷⁹. Cebir kullanarak cinsel ilişkiye girmeye zorlamak üzere mağdurun iç

¹⁷⁶ Yar. CGK, E 2020/15-2, K 2021/205, T 06.05.2021 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Erişim Tarihi: 07.02.2022).

¹⁷⁷ Bahse konu kararı, kastın hiçbir şüpheye yer bırakmaksızın ortaya konulması kriteri bağlamındaki açıklamalarımızı (Bkz. II. A.) yaparken zikretmiştik.

¹⁷⁸ Yargıtay 14. CD., E 2018/7549 K 2019/9302 T 24.04.2019 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 15.12.2021). Bahse konu karşı oy gerekçesine katılmadığımızı ilgili bölümde (Bkz. II. C.) açıklamıştık.

¹⁷⁹ Aynı yönde **Arslantürk**, Mustafa: Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar, 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022, s. 140. Yargıtay bir kararında, “mağdureyi kollarından tutup zorla yatak odasına götürün, yatağa yatırıp ağzını kapatarak elbise ve pijamasını çıkartmaya çalışan ancak mağdurenin direnmesi ve kendisinin de erken inzal olması nedeniyle icra hareketlerini tamamlayamadığı anlaşılan sanığın eyleminin nitelikli cinsel saldırıya teşebbüs suçunu oluşturduğu” kanaatine varmıştır (Yargıtay 14. CD., E 2011/5401 K 2012/12342). Akt. ibid. 141. 765 sayılı TCK döneminde verilmiş bir kararda da erken boşalma hali zorla ırza geçmeye tam teşebbüs olarak değerlendiril-

çamaşırını çıkararak ve organını sokacakken mağdurun **menstrüasyon (regl) döneminde olduğunu** fark ederek eylemlerine son veren fail bakımından da teşebbüs hükümlerinin uygulanması gerektiği düşüncesindeyiz¹⁸⁰. Nitekim bu örnekte fail amacına ulaşamaz hale gelmiş olup, başarısız bir teşebbüs söz konusudur¹⁸¹.

Yukarıda değinilen Yargıtay kararları bir bütün halinde değerlendirildiğinde ortaya çıkan sonuç şudur: Yargıtay -kanun koyucunun maddi objektif teoriyi benimsemesine uygun olarak- engel sebebi, Frank formülünden hareketle vazgeçmenin “otonom” olup olmadığı şeklinde ayrıma tabi tutarak değerlendirmekle, esasen makul bir yaklaşım benimsemektedir. Buna karşılık, kimi kararlarında -muhtemelen somut olay adaletini sağlama düşünceleriyle- yaklaşımını sanık lehine ve hukuka aykırı şekilde genişleterek formülü hatalı tatbik etmektedir.

III. TEŞEBBÜS HALİNDE VERİLECEK CEZANIN BELİRLENMESİ

Suçta teşebbüs halinde faile, tamamlanmış suçun cezasında indirim yapılmak suretiyle ceza verileceği kabul edilmiş olup, indirim uygulayıp uygulamama hususunda hâkime bir takdir yetkisi bırakılmamıştır¹⁸². İndirim oranları TCK m. 35/2’de “*Suçta teşebbüs halinde fail, meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığına göre, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine onüç yıldan yirmi yıla kadar, müebbet hapis cezası yerine dokuz yıldan onbeş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Diğer hallerde verilecek cezanın dörtte birinden dörtte üçüne kadarı indirilir.*” şeklinde belirtilmiş olup, “*meydana gelen zarar ve tehlikenin ağırlığı*” kriteri benimsenmiştir.

Hukuksal değerleri korumaya yönelik cezalandırma anlayışından hareketle, somut olayda teşebbüs aşamasında kalmış fiilin, bahse konu hukuksal değer üzerinde yarattığı tehlike ve zararın ağırlığı cezanın tayininde önem

miştir (Yargıtay CGK, E 1984/5-244 K 1984/268 T 09.07.1984, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Erişim Tarihi: 07.02.2022). Aksi yönde karara da rastlanmaktadır (Yargıtay 5. CD., E 2005/679 K 2005/1093 T 10.03.2005, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Erişim Tarihi: 07.02.2022). Failin, erken boşalmak suretiyle cinsel doyuma ulaşmışsa da halen eylemlerine devam edebilme olanağı olmasına karşın, özgür iradesiyle icra hareketlerine son vermesi halinde gönüllü vazgeçmeden yararlanabileceği yönündeki Alman Hukukundaki görüş için ayrıca bkz. BeckOK StGB/**Ziegler** StGB § 177 Rn. 69, 132.

¹⁸⁰ BGH 1 StR 389/65 BGHSt 20, 279/280; **Gropp**, AT § 9 Rn. 162.

¹⁸¹ **Roxin**, AT II, § 30 Rn. 107; **Tozman**, s. 321. Ayrıca bkz. BeckOK StGB/**Ziegler** StGB § 177 Rn. 69.

¹⁸² **Mahmutoğlu**, Fatih Selami/**Karadeniz**, Serra: Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Şerhi, Beta, İstanbul 2017, s. 827; **Öztürk/Erдем**, s. 365.

taşımaktadır. Madde gerekçesinde, “*eksik-tam teşebbüs ayrımının, adil olmayan bir cezalandırmanın ortaya çıkmasına neden olduğu*” ifade edilmiştir¹⁸³. Bu gerekçeyle, 765 sayılı TCK’dan farklı olarak, 5237 sayılı TCK m. 35’e göre, teşebbüs halinde cezanın belirlenmesi bakımından eksik-tam teşebbüs ayrımı kaldırılmıştır. Öte yandan “meydana gelen zarar ve tehlikenin ağırlığı” kriterinin benimsenmiş olması, engelin hangi aşamada ortaya çıktığını, cezanın tayini bakımından göz önünde bulundurmaya gerektirir¹⁸⁴. Bir başka ifadeyle, engel sebebin ne zaman ortaya çıktığı, teşebbüs hükümlerinin uygulanıp uygulanmaması açısından değil, teşebbüsteki ceza indiriminin tatbiki bakımından önem taşımaktadır¹⁸⁵.

Teşebbüs, cezalandırma alanını genişleten, tali norm niteliğinde olup asıl norma bağlı olarak uygulanabilmektedir¹⁸⁶. Konumuz bakımından asıl norm niteliğini haiz TCK m. 102/2’nin, yukarıda detaylı olarak izah ettiğimiz üzere, bağımsız bir suç olduğu kanaatinde olup, bu suçun teşebbüse elverişli olduğu düşüncesindeyiz. Yargıtay’ın ise TCK m. 102/2’yi cinsel saldırı suçunda cezanın ağırlaştırılmasını gerektiren nitelikli hal olarak gördüğünü, bununla birlikte teşebbüse elverişli olduğunu kabul ettiğini hatırlatmak isteriz. Bu doğrultuda, teşebbüs halinde failin o ana kadarki davranışlarının “mağdurun cinsel özgürlüğü üzerinde meydana getirdiği tehlike göz önünde bulundurularak” cezanın dörtte birinden dörtte üçüne kadar indirilebilmektedir¹⁸⁷. Bununla birlikte, doktrinde TCK m. 102/2’ye teşebbüs nedeniyle indirim yapılırken, TCK m. 102/1’in tamamlanmış halinden daha az bir cezaya hükmedilmemesi gerektiği savunulmaktadır¹⁸⁸. Yargıtay’ın yerleşik uygulaması da TCK m. 102/2’ye teşebbüs halinde, hakkaniyet gereği TCK m. 102/1’de öngörülen asgari cezadan daha az bir cezaya hükmedilemeyeceği yönündedir¹⁸⁹.

¹⁸³ **Mahmutoğlu/Karadeniz**, s. 781-782. Gerekçenin eleştirisi ile birlikte aksi yönde bkz. **Demirbaş**, s. 475-476. Ayrıca bkz. ve karşı. **Özgenç**, s. 563-567.

¹⁸⁴ **Aydın**, Devrim, s. 95-96. Ayrıca bkz. **Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır**, “Genel Hükümler”, s. 675; **Öztürk/Erdem**, s. 365; **Özgenç**, s. 567; **Özbek/Doğan/Bacaksız**, “Genel Hükümler”, s. 466.

¹⁸⁵ **Öztürk/Erdem**, s. 365.

¹⁸⁶ **Mahmutoğlu/Karadeniz**, s. 785-786. Önce temel ceza belirlenecek ve teşebbüs hükümleri uygulanacak, daha sonra TCK m. 61’deki sıra izlenerek ceza bireyselleştirilecektir. Bkz. **İpekçioğlu**, s. 35-36.

¹⁸⁷ **Tezcan/Erdem/Önok**, s. 438; **Taner**, “Cinsel Özgürlük”, s. 239.

¹⁸⁸ **Tezcan/Erdem/Önok**, s. 438; **Taner**, “Cinsel Özgürlük”, s. 239.

¹⁸⁹ Yargıtay 14. CD., E 2017/560 K 2021/3057 T 19.04.2021; Yargıtay 14. CD., E 2017/9859 K 2019/12428 T 13.11.2019 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 10.02.2022); Yargıtay 14. CD., E 2016/12037 K 2019/114 T 09.01.2019 (Akt. **Yeldan**,

Aslında 6545 sayılı Kanun öncesindeki halinde TCK m. 102/1'in üst sınırı ile TCK m. 102/2'nin alt sınırı aynı miktarda belirlenmiş idi. Bunun, organ veya cismin vücuda ne kadar girdiğinin bir önemi olmadığından, kanun koyucunun bu yöndeki tartışmaları önlemek ve meselenin “*santim adaleti*”ne dönüşmesinin önüne geçmek istemesinden kaynaklandığı ifade edilmekteydi¹⁹⁰. 6545 sayılı Kanun ile TCK m. 102/2'nin alt sınırının 12 yıla çıkarılmasının söz konusu dengeyi bozduğu ileri sürülmektedir¹⁹¹. Yargıtay'ın çoğu durumda, teşebbüse ilişkin hükümleri uygulaması gerekirken, somut olay adaletini sağlama, cezaların ağır olduğu düşüncesiyle vicdani kanaatin tesisinde güçlük yaşama gibi sebeplerden kaynaklandığına inandığımız¹⁹² gönüllü vazgeçme hükümlerini bir kurtarıcı haline getirmiş içtihadı göz önünde bulundurulduğunda söz konusu eleştirilere katılmamak mümkün değildir. Ceza adaletini sağlama konusunda kriminolojik araştırmalardan yeterince istifade edilmemesinden de kaynaklandığını düşündüğümüz sorunun, Yargıtay tarafından -kanaatimizce hukuka aykırı biçimde- gönüllü vazgeçme lehine bir içtihat oluşturulması ile çözümlenmeye çalışıldığı anlaşılmaktadır. Bunu yaparken özellikle son dönemdeki kararlarında, “*ciddi engel sebep olmaksızın kendiliğinden eylemlerine son verme*” kriterini oldukça geniş yorumladığı düşünülmektedir¹⁹³. Düzenlemenin mevcut halindeki ceza dengesizliğinin somut olay bakımından hatalı hukuki değerlendirmelerde bulunularak çözümlenmesinin adalete duyulan güveni sarsabileceği düşüncesindeyiz. Öte yandan, bu sorunun temelini TCK m. 102/1 ile TCK m. 102/2 bakımından öngörülen cezalar arasındaki dengenin bozulmasının oluşturduğu şüphesizdir.

IV. GÖNÜLLÜ VAZGEÇME HALİNDE UYGULANACAK HÜKÜM VE CEZANIN BELİRLENMESİ

TCK m. 36 uyarınca “*Fail, suçun icra hareketlerinden gönüllü vazgeçer veya kendi çabalarıyla suçun tamamlanmasını ya da neticenin gerçekleşmesini önlerse, teşebbüsten dolayı cezalandırılmaz; fakat tamam olan*

“Uygulamada Cinsel Suçlar”, s. 141). Aynı yönde bkz. **Arslantürk**, s. 135. Ayrıca bkz. **Yeldan**, “99 Soruda”, s. 104-109.

¹⁹⁰ **Yaşar**, Osman/**Gökcan**, Hasan Tahsin/**Artuç**, Mustafa: Yorumlu – Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Cilt III (Madde 86-146), 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010, s. 3243. Ayrıca bkz. **Özbek/Doğan/Bacaksız**, “Özel Hükümler”, s. 332. Yazarlar, bahse konu iki fıkradaki ceza miktarlarının kesişmesinin somut olayda fiilin nasıl gerçekleştiğine yönelik ispat zorunluluğunu ortadan kaldırmayacağını da ayrıca vurgulamaktadırlar.

¹⁹¹ **Kocaoğlu**, s. 130; **Özbek/Doğan/Bacaksız**, “Özel Hükümler”, s. 333.

¹⁹² Aynı yönde bkz. **Önok**, s. 81-82.

¹⁹³ **Yeldan**, “Uygulamada Cinsel Suçlar”, s. 141; **Yeldan**, “99 Soruda”, s. 104.

kısım esasen bir suç oluşturduğu takdirde, sadece o suça ait ceza ile cezalandırılır". Buna göre gönüllü vazgeçmeyi teşebbüsten ayıran en belirgin özellik, suçun tamamlanması bakımından failin "*özgür iradesiyle*" eylemlerine son vermesidir. Bu bağlamda, failin başarısız kalmış bir teşebbüsü söz konusu ise vazgeçmenin gönüllü olduğundan söz edilemez; teşebbüs nedeniyle sorumluluğu devam eder¹⁹⁴. Bir başka ifadeyle, gönüllü vazgeçmede fail, başlangıçta işlemeyi kastettiği suça teşebbüs nedeniyle sorumlu tutulmayacak ancak cezasızlıkla ödüllendirilmesi bununla sınırlı olacak; "o ana kadarki eylemlerinin bir suç teşkil etmesi halinde" bundan dolayı ceza sorumluluğu bulunacaktır¹⁹⁵. Doktrindeki baskın görüşe göre vazgeçme anına kadarki eylemlerin esasen "*başka bir suçu oluşturması*" gerekmektedir¹⁹⁶. *Hakeri* ise gönüllü vazgeçme bakımından "*tamamlanmış suçun, işlenmesi kastedilen ve fakat gönüllü vazgeçilen suçun bir unsuru olabileceğini*" savunmaktadır¹⁹⁷.

Bu tartışmalara bağlı olarak, vücuda organ veya sair bir cisim sokmak suretiyle cinsel saldırıdan gönüllü vazgeçme halinde uygulanacak hükmün belirlenmesi de doktrinde tartışmalıdır. TCK m. 102/1 ile TCK m. 102/2'nin hukuki mahiyeti ve bunların teşebbüse elverişli olup olmadığı konusundaki kanı, gönüllü vazgeçme halinde uygulanacak olan hükmün belirlenmesi bakımından önem taşımaktadır.

Bu noktada ifade etmek gerekir ki TCK m.102/2'yi, TCK m. 102/1'in (cezanın ağırlaştırılmasını gerektiren) nitelikli hali olarak kabul eden yazarlar arasında, TCK m. 102/2'den gönüllü vazgeçme halinde hangi hükmün uygulanacağı konusunda görüş birliği bulunmamaktadır. Keza, söz konusu yazarlar arasında TCK m. 102/2'nin teşebbüse elverişliliği konusunda da bir uzlaşısı yoktur.

Bir görüş, gönüllü vazgeçme bakımından TCK m. 36'da yer alan "*tamam olan kısım esasen bir suç oluşturduğu takdirde*" ifadesine, o ana kadarki eylemlerin kastedilenden "*başka (bağımsız) bir suçu*" oluşturması anlamını yüklemekte ve TCK m. 102/2'den gönüllü vazgeçen failin TCK m. 102/1'den cezalandırılmayacağını savunmaktadır¹⁹⁸. Bu görüş uyarınca,

¹⁹⁴ Önok, s. 75; Roxin, AT II, § 30 Rn. 107; Tozman, s. 321.

¹⁹⁵ Öztürk/Erdem, s. 380.

¹⁹⁶ Centel/Zafer/Çakmut, s. 477; Koca/Üzülmez, "Genel Hükümler", s. 445; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, "Genel Hükümler", s. 713-714; Demirbaş, s. 481.

¹⁹⁷ Hakeri, Hakan: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 22. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2019, s. 516.

¹⁹⁸ Taner, "Cinsel Özgürlük", s. 241. Yazar, olması gereken hukuk açısından ise farklı görüştedir.

cinsel saldırı suçunun vücuda organ veya sair cisim sokmak suretiyle işlenmesi, cinsel saldırı suçunda cezanın ağırlaştırılmasını gerektiren nitelikli hal olarak kabul edildiğinden, suçun basit şekli ile nitelikli hali aynı suçu oluşturmaktadır. Bu gerekçeyle, vücuda organ veya sair cisim sokmak suretiyle cinsel saldırıdan gönüllü vazgeçen failin o ana kadarki eylemleri bakımından cinsel saldırı suçundan sorumlu olması mümkün değildir¹⁹⁹. Bu durumda failin, o ana kadarki cinsel davranışlarından TCK m. 105 kapsamında cinsel taciz suçundan sorumlu tutulabilmesi mümkün görülmekte²⁰⁰ ise de vücut dokunulmazlığının ihlali halinde eylem cinsel taciz suçu bakımından tipik olmayacağından, failin cezalandırılmaması şeklinde yerinde olmayan bir sonuç doğurabilecektir²⁰¹.

Bir diğer görüşe göre ise TCK m. 36'nın uygulanma koşulları bakımından o ana kadarki eylemlerin muhakkak "*ayrı bir suç*" oluşturması gerekmediğinden, bedene bir temas varsa TCK m. 102/1 uyarınca basit cinsel saldırı; bedene bir temas yoksa TCK m.105 uyarınca cinsel taciz suçundan faile ceza verilmelidir²⁰². Yargıtay'ın uygulaması da bu yöndedir²⁰³. Ancak Yargıtay'ın bu yaklaşımı, failin gönüllü vazgeçmeden ancak o ana kadarki eylemlerinin başkaca (bağımsız) bir suç oluşturması halinde faydalanabileceğini savunan yazarlar tarafından, "*sanki kanunda hiçbir değişiklik olmamış gibi, iki ayrı suç söz konusuymuşçasına*" karar verildiği gerekçesiyle (olması gereken hukuk bakımından makul bulunmakla birlikte) mevzuata aykırı olduğundan bahisle eleştirilmiştir²⁰⁴. Bu görüşteki yazarlar TCK m. 102'nin birinci ve ikinci fıkralarının bağımsız birer suç olarak yeniden düzenlenmesi ile bu sorunun çözülebileceğini savunmaktadırlar²⁰⁵.

¹⁹⁹ **Koca/Üzülmez**, "Özel Hükümler", s. 347; **Koca/Üzülmez**, "Genel Hükümler", s. 446; **Taner**, "Cinsel Özgürlük", s. 241. Öte yandan, gönüllü vazgeçme halinde o ana kadarki eylemlerin "bağımsız bir suç oluşturması gerektiğini" kabul etmekle birlikte, TCK m. 102/2'nin bağımsız bir suç olduğu düşüncesinde olduklarından, ikinci fıkradan gönüllü vazgeçme halinde TCK m. 102/1'in uygulama alanı bulabileceğini savunan bir görüş de bulunmaktadır. Bkz. **Kafes**, s. 73.

²⁰⁰ **Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır**, "Özel Hükümler", s. 397; **Yaşar/Gökcan/Artuç**, s. 3258.

²⁰¹ **Taner**, "Cinsel Özgürlük", s. 241. Böyle bir örnekte, "diğer unsurlarının da var olması kaydıyla kasten yaralama, hakaret veya kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçlarının oluşabileceği" yönünde bkz. **Koca/Üzülmez**, "Genel Hükümler", s. 446.

²⁰² **Ünver**, "Türk Maddi Ceza Hukukunda", s. 39; **Hakeri**, s. 516.

²⁰³ Yargıtay 14. CD., E 2018/6880 K 2020/5953 T 17.12.2020 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 10.02.2022).

²⁰⁴ **Taner**, "Cinsel Özgürlük", s. 241. Ayrıca bkz. ve karşı. **Ünver**, "Türk Maddi Ceza Hukukunda", s. 39-40.

²⁰⁵ **Taner**, "Cinsel Özgürlük", s. 241-242; **Yeğrim**, s. 193; **Dereli**, s. 561.

Bizim de katıldığımız TCK m. 102/2'nin bağımsız bir suç olduğu görüşünden hareket edildiğinde, gönüllü vazgeçme halinde mutlaka o ana kadarki eylemlerin “başka bir suçu” oluşturması gerektiği yönündeki anlayışı da karşılar bir durum ortaya çıkmakta ve bahse konu tartışmalar önemini yitirmektedir.

Bu görüş doğrultusunda, failin vücuda organ veya sair cisim sokmak kastıyla girdiği icra hareketlerini engel bir sebep bulunmaksızın kendi iradesiyle sonlandırması halinde, o ana kadarki eylemleri cinsel davranışlarla vücut dokunulmazlığını ihlal ediyorsa TCK m. 102/1 kapsamında ceza tayin edilmelidir²⁰⁶. Şayet eylemleri henüz vücut dokunulmazlığını ihlal etmeyip cinsel taciz suçu kapsamında sayılabilecek ise failin, TCK m. 105 gereğince cezalandırılması da mümkündür. Vücuda organ veya sair cisim sokmak suretiyle cinsel saldırıda gönüllü vazgeçme hallerinde failin ceza almaması gibi yerinde olmayan bir sonucun doğmasını engelleyen bu yaklaşımın yerinde olduğu kanaatindeyiz. TCK m. 102/2'nin hukuki mahiyetine ilişkin açıklamalarımızda açıkça ifade ettiğimiz gibi aynı maddenin farklı fıkralarında yer alan iki düzenlemenin aynı suç olarak kabulü zorunlu değildir. İki fıkranın ayrı suç tipleri olarak düzenlenmesine ilişkin yasal değişikliği savunan görüşlerden bir kısmının iki fıkranın ayrı suçlar olduğunu kabul etmekle birlikte, bunu “tartışmalara son vermek” maksadıyla önerdiği anlaşılmaktadır²⁰⁷. Mevcut haliyle TCK m. 102/2'nin bağımsız bir suç olduğu düşüncesinde olup, bu durumu açıklığa kavuşturmak için yasada mutlaka bir değişiklik yapılmasına ihtiyaç olmadığı kanaatindeyiz.

SONUÇ

Ceza hukukunun en tartışmalı meselelerinden biri olan teşebbüs konusunda cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar bakımından özel bazı sorunlar yaşanmaktadır. Bunlardan, vücuda organ veya sair cisim sokmak suretiyle işlenen cinsel saldırının (TCK m. 102/2) teşebbüse elverişliliği, bu düzenlemenin hukuki niteliği konusundaki tartışmaların da etkisiyle özel bir öneme sahiptir.

Esasen, madde gerekçesinde yer alan, söz konusu düzenlemenin cinsel saldırı suçunda cezanın ağırlaştırılmasını gerektiren nitelikli hal olduğu yö-

²⁰⁶ Centel, s. 283; Tezcan/Erdem/Önok, s. 440; Malkoç, s. 64. Öte yandan, cinsel davranışlarla vücut dokunulmazlığını ihlal etmeyen bir eylem söz konusuysa, somut olayın özelliklerine göre cebir, tehdit veya şantaj gibi başkaca suçlardan failin cezalandırılması mümkündür. Bkz. Tozman, s. 390.

²⁰⁷ Kafes, s. 73; Dereli, s. 561.

nündeki açıklamalardan kanun koyucunun bu konudaki iradesi açıkça anlaşılmaktadır. Doktrinde ise bir görüşe göre bu fıkra cinsel saldırı suçunda cezanın ağırlaştırılmasını gerektiren bir nitelikli hal iken; bizim de katıldığımız diğer görüşe göre birinci fıkra da yer alan düzenlemeden bağımsız bir suç söz konusudur. Bu tartışma, suçun teşebbüse elverişli olup olmadığı, teşebbüs ve gönüllü vazgeçme hallerinde uygulanacak hükümlerin belirlenmesi konularında varılacak sonuçlara da etki etmektedir.

Doktrinde TCK m. 102/2'nin, TCK m. 102/1'de yer alan basit cinsel saldırı suçunda cezanın ağırlaştırılmasını gerektiren nitelikli hal olduğu görüşünde olan yazarlardan bir kısmı bu nitelikli hal bakımından teşebbüsün mümkün olmadığını savunurken; bir kısmı teşebbüs hükümlerinin uygulama alanı bulabileceği görüşündedir. Yargıtay içtihatları incelendiğinde TCK m. 102/2, cezanın ağırlaştırılmasını gerektiren bir nitelikli hal olarak kabul edilmekle birlikte teşebbüs hükümlerinin tatbik edildiği görülmektedir. TCK m. 102/2'nin bağımsız bir suç olduğu görüşünde olan yazarlar arasında ise suçun teşebbüse elverişli olduğu hususunda görüş birliği bulunmaktadır.

Doktrinde bazı yazarlarca TCK m. 102/2'nin hukuki mahiyetinin kanunda yapılacak bir değişiklikte açıkça ortaya konulması suretiyle bu tartışmaların sona erdirilebileceği savunulmuştur. Tartışmaları sona erdirmek adına bu çözüm önerisi makul kabul edilebilirse de elzem değildir. Kanaatimizce mevcut durumda TCK m. 102/2'nin TCK m. 102/1'den bağımsız bir suç olarak mütalaa edilmesinin önünde bir engel bulunmamaktadır. Nitekim aynı maddenin farklı fıkralarında birbirinden bağımsız suçlar düzenlenebilir; bunu yasaklayan bir kural bulunmadığı gibi, TCK'nın çeşitli maddelerinde buna örnek teşkil edebilecek düzenlemelere rastlamak mümkündür. Öte yandan, bir suçun basit şeklinde aranan bir unsurun nitelikli halinde aranmaması mümkün değildir. TCK m. 102/2'de yer alan vücuda organ veya sair cisim sokulmak suretiyle cinsel saldırı suçu bağımsız bir suçtur; bu düzenleme bakımından suçun oluşması için "cinsel arzuları tatmin amacının aranmaması" bu görüşü desteklemektedir. Ayrıca mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda yer alan "ırza tasaddi", "ırza geçme" ve "sarkıntılık" suçlarının "cinsel saldırı suçu" başlığı altında bir araya getirilmesi şeklinde tezahür eden, düzenlemenin zaman içerisinde geçirdiği değişim de dikkate alındığında TCK m. 102/2'de yer alan "vücuda organ veya sair cisim sokmak suretiyle cinsel saldırı" düzenlemesinin birinci fıkradaki düzenlemeden bağımsız bir suç olduğu ve bu suç bakımından teşebbüse ilişkin genel hükümlerin uygulama alanı bulacağı düşüncesindeyiz.

Bununla birlikte, bu suç bakımından teşebbüse ilişkin koşulların varlığının somut olay bakımından tespitinde özel güçlükler yaşandığını da ifade

etmek gerekir. Gerçekten de failin kastının organ veya sair cisim sokmayı ihtiva edip etmediği, bu suç bakımından icra hareketlerinin ne zaman başladığı ve hangi durumlarda bu hareketlerin elverişsiz sayılacağı ile suçun tamamlanamaması önündeki engelin failin elinde olmayan bir sebepten kaynaklanıp kaynaklanmadığının somut olayda tespiti oldukça güçtür.

TCK m. 102/2'ye teşebbüse ilişkin detaylı açıklamalara çalışmanın ilgili bölümlerinde yer verilmiş olmakla birlikte genel olarak şu tespitleri zikretmekte fayda bulunmaktadır:

- Somut olay değerlendirilirken öncelikle kastın vücuda organ veya sair cisim sokmayı da kapsadığının belirlenmesi gerekmektedir. Bunun için sanığın sarf ettiği sözleri, kullandığı sözsüz iletişim yöntemleri ve dış dünyaya yansıyan diğer davranışlarının bir bütün halinde incelenmesi zaruridir. Nitekim sanığın, cinsel ilişkiye girmek istediğini beyan etmesi tek başına her durumda TCK m. 102/2 anlamında kastını ortaya koymak bakımından yeterli değildir. Kaldı ki sanığın kastının vücuda organ veya sair cisim sokmayı içerdiğinin tespiti de teşebbüsten söz edebilmek için tek başına yeterli değildir; buna yönelik icra hareketlerinin başlaması da gerekir. Öte yandan, sanığın dış dünyaya yansıyan davranışları bir kenara bırakılarak, salt sarf ettiği sözlerden hareketle kastın varlığında şüpheye düşülmesi kanaatimizce hatalıdır.

- İcra hareketlerinin başlangıcının tespiti ise konunun belki de en tartışmalı yönüdür. Bu konudaki değerlendirmenin “tipik hareketle *yakınlık* (zaman ve mekân bakımından) ve *bağlantı* içinde olma” kriterleri ile somutlaştırılarak yapıldığı anlaşılmaktadır. Bu kriterler ışığında, Yargıtay içtihadında ve doktrinde örneğin sanığın, mağdurun bulunduğu eve veya odaya girmesinin -tek başına- icra başlangıcı sayılmadığı tespit edilmiştir. Bununla birlikte mağdurun giysilerinin çıkarılmaya başlanması, cebir kullanılmak suretiyle mağdurun etkisiz hale getirilmesi gibi eylemlerin icra başlangıcı sayıldığı karar ve görüşlere daha sık rastlanmaktadır. Kural olarak, failin eylemlerinden hemen sonraki aşamada suçla korunan hukuksal yararı ihlal edeceği söylenebiliyorsa TCK m. 102/2 bakımından icra hareketlerinin başladığını söylemek mümkündür. Bunu yaparken hayatın olağan akışı çerçevesinde bir değerlendirme yapmak fayda sağlayacaktır.

- Hareketin TCK m. 102/2 anlamında elverişli olup olmadığının tespitini hâkim, *ex ante* bir değerlendirme yapmak suretiyle gerçekleştirecektir. Bilindiği gibi bu suç bağlamında elverişlilik bakımından yapılan en tipik tartışma failin iktidarsızlığı örneğidir. Vücuda organ sokma kastıyla hareket

eden failin iktidarsızlığı nedeniyle suçu tamamlayamaması halinde teşebbüs hükümlerinin uygulanması gerektiği kanaatindeyiz.

- Son olarak doğrudan doğruya icraya başlayan failin, eylemlerine elinde olmayan sebeplerle mi son verdiği, yoksa vazgeçmenin gönüllü mü olduğu konusundaki belirlemenin de somut olay bakımından yapılacak bir değerlendirme ile mümkün olduğunu ifade etmek gerekir. Vazgeçmenin gönüllü olduğundan söz edebilmek için mutlaka ahlaki olması gerekirse de failin özgür iradesine dayanması zaruridir. Fail, halen suç yolunda ilerleyebilme olanağına sahip olduğu halde, özgür iradesiyle eylemlerine son vermesi halinde gönüllü vazgeçmeden yararlanabilecektir. Bu sebeple, örneğin yakalanma korkusu ile eylemlerine son veren failin iradesi zorlanmış olduğundan gönüllü vazgeçmeden yararlanması kanaatimizce mümkün değildir.

Bu açıklamalar ışığında incelendiğinde, Yargıtay'ın son dönemde verilen bazı kararlarda hatalı sonuçlara vardığı kanaatindeyiz. Gerçekten de yakın tarihli bazı kararlarda, kanaatimizce teşebbüs hükümlerinin uygulanması gerekirken "*fazla kolaylıkla*" gönüllü vazgeçme hükümlerine başvurulduğu tarafımızca üzümlere tespit edilmiştir. Ancak bu durumun, cinsel dokunulmazlığa karşı suçlarda ceza miktarları arasındaki dengenin 6545 sayılı Kanun ile bozulmasından ve somut olay adaletini sağlama kaygısından kaynaklandığı düşünülmektedir.

TCK m. 102'nin birinci ve ikinci fıkraları arasındaki ceza miktarı dengesinin bozulmuş olması nedeniyle Yargıtay uygulaması, TCK m. 102/2'ye teşebbüs halinde, hakkaniyet gereği TCK m. 102/1'de öngörülen asgari cezadan daha az bir cezaya hükmedilemeyeceği yönünde gelişmiştir. Bozulan dengenin yasa metninde yeniden tesis edilmesi, uygulamadaki bu sorunu çözecektir.

Son olarak ifade etmek gerekir ki gönüllü vazgeçme halinde uygulanacak olan hüküm de TCK m. 102/2'de yer alan düzenlemenin hukuki mahiyeti konusundaki kanaate bağlı olarak değişmektedir. Bahse konu düzenlemenin bağımsız bir suç olmadığı görüşünün kabulü, gönüllü vazgeçme hallerinde failin hiç ceza almaması gibi adil olmayan sonuçlara yol açabilmektedir. Biz bağımsız suç olduğunu kabul ettiğimiz için TCK m. 102/2'den gönüllü vazgeçme halinde o ana kadarki eylemlerin mağdurun vücut dokunulmazlığını ihlal edip etmediğine göre sonuca varılması gerekmektedir. Şayet o ana kadarki eylemler mağdurun vücut dokunulmazlığını ihlal ediyorsa TCK m. 102/1'den; etmiyorsa TCK m. 105'ten failin cezalandırılması yoluna gidilmelidir.

KAYNAKÇA

- Akbulut**, Berrin: Türk Ceza Hukuku Temel Bilgiler, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020.
- Akdağ**, Hale: “Gönüllü Vazgeçme”, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 3, Sayı: 2, 2013, s. 91-126.
- Alacakaptan**, Uğur: İşlenemez Suç, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları-223, 1968.
- Arıncı**, Kaplan/**Elhan**, Alaittin: Anatomi, 5. Baskı, 2. Cilt (Dolaşım Sistemi, Periferik Sinir Sistemi, Merkezi Sinir Sistemi, Duyu Organları), Güneş Tıp Kitabevleri, Ankara 2014.
- Arslantürk**, Mustafa: Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar, 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022.
- Artuk**, Mehmet Emin/**Alşahin**, Mehmet Emin: “Sarkıntılık Fiili”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 65, Sayı: 4, 2016, s. 3243-3270.
- Artuk**, Mehmet Emin/**Gökçen**, Ahmet/**Alşahin**, Mehmet Emin/**Çakır**, Kerim: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2020 (Anılış: **Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır**, “Genel Hükümler”).
- Artuk**, Mehmet Emin/**Gökçen**, Ahmet/**Alşahin**, Mehmet Emin/**Çakır**, Kerim: Ceza Hukuku Özel Hükümler, 19. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2021 (Anılış: **Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır**, “Özel Hükümler”).
- Aydın**, Devrim: “Suça Teşebbüs”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 55, Sayı: 1, 2006, s. 85-113 (Anılış: **Aydın**, Devrim).
- Aydın**, Murat: “İşlenemez Suç (Elverişsiz Teşebbüs)”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 21 Sayı: 1, 2013, s. 77-104.
- Aydın**, Öykü Didem: “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar”, Hukuki Perspektifler Dergisi, Sayı: 2, 2009, s. 152-162 (Anılış: **Aydın**, Öykü Didem).
- Bayraktar**, Köksal: “TCK Tasarısına İlişkin Genel Bir Değerlendirme ve Genel Hükümler Üzerine Birkaç Eleştiri” iç Teoman Ergül (ed) Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci Kitap Makaleler, Görüşler, Raporlar, Ankara 2004, s. 21-35.

- Bozbayındır**, Ali Emrah: “Türk ve Mukayeseli Ceza Hukukunda Gönüllü Vazgeçmede “Gönüllülük” Şartı”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Sayı: 1, 2018, s. 87-169.
- Centel**, Nur: “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Saldırı Suçu ve Cinsel Suçlar Değişiklik Tasarısı’nın Değerlendirilmesi”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 99, 2012, s. 269-290.
- Centel**, Nur/**Zafer**, Hamide/**Çakmut**, Özlem: Türk Ceza Hukukuna Giriş, 10. Baskı, Beta, İstanbul 2017.
- Demirbaş**, Timur: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 13. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018.
- Demirtaş**, Soner: “Suçun Nitelikli Hallerine Teşebbüs”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 25, Sayı: 3, 2021, s. 379-427.
- Dereli**, Alparslan: “Cinsel Saldırı Suçunda Teşebbüs”, Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 8, Sayı: 16, 2020 s. 543-568.
- Doğan**, Koray: Ceza Muhakemesinde Belirsizlik Kuşkudan Sanık Yararlanır İlkesi “in dubio pro reo”, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018.
- Dönmezer**, Sulhi: Ceza Hukuku Özel Kısım Genel Âdâb ve Aile Düzenine Karşı Cürümler, 5. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 1983.
- Dönmezer**, Sulhi/**Erman**, Sahir: Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku -Cilt II-, 14. Baskı, Der Yayınları, İstanbul 2019.
- Dursun**, Selman: “Türk Ceza Hukuku’nda Cinsel Suçlara Genel Bir Bakış”, Ceza Hukuku Dergisi Sayı: 24, Nisan 2014, s. 57-73 (Amılış: **Dursun**, “Cinsel Suçlar”).
- Dursun**, Selman: Disiplinler Arası Bir Yaklaşımla Ceza Hukukunda Hareket Kavram ve Terimi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021.
- Eisele**, Jörg: Schönke/Schröder Strafgesetzbuch 30. Auflage, C.H.BECK München 2019 (Amılış: Schönke/Schröder/**Yazar** StGB § ... Rn. ...).
- Erra**, Carlo: “Teşebbüste İhtiyariyle Vazgeçme” (çev. S. Erman), İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: 10, Sayı: 1-2, 1994, s. 679-720.
- Evik**, Vesile Sonay: “Suça Etki Eden Nedenler”, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 6, Sayı: 2, 2007, s. 119-133.

- Frommel**, Monika: Nomos Kommentar-StGB Hrgs. v. Urs Kindhäuser, Ulfrid Neumann, Hans-Ullrich Paeffgen, 5. Auflage, Nomos Verlag 2017 (Anılış: NK-StGB/**Yazar** 5. Aufl. 2017, StGB § ... Rn. ...).
- Gerçekler**, Hasan: Yorumlu ve Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017.
- Gropp**, Walter: Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Auflage, Springer 2014 (Anılış: **Gropp**, AT § ...).
- Hafizoğulları Zeki/Özen**, Muharrem: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2010.
- Hafizoğulları**, Zeki: “Beşeri Cinsellik ve Yeni Türk Ceza Kanunu”, Türk Hukuk Kurumu 71. Yıl Armağanı, Ankara 2005.
- Hakeri**, Hakan: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 22. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2019.
- Heger**, Martin: Lackner/Kühl – Strafgesetzbuch – Kommentar, 29. Auflage, München, Verlag C.H. Beck, 2018.
- Hörnle**, Tatjana, Leipziger Kommentar zum StGB, 12. Auflage, De Gruyter Recht Berlin 2009 (Anılış: LK-StGB/**Yazar** StGB § ... Rn. ...).
- İçer**, Zafer: Suça Teşebbüste Hazırlık Hareketleri ile İcra Hareketlerinin Birbirinden Ayrılması, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021.
- İpekçioğlu**, Pervin Aksoy: Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2009.
- Kafes**, Veli: “Yargı Uygulaması Açısından Cinsel Saldırı Suçu(TCK m. 102)” iç Yener Ünver (ed) II. Türkiye – Slovenya Uluslararası Hukuk Sempozyumu “Cinsel Suçlar ve Evlilik Hukuku”, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2014, s. 59-82.
- Kazaker**, Gözde: Ceza Hukukunda Elverişsiz Teşebbüs, Adalet Yayınevi, Ankara 2019.
- Koca**, Mahmut: “Suçun Özel Görünüş Şekillerine İlişkin Yargıtay İçtihatlarının Değerlendirilmesi”, Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, Cilt: 3, Sayı: 2, 2015, s. 103-118.
- Koca**, Mahmut/**Üzülmez**, İlhan: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 13. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020 (Anılış: **Koca/Üzülmez**, “Genel Hükümler”).
- Koca**, Mahmut/**Üzülmez**, İlhan: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 7. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2020 (Anılış: **Koca/Üzülmez**, “Özel Hükümler”).

- Kocaoğlu, S. Sinan:** Yargı Kararları Işığında Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar (TCK m.102-105), Yetkin Yayınları, Ankara 2016.
- Korkusuz, Gülşah:** “Cinsel Saldırı Suçu (TCK m. 102)”, İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası Cilt: LXXI, Sayı: 1, 2013, s. 815-854.
- Mahmutoğlu, Fatih Selami/Karadeniz, Serra:** Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Şerhi, Beta, İstanbul 2017.
- Malkoç, İsmail:** Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar, Malkoç Kitabevi, Ankara 2009.
- Memiş Kartal, Pınar:** “Cinsel Saldırı”, iç Özel Ceza Hukuku, C.II, Kişilere Karşı Suçlar -1-, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017.
- Memiş Kartal, Pınar:** Türk Ceza Hukukunda Çocukların Cinsel İstismarı, Der Yayınları, İstanbul 2014 (Anılış: **Memiş Kartal**, “Çocukların Cinsel İstismarı”).
- Önok, Murat:** “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlarla İlgili Yargıtay Kararlarına Eleştirel Bir Yaklaşım” iç M. Buket Soygüt ve Aras Türay (edr) Kadına Yönelik Erk’ek Şiddeti ile Mücadele: Sorunlar ve Çareler Sempozyumu, Beta, İstanbul 2020, s. 63-82.
- Özbek, Veli Özer/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar:** Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021 (Anılış: **Özbek/Doğan/Bacaksız**, “Genel Hükümler”).
- Özbek, Veli Özer/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar:** Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 16. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021 (Anılış: **Özbek/Doğan/Bacaksız**, “Özel Hükümler”).
- Özgenç, İzzet:** Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 17. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Özocak, Gürkan:** Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018.
- Öztürk, Bahri/Erdem, Mustafa Ruhan:** Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 20. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020.
- Renzikowski, Joachim:** Münchener Kommentar zum StGB, 4. Auflage, C.H.BECK München 2021 (Anılış: MüKo-StGB/**Yazar** StGB § ... Rn. ...).
- Roxin, Claus:** Strafrecht Allgemeiner Teil Band II Besondere Erscheinungsformen der Straftat, Verlag C. H. Beck, München 2003 (Anılış: **Roxin**, AT II, § ...).

- Sancar**, Türkan Yalçın: Türk Ceza Hukukunda Kadın, Seçkin Yayıncılık, 2013.
- Soyaslan**, Doğan: Ceza Hukuku Özel Hükümler, 11. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2016.
- Soyaslan**, Doğan: Teşebbüs Suçu, Kazancı Kitap, 1994 (Anılış: **Soyaslan**, “Teşebbüs Suçu”).
- Sözüer**, Adem: Suça Teşebbüs, Kazancı Kitap, 1994.
- Şare**, Ersin: “Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 130, 2017, s. 119-156.
- Şen**, Ersan: Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu Cilt: I (m. 1-140), Vedat Kitapçılık, İstanbul 2006.
- Taner**, Fahri Gökçen: “6545 Sayılı Kanun Cinsel Saldırı Ve Cinsel Taciz Suçlarına Ne Getirdi? Ne Getirebilirdi?”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Özel Sayı, 2017, s. 65-92.
- Taner**, Fahri Gökçen: Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017 (**Taner**, “Cinsel Özgürlük”).
- Tezcan**, Durmuş/**Erdem**, Mustafa Ruhan/**Önok**, R. Murat: Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 18. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020.
- Toroslu**, Nevzat: Ceza Hukuku Özel Kısım, 8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2015.
- Tozman**, Önder: Suça Teşebbüs, Adalet Yayınevi, Ankara 2015.
- Turhan**, Engin: Türk ve Alman Ceza Hukukunda Çocukların Cinsel İstismarı Suçu, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021.
- Ünver**, Yener: “Cinsel Dokunulmazlığa ve Genel Ahlaka Karşı Suçlar” iç Türk Ceza Kanununun 2 Yılı Teori ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar, Türk Ceza Hukuku Derneği Yayınları:10, 2008.
- Ünver**, Yener: “Türk Maddi Ceza Hukukunda Cinsel Suçların Eleştirisel Olarak İncelenmesi” iç Yener Ünver (ed) II. Türkiye – Slovenya Uluslararası Hukuk Sempozyumu “Cinsel Suçlar ve Evlilik Hukuku”, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2014, s. 23-58 (Anılış: **Ünver**, “Türk Maddi Ceza Hukukunda”).
- Wagner**, Markus: “Durch Täuschung veranlasste Selbstpenetration als Vergewaltigung? – Zugleich Anmerkung zu BGH Beschl. v. 10.3.2020 – 4 StR 624/191–”, Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ) 2021, 592-598.

- Yarsuvat, Duygun/Bayraktar, Köksal/Yüzbaşıoğlu, Necmi:** “Türk Ceza Kanunu Tasarı’sı Hakkında Galatasaray Üniversitesi’nin Görüşü” iç Teoman Ergül (ed) Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci Kitap Makaleler, Görüşler, Raporlar, Ankara 2004, s. 285-317.
- Yaşar, Osman/Gökcan, Hasan Tahsin/Artuç, Mustafa:** Yorumlu – Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Cilt III (Madde 86 - 146), 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010.
- Yeğrim, V. Korhan:** “Nitelikli Cinsel Saldırı Suçu Bakımından Gönüllü Vazgeçme”, Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 9, Sayı: 17, 2021, s. 167-197.
- Yeldan, Didem:** 99 Soruda Cinsel Suçlar, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021 (Anılış: **Yeldan**, “99 Soruda”).
- Yeldan, Didem:** Uygulamada Cinsel Suçlar, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022 (Anılış: **Yeldan**, “Uygulamada Cinsel Suçlar”).
- Yenerer Çakmut, Özlem:** “Cinsel Şiddet Mağduru Kadın ve Türk Ceza Kanunu’ndaki Konumu”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı: 1, 2016, s. 3-21.
- Yenerer Çakmut, Özlem:** “Kavramsal Olarak Kadına Karşı Şiddet/Cinsel Şiddet ve Türk Ceza Hukukunda Cinsel Saldırı Suçunun Genel Değerlendirmesi”, Marmara Üniversitesi Kadın ve Toplumsal Cinsiyet Araştırmaları Dergisi, Cilt: 2 Sayı: 1, 2018, s. 49-54 (Anılış: “Kavramsal Olarak Kadına Karşı Şiddet”).
- Yokuş Sevük, Handan:** “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Saldırı ve Cinsel Taciz Suçları”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 57, 2005, s. 243-282.
- Ziegler, Theo:** Beck’scher Online-Kommentar StGB, v. Heintschel-Heinegg, 52. Edition, C.H.BECK München 2022 (Anılış: BeckOK StGB/**Yazar** StGB § ... Rn ...).