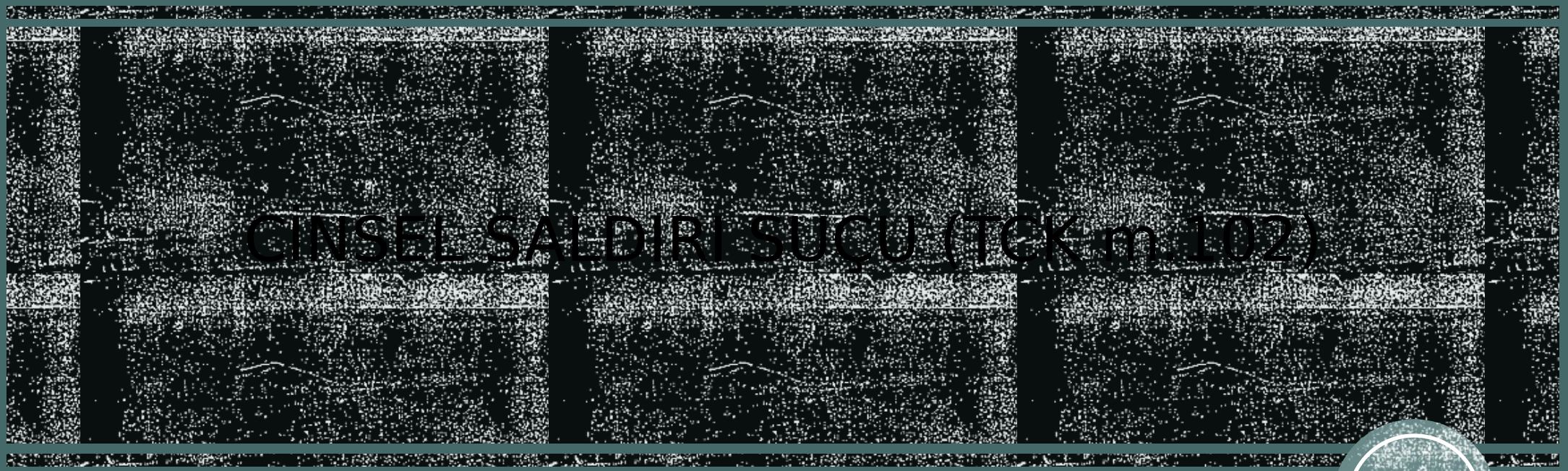
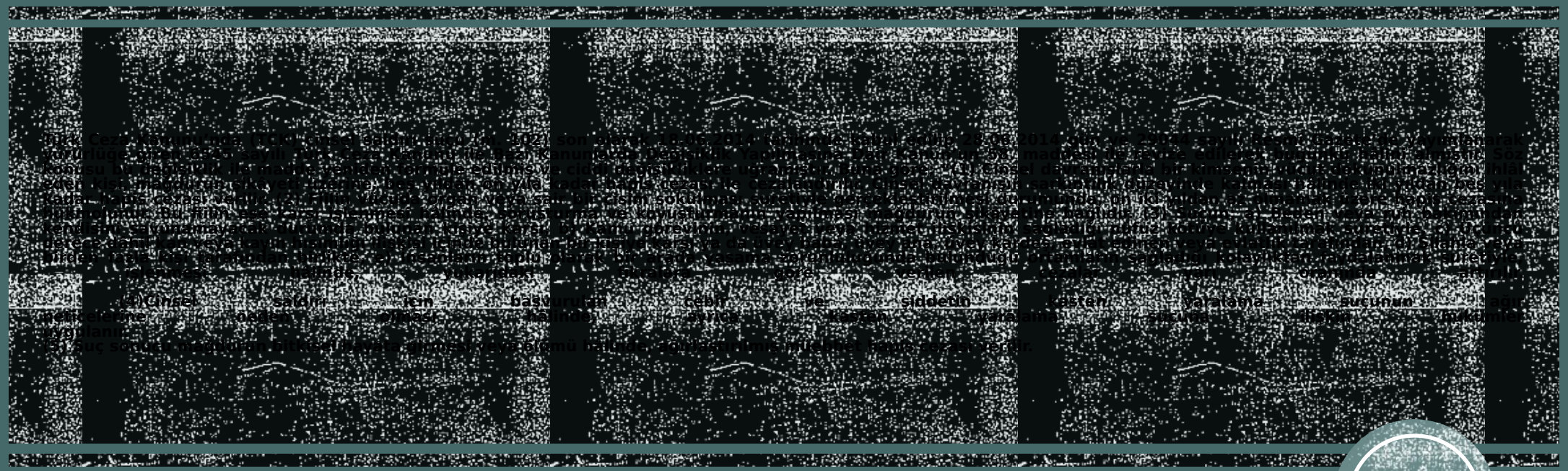


CİNSEL SALDIRI SUÇU (TCK m. 102)



KORUNAN HUKUKİ DEĞER

Suçun kanunda düzenlenmiş olduğu başlık, kanun koyucunun o suçla korumak istediği hukuki değer ve menfaat açısından ipucu verir. Cinsel saldırı suçu 765 sayılı TCK'de diğer cinsel suçlar ile birlikte "Adabı Umumiye ve Nizamı Aile Aleyhinde Cürümler" (Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Suçlar) başlığı altında düzenlenmişti ve genel olarak başlıktan da anlaşılacağı üzere korunan değer, genel ahlâk ve aile düzeniydi. Ancak 5237 sayılı yeni yasa ile birlikte bu suçlar Kanun'un "Kişilere Karşı Suçlar" başlıklı ikinci kısmının "Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar" isimli altıncı bölümünde, mülga Kanun'a göre daha sade, anlaşılır bir biçimde ve daha az hükümle yer almıştır. Bu düzenleme ile birlikte ve özellikle suçun kişilere karşı suçlar kısmında düzenlenmesi sonucunda cinselliğin toplumsal bir mesele, bir aile sorunu olmaktan ziyade bireysel bir sorun olduğu resmen kabul edilmiştir. Kanaatimizce, cinsel saldırı suçu bakımından bu suç özelinde suçla korunan hukuki değerin kişinin cinsel özgürlüğü olduğu görüşü doğru olarak kabul edilebilirse de genel olarak bakıldığında bu suçun düzenlendiği başlığın cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar olması yerindedir.

MADDİ UNSUR (FAİL)

Cinsel saldırı suçunun faili herhangi bir kimse olabilir. Ancak bu suç gerçek kişiler tarafından işlenebilir, tüzel kişiler bu suçun faili olamaz. 5237 sayılı TCK'de failin kimler olabileceği hususunda özel bir düzenleme yer almamaktadır. Bu nedenle bu suçta fail erkek olabileceği gibi bir eşcinsel ya da kadın da olabilir. Dolayısı ile suçun bir erkek tarafından bir erkeğe ya da kadına karşı işlenebilmesi mümkün olabileceği gibi bir kadın tarafından da bir kadına veya erkeğe karşı işlenmesi mümkündür. Mülga 765 sayılı TCK döneminde özellikle bugün TCK m. 102/2 kapsamında yer alan eylemler bakımından suçun failinin ancak bir erkek olabileceği doktrin ve uygulamada kabul edilmekteydi. Cinsel saldırı suçunda, fail yetişkin bir kimse olabileceği gibi bir çocuk da olabilir.

Failin çocuk olmasının, TCK m. 31 hükmü çerçevesi bakımından göz önünde bulundurulması dışında suçun oluşumu açısından bir önemi bulunmamaktadır.

Yine suçun bir eş tarafından diğer bir eşe karşı işlenebilmesi de mümkündür. Günümüzde artık eşlerin evlenmekle birbirlerine karşılıklı olarak cinsel özgürlüklerini terk ettikleri ve bu çerçevede evliliğin eşlere özellikle de kadına cinsel ilişkiye rıza gösterme bakımından yükümlülük yüklediği hususunda bir anlayış terk edilmiştir. Kanun koyucu da kayıtsız kalamamış ve 2005 yılında yürürlüğe giren yeni Ceza Kanunumuzda, m. 102/2'de eşe yönelik gerçekleştirilen bu tarz eylemler suç olarak düzenlenmiş ve eşin eşe karşı cinsel dokunulmazlığı açık bir şekilde koruma kapsamına dâhil edilmiştir. Yeni Kanun ile eşlerin bu suçu birbirlerine karşı işleyip işleyemeyeceğine yönelik bu tartışmalar büyük oranda giderilmiş olsa da yeni düzenleme bu sefer bambaşka tartışmaların fitilini ateşlemiştir. Gerçekten suçun nitelikli hâlinin yer aldığı m. 102/2'de "Fiilin vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi durumunda, on iki yıldan az olmamak üzere hapis cezasına hükmolunur. Bu fiilin eşe karşı işlenmesi hâlinde, soruşturma ve kovuşturmanın yapılması mağdurun şikâyetine bağlıdır." şeklindeki düzenlemede suçun eşe karşı da işlenebileceği açık bir şekilde yer almasına rağmen, m. 102/1'de düzenlenen suçun temel hâlinde eşe dair bir ifadeye yer verilmemiş olması, suçun temel hâlinin eşler arasında işlenip işlenemeyeceğine yönelik bu yepyeni tartışmaların temelini oluşturmaktadır. 102/2'de düzenlenen ve vücuda organ veya sair cisim sokulması şeklinde işlenebilen nitelikli hâlinde olduğu gibi m. 102/1'de yer alan suçun temel hâlinin de eşler arasında işlenebilmesi pekâlâ mümkündür. Kanun'da suçun temel hâli bakımından eşe ilişkin bir düzenlemeye ayrıca yer verilmemiş olması, suçun bu hâlinin eşler arasında işlenemeyeceği sonucunu doğurmaz.

Her ne kadar cinsel saldırı suçunun özgü suçlardan olmadığını ve bu nedenle failinin herkes olabileceğini ifade etmiş olsak da failin belli sıfat ve mahiyette kimselerden oluşu cezanın artırımını gerektiren nitelikli hâllerdendir

MADDİ UNSUR (MAĞDUR)

Cinsel saldırı suçunun mağduru, ancak gerçek bir kişi olabilir. Suçun mağduru açısından Kanun'da bir sınırlama yoktur.

Fail ile mağdur aynı cinsiyetten olabileceği gibi farklı bir cinsiyette de olabilir. Dolayısı ile mağdur bir kadın, bir erkek, bir eşcinsel olabileceği gibi evli, bekâr, bakire hatta bir hayat kadını da olabilir. Ancak bu tür cinsel suçların mağduru çoğunlukla kadınlar olmaktadır.

Bu suç, ancak yaşayan bir kimseye karşı işlenebilir. Ölü bir kimseye karşı gerçekleştirilen bu tip eylemler Kanun'un 130. maddesinde düzenlenen kişinin hatırasına hakaret suçunu oluşturur.

Ölünün cansız bedenine yönelik cinsel eylemler; müstehcen nitelikte ses, görüntü ya da yazı içeren ürün üretmek amacıyla gerçekleştirilmişse Kanun'daki müstehcenlik suçuna vücut verir. Kişinin tıbben ölü olarak kabul edilmediği bitkisel hayatta olma gibi bir durumda da bu suçun mağduru olması mümkün olabilecektir.

Eylemlerin hayvanlar üzerinde gerçekleştirilmesi hâli ise 5199 sayılı Hayvanları Koruma Kanunu (m. 14/1-j ile 28/1-k) uyarınca bir kabahattir ve karşılığında idari bir yaptırım olarak para cezası uygulanır. Ancak eylemlerin üzerinde gerçekleştirildiği hayvan sahipli bir hayvan ise Kanun'un 151. maddesinde düzenlenen mala zarar verme suçu gündeme gelecektir.

Cinsel saldırı suçu bakımından her ne kadar failin yaşının küçüklüğünün suçun oluşumu bakımından bir önemi bulunmamakta ise de mağdur açısından yaş önemlidir. Çünkü suç mağdurunun 18 yaşından küçük olduğu durumlarda artık cinsel saldırı suçu değil somut olayın özelliğine göre bir sonraki maddede düzenlenen çocukların cinsel istismarı suçu veya 104. maddede yer alan reşit olmayanla cinsel ilişki suçu söz konusu olabilecektir.

18 yaşından küçük olup da evlenenlerin, eşleri tarafından gerçekleştirilen cinsel nitelikteki eylemler bakımından cinsel saldırı suçu mu yoksa çocukların cinsel istismarı mı söz konusu olacaktır? AYM'nin yakın tarihte verilmiş bir kararda, 18 yaşını doldurmadan önce evlenerek reşit olmuş eşe yönelik diğer bir eş tarafından zorla cinsel davranışların gerçekleştirildiği durumlarda, çocuğun cinsel istismarı suçundan ziyade, cinsel saldırı suçunun söz konusu olacağı kabul edilmiştir.

MADDİ UNSUR (KONU)

Bu suçun konusu ise cinsel davranışların üzerinde gerçekleştirildiği kimsenin vücududur.

MADDİ UNSUR (FİİL)

Ceza Kanunumuzda cinsel saldırı suçu tanımlanmamıştır. Ancak cinsel saldırı suçunun temel hâlinin düzenlendiği TCK m. 102/1 ilk cümlesinde suçun fiil unsuru, “Cinsel davranışlarla bir kimsenin vücut dokunulmazlığını ihlâl eden kişi, mağdurun şikâyeti üzerine (…) cezalandırılır.” şeklinde ifade edilmiştir. Madde gerekçesine göre cinsel davranıştan anlaşılması gereken, cinsel arzuları tatmin etme amacı ile gerçekleştirilen eylemlerdir. Ancak gerekçede Kanun metninde yer almayan “cinsel arzuları tatmin amacı” şeklinde özel bir saike yer verilmesi kanunilik ilkesine aykırıdır.

Failin davranışının, bu kapsamda cinsel bir davranış olup olmadığına her somut olayın özelliğine göre, faille mağdur arasındaki münasebete, failin eylemden önce, eylem sırasında ve sonrasındaki söz ve davranışlarına, temasın gerçekleştiği vücut bölgesine ve şekline, eylemin gerçekleştiği yer ve zaman gibi kriterler bir bütün olarak ele alınarak değerlendirmenin yapılması ve yapılacak bu değerlendirmenin sonucuna göre karar verilmesi gerekecektir.

Kanun’un aradığı anlamda tipik bir cinsel saldırı suçunun varlığının kabulü için öncelikle, mağdurun vücuduna bir temasın bulunması gerekir. Kural olarak bu temasın yöneldiği vücut bölgesinin, suçun oluşumu bakımından bir önemi bulunmamaktadır. Bu kapsamda, mağdurun kalçasına, bacaklarına veya göğüslerine bir temas söz konusu olabileceği gibi yine objektif anlamda cinsel bir davranış olarak kabul edilmek kaydıyla mağdurun göbek, kol ya da yüzüne yapılan temaslarda bu çerçevede kabul edilebilecektir. Ancak gerçekleşen eylemin cinsel nitelikte bir eylem olup olmadığı tahlil edilirken, objektif anlamda bir değerlendirme yapılacağından, sırf failin mağdurun eline, ayağına ya da omzuna dokunduğu bir durumda eylem objektif olarak cinsel kabul edilemiyorsa ve bu yöndeki şüphe kesin olarak yenilemiyorsa, şüphe fail lehine değerlendirilecek ve eylemin cinsel olmadığının kabul edilmesi gerekecektir.

MADDİ UNSUR (FİİL DEVAM)

Failin mağdura baskı kurarak mağdurun kendi kendine bu kapsamda dokunmasını sağladığı durumlarda bu suç söz konusu olmaz. Çünkü ortada fail tarafından mağdur üzerinde gerçekleşmiş bir bedensel temas bulunmamaktadır. Mağdurun kendi vücuduna bir teması söz konusudur. Daha önce izah ettiğimiz üzere, cinsel saldırı suçunun söz konusu olabilmesi için vücut dokunulmazlığının ihlal edilmesi gereklidir. Mağdurun doğrudan doğruya kendi kendisine yönelik bir cinsel davranışta bulunmaya zorlandığı durumlarda, somut olayın özelliğine göre TCK m. 109/5'te düzenlenen kişinin cinsel amaçla hürriyetinden yoksun bırakılması suçu veya TCK m. 105'te düzenlenen cinsel taciz suçu gündeme gelebilecektir. Ancak ifade edilmesi gerekir ki suçun oluşumu bakımından önem arz eden bu niteliği haiz bir temasın, bizzat fail tarafından gerçekleştirilmesi gerektiği gibi bir zorunluluk yoktur. Nitekim fail tarafından mağdur ile üçüncü bir kişinin de birbirleri ile bu nitelikte bir temasa zorlandıkları bir durumda dolaylı faillik yoluyla cinsel saldırı suçunun gerçekleşeceğinin kabulü gerekecektir. n

Failin kendi vücuduna dokunduğu ve bunu mağdura izlettiği durumlarda vücut dokunulmazlığının ihlali gibi bir durum bulunmadığı için cinsel saldırı suçu oluşmayacaktır. Böyle bir olayda, eğer ki fail bizzat mağduru hedef alarak bu eylemleri gerçekleştirmiş ise cinsel taciz suçu, belirli bir kimseyi hedef almaksızın bu tip bir davranışı gerçekleştirmiş ise TCK'nin 225. maddesinde yer alan hayâsızca hareketler suçu söz konusu olabilecektir

MADDİ UNSUR (FİİL DEVAM)

Cinsel davranışlarla gerçekleştirilen bedensel temasların suçun temel hâlini oluşturduğunun kabul edilebilmesi için bu davranışların belli bir yoğunluğa ulaşmış olması gereklidir. Mağdurun vücudu üzerinde gerçekleştirilen cinsel davranışların bu derece yoğun olmayan, hareketler yönünden ani, kesintili ve devamlılık göstermeyen şekilde meydana gelmesi durumunda sarkıntılık boyutu söz konusu olacaktır.

Yine bu şekilde bir davranışa, mağdur olan kimsenin rızasının bulunmaması gereklidir. Bu hususu madde metninde kullanılan "saldırı", "vücut dokunulmazlığını ihlal eden" şeklindeki ifadelerden anlamak mümkün olabileceği gibi madde gerekçesinde yer alan "Cinsel saldırı suçunun özelliği, bu suçu oluşturan fiillerin mağdurun iradesi dışında gerçekleştirilmesidir. Mağdura karşı cebir veya tehdit ya da hile kullanılabileceği gibi, örneğin bilincinin yitirilmesine neden olmak veya örneğin uyku hâli dolayısıyla bilincinin kapalı olmasından yararlanmak suretiyle de bu suçlar işlenebilirler." biçimindeki ifadeden de anlamak pek tabii mümkündür. cinsel saldırı suçunun söz konusu olabilmesi için suçun mağdurunun bazı istisnai durumlar dışında 18 yaşını doldurmuş olması gereklidir. Zira 18 yaşın doldurulması Kanun'un kabul ettiği cinsel ilişkiye rıza yaşıdır. Bu niteliği haiz bir kimsenin bedeni üzerinde cinsel davranışlarda bulunulması hususunda gösterdiği rıza eylemi hukuka uygun hâle getirecektir. Kişinin kendi bedeni üzerinde cinsel davranışlarda bulunulması bakımından gösterdiği bu rızanın eylemin devamı ve tüm aşamalarında bulunması gerekir. Eyleme başlarken ya da devamı süresince var olan rıza sonradan geri alınırsa, geri alındığı aşamadan itibaren eyleme devam edilmesi durumunda, gerçekleşen her hareket cinsel saldırı suçunu oluşturacaktır. Aynı durum cinsel davranışın gerçekleştirilme şekli açısından da geçerlidir. Bazı durumlarda ise önceden eyleme rızası bulunmayan kimse, sonradan gerçekleştirilen eylemlere razı olabilir. Böyle bir durumda her ne kadar eyleme sonradan rıza gösterilmiş olsa da eyleme razı olunan ana kadar ki aşamada gerçekleşmiş eylemlerin suç vasfı devam edecektir. Bir eyleme daha sonradan gösterilen rıza bir icazet niteliğindedir ve icazet hukuka aykırı bir eylemi hukuka uygun duruma getirmez. Fakat şikâyet bir kovuşturma şartı olarak göz önüne alınırsa, pratikte rıza suçun soruşturulması ve kovuşturulmasına engel olabilecektir.

Rıza konusunda ortaya çıkabilecek bir diğer husus ise, mağdurun bir olayda faili yakalatmak amacıyla gerçekte cinsel davranışa yönelik bir rızası bulunmamasına rağmen sırf faili yakalatmak amacıyla rızası varmış gibi davrandığı bir durumda, failin gerçekleşen bu sonuçtan sorumlu tutulup tutulamayacağıdır. Cinsel saldırı suçunda, suça rengini veren özelliğin rıza yokluğu olması da göz önüne alınırsa, böyle bir durumda failin suçun unsurlarında bir hataya düştüğü kabul edilecek ve gerçekleşmiş bu sonuçtan sorumluluğu yoluna gidilemeyecektir.

MADDİ UNSUR (FİİL DEVAM)

Rızadan bahsedilirken ele alınması gereken son bir husus ise mağdurun eyleme yönelik belli bir direnç göstermeden sadece “hayır” demesinin rızasızlığını kabul bakımından yeterli kabul edilip edilemeyeceğidir. Bu konuda yalnızca mağdurun “hayır” demesinin yeterli kabul edilemeyeceğine yönelik görüşler bulunmakla birlikte, biz mağdurun eyleme karşı “hayır” demesinin, kendisine yönelen cinsel davranışlara rızasının bulunmadığının kabul edilmesi için yeterli olacağı görüşüne katılmaktayız. Ancak böyle bir durumda ispat bakımından birtakım sorunlar yaşanabilir.

Cinsel saldırı suçu bakımından kişinin eyleme yönelik göstermiş olduğu bir rıza söz konusu ise bu durumda bir cinsel saldırı suçundan söz edilemeyeceğini ifade etmiştik. Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus bu rıza açıklamasının cebir, tehdit, hile gibi yollarla fesada uğratılmadan özgür iradeye dayanması gerektiğidir.

-Cebir, mağdurun direncini kıran ve failin arzu ve istekleri doğrultusunda hareket etmesini sağlayan fiziki güç olarak tanımlanabilir. Cebrin eylemin gerçekleştiği sürecin tamamı boyunca kullanılmasına gerek bulunmamaktadır. Sürecin herhangi bir aşamasında başvurulması yeterlidir. Cebrin mağdur üzerinde gerçekleştirilmesi gerekir. Mağdurun yakınları üzerinde gerçekleştirilen ve bu suretle onun cinsel davranışa razı olmasını sağlamayı amaçlayan cebir, mağdura yönelik tehdit teşkil eder.

-Tehdit, mağdurun kendisi veya yakınları üzerinde gerçekleştirilen ve mağdurun fail tarafından talep edilen cinsel davranışlara razı olmaması durumunda ileride bir kötülüğe uğrayacağının kendisine bildirilmesidir. Burada söz konusu olan tehdit, mağdurun kendisi veya yakınlarının hayatına, vücut bütünlüğüne, malvarlığına, şeref ve haysiyetine yönelik olabilir. Ancak bu tehdidin mağdurun iradesini fesada uğratabilecek nitelikte bir tehdit olabilmesi için gerçekleştirileceği ileri sürülen zararın, cinsel saldırı sonucu uğranılacak zarardan daha ağır olması beklenir. Ayrıca tehdidin cinsel saldırı oluşturacak eylemlerin gerçekleştirileceği esnada sarf edilmesi gerekir.

-Hile ise mağdurun iradesini fesada uğratmak amacı ile başvurulan ve bu şekilde onun vücudu üzerinde cinsel saldırı suçunun maddi unsuru olan cinsel davranışların gerçekleştirilebilmesini olanaklı hâle getiren her türlü aldatıcı harekettir. Böyle bir durumda fail, mağduru yanıltarak hataya sevk etmekte, kandırmakta ve bu yolla onu cinsel davranışlara karşı koyamayacağı bir duruma getirmektedir. Örneğin failin mağdurun içkisine ilâç karıştırması, mağduru hipnotize etmesi, kendisini doktor olarak tanıtıp mağdura kendisini muayene ediyormuş izlenimi vermesi, mağduru uyuşturucu madde ile bayıltması bu çerçevede değerlendirilebilir. Hile kapsamında ele alınması gereken önemli bir nokta ise evlenme vaadinde bulunularak mağdurun cinsel davranışlara rıza göstermesinin sağlanması hâlinde, bu durumun cinsel saldırı suçu kapsamında hile olarak kabul edilip edilemeyeceği hususudur. mağdur kimsenin cinsel davranışa rızasını sağlamak amacıyla başvurulan her türlü aldatıcı davranış ve bu çerçevede sahte evlenme vaadi de mağdurun iradesini fesada uğrattığından, böyle bir vaatte bulunulduğu ve bu yolla mağdurun cinsel davranışlara rızasının elde edildiği durumlarda, cinsel saldırı suçunun oluşacağı kabul edilmelidir. Yargıtay da bir kararında, mağdurun cinsel ilişkiye rızasının, failin kandırıcı nitelikte, yoğun, ustaca sergilediği hileli davranışlarla mağdurda evlendiği zannını oluşturması sonucu elde edildiğini ve bu nedenle de mağdurun gösterdiği bu rızanın esasında gerçek iradesini yansıtmadığını kabul etmiş ve failin nitelikli cinsel saldırı suçundan cezalandırılması gerektiğine hükmetmiştir. Cebir, tehdit ve hile ile ilgili dikkat edilmesi gereken son husus ise, bu unsurlar bulunmaksızın da suçun işlenebilmesinin mümkün olabilmesidir. Nitekim bu suç açısından önemli olan mağdurun eyleme yönelik rızası ve iradesinin bulunmamasıdır. Bu noktada, mağdurun eyleme karşı koyacak fırsatı bulamadan ani bir hareketle mağdura yönelik cinsel amaçla bir temasın sağlandığı bir durumda ya da uyku hâlinde bulunmasından yararlanılması durumlarında da mağdurun rızası veya iradesi söz konusu olamayacağından, yine suçun gerçekleştiği kabul edilecektir.

MADDİ UNSUR (NETİCE)

Cinsel saldırı suçunun kanuni tanımında hareketten bağımsız ayrı bir neticenin meydana gelmesi aranmadığından cinsel saldırı suçu bir neticesiz suç yani diğer bir deyişle sırf hareket suçudur. Bu nedenle, suçun oluştuğunun kabulü için failin cinsel arzularını tatmin etmiş olması ya da inzal olup olmaması gerekli değildir. Ancak unutulmamalıdır ki cinsel saldırı suçunun 4. fıkrasında, suçu işlemek amacıyla başvurulan cebir ve şiddetin kasten yaralama suçunun ağır neticelerine neden olması hâli ve 5. fıkrasında, suçun işlenmesi sonucunda mağdurun bitkisel hayata girmesi veya ölümüne neden olunması durumlarını kanun koyucu ayrıca netice olarak aradığından, bu iki fıkrada yer alan suçun neticesi sebebiyle ağırlaşan hâllerinde netice önemlidir.

MADDİ UNSUR (NEDENSELLİK)

Nedensellik bağının tespiti neticeli suçlar bakımından önem teşkil eder. Cinsel saldırı suçu bir sırf hareket suçu olduğundan ötürü, kural olarak cinsel saldırı suçu nedensellik bağı bakımından bir önem arz etmez. Ancak yukarıda da izah ettiğimiz üzere 4 ve 5. fıkralar için kanun koyucu fiilden ayrı bağımsız bir netice aradığından, nedensellik bağının mevcudiyeti söz konusu fıkralar bakımından tespiti gereken bir husustur.

MANEVİ UNSUR

Cinsel saldırı kasten işlenebilen bir suçtur. Faildeki bu kastın suç tipinin tüm unsurlarına yönelik olması gerekir. Suçun doğrudan kastla işlenmesi mümkün olduğu gibi olası kast ile işlenebilmesi de mümkündür. Kanunda bir suçun taksirle işlenebileceğine ilişkin açık bir düzenleme yok ise suç taksirle işlenemez. Bu nedenle, Kanun'da cinsel saldırı suçunun taksirli hâli düzenlenmemiş olduğundan, suçun taksirle işlenebilmesi mümkün değildir.

Her ne kadar madde gerekçesinde suçun temel şekli için failin cinsel arzularını tatmin amacıyla hareket etmesi gerektiği; ancak vücuda organ veya cisim sokulması şeklinde işlenebilen suçun nitelikli hâli için aynı koşulun bulunup bulunmamasının suçun oluşumu açısından bir önemi olmadığı ifade edilmiş ise de daha önce izah ettiğimiz üzere, madde metninde aranmayan bir hususun gerekçede yazılmak sureti ile maddenin kapsamının sınırlandırılması söz konusu olamayacağından dolayı, suçun oluşumu bakımından bu şekilde bir saik ile hareket edilmesi gerektiğinin bir önemi bulunmamaktadır. Dolayısı ile failin cinsel arzularını tatmin etme amacıyla hareket etmesi gerektiği şeklinde bir saik veya özel kast cinsel saldırı suçu kapsamında aranmayacaktır.

Failin suçun maddi unsurlarına ilişkin hatası esaslı kabul edildiği takdirde, bu yanılgı failin kastını ortadan kaldıracak ve gerçekleştirilen davranış suç teşkil etmeyecektir. Böyle bir hatanın esaslı kabul edilebilmesi ise, eğer fail yanılmasaydı gerçekleştirmiş olduğu davranış suç teşkil etmeyecekti denilebildiği durumlarda söz konusu olacaktır. Bu nedenle failin suçun maddi unsurlarında esaslı bir hataya düştüğünün kabul edildiği durumlarda kasten hareket etmediği kabul edilecek ve cinsel saldırı suçunun da Kanun'da taksirli hâli düzenlenmediğinden, faili bu suçtan sorumlu tutmak mümkün olamayacaktır

HUKUKA AYKIRILIK VE KUSURLULUK

Bir davranışa verilen geçerli bir rıza eylemi hukuka uygun hâle getirir. Ancak bu rızanın geçerli bir rıza olduğunun kabul edilebilmesi için bu rıza açıklamasının konusu olan değerin üzerinde serbestçe tasarruf edilebilen bir niteliğe sahip olması gerekir. Cinsel saldırı suçunda koruma altına alınan hukuki değer kişilerin cinsel dokunulmazlıklarıdır. Cinsel dokunulmazlık ise kişilerin üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabilecekleri hukuki değerlerden kabul edilmektedir. Ancak rıza sahibinin rıza göstermeye ehil olması gerektiği unutulmamalıdır. Bu kapsamda, on beş yaşından küçük bir çocuğun cinsel ilişkiye göstermiş olduğu rıza açıklaması geçerli kabul edilemez. Rıza açıklaması sonucu rıza sahibine yönelik gerçekleşen cinsel davranışların, izin verilen rızanın kapsamını aşmaması gerekir. Bu çerçevede örneğin rıza sahibi kendisine yönelik sadece fiziksel temasa rıza göstermiş; fakat fail, mağdurla cinsel birliktelik kurmuş ise böyle bir durumda da cinsel saldırı suçu söz konusu olacaktır. Yine rıza sahibinin normal yoldan cinsel birlikteliğe göstermiş olduğu rızaya karşılık fail anal yoldan birliktelik sağlamış ise cinsel saldırı suçu gerçekleşmiş olacaktır.

Cinsel saldırı suçu bakımından meşru savunma veya zorunluluk hâlinin hukuka aykırılığı ortadan kaldırıcı bir etkisi yoktur.

Cinsel saldırı suçunda haksız tahrik hükümlerinin uygulanabilirliği, doktrinde tartışmalı bir konudur. her somut olayın özelliği dikkate alınarak, kimi durumlarda cinsel saldırı suçu bakımından da haksız tahrik hükümlerinin uygulanması mümkün olabilecektir. Örnek vermek gerekirse; eşi, kız kardeşi veya sevgilisi tecavüze uğrayan bir kimse, gerçekleşen bu olayın meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında haksız fiili gerçekleştiren kişiye karşı aynı veya benzer bir davranışta bulunduğu durumlarda da haksız tahrik hükümlerinden yararlanması gerekecektir. Zira Ceza Kanunumuzda bu duruma engel olan bir hüküm bulunmamaktadır. Aksinin kabulü ne adil bir sonuç olacak ne de hakkaniyete uygun olacaktır

TCK’nın 102. maddesinin ilk fıkrasının son cümlesinde suçun, temel şekline göre daha hafif cezalandırılmasını gerektiren nitelikli bir hâli düzenlenmiştir. sarkıntılık fiilinin söz konusu olabilmesi için fiziksel bir temasın söz konusu olması, bu fiziksel temasın cinsel davranışlarla gerçekleştirilmesi, temasın suçun temel boyutuna ulaşmayacak derecede ani ve hareketler yönünden kesintili olması gerekmektedir. Gerçekleşen eylemler bakımından suçun temel şekliyle daha az cezayı gerektiren nitelikli hâli olan sarkıntılık fiilini her koşulda birbirinden ayırabilecek sihirli bir formül ortaya koyabilmenin olanağı yoktur. Bu nedenle, gerçekleştirilen davranışların bu kapsamda olup olmadığı her somut olay açısından davranışın yoğunluğu, etkisi ve devam süresi göz önüne alınarak değerlendirilmesi gerekir. Sarkıntılık fiili açısından önem arz eden nokta, failin cinsel davranışlarla mağdurun vücuduna temas etmiş olmasıdır. Yoksa daha önce de ifade ettiğimiz şekilde, mağdurun vücudunda temas sağlanan bölgenin suçun oluşması bakımından bir önemi bulunmamaktadır. Ancak doğal olarak temas edilen vücut bölgesine göre yani mağdurun bacağına dokunmak ile cinsel organına dokunmanın yaratacağı haksızlık içeriği bir olamayacağından, bu durum verilecek ceza bakımından TCK 61. madde çerçevesinde cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesinde göz önüne alınması gerekecektir.

İkinci fıkrada, vücuda organ veya cisim sokulması şeklinde işlenebilen ve temel şekle göre daha ağır ceza verilmesini gerekli kılan nitelikli hâline, üçüncü fıkrada ise diğer nitelikli hâllere yer verilmiştir. vajinal (normal), anal (anormal) yoldan olduğu kadar oral yoldan cinsel organ veya vücuda girme özelliğini haiz bir başka organ veya cismin sokulması durumunda da gerekli diğer şartları sağlaması hâlinde suçun bu nitelikli şeklinin oluştuğunun kabulü söz konusu olabilecektir. Kanun koyucu, suçun bu nitelikli hâlinden söz edilebilmesi için vücuda organ veya sair bir cismin sokulması gerektiğini ifade etmiş ise de organ veya cismin vücudun neresine sokulması veya ne şekilde olması gerektiğini madde metninde düzenleme ihtiyacı hissetmemiştir. Her ne kadar kanun koyucunun maddeyi düzenlerken bu şekilde hareket etmesinin bilinçli bir tercihin sonucu olduğu, dolayısı ile burada asıl amacın cinsel dokunulmazlığın kapsamının geniş tutulmak istenmiş olduğu niyet ve düşüncesi ileri sürülebilirse de bu iyi niyetli yaklaşım, maddenin anlamının açık olmadığını ve bu düzenlemenin belirlilik ve kanunilik ilkeleriyle bağdaşmadığı gerçeğini değiştirmeyecektir. Fakat cinsel organın burun, göbek veya kulak deliğine sokulmaya çalışılması durumunda ilk etapta aynı kesinlikte net bir cevap verilememektedir. Bu nedenle kanımızca bir kimsenin bir başka kimsenin kulak, burun veya göbek deliğine cinsel organını sokmaya çalışması durumunda her ne kadar davranışın yoğunluğuna göre suçun temel hâli söz konusu olabilecek ise de burada suçun nitelikli hâlinden söz edilemeyecektir. Vücuda cinsel organ dışında el, parmak, burun, dil, ayak gibi bir başka organ sokulduğunda ise organın sokulduğu vücut bölgesi gerek vajinal veya anal gerekse ağız boşluğu olsun fark etmeksizin failin gerçekleştirmiş olduğu hareket objektif anlamda cinsel olarak kabul edildiği takdirde m. 102/2 kapsamında nitelikli hâlin oluştuğundan söz edilecektir. Her ne kadar suçun nitelikli hâlinden söz edilebilmesi için vücuda organ veya bir cismin sokulması gerekmekte ise de bu organ veya cismin vücuda ne kadar girdiğinin bir önemi değildir. Yani kısmen de olsa vücuda girme, nitelikli hâlin (m. 102/2) tamamlandığının kabulü için yeterlidir. Yoksa tamamen girdiği hâllerde eylemin tamamlandığı, kısmen girdiği hâllerde tamamlanmadığı veya teşebbüs aşamasında kaldığı şeklinde bir tereddüt uyanmaması gerekir. cinsel saldırı suçunun m. 102/1’de düzenlenen temel ve sarkıntılık hâlinde olduğu gibi nitelikli hâlini (m. 102/2) oluşturan bu eylemlerin de eşe karşı işlenebilmesi pek tabii mümkündür.

Üçüncü fıkra kapsamında suçun; a) beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı, b) kamu görevinin, vesayet veya hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle, c) 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, d) silahla veya birden

SUÇUN CEZAYI ARTTIRAN NİTELİKLİ HALLERİ II

-Suçun Beden veya Ruh Bakımından Kendisini Savunamayacak Durumda Bulunan Kişiye Karşı İşlenmesi (TCK m. 102/3-a):Bedenen kendini savunamama, mağdurun kendisine yönelik cinsel davranışlara fiziken karşı koyamayacak bir durumda olması hâlidir. Böyle bir durum yaşlılık, felç hâlinde olma, aşırı kilolu olma veya ilerlemiş hamilelik hâli gibi çeşitli şekillerde olabilir.

Mağdur sağır-dilsiz veya görme engelli ise ve bu durumun mağdurun fiile karşı koyma direncini önemli derecede azalttığı kabul edilebiliyorsa bu kapsamda ele alınabilir.

Her ne kadar çocukların da beden bakımından kendilerini savunamayacak durumda oldukları kabul edilse de çocuklara yönelik fiziksel temasın söz konusu olduğu cinsel davranışlar 103. maddede çocukların cinsel istismarı başlığı altında ayrı bir suç olarak düzenlendiğinden cinsel saldırı suçunu oluşturmayacak dolayısı ile de bu bent kapsamında da ele alınamayacaktır.

Ruhen kendini savunamayacak durumda olma ise, mağdurun kendisine yönelik gerçekleştirilen bir cinsel saldırı eylemine karşı savunma imkânını ortadan kaldırabilecek derecede akıl hastalığından muzdarip olması durumunda olabileceği gibi uyku hâlinde veya baygın olmasından yararlanılarak gerçekleştirilen eylemler bakımından da söz konusu olabilecektir.

Mağdur, bedenen veya ruhen kendisini savunamayacak duruma kendi kusurlu bir hareketinden dolayı düşmüş olsa da bu nitelikli hâl söz konusu olacaktır. Nitekim mağdur, iradesi ile aldığı alkol veya uyuşturucu maddenin etkisi altında iken suç kapsamındaki eylemlere muhatap kalmış ise de bu bent kapsamında failin cezasında gerekli artırım yapılacaktır. Ancak mağdurun saflığı veya tecrübesizliği gibi durumlar bu bent kapsamında değerlendirilemez. Failin bu bent kapsamındaki nitelikli hâlden sorumlu tutulabilmesi için mağdurda bedenen veya ruhen yer alan savunmasızlık hâlinin failin eylemini gerçekleştirmeden önce mağdurda var olması gerekmekte, ayrıca failin de bu durumu eylemini gerçekleştirmeden önce bilmesi gerekir.

Sanığın mağdurda bulunan bu özel durumu bilmediği ve mağdurun cinsel davranışa onay verdiği yönünde savunmasının varlığı karşısında yapılacak tüm araştırma ve değerlendirmeler sonucunda sanığın iddiasının aksi ispatlanamıyor ise "Şüpheden sanık yararlanır" ilkesi gereğince sanığın sorumluluğu yoluna gidilemeyecektir.

SUÇUN CEZAYI ARTTIRAN NİTELİKLİ HALLERİ III

-Suçun Kamu Görevinin, Vesayet veya Hizmet İlişkisinin Sağladığı Nüfuz Kötüye Kullanılmak Suretiyle İşlenmesi (TCK m. 102/3-b) :Bu nitelikli hâl bakımından dikkat edilmesi gereken husus, bir olayda bu nitelikli hâlden söz edilebilmesi için cinsel davranışlarda bulunan kişinin tek başına kamu görevlisi olmasının ceza artırımı için yeterli olmamasıdır. Bu nitelikli hâlin varlığının kabulü için ayrıca cinsel davranışları gerçekleştiren ve kamu görevlisi olarak kabul edilen failin, ayrıca yerine getirdiği bu kamu görevinin kendisine sağlamış olduğu kamu gücünü veya otoritesini kötüye kullanarak mağdur üzerinde bu tip davranışlarda bulunmalıdır.

Vesayet ilişkisi, TMK hükümlerine göre kurulacak ve kapsamı da bu çerçevede ele alınacaktır. Bu kapsamda çocukların cinsel istismarının düzenlendiği TCK m. 103/3-d'den farklı olarak burada, TMK'de vesayet ilişkisi kapsamında yer alan kayyumun bu sıfatından kaynaklanan nüfuzunu kötüye kullanarak bu tür eylemleri gerçekleştirmesi hâlinde de bu bent kapsamında artırım yapılacaktır.

Aynı şekilde fail ile mağdurun aralarında bir hizmet ilişkisinin bulunması ve failin bu hizmet ilişkisinden kaynaklanan nüfuzunu ve otoritesini kendi lehine cinsel amaçları uğruna kötüye kullanması ve mağdura yönelik cinsel davranışlarda bulunması hâlinde bu artırım hâli söz konusu olacaktır. Fail ile mağdur arasındaki hizmet ilişkisinin sadece İK kapsamında bir iş veya hizmet sözleşmesinden kaynaklanması aranmaz. Yine hizmet ilişkisinin yazılı veya sözlü olarak kurulması, bedel karşılığında veya bedelsiz oluşu, geçici veya süresiz olması da bu bendin söz konusu olması bakımından önem arz etmez. Ancak taraflar arasındaki hizmet ilişkisi sona erdikten sonra gerçekleştirilen ve cinsel saldırı suçu teşkil edecek eylemlerde bu bent nedeniyle artırım yapılamaz.

SUÇUN CEZAYI ARTTIRAN NİTELİKLİ HALLERİ IV

-Suçun Üçüncü Derece Dâhil Kan veya Kayın Hısımlığı İlişkisi İçinde Bulunan Bir Kişiye Karşı ya da Üvey Baba, Üvey Ana, Üvey Kardeş, Evlat Edinen veya Evlatlık Tarafından İşlenmesi (TCK m. 102/3-c) : Kanun'da ifade edilen bu akrabalık ilişkileri TMK'nin kan ve kayın hısımlığının düzenlendiği 17 ve 18. maddelerine bakılarak tespit edilecektir. Bu çerçevede üçüncü derece dâhil kan veya kayın hısımlığı denildiğinde bundan; üçüncü derece dâhil üstsoy ve altsoy, amca, hala, teyze, dayı ve bunların çocukları ile aynı derecedeki evlatlık ilişkisi bulunanlar ile, eşin anne ile babası ve onların anne ve babaları, kayınbirader, baldız ve bunların çocukları ile bunlarla aynı derecedeki evlatlık ilişkisi bulunanlar anlaşılmalıdır.

Burada kayın hısımlığı bakımından dikkat edilecek nokta, evlilik ilişkisinin sona ermesi durumunda dahi daha sonradan gerçekleşen bu suç kapsamında bir eylem hâlinde faile bu bent kapsamında ceza artırımı yapılıp yapılamayacağı hususudur. Her ne kadar TMK'de kayın hısımlığının evlilik ilişkisinin ortadan kalkması ile sona ermeyeceği ifade edilmiş olsa da kanımızca evlilik birliği sona erdiği vakit bu bent kapsamında failin cezasında herhangi bir artırım yapılamayacaktır.

SUÇUN CEZAYI ARTTIRAN NİTELİKLİ HALLERİ V

Suçun Silahla veya Birden Fazla Kişi Tarafından Birlikte İşlenmesi (TCK m. 102/3-d) :

aa. Suçun Silahla İşlenmesi : Bu bent kapsamında bahsi geçen silah kavramından TCK m. 6/1-f uyarınca; a) ateşli silahlar, b) patlayıcı maddeler, c) saldırı ve savunmada kullanılmak üzere yapılmış her türlü kesici, delici veya bereleyici alet, d) saldırı ve savunma amacıyla yapılmış olmasa bile fiilen saldırı ve savunmada kullanılmaya elverişli diğer şeyler, e) yakıcı, aşındırıcı, yaralayıcı, boğucu, zehirleyici, sürekli hastalığa yol açıcı nükleer, radyoaktif, kimyasal, biyolojik maddeler anlaşılmalıdır. Bu ağırlaştırıcı sebebi kanun koyucunun düzenlemesinin temel amacı, silahın bu fıkra kapsamında düzenlenen diğer tüm nitelikli hâllerde olduğu gibi bir şekilde suçun işlenmesinde failin mağdur üzerindeki otorite ve kontrol mekanizmasını kuvvetlendirmesi, diğer yandan da suçun işlenmesini kolaylaştırıcı bir etkisinin bulunmasıdır. Bu bent uyarınca artırım yapılabilmesi için failin sadece silahlı olması yeterli olmamakta, failin suçu işlerken bu silahı bir şekilde kullanmış olması gerekmektedir. Ancak silahın kullanılmasından maksat silahın ateşlenmiş olması değil, bir şekilde mağdurun faildeki bu silahın varlığı konusunda farkındalık yaratılmış olmasıdır. Failde bulunan bu silahın gerçek veya maket, kurusıkı ya da oyuncak vs. olması bu nitelikli hâlin oluşumu açısından önemsizdir.

bb. Suçun Birden Fazla Kişi Tarafından Birlikte İşlenmesi : Bu bent uyarınca ceza artırımı yapılabilmesi için suçun birden fazla kişi tarafından birlikte yani en az iki kişi tarafından birlikte faillik (TCK m. 37/1) çerçevesinde işlenmiş olması gerekmektedir. Bu nedenle bir kişinin asli fail olarak, diğer kişi ya da kişilerin ise azmettiren veya yardım eden olarak suça katıldığı durumlarda bu bent uyarınca ceza artırımı yapılamayacaktır. Suçun birden fazla kişi tarafından birlikte işlendiğinin kabul edilebilmesi için tüm faillerin cinsel saldırı suçunu işlemeleri gerekli değildir. Bu çerçevede faillerden birinin mağdurla anal ilişkiye girerken diğerinin vajinal yoldan ilişkiye girmesi bu kapsamda mümkün olabilecekken yine biri ilişkiye girerken diğerinin mağdurun direncini kırmak amacıyla kollarından tutması ve bu şekilde suçun işlenişini kolaylaştırması durumunda da pekâlâ bu nitelikli hâl söz konusu olabilecektir. Bu başlık altında son olarak ifade etmemiz gereken husus ise, bu nitelikli hâlin varlığının kabul edilebilmesi yönünden bu kimselerin suçu işlemeden önce aralarında herhangi bir anlaşmaya varmış olmalarının da gerekmediğidir

SUÇUN CEZAYI ARTTIRAN NİTELİKLİ HALLERİ VI

Suçun İnsanların Toplu Olarak Bir Arada Yaşama Zorunluluğunda Bulunduğu Ortamların Sağladığı Kolaylıktan Faydalanmak Suretiyle İşlenmesi (TCK m. 102/3-e) : Bu bent 6545 sayılı Kanun değişikliği ile üçüncü fıkra kapsamına dâhil edilen tamamı ile yeni bir ağırlaştırıcı sebeptir. İnsanların toplu olarak bir arada yaşama zorunluluğunda bulunduğu ortamlar, kişilere kendilerini güvende bulunduğu hissiyatı aşılaması ve bu nedenle herhangi bir tedbir alma ihtiyacı hissetmemeleri nedeniyle aslında bireyleri daha savunmasız kılmakta bu sebeple de failler böyle ortamlarda cinsel saldırı suçunu çok daha rahat ve kolay bir şekilde işleyebilmektedirler.

İnsanların toplu olarak bir arada yaşama zorunluluğunda bulunduğu ortamlardan kastedilen; kışla, öğrenci yurdu, hastane, ceza infaz kurumu, okul pansiyonu gibi yerlerdir. Bu nitelikli hâlin uygulanabilmesi için öncelikle eylemin gerçekleştirildiği ortamın kişilerin zorunlu olarak birlikte yaşamlarını sürdürebilmelerini gerektirdiği bir yaşam alanı olması gerekli ise de yeterli değildir. Ayrıca bu tip bir ortamın faile suçu işlemesi bakımından kolaylık sağlaması ve failin de bu kolaylıktan yararlanarak suçu gerçekleştirmesi beklenir.

NETİCESİ SEBEBİYLE AĞIRLAŞMIŞ CİNSEL SALDIRI SUÇU

Maddenin 4 ve 5. fıkralarında gerçekleştirilen cinsel saldırı eyleminin neticesi sonucu cezanın ağırlaştırılarak verilmesini gerektiren durumlara yer verilmiştir.

Bu durumlar;

a) cinsel saldırı için başvurulan cebir ve şiddetin kasten yaralama suçunun ağır neticelerine neden olması hâlinde ayrıca kasten yaralama suçundan hüküm kurulacağına ilişkin fıkra ile

b) b) suç sonucu mağdurun bitkisel hayata girmesi veya ölümü hâlinde faile, cinsel saldırı suçu bakımından tavan sınır olan ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası verileceği ile ilgili son fıkradır.

NETİCESİ SEBEBİYLE AĞIRLAŞMIŞ CİNSEL SALDIRI SUÇU (F.4 VE F.5)

Suçun İşlenebilmesi İçin Başvurulan Cebir ve Şiddetin Kasten Yaralama Suçunun Ağır Neticelerine Neden Olması Hâli (TCK m. 102/4) :

Cinsel saldırı suçu işlenirken, fail tarafından mağdura karşı (belirli bir dereceye kadar) kullanılan cebir ve şiddet suçun unsurudur. Çünkü bu suç daha önce de dile getirdiğimiz üzere rıza hilafına işlenebilen bir suçtur. Kanun'a göre 18 yaşından büyük yetişkin bir kimsenin kendisine yönelik gerçekleşen cinsel davranışlara gösterdiği geçerli bir rıza eylemin suç olmasını engeller. Bu nedenle failin mağdurun rızasına aykırı olarak eylemini gerçekleştirebilmesi için mağdura yönelik belirli bir dereceye kadar kullanabileceği muhtemel zor, suç kapsamında kabul edilmiştir. İşte bu derece için kanun koyucunun belirlemiş olduğu sınır, kasten yaralama suçunun ağır neticelerine (TCK m. 87) neden olunana kadardır. Diğer bir deyişle kasten yaralama suçu (TCK m. 86), cinsel saldırı suçunun bir unsurudur ve bu nedenle ayrıca cezalandırılamaz. Bu sınırı aşan her şiddet eylemi veya kullanılan zor failin gerçek içtima kuralı uyarınca cezalandırılmasına yani eyleminin karşılığı olan cinsel saldırı suçuna ilâve olarak kasten yaralama suçundan da cezalandırılmasına yol açacaktır.

Suç Sonucu Mağdurun Bitkisel Hayata Girmesi veya Ölmesi Hâli (TCK m. 102/5) :

Bitkisel hayat kavramından, "beyin fonksiyonlarının yitirildiği, solunum ve dolaşım sisteminin dış destekle görev yaptığı, tam bilinçsizliğin bulunduğu klinik yaşam türü" anlaşılması gerekir. Ancak unutulmaması gereken husus, burada neticesi sebebiyle suçun ağırlaşmış bir hâli söz konusu olduğundan, failin cinsel saldırı suçunu gerçekleştirmek amacıyla hareket ettiği; ancak failin bu davranışlarının neticesi olarak mağdurun ölümü veya bitkisel hayata girmiş olması gerekmektedir. Yoksa fail, mağduru öldürmek veya bitkisel hayata sokmak kastıyla hareket ettiği durumlarda cinsel saldırı suçundan bağımsız olarak ayrıca gerçekleşen ölüm veya bitkisel hayattan da sorumlu olur. Doğal olarak, failin bilerek ve isteyerek sebep olmadığı bu ağır neticeden sorumlu tutulabilmesi için en azından taksirle hareket etmiş olması gerekmektedir. Bu ağır neticeden failin sorumluluğu yoluna gidilebilmesi için hareket ve netice arasında doğrudan nedensellik bağının kurulabilmesi gerekir.

SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ (TEŞEBBÜS)

Gerek birinci fıkrada yer alan suçun temel hâli ve sarkıntılık boyutu gerekse ikinci fıkradaki nitelikli hâli bir sırf hareket suçudur. Kanun'da tipik olarak düzenlenmiş eylemin yapılmasıyla suç tamamlanır. Hareket parçalara bölünebilir ise teşebbüs mümkündür.

Neticesi sebebiyle ağırlaşan hâllere teşebbüs mümkün değildir. Çünkü Kanun, teşebbüs için işlenmesi kastedilen bir suçtan bahsetmektedir. Ancak neticesi bakımından ağırlaşmış bir suçta failin ağır netice bakımından sorumluluğu için en azından taksirle hareket etmesi aranmaktadır. Buradaki "en azından" ifadesi failin ağırlaşan netice bakımından objektif sorumluluğunu bertaraf etmek içindir. Bu neticenin faile yüklenebilmesi için taksir derecesinde dahi olsa bir kusurunun bulunması amaçlanmaktadır.

Cinsel saldırı suçunda suçun ilk fıkrası bakımından failin, mağdurun vücuduna cinsel davranışlarla temasta bulunduğu; ancak gönüllü olarak davranışlarını sürdürmekten vazgeçtiği durumlarda, o ana kadar yapmış olduğu davranışlar zaten temel veya sarkıntılık boyutunda cinsel saldırı suçunu oluşturduğundan, failin eyleminden gönüllü olarak vazgeçmesinin suçun oluşumu yönünden bir etkisi söz konusu olmayacaktır. Ancak failin vücuda organ veya cisim sokma kastıyla hareket ettiği, mağdura yönelik vücut teması da sağladığı; ancak eylemini sürdürmekten vazgeçtiği, vücuda herhangi bir şey sokmadığı durumlarda ise sadece eyleminin karşılığı olan temasın niteliğine göre suçun temel veya sarkıntılık hâline göre cezalandırılması gerekecektir.

Yargıtay, istikrarlı bir şekilde verdiği kararlarda, failin nitelikli cinsel saldırı suçunun icra hareketlerine başladığı; ancak mağdurun aşılabilir mukavemeti dışında başkaca ciddi bir engel nedenin olmadığı hâllerde, eylemini sürdürmediği veya sürdürmekten vazgeçtiği durumlarda otomatikman nitelikli cinsel saldırı suçundan ziyade, failin eyleminin tamam olan kısmından yani faili suçun temel hâlinden cezalandırma yoluna gitmektedir. Bu durum artık Yargıtay'ın istikrar kazanmış bir uygulaması hâline gelmiştir.

Cinsel saldırı suçunun vücuda organ veya cisim sokulması şeklinde işlenebilen nitelikli hâlini gerçekleştirmek isteyen; ancak bu eylemi kendisinde bulunan iktidarsızlık sebebi ile tam olarak yerine getiremeyen failin eyleminin teşebbüs aşamasında mı kaldığı yoksa burada esasında işlenemez bir suçun varlığının mı söz konusu olduğu tartışmalıdır.

SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ (İŞTİRAK)

- Cinsel saldırı suçunda iştirak yönünden genel hükümler uygulanır. Cinsel davranışlarla bir kimsenin vücut dokunulmazlığını ihlal eden kişi bu suçun failidir. Cinsel saldırı suçu bakımından Kanun'da tanımlanmış tipik eylemi gerçekleştiren kimselerden bu eylemleri aldıkları birlikte suç işleme kararının icrası kapsamında yerine getirenler birlikte fail (müşterek) olarak, yine suçun failine bu tip bir suçu işlemesi yönünde karar aldıran kişi azmettiren olarak, suçun işlenmesi için yardımda bulunarak suçun icrasını kolaylaştıranın ise yardım eden olarak sorumluluğu yoluna gidilecektir.
- Cinsel saldırı suçunda iştirak bakımından dikkat edilmesi gereken noktalardan biri de TCK m. 37 kapsamında suçun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi hâlinde, 102/3-d bendinde düzenlenen nitelikli hâl uyarınca ceza artırımı yapılacağı hususudur. Ancak bunun için suça iştirak eden kimselerin eyleme katkılarının birlikte faillik derecesinde olması gerekmektedir. Suçun faili dışındaki kimselerin suça şerik olarak yani azmettiren veya yardım eden olarak katıldığı durumlar bu nitelikli hâl kapsamı dışındadır.

SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ (İÇTİMA)

Cebir ve tehdit yoluyla cinsel saldırı suçu gerçekleştirildiği vakit, bu iki durum suçun bir unsuru olarak değerlendirileceğinden, birleşik suç kapsamında kabul edilir ve bu nedenle ayrıca cebir ve tehditten faile ceza verilmesi söz konusu olmaz. Ancak burada suçun unsuru mahiyetindeki cebir TCK m. 86/1 ve m. 86/2 kapsamındaki yaralamalardır. TCK m. 102/4 lafzından da açık bir şekilde anlaşılacağı üzere bu sınırı aşan yani uygulanan cebrin, kasten yaralama suçunun ağır neticelerine (TCK m. 87) sebep olması durumunda, bu yaralama hâli suçun unsuru olmaktan çıkar ve fail ayrıca kasten yaralama suçundan da cezalandırılır.

Yine unsur olan tehdidin eylem sırasında suçun icrasını kolaylaştırmak amacıyla yapılmış olması gerekir. Yoksa cinsel saldırı eylemi sona erdikten sonra örneğin failin, bu yaşananları kimseye anlatmaması konusunda mağdura bir tehditte bulunduğu durumlarda, faili bağımsız tehdit suçundan cezalandırmak gerekecektir.

Cinsel saldırı suçunun özelliği gereği, TCK m. 109'da düzenlenen kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu ile ilişkisi de dikkatle irdelenmesi gereken bir husustur. Burada kafa kurcalayan şey, cinsel saldırı suçunu gerçekleştiren failin bir şekilde suçun kendine has özelliğinden dolayı zorunlu olarak somut olayın özelliğine göre değişkenlik gösterse de az ya da çok bir süreliğine kişinin hareketlerini kısıtlaması hâlinde ayrıca TCK m. 109 uyarınca cezalandırılıp cezalandırılmayacağıdır. Kanımızca, failin salt cinsel saldırı eylemini gerçekleştirirken mağduru özgürlüğünden mahrum bırakması hâlinde, suçu gerçekleştirebilmek için mağdurun hareket kabiliyetini kısıtlayan failin eylemi fikri içtima (farklı neviden) kapsamında kalacak ve faile cezası ağır olan suçtan ceza verilmesi yoluna gidilecektir. Ancak bu şekilde bir sonuç için mağdurun özgürlüğünden yoksun bırakılması hâlinin failin cinsel saldırı eylemiyle sınırlı olarak gerçekleşmesi gerekir. Bu nedenle cinsel saldırı eyleminden önce veya sonra bu sınırı aşan her kısıtlama gerçek içtima kuralı uyarınca failin ayrıca cinsel amaçla kişiyi hürriyetinden yoksun kılma (TCK m. 109/5) suçundan da cezalandırılmasını gerektirecektir.

Yine failin cinsel saldırı suçunu işlemek amacıyla mağdurun konutuna girdiği durumlarda, faili ayrıca konut dokunulmazlığının ihlali suçundan da (TCK m. 116) sorumlu tutmak gerekecektir.

5237 sayılı Kanun'un ilk hâlinde cinsel saldırı suçu m. 43/3'te kasten öldürme, kasten yaralama, işkence, çocukların cinsel istismarı ve yağma gibi suçlarla birlikte zincirleme suç hükümlerinin uygulanmasının mümkün olmadığı suç tipleri arasında düzenlenmişti. Ancak 08.07.2005 tarih ve 25869 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 29.06.2005 tarih ve 5377 sayılı Kanun'un 6. maddesi ile cinsel saldırı suçu bu suçların arasından çıkarılmıştır. Bu nedenle cinsel saldırı suçu, bundan böyle zincirleme suç hükümlerinin uygulanabileceği suç tiplerinden biri hâline getirilmiştir.

Failin tek bir hareketle ve birden fazla kişiye karşı cinsel saldırı suçunu gerçekleştirebilmesi mümkün olamamaktadır. Bu nedenle, bu tür bir durumun varlığı hâlinde mağdur sayısınca suç oluştuğunun kabulü gerekecektir