

CİNSEL SALDIRI SUÇU (m.102)

Prof. Dr. A. Caner Yenidünya

***Bu metin yol gösterici mahiyette olup, sınav sorumluluğunun tamamını kapsamayabilir.

I. Korunan Hukuki Değer

Cinsel saldırı suçunda korunan hukuki değer cinsel dokunulmazlıktır. Burada cinsel dokunulmazlık mağdurun vücudu üzerinde gerçekleştirilen cinsel davranışlarla ihlal edilmektedir. Bu itibarla korunan hukuki değer öncelikle mağdurun cinsel özgürlüğüdür.

Suç tipi, bireyin özgürce ve bizzat cinsel tercihlerini belirleme hakkını korumayı hedeflemektedir.

Ancak doğal olarak cinsel saldırı sonucunda etkilenecek olan fiziksel ve ruhsal bütünlüğü, dokunulmazlığı da burada korunan değerler arasındadır.

II. Suçun Unsurları

1. Maddi Unsurlar

A. Fiil

Cinsel saldırının temel şeklinde, yaptırım altına alınan fiil; cinsel davranışlarla bir kimsenin vücut dokunulmazlığının ihlal edilmesidir. Diğer bir ifadeyle fail, cinsel arzularını tatmin amacına yönelik “cinsel davranışlarla” mağdurun vücut dokunulmazlığını ihlal etmelidir. Cinsel davranıştan, mağdurun vücuduna temas etmek suretiyle gerçekleştirilen cinsel arzuların tatminine yönelik hareketler kastedilmektedir.

Şayet cinsel davranış, sarkıntılık düzeyinde kalıyorsa, daha az cezayı gerektiren nitelikli unsur, davranış vücuda organ veya sair cisim sokmak suretiyle gerçekleşmişse 102/2 nci maddede düzenlenen cinsel saldırı suçunun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli unsuru oluşur.

Bu suçta, failin gerçekleştirdiği cinsel davranışların şehevi amaçla yapılmış olması yeterlidir, ayrıca failin şehevi arzularını fiilen tatmin etmiş olması aranmaz. Bu itibarla cinsel saldırı, sırf hareket suçudur, hareketten ayrı bir neticenin gerçekleşmesi aranmaz.

Yukarıda ifade edildiği gibi cinsel saldırı suçunda, eylem mağdurun rızası olmaksızın gerçekleştirilmektedir. Rızanın eylemin işlenmesinden önce veya en azından işlenmekte iken varlığı aranır.

İradeyi ortadan kaldıran vasıtalarından biri olan cebir, mağdur üzerinde maddi zor kullanmaktır. Bu bakımdan cebir kavramı, mağdur üzerinde onun mukavemetini kıran her türlü maddi kuvvet kullanımı şeklinde tarif edilebilir. Cebir, cinsel saldırıya kişinin mukavemetini kıracak nitelikte bulunmalıdır. Suç işlendikten sonra, fiilin ortaya çıkmasını engelleme düşüncesiyle mağdur üzerinde cebir uygulanması, bağımsız suç olur.

Cebir, mutlak (*vis absoluta*) ve zorlayıcı (*vis compulsiva*) kuvveti kapsamaktadır. Nitekim mutlak bir kuvvete (*vis absoluta*) maruz kalan kimsenin iradesi tamamen devre dışı kaldığından, bu kimsenin cinsel saldırıya rıza gösterdiğinden bahsedilemez.

Bu anlamda yolda yürümekte olan (A)'ya ansızın eliyle temas ederek cinsel arzularını tatmine yönelik bir davranışta bulunan (B), cebirle bu suçu işlemiş sayılır. Zira (A), karşı koyamayacağı bir cebrin (*vis absoluta*) etkisi altında fiile maruz kalmıştır. Failin sinsice ve çok hızlı bir şekilde kullandığı fiziksel kuvvet sebebiyle, mağdurun bu fiile ilişkin aksi yöndeki iradesini açıklama fırsatı bile kalmamıştır

102 nci maddenin 4 üncü fıkrası gereğince, cinsel saldırı için başvurulan cebir ve şiddetin kasten yaralama suçunun ağır neticelerine neden olması hâlinde, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır. Şu halde mağdur üzerinde kullanılan cebir ve şiddet 87 nci madde (neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış yaralama) seviyesine ulaştığı takdirde, fail, ayrıca 87 nci madde uyarınca da cezalandırılmalıdır (m.102/4)

Cebir ve Şiddet, bizzat mağdur üzerinde icra edilmelidir. Kişinin yakınları üzerinde gerçekleştirilen ve bu suretle onun fiile rızasını sağlamayı amaçlayan cebir, esasen mağdura karşı tehdit oluşturur. Nitekim tehdidin mutlaka mağdur üzerinde gerçekleŐtirilecek bir kötülüğe ilişkin olması aranmaz. Mağdurun yakınları hakkındaki beyanlar da (bkz. m.106), cinsel saldırı suçunun vasıtası olan tehdit niteliğindedir.

Fail tarafından kullanılan hileli vasıtalar ise, cinsel saldırıyı gerçekleştirmek için başvurulan her türlü aldatıcı hareketlerdir. Mağdur burada hataya düşürülmekte, kandırılmakta ve bu suretle fiile mukavemet edemeyecek bir hale getirilmektedir.

Bu duruma örnek olarak failin, kendisini doktor olarak tanıtip mağduru muayene ediyor gibi göstermesi, mağdurun içkisine ilaç katması, uyuşturucu madde ile bayıltması, hipnotizma etmesi gösterilebilir.

Bu araçlardan istifade edilerek mağdur üzerinde cinsel davranışlar fail tarafından gerçekleştirilebileceği gibi, zor kullanılarak bizzat mağdura da yaptırılabilir. Diğer bir ifadeyle tehdit edilen ya da cebre maruz bırakılan mağdurun, failin cinsel arzularını tatmin etmek zorunda bırakılması halinde de suç oluşur. Burada her ne kadar fail tarafından doğrudan mağdurun vücuduna bedeni bir temas gerçekleştirilmese de, failin kullandığı cebir ve tehdit ile bedeni temas mağdura yaptırılmakta ve cinsel dokunulmazlığı ihlal edilmektedir. Örneğin, tehdit edilen mağdura, failin penisi veya vajinasının tutturulması

B. Fail, Mağdur, Konu

Cinsel saldırı suçunda fail, kadın, erkek herkes olabilir.

Mağdurun da, kadın veya erkek, genç ya da yaşlı olması arasında fark olmadığı gibi, fail ile mağdurun aynı cinsiyette bulunmaları da mümkündür. Mağdurun on sekiz yaşından küçük olması durumunda m.102/1 değil, m.103/1 uygulanmalıdır. Buna göre 102/1 inci maddenin uygulanabilmesi için mağdurun 18 yaşından büyük olması gereklidir.

Suçun konusu ise, saldırıya uğrayan mağdurun vücudu ve cinsel dokunulmazlığıdır.

C. Suçun Nitelikli Unsurları

a-Daha Az Cezayı Gerektiren Nitelikli Unsur

Mağdurun vücut dokunulmazlığını ihlal eden cinsel davranışın sarkıntılık düzeyinde kalması halinde faile iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası verilir.

Yargıtay verdiği kararlarda sarkıntılığı; “belli bir kimseye karşı işlenen ve o kimsenin edep ve iffetine dokunan, mücerret, aralıklı ve şehvet hissine dayalı, iz’aç edici davranışlar” tarzında tarif etmiştir.

Fail ile mağdurenin vücutlarının temasının şart olmadığını belirten bu kararında Yargıtay, sarkıntılık suçunu oluşturan hareketlere örnekler vermektedir: ıslık çalmak, mağdurun peşinden giderek sırnaşıkça hareketlerde bulunmak, cinsel organını göstermek ve mağdurun cinsel organını seyretmek, birden fazla aşk mektubu yazmak, çimdik atmak, el-kol işaretleri ile cinsel ilişkide bulunmayı önermek.

Kararda ifade edilen ve vücuda temas içermeyen haller, 5237 sayılı TCK. kapsamında cinsel taciz (m.105) olarak değerlendirilir. Bununla birlikte mağdurun vücuduna çımdik atmak, mağdurun göğsüne, poposuna, bacağına elle anlık dokunmak sarkıntılık kapsamındadır.

Şu halde vücuda temas yoluyla gerçekleştirilen sarkıntılık, cinsel saldırı yahut cinsel istismar suçlarında daha az cezayı gerektiren nitelikli unsur iken, vücuda temas içermeyen kişiyi cinsel yönden rahatsız edici davranışlar cinsel taciz suçunu oluşturur.

Cinsel saldırının yahut cinsel istismarın temel şekli ile sarkıntılık arasındaki fark ise, sarkıntılıkta vücuda yapılan temasın ani olarak gerçekleşmesi, devamlılık arz etmemesidir. Bedeni temasta devamlılık suçun temel şeklini oluşturur.

Bu anlamda, cinsel saldırı yahut cinsel istismarın temel şeklindeki eylem; mağdur üzerinde cinsel ilişkiye varmayan, ancak vücuda temasın devamlılık arz ettiği yahut doğrudan cinsel organları hedef alan davranışlardır.

b-Daha Fazla Cezayı Gerektiren Nitelikli Unsurlar

aa) Cinsel saldırı suçunun vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle işlenmesi (m.102/2): Cinsel saldırı suçunun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli halinde kanun koyucunun yasakladığı fiil; “*vücuda organ veya sair bir cisim sokulması*”dır. Bu fiil, vajinal, anal veya oral yoldan gerçekleşebilir. Vücuda penis ithal edilebileceği gibi, vajinal, anal veya oral yoldan cop, kalem, şişe gibi sair cisimlerin sokulması da mümkündür.

Yasada “cinsel organ” değil “organ” tabiri kullanıldığından, vücuda cinsel organ dışında girme özelliği olan diğer organların (örneğin, parmak) dâhil edilmesi de söz konusu suç kapsamında değerlendirilmelidir.

Vücuda organ veya sair cismin sokulması fail tarafından gerçekleştirilebileceği gibi, üzerinde cebir ve tehdit kullanılarak bizzat mağdura da yaptırılabilir. Örneğin, tehdit edilen mağdurun vücuduna bir cisim sokmak mecburiyetinde bırakılmasında yahut failin mağdurun cinsel organını kendine ithal etmesinde durum böyledir.

Cinsel saldırı suçunun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli unsuru eşe karşı da işlenebilir. Bu fiilin eşe karşı işlenmesi halinde, mağdurun kadın ya da erkek olması arasında bir fark mevcut değildir. Ancak nitelikli cinsel saldırı eşe karşı gerçekleştirildiğinde, soruşturma ve kovuşturmanın yapılması mağdurun şikâyetine tabi kılınmıştır. Kanun koyucu zorla da gerçekleşse, bu tür fiillerin evlilik birliği içinde olması halinde, aile birliğine doğrudan müdahale etmemeyi tercih etmiştir. Böylece evlilik içinde ırza geçme olarak adlandırılan fiil, TCK. ile hukukumuzda suç olarak kabul edilmiştir.

bb) Fiilin beden veya ruh bakımından kendini savunamayacak durumda bulunan bir kişiye karşı işlenmesi (m.102/3-a): Burada suçun temel şekline nazaran mağdurun belirli özelliklere sahip olması cezanın artırılmasını gerektiren nitelikli unsur sayılmıştır. “Beden ve ruh bakımından kendinin savunamayacak durumda bulunma” mağdurun cinsel saldırı suçuna karşı koyma olanağını ortadan kaldıracak mahiyette olmalıdır. Söz konusu halin, devamlı ya da geçici olması önemli değildir.

cc) Suçun kamu görevinin, vesayet veya hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle işlenmesi (m.102/3-b): Kamu görevlisi veya mağdurla aralarındaki vesayet ya da hizmet ilişkisi dolayısıyla hüküm ve nüfuz sahibi olan kimselerin, bu konumlarını (özellikle de mağdur üzerindeki otoritelerini) kötüye kullanarak mağdurun mukavemetini daha kolay kırmaları ve cinsel saldırı suçunu işlemeleri mümkündür. Nitekim resmi ya da özel kurumların genel müdür, müdür veya yöneticilerinin veya özel teşebbüs sahiplerinin buralarda çalışanlar üzerinde hüküm ve nüfuz sahibi oldukları, örneğin çalışanların terfi veya tayin veya görevlerinden uzaklaştırılma imkânını ellerinde buldukları veya ücretlerini yükseltme ya da izin verebilme gibi çeşitli yetkiler kullandıkları açıktır.

dd) Suçun üçüncü derece dâhil kan veya kayın hısımlığı ilişkisi içinde bulunan bir kişiye karşı ya da üvey baba, üvey ana, üvey kardeş, evlat edinen veya evlatlık tarafından işlenmesi (m.102/3-c): Gelenek-görenek ve akrabalık ilişkileri, yine kişiler arasındaki üveylik ve evlatlık ilişkileri, mağdur üzerinde hüküm ve nüfuz kullanma imkânını ortaya çıkarabilir. Bu gibi hallerde hem fiilin işlenmesi kolaylaşmakta, hem de mağdurun mukavemeti daha kolay kırılabilmektedir.

ee) Suçun silahla veya birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi (m.102/3-d): Faile cesaret vererek suçun icrasını kolaylaştırdığı ve üzerinde ciddi korku meydana getirdiği mağdurun mukavemetini kırdığı için cinsel saldırı suçunun silahla işlenmesi cezanın arttırılmasını gerektiren fiilin işleniş tarzıyla ilgili nitelikli bir unsurdur.

Maddede belirtildiği üzere failerin en az iki kişi olması gerekir. Suçun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesinden, suçun icra hareketlerinin müşterek fail olarak sorumluluğu gerektirecek şekilde gerçekleştirilmiş olması anlaşılır.

ff) Suçun insanların toplu olarak bir arada yaşama zorunluluğunda bulunduğu ortamların sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle işlenmesi (m.102/3-e): Bilindiği gibi insanların toplu olarak bir arada yaşama zorunluluğu bulunduğu ortamlar, özellikle cinsel içerik taşıyan fiillerin daha kolay işlenebilmesine imkân sağlamaktadır. Dolayısıyla, bu tarz yerlerde işlenen cinsel saldırı fiillerinin daha ağır ceza ile karşılanması, bir caydırıcılık oluşturabilir.

2. Manevi Unsurlar

Cinsel saldırı suçu kasten işlenebilir. Suçun temel şekli açısından fail, cinsel arzuları tatmin gayesiyle hareket etmelidir. Eğer kişi cinsel saikle hareket etmemişse, somut olayın durumuna göre kasten yaralama (acı vermek amacıyla yanağın sıkılması, saçın çekilmesi) veya hakaret (aşağılamak amacıyla kişinin yüzüne hafif bir fiske vurulması) oluşur.

Suçun 102/2’de düzenlenen nitelikli hali yönünden de kast aranır. Failin vücuda organ veya sair cisim soktuğunu bilmesi ve istemesi kasti oluşturur. Vücuda organ veya cisim sokulması yönünden, cinsel arzuların tatmini maksadı aranmaz. Failin her hangi bir nedenle, mağduru aşağılamak, intikam almak, korkutmak gibi amaçlarla hareket etmesi durumunda da cinsel saldırının nitelikli hali gerçekleşir. Burada önemli olan fiilin niteliği itibariyle “cinsel bir içerik” taşımasıdır.

Suçun aşıağıda inceleyeceğimiz neticesi sebebiyle ağırlaşımış halleri y6n6nden de manevi unsura temas etmek gerekmektedir. Cinsel saldırı sonucunda meydana gelen bu daha ağır ve başka neticelerden sorumlu tutulabilmesi için failin bu neticeler bakımından en azından taksirle hareket etmiş olması aranır (m.23)

Buna karşılık failin ağır yahut başka neticeye y6nelik olası kastının yahut kastının varlığı, fikri içtima durumunun araştırılmasını gerektirebilir.

III. Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Haller

1. *Cinsel saldırı için başvurulan cebir ve şiddetin kasten yaralama suçunun ağır neticelerine neden olması (m.102/4):* fail tarafından cinsel saldırı için başvurulan cebir ve şiddetin kasten yaralama suçunun ağır neticelerine neden olması hâlinde, fail cinsel saldırı suçunun yanında ayrıca kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış (m.87) halinden de cezalandırılacaktır. Bu husus suçun içtimaı açısından da önem arz etmekte olup, böyle bir halde 87. madde ile 102. madde hükümleri arasında gerçek içtima uygulanacaktır.

2. *Suç sonucu mağdurun bitkisel hayata girmesi veya ölmesi (m.102/5):* Burada netice sebebiyle ağırlaşmış bir suç söz konusu olduğundan, failin bitkisel hayat veya ölüm neticesini istememiş, ancak yapılan hareketin bu sonucu doğurmuş olması aranır. Ölüm neticesi ile cinsel saldırı arasında doğrudan illiyet bağı bulunmalıdır.

IV. Suçun Özel Görünüş Şekilleri

1. Teşebbüs

Cinsel saldırı suçunun temel şekli, yukarıda incelediğimiz üzere tek hareketle işlenebileceği gibi (cinsel davranışlarla bir kimsenin vücut dokunulmazlığını ihlal), birden fazla hareketi de bünyesinde barındırabilir (örneğin suçun işlenmesi sırasında cebir kullanılması). Ancak suç, cinsel saldırıyı oluşturan hareketin gerçekleştiği anda tamamlanır.

Failin, fiziksel teması gerçekleştirilmeden icra hareketlerini tamamlayamaması halinde teşebbüs hükümleri uygulanır.

Bu ihtimalde henüz mağdura hiç bir fiziksel temasta bulunulmamışsa, sarkıntılık düzeyindeki cinsel saldırı yönünden teşebbüsün değerlendirilmesi yerinde olur.

Failin mağdura fiziksel temasta bulunmakla birlikte, hedefinin nitelikli cinsel saldırı olduğu açıkça anlaşılıyorsa, (102 nci maddenin ikinci fıkrasında, birinci fıkrada düzenlenen suça nazaran ayrı ve bağımsız bir suç tanımı bulunmayıp, suçun temel şekline nazaran daha fazla cezayı gerektiren nitelikli bir unsura yer verildiğinden) vücuda her hangi bir sebeple organ veya sair cisim sokulamamışsa, teşebbüsten bahsedilemez. Çünkü kanuni düzenlemede, nitelikli halin gerçekleşmediği durumlar, suçun temel şekli olarak tayin ve tesbit edilmiştir. Bu yüzden böyle hallerde unsurları varsa suçun temel şekli ve 61 inci maddedeki esaslar dikkate alınarak (muhtemelen alt sınırdan uzaklaşmak suretiyle) ceza tayin edilmelidir.

Yargıtay içtihatları, bu ihtimalde nitelikli hale teşebbüsün mümkün olduğu yönündedir.

2. İştirak

Cinsel saldırı suçlarında iştirake ilişkin genel hükümler uygulanır.

3. İçtima

Cinsel saldırı suçlarında cebir unsur olduğundan, fail cebirden dolayı ayrıca cezalandırılmayacaktır. Bu durum tehdit açısından da geçerlidir. Cinsel saldırı için başvuru olan cebir ve şiddetin kasten yaralama suçunun ağır neticelerine neden olması hâlinde fail, cinsel saldırı suçunun yanı sıra ayrıca kasten yaralamadan dolayı da (m.87) cezalandırılır (m.102/4).

Suçun, bir suç işleme kararıyla aynı mağdur üzerinde belirli aralıklarla tekrarı halinde zincirleme (müteselsil) suç (m.43) durumu ortaya çıkar.

Farklı mağdurlara karşı cinsel saldırı da bulunulmuşsa, her bir mağdur bakımından ayrı suç oluşur.

Failin cinsel amaçla hürriyetinden yoksun bıraktığı mağdur üzerinde (m.109), cinsel saldırı, cinsel istismar veya cinsel taciz suçlarını işlemesi halinde gerçek içtima kuralları tatbik olunur.

V. Soruşturma Usulü ve Yaptırım

Suçun temel şeklinin soruşturulması mağdurun şikâyetine tabidir. 765 sayılı eski TCK.'nda ırza tasaddi suçunun takibi mağdurun şikâyetine tabi değildi, bu suçtan dolayı soruşturma ve kovuşturma re'sen yapılmaktaydı.

Fiilin vücuda organ veya sair cisim sokulmak suretiyle işlenmesi halinde soruşturma savcılık makamı tarafından re'sen yapılacaktır. Cinsel saldırının nitelikli şekli evlilik birliği içinde gerçekleşmişse, suçun takibi şikâyete bağlıdır.

Suçun temel şekli (102/1) ve nitelikli halinin evlilik birliği içinde işlenmesi (102/2) dışında; nitelikli hallerin (102/2,3) ve neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerin (102/4,5) varlığı durumunda soruşturma re'sen yapılacaktır. Yargıtay'ımız da aynı görüştedir.

102/1'inci maddede düzenlenen basit cinsel saldırı suçunun müeyyidesi, beş yıldan on yıla kadar haptir. Cinsel davranışın sarkıntılık düzeyinde kalması hâlinde iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası verilir. 2 nci fıkrada yer alan nitelikli cinsel saldırı eylemini gerçekleştiren kişiye, on iki yıldan az olmamak üzere hapis cezası verilir. Suçun 3'üncü fıkrada belirtilen şekillerde işlenmesi halinde faile verilecek ceza yarı oranında artırılır. Cinsel saldırı için başvuru olan cebir ve şiddetin kasten yaralama suçunun ağır neticelerine neden olması hâlinde, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır. Bu durumda her iki ceza ayrı ayrı infaz edilir.

Yargıtay, cinsel saldırı suçuna ilişkin cezanın bireyselleştirilmesi sırasında, haksız tahrik indiriminin uygulanamayacağını belirtmektedir