

CİNSEL SALDIRI VE CİNSEL İSTİSMAR SUÇLARINDA SARKINTILIK FİİLİ (YARGITAY KARARLARI IŞIĞINDA)

Merve AYGÜL ATAKAYA*

Öz

Sarkıntılık fiiline, TCK'nun 102 ve 103. maddelerinde, daha az cezayı gerektiren nitelikli birer hal olarak yer verilmiş, ancak her iki madde metninde de tanımı ve sınırlarına ilişkin bir belirleme yapılmamıştır. Bu eksiklikten hareketle çalışmamızda, sarkıntılık fiiline ilişkin ETCK ve TCK'da yer alan kanuni düzenlemeler, öğretilerdeki görüşler ve Yargıtay kararları irdelenerek sarkıntılık fiili tanımlanmaya ve sınırları çizilmeye çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler

Cinsel Saldırı • Cinsel İstismar • Sarkıntılık • Yargıtay • Türk Ceza Kanunu

MOLESTATION IN SEXUAL ASSAULT AND SEXUAL ABUSE CRIMES (IN THE LIGHT OF SUPREME COURT DECISIONS)

Abstract

In articles 102 and 103 of the TCK, the act of molestation is included as a qualified situation requiring less punishment, however, no determination has been made regarding its definition and limits in the text of both articles. Considering this shortcoming, in our study, the act of molestation has been tried to be defined and its boundaries drawn by taking into account the legal

* Muş 1. Ağır Ceza Mahkemesi Başkanı; Yüksek Lisans Öğrencisi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Konya, Türkiye
| President of the 1st Heavy Penal Court of Muş; Cand. LL.M., Selçuk University Institute of Social Sciences, Department of Public Law, Konya, Turkey.

✉ mrvygl55@gmail.com • ORCID 0000-0003-2434-4820

🔍 **Atıf Şekli:** AYGÜL ATAKAYA Merve, "Cinsel Saldırı ve Cinsel İstismar Suçlarında Sarkıntılık Fiili (Yargıtay Kararları Işığında)", *SÜAMYOD.*, C. 5, S. 1, 2022, s. 113-147.

🔍 **İntihal | Plagiarism:** Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

regulations in the ETCK and TCK, the views in the doctrine and the decisions of the Supreme Court.

Key Words

Sexual Assault • Sexual Abuse • Molestation • Supreme Court • Turkish Penal Code

GİRİŞ

Cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar, TCK'nun "Özel Hükümler" başlıklı ikinci kitabının "Kişilere Karşı Suçlar" başlıklı ikinci kısmının "Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar" başlıklı altıncı bölümünde dört madde halinde düzenlenmiştir. Kanununun 102. maddesinde "cinsel saldırı", 103. maddesinde "çocuğun cinsel istismarı", 104. maddesinde "reşit olmayanla cinsel ilişki" ve 105. maddesinde ise "cinsel taciz" suçuna yer verilmiştir.

TCK'da cinsel suçlar düzenlenirken cinsel saldırı ve cinsel istismar suçlarında sarkıntılık fiiline yer verilmemiştir. Sarkıntılık fiiline, 18/06/2014 tarih ve 6545 sayılı kanun değişikliği ile birlikte 5237 sayılı TCK'da ilk olarak yer verilmiştir. Bu değişikliğin nedeni öngörülen kanun değişikliğinin gerekçesinde, suçların temel şekillerinde ceza miktarlarında artırım yapılacak olması nedeniyle, ani hareketlerde ceza miktarının az bırakılması ihtiyacı olarak açıklanmıştır.¹ Gereğenden anlaşıldığı üzere, kanun koyucu, suç ve ceza adaletini sağlamak amacıyla, sarkıntılık fiilini kanuna ekleyerek, suç ve cezaları derecelendirmiştir.

TCK'da ilk defa yer verilen sarkıntılık fiiliyle alakalı madde metninde ne bir tanımlama yapılmış, ne de kapsamının ne olduğuna ilişkin bir açıklamaya yer verilmiştir. Bu itibarla sarkıntılık fiilinin içeriği ve basit cinsel istismar ve saldırı suçlarından ayrılmasına ilişkin teknik detaylar uygulamaya bırakılmıştır.

Hukuk düzeni sarkıntılık fiiline ilişkin 765 sayılı ETCK döneminde de düzenleme bulunması nedeniyle aslında bu kavrama yabancı değildir. Ancak ETCK döneminde de sarkıntılık fiilinin tanımı kanunda yapılmamış ve uygulamayla şekillenmiştir.

¹ <https://docplayer.biz.tr/43874343-6545-sayili-kanunun-yargi-paketi-gerekceleri.html>.

Esasen ETCK'nın ilk halinde de sarkıntılık fiiline yer verilmemiştir. Ancak 08.06.1933 tarih ve 2275 sayılı kanun ile ETCK'nın 421. maddesinde değişiklik yapılarak, "*Kadınlara ve genç erkeklere söz atanlar on beş gündən üç aya kadar ve sarkıntılık edenler bir aydan altı aya kadar hapsolünür.*" biçiminde yeniden düzenlenmiş ve sarkıntılık fiili böylece hüküm altına alınmıştır.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun, ETCK'nın yürürlükte olduğu dönemde verdiği 24.12.1990 tarihli kararında sarkıntılığın tanımı; "*belirli bir kimseye karşı işlenen, o şahsın edep ve iffetine dokunan ani ve hareketler yönünden kesiklik gösteren, şehvet kastiyle işlenen edepsizce davranışlar.*"² şeklinde yapılmıştır.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun anılan kararında ayrıca, sarkıntılık fiilinin oluşabilmesi için failin, mağdurun vücuduna temas etmesinin şart olmadığı da belirtilmiş ve sarkıntılık suçuna örnek olarak; "*ıslık çalmak, mağdurenin peşinden giderek sırnaşıkça hareketlerde bulunmak, cinsel organını göstermek veya mağdurun cinsel organını seyretmek, birden fazla aşk mektubu yazmak, çimdik atmak, el kol işaretleri ile cinsel ilişkide bulunmayı önermek*" gibi hareketleri göstermiştir.

Öğretide ise sarkıntılık fiilinin; "*Bir şahsa karşı, onun rızası hilafına olarak şehvet maksadile, söz, fiil ve hareketle, edep ve iffete tecavüz teşkil edecek surette ve fakat ırza tecavüz ve tasaddi cürümlerine veya bunların teşebbüsüne varmayacak şekilde yönelen tecavüzler*"³ ve "*Bir erkek tarafından, kadın, kız veya genç erkeğe karşı aleniyet şartı aranmaksızın, ırza geçme veya tasaddi suçlarının teşebbüs derecesini de teşkil etmeyen, mağdur üzerinde devamlılık arz etmeyen ve fakat vücutta temasın da şart olmadığı, söz, yazı veya diğer hareketlerle gerçekleştirilen temelinde cinsel dürtünün bulunduğu fiiller*"⁴ şeklinde tanım ve tarifi yapılmıştır.

Görüldüğü üzere; ETCK döneminde, sarkıntılık fiili; sözle, yazıyla veya mağdura yönelen fiziki bir hareketle gerçekleştirilebilmekteydi.

² YARGITAY CGK, 24.12.1990, E. 1990/5-343, K.1990/361.

³ DÖNMEZER, Sulhi, Ceza Hukuku Hususi Kısım, Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler, 5. Bası, İstanbul, 1983, s.190.

⁴ ÖNDER, Ayhan, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 3. Bası, İstanbul, 1991, s. 382.

Sarkıntılık fiili ETCK döneminde, laf atma suçundan, münferit olmaması ve devamlılık arz ederek sırnaşık hal alması nedeniyle ayrılabilirdi.⁵

TCK'nın 102. ve 103. maddelerinde değişiklik öngören 6545 sayılı kanuna bakıldığında ise, Hükümet Tasarısının 42. ve 43. maddelerinin ilk halinde aslında sarkıntılık kavramına yer verilmemiştir. Yalnızca her iki madde için de "Fiilin ani hareketle işlenmesi hâlinde" faile daha az ceza verileceği belirtilmiştir.

Cinsel saldırı suçuna ilişkin değişiklik öngören 42. maddenin gerekçesinde; *"Türk Ceza Kanununun 102 ve 103 üncü maddelerinde tanımlanan suçların temel şekli ile 105 inci maddesinde tanımlanan cinsel taciz suçu arasındaki ayırım ölçütü, fiziksel temastır. 105 inci maddede tanımlanan suçun oluşabilmesi için mağdurun vücuduna fiziksel bir temas söz konusu değildir. Buna karşılık, cinsel arzuların tatmini amacına yönelik olarak mağdurun vücuduna fiziksel temasta bulunulması halinde, mağdurun çocuk olup olmamasına göre 102 veya 103 üncü maddede tanımlanan suçlardan biri oluşmaktadır. Tasarıyla, bu iki maddede tanımlanan suçların temel şekli dolayısıyla verilecek cezaların artırılması öngörüldüğünden, somut olayın özelliklerine göre ani hareketlerle yapılan cinsel saldırılar bakımından ceza miktarının suçun temel şekli dolayısıyla bırakılması ihtiyacı ortaya çıkmıştır. Bu nedenle, maddenin birinci fıkrasına hüküm eklenmekte ve ani hareketle yapılan dokunuşta maddenin mevcut metnindeki cezanın verilmesi sağlanmaktadır. Diğer yandan, cinsel taciz suçuyla bir karışıklığa neden olabileceği mülahazasıyla 'sarkıntılık' ibaresinin yerine 'suçun ani hareketle işlenmesi' ibaresi tercih edilmiştir."* şeklinde açıklama yapılmış, cinsel istismar suçunda değişiklik öngören 43. maddenin gerekçesinde ise, 42. maddeye atıf yapılmakla yetinilmiştir.

Ancak Adalet Komisyonunda yapılan görüşmelerde; "ani hareket" kavramının kullanılmasının uygulamada tereddütlere yol açacağı, bu nedenle önceden bilinen ve uygulamanın da daha doğru anlayıp yorumlayacağı düşünülen ETCK dönemindeki "sarkıntılık" kavramına dönülmesinin daha uygun olacağı şeklindeki görüş ve düşüncelerle "ani hareket" kavramı yerine "sarkıntılık" ibaresinin kullanılması tercih edilmiştir. Komisyon gerekçesinde bu durumun açıklaması *"ani hareket kavramının*

⁵ ARTUK, Mehmet Emin/ALŞAHİN, Mehmet Emin, "Sarkıntılık Fiili", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2016, C. 65, S. 4, s.3246.

tartışmalı olması nedeniyle sarkıntılık kavramının kullanılması amacıyla verilen önerenin kabul edilmesi gerektiği..." biçiminde yapılmıştır.

Netice olarak; Hükümet tasarısında yer alan "*fiilin ani hareketle işlenmesi*" kavramı yerine cinsel saldırı veya istismarın "*sarkıntılık düzeyinde kalması*" 6545 sayılı Kanun ile TCK'nun hem 102. hem de 103. maddesinde daha az cezayı gerektiren nitelikli birer hâl olarak düzenlenmiştir.

1. Korunan Hukuki Değer

TCK'da yaptırıma bağlanan her bir suç, hukuki bir değer ya da menfaatin ihlalidir.⁶ Bir suçla korunan hukuki değer ne olduğu hakkında, ceza kanunu sistematüğinde düzenlendiği yer sayesinde bilgi edinelebilmektedir. TCK'ya baktığımızda, cinsel saldırı ve cinsel istismar suçlarına ilişkin maddelerde yer alan sarkıntılık fiilinin "Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar" başlıklı altıncı bölümde düzenlendiği nazara alınırsa, bu bölümde düzenlenen suçlar bakımından, suçla korunan hukuki değer, bireyin cinsel dokunulmazlığı olduğu anlaşılmaktadır.⁷ TCK'nun 102. madde gerekçesinde "*Bu bölümde yer alan suçlarla korunan ortak hukukî değer, kişilerin cinsel dokunulmazlığıdır.*" denilmek suretiyle bu durum açıkça ifade edilmiştir.

Cinsel suçlarda korunan hukuki değer, Yargıtay kararlarında; kişilerin cinsel özgürlüğü ve dokunulmazlığı olarak belirtilmektedir.⁸

⁶ FIRAT, Sunay/İLTAŞ, Yiğit/IŞIK YILMAZ, Ş. Berfin, Ruhsal ve Hukuki Yönleriyle Çocuk İstismarı Çocukların Cinsel Dokunulmazlığına Karşı Suçlar, Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara, 2017, s.101.

⁷ AKKAYA, Çetin, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, Ankara, 2018, s.167.

⁸ "Korunan hukukî değer, kişilerin cinsel özgürlüğü ve dokunulmazlığıdır. Cinsel saldırı suçunda failin kadın ya da erkek, evli veya bekâr olması mümkündür. Fail ile mağdurun farklı ya da aynı cinsiyetten olması da önemli değildir. Ancak, TCK'nun 102. maddesinde düzenlenen cinsel saldırı suçunun mağdurunun on sekiz yaşını tamamlamış olması gerekir. Cinsel saldırı kasten işlenebilir ve failin kastının suçun kanuni tanımındaki tüm unsurları, yani mağduru, cinsel davranışı, vücut dokunulmazlığının ihlalini ve mağdurun rıza göstermediğini kapsamı gerekir. Bu suçla korunan hukuki yarar üzerinde tasarrufta bulunabilen cinsel özgürlük olduğundan hukuki sınırlar içerisinde kalması şartıyla rızaya ehil mağdurun cinsel davranışa göstereceği rıza, fiili hukuka uygun hale getirecektir." YARGITAY CGK, 01.06.2021, E. 2019/14-38, K. 2021/233.

2. Suçun Maddi Unsurları

2.1. Fail

Cinsel istismar suçu yönünden;

TCK'nın 103. maddesinde, fail açısından herhangi bir belirleme yapılmamıştır. Ancak, aynı kanunun "faillik" başlıklı 37. maddesinde yer verilen, suçun kanuni tanımında yer alan fiili gerçekleştiren kişinin fail olduğuna ilişkin tanımdan hareketle, cinsel istismar suçunun daha az cezayı gerektiren nitelikli bir hali olan sarkıntılık fiilinin faili, çocuğu cinsel yönden istismar eden kadın veya erkek gerçek kişidir.⁹

Sarkıntılık fiili farklı cinsiyetteki kişiler arasında işlenebileceği gibi, aynı cinsiyetteki kişiler arasında da işlenebilir.¹⁰ Bu cümleden hareketle, bir kadın bu suçu erkek ya da kız çocuğuna karşı işleyebileceği gibi, bir erkek de erkek ya da kız çocuğuna karşı işleyebilir.

Sarkıntılık fiilini işleyen failin; mağdurun üçüncü derece dâhil kan veya kayın hısımlığı ilişkisi içerisinde olduğu bir kişi olması, mağdurun üvey anne, üvey baba, üvey kardeş veya evlat edineni olması, mağdura vasi, eğitici, öğretici, bakıcı, koruyucu aile veya sağlık hizmeti veren ya da koruma, bakım veya gözetim yükümlülüğü bulunan bir kişi olması, kamu görevinin veya hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanarak sarkıntılık fiilini işlemesi halleri kanunda cezada artırım nedeni olarak belirtilmiştir.

Sarkıntılık fiilinde, failin yaşına ilişkin özel bir düzenleme mevcut değildir. Bu nedenle çocuklar, bu suçun faili olabilir. Bu durumda sarkıntılık fiilini işleyen çocuk fail hakkında TCK'nın 31. maddesinde yer alan genel hükümler çerçevesinde sorumluluk tespiti yapılacaktır.¹¹ Ancak burada üzerinde durulması gereken husus, hem failin hem de mağdurun on beş yaşını doldurmamış olması ve karşılıklı rızayla gerçekleşen bir takım cinsel davranışların bulunması halinde nasıl bir yol izleneceğinin kanunda öngörülmemiş olmasıdır. Bu durumda cinsel istismar

⁹ BAYTEMİR, Erdal, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, Ankara, 2019, s.326.

¹⁰ ARTUÇ, Mustafa, Pratik Türk Ceza Kanunu, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 3. Baskı, Ankara, 2018, s.471.

¹¹ MEMİŞ KARTAL, Pınar, Türk Ceza Hukuku'nda Çocukların Cinsel İstismarı, İstanbul 2014, s.156.

suçunun oluşup oluşmayacağı ya da oluştuğunun kabul edilmesi halinde failin kim olacağı hususunda öğretide farklı görüşler bulunmaktadır. Ancak Yargıtay uygulamasında bu tür durumlarda erkek çocuğun fail olarak belirlenerek cezalandırıldığı görülmektedir.¹²

Cinsel saldırı suçu yönünden;

TCK'nın 102. maddesi de, 103. maddeye paralel şekilde düzenlenmiş olup, bu madde kapsamındaki suçlar açısından da fail herhangi bir özellik arz etmemektedir. Kadın-erkek, genç yaşlı herkes bu suçun faili olabilir. Ancak burada üzerinde durulması gereken husus, sarkıntılık fiilinin eşler arasında işlenip işlenemeyeceğidir. Maddenin nitelikli cinsel saldırıyı düzenleyen ikinci fıkrasında, suçun eşe karşı işlenmesi hali şikâyete tabi olarak açıkça belirtilmiş olup, sarkıntılık fiili açısından herhangi bir açıklamaya yer verilmemiştir. Suç ve cezaların kanuniliği ilkesinden hareketle, sarkıntılık fiilinin eşe karşı işlenmesi halinde kanunda suç olarak tanımlanmadığı sonucuna ulaşabilmek mümkündür. Nitekim Yargıtay'ın uygulaması da bu yöndedir.¹³ Ancak aksi yönde görüş de mevcuttur.¹⁴

Bu maddede düzenlenen sarkıntılık fiilinde, suçu işleyen failin, mağdur ile üçüncü derece dâhil kan veya kayın hısımlığı ilişkisi içinde bulunması, mağdurun üvey baba, üvey ana, üvey kardeş, evlat edineni ya da evlatlığı olması, kamu görevlisi olması ve nüfuzunu kötüye kulla-

¹² “Mağdurenin aşamalarda anlatımları, savunma ile tüm dosya kapsamı nazara alındığında oluşa uygun kabule göre, 2011 yılı Ağustos ayı içerisinde kayden ondört yıl dokuz aylık olan mağdure ile suça sürüklenen çocuğun cebir veya tehdit olmaksızın cinsel ilişkiye girmelerinin ardından olayın duyulması nedeniyle birlikte kaçarak yaklaşık üç ay kadar suça sürüklenen çocuğun evinde yaşadıkdan sonra yaşanan tartışma sonucu suça sürüklenen çocuğun mağdureye vurup istemediğini belirtmesi nedeniyle mağdurenin ailesinin yanına dönüp şikâyet etmesi üzerine adli makamlara intikal eden olayda” YARGITAY 14.CD, 18.12.2017, E. 2016/11387, K. 2017/6507.

¹³ “Eşe karşı işlenen cinsel suçlarda cinsel saldırının sadece nitelikli halinin TCK.nın 102/2. maddesinin ikinci cümlesinde şikâyete tâbi suç olarak düzenlenmesi, cinsel saldırı suçunun basit halinin eşe karşı işlenmesinin ise suç olarak düzenlenmemesi karşısında, olay tarihinde mağdure ile resmi evli olan sanığın eşinin rızası hilafına onu kendisine doğru çekerek sarılıp öpmesi şeklindeki eyleminin TCK.nın 102/1. maddesindeki suçu oluşturmadığı gözetilmeden sanığın mahkûmiyetine karar verilmesi” YARGITAY 14.CD, 13.02.2014, E.2012/4276, K.2014/1689.

¹⁴ DURSUN, Selman, “Türk Ceza Hukuku’nda Cinsel Suçlara Genel Bir Bakış”, Ceza Hukuku Dergisi, Nisan 2014, S. 24, s.65.

nararak suçlu işlemesi, vesayet ve hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanarak suçlu işlemesi halleri kanunda cezada artırım nedeni olarak belirlenmiştir.

2.2. Mağdur

Cinsel istismar suçlu yönünden;

Madde metninde mağdur açısından herhangi bir belirleme yapılmadığı için, cinsel istismar suçunun daha az cezayı gerektiren nitelikli hali olan sarkıntılık fiili yönünden, suçlu mağduru kadın veya erkek herkes olabilir. Ancak yaşla ilgili bir sınırlama söz konusudur. Suçlu mağdurunun 18 yaşını tamamlamamış olması gerekmektedir.¹⁵

Mağdurun sıfatı, evli veya bekâr oluşu, bu suçlu oluşumu bakımından herhangi bir önem teşkil etmez ancak mağdurla fail arasındaki ilişkinin niteliğine göre cezada artırım yapılması söz konusu olabilir.¹⁶

On beş yaşını tamamlamamış ya da tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş çocuklar bakımından cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir neden olmaksızın gerçekleştirilen her türlü cinsel davranış TCK'nın 103. maddesi uyarınca çocuğun cinsel istismarı suçlu oluşturacaktır. Kanun koyucu bu iki yaş grubu çocuğun, kendilerine karşı cinsel davranışta bulunulmasına mutlak surette rızalarının olamayacağını¹⁷ ve bu çocuklara karşı işlenen cinsel istismar eylemlerinin mefruz cebir altında işlendiğini kabul etmiştir.¹⁸ Mefruz cebir, her suçlu maddelerdeki suç tanımlaması içerisinde o suçlu unsur olarak, olması gereken zor ve cebir durumu olarak tanımlanabilir.¹⁹ Yargıtay kararlarında da birçok kez mefruz cebir kavramını yer verilmiştir.²⁰

¹⁵ AKKAYA, s.169.

¹⁶ BAYTEMİR, s.328.

¹⁷ MEMİŞ KARTAL, s.145.

¹⁸ TUĞRUL, Ahmet Ceylani, Cinsel Dokunulmazlığa Kaşı Suçlar ve Ensest İlişkiler, 2. Baskı, Ankara, 2013, s.255.

¹⁹ ARSLANTÜRK, Mustafa, Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 3. Baskı, Ankara, 2017, s.383.

²⁰ "Sanık Metin'in, TCK'nın 103/1-a maddesi kapsamında kalan suç tarihinde 15 yaşını, bitirmeyen mağdure Aylin Serap'a yönelik cinsel istismar eyleminde, mefruz cebir'in suçlu unsur olması ve eylemde maddi cebir ve tehdit bulunmaması nedeni ile aynı

Cinsel istismar suçunun mağduru hususunda değinilmesi gereken diğer bir konu, evlilik ya da 4721 sayılı TMK'da öngörülen başka herhangi bir sebeple ergin kılınmış çocukların durumudur. Çocuk, TCK'nın 6. maddesinde ve 5395 sayılı ÇKK'nın 3. maddesinde, daha erken yaşta ergin olsa bile on sekiz yaşını doldurmamayan kişi olarak ifade edilmiştir. Cinsel istismar suçu bakımından esas alınan kriterin yaş olduğu nazara alındığında, evli ya da daha erken yaşta ergin kılınan çocuklar da bu suçun mağduru olabilir.²¹

Yargıtay, on sekiz yaşını bitirmeksizin evlenerek ergin olan mağdurlara karşı işlenen cinsel suçlarda, suç vasfını belirlerken, failin sıfatını dikkate almaktadır. İstikrar kazanan uygulamalara göre, eş tarafından gerçekleştirilen cinsel suçlarda TCK'nın 102. maddesi, üçüncü bir kişi tarafından işlenen cinsel suçlarda ise TCK'nın 103. maddesi uyarınca işlem yapılmaktadır.²²

Cinsel saldırı suçu yönünden;

Maddede, cinsel davranışlarla bir kimsenin vücut dokunulmazlığını ihlâl eden kişiden bahsedildiğine göre, cinsel saldırı suçunun daha az cezayı gerektiren nitelikli bir hali olan sarkıntılık fiili açısından, mağdur on sekiz yaşından büyük olan herkestir. Maddede bir cinsiyet belirlenmesi söz konusu olmadığından, kadın yahut erkek, evli yahut bekâr herkes bu suçun mağduru olabilir.²³ Ancak mağdurun, beden veya ruh

Kanununun 103/4. maddesinin uygulanamayacağı" YARGITAY 14.CD, 05.03.2013, E. 2012/13546, K.2013/2184.

²¹ KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 6. Baskı, Ankara, 2019, s.354; Eş tarafından gerçekleştirilen cinsel davranış cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedenle gerçekleştirilmişse çocuğun cinsel istismarı suçunun oluşacağına dair görüş için bakınız MEMİŞ KARTAL, s.148.

²² AKKAYA, s.171; "Bu sebeple onsekiz yaşını bitirmeksizin ergin olan mağdurlara karşı; a) Eşi tarafından vücuda organ veya sair cisim sokmak suretiyle bir suç işlenmesi durumunda 5237 sayılı Kanununun 102/2. maddesinde düzenlenen nitelikli cinsel saldırı,b) Eşi dışında başka bir kişi tarafından vücuduna organ veya sair cisim sokmak suretiyle bir suç işlenmesi durumunda 5237 sayılı Kanununun 103/2. maddesinde düzenlenen çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçunu oluşturacağı" YARGITAY 14.CD, 22.12.2014, E. 2014/582, K. 2014/14622.

²³ KOCA/ÜZÜLMEZ, s.325.

bakımından kendini savunamayacak durumda bulunması, maddede artırım nedeni olarak öngörülmüştür.

2.3. Suçun Konusu

Cinsel istismar suçu yönünden;

Suç teşkil eden her hareketin, mutlak surette yöneldiği bir konu vardır. Konusuz suç olması mümkün değildir. Çocuğun cinsel istismarı suçunda suçun konusu, maddede belirtilen cinsel davranışların gerçekleştirildiği çocuğun vücududur.²⁴ Yargıtay, çocukların cinsel istismarı suçunda konunun, mağdurun vücudu olduğunu kabul etmektedir.²⁵

Cinsel saldırı suçu yönünden;

Madde metninde, "Cinsel davranışlarla bir kimsenin vücut dokunulmazlığını ihlâl eden kişi" denilerek, cinsel saldırı suçunda suçun konusunun, vücut dokunulmazlığı ihlale uğrayan kişinin vücudu olduğu açıkça belirtilmiştir.²⁶

2.4. Fiil

Cinsel saldırı suçunun daha az cezayı gerektiren nitelikli bir hali olan sarkıntılık fiili TCK'nın 102/1. maddesinde; "*Cinsel davranışlarla bir kimsenin vücut dokunulmazlığını ihlâl eden kişi, mağdurun şikâyeti üzerine, beş yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Cinsel davranışın sarkıntılık düzeyinde kalması hâlinde iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası verilir.*" şeklinde,

²⁴ ÖZGENÇ, İzzet, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi (Genel Hükümler), Üçüncü Bası, Ankara, 2006, s.215-216.

²⁵ "Suça sürüklenen çocukların suç tarihi itibarıyla onbeş-onsekiz yaş grubunda olan mağdureyi rızası dışında, cebir tehdit veya hileyle buldukları parktan temyize konu olmayan cinsel istismar eylemlerinin gerçekleştirildiği yere götürdüklerine dair her türlü şüpheden uzak, kesin ve inandırıcı delil bulunmadığı gibi cinsel istismar suçunun işlendiği sırada ve eylemle sınırlı süre ile mağdurenin iradesiyle hareket edebilme imkanının ortadan kaldırılmasının kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu oluşturmayacağı, kişinin vücudunun suçun konusu olması sebebiyle, mağdurenin hareket edebilme özgürlüğü ortadan kaldırılmadan bu suçun işlenemeyeceği, dosya kapsamına göre de suça sürüklenen çocukların, mağdurenin hürriyetini kısıtlayan başkaca bir hareketlerinin bulunmaması karşısında, haklarında kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan beraat kararı verilmesi yerine yazılı şekilde mahkûmiyetlerine hükmedilmesi" YARGITAY 14.CD, 14.03.2016, E. 2014/3127, K. 2016/2435.

²⁶ MERAN, Necati, Yeni Türk Ceza Kanununda Kişilere Karşı Suçlar, 2. Bası, Ankara, 2008, s.316; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 327.

Cinsel istismar suçunun daha az cezayı gerektiren nitelikli bir hali olan sarkıntılık fiili ise TCK'nın 103/1. maddesinde; *“Çocuğu cinsel yönden istismar eden kişi, sekiz yıldan on beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Cinsel istismarın sarkıntılık düzeyinde kalması hâlinde üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. Mağdurun on iki yaşını tamamlamamış olması hâlinde verilecek ceza, istismar durumunda on yıldan, sarkıntılık durumunda beş yıldan az olamaz. Sarkıntılık düzeyinde kalmış suçun failinin çocuk olması hâlinde soruşturma ve kovuşturma yapılması mağdurun, velisinin veya vasisinin şikâyetine bağlıdır. Cinsel istismar deyiminden;*

(1) a) *On beş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan çocuklara karşı gerçekleştirilen her türlü cinsel davranış,*

b) *Diğer çocuklara karşı sadece cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilen cinsel davranışlar, anlaşılır” şeklinde düzenlenmiştir.*

Cinsel saldırı suçuna ilişkin madde metnine bakıldığında, *“cinsel davranışlarla bir kimsenin vücut dokunulmazlığını ihlal eden”* bir fiilden bahsedildiğine göre, bu maddedeki suçun oluşması için, failin bir mağdurun vücuduna temas etmesi şarttır. Ancak cinsel istismar suçuna ilişkin kanun maddesinde yalnızca cinsel davranıştan bahsedilmesi, bu davranışların içeriğine ilişkin herhangi bir açıklamanın yapılmamış olması, TCK'nın 102. maddesinde belirtildiği şekilde vücut dokunulmazlığından bahsedilmemiş olması, basit cinsel istismar suçuna vücut verecek eylemlerin mahiyeti ve fiziksel temasın şart olup olmadığı hususunda doktrinde tartışmalara neden olmuştur. Bu tartışma beraberinde, TCK'nın 105. maddesinde öngörülen cinsel taciz suçunun çocuk mağdurlara karşı işlenip işlenemeyeceği hususundaki tartışmaları da getirmiştir.²⁷

²⁷ Cinsel saldırı suçundan farklı olarak, çocuğa yönelik gerçekleştirilen cinsel davranışın, vücut dokunulmazlığını ihlal etmese bile cinsel istismar suçunun oluşacağına ilişkin görüş için bakınız; KARTAL MEMİŞ, s.164, Cinsel istismar suçunun oluşumu için cinsel saldırı da olduğu gibi vücut dokunulmazlığının ihlali gerektiğine ilişkin görüş için bakınız; YOKUŞ SEVÜK, Handan, “5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Çocukların Cinsel İstismarı ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçları”, Hukuk ve Adalet Dergisi, 2005a, S.5,

Ancak 18/06/2014 tarih ve 6545 sayılı yasanın 61. maddesi ile TCK'nın "Cinsel Taciz" başlıklı 105. maddesine eklenen "*filin çocuğa karşı işlenmesi halinde altı aydan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.*" şeklindeki düzenleme neticesinde, bu suçun çocuklara karşı da işlenebileceği hususu netlik kazanmış,²⁸ ayrıca 6545 sayılı yasanın 58. maddesinin gerekçesinde; cinsel saldırı/cinsel istismar suçları ile cinsel taciz suçu arasındaki farkı belirlerken "temas" unsurunun esas alınması doktrindeki tartışmalara da son vermiştir. Yargıtay ise, kanun değişikliğinden önceki dönem dâhil olmak üzere, temas içermeyen cinsel davranışları cinsel taciz olarak değerlendirerek, uygulamasını bu yönde sürdürmüştür.²⁹

Bu halde, güncel kanuni düzenlemelere baktığımızda, mağdurun vücuduna bedensel temasın söz konusu olup olmadığı nazara alınarak, cinsel taciz ya da cinsel istismar/cinsel saldırı suçları arasında ayrıma gidildiği anlaşılmaktadır.

Cinsel saldırı ve istismar suçlarını düzenleyen her iki madde metninde de, sarkıntılık fiilinin tanımı yapılmamış, yalnızca sarkıntılık dü-

s.284; MERAN, s.345; BAYTEMİR, s. 402-403; MALKOÇ, İsmail, Açıklamalı Yeni Türk Ceza Kanunu, Birinci Cilt, Ankara, 2005, s. 420-421.

²⁸ BAYTEMİR, s.403.

²⁹ "Sanığın, kendisiyle birlikte iki gün süreyle aynı işyerinde çalışan mağdura yönelik farklı zamanlarda gerçekleştirdiği cinsel organına masaj yapmasını istemek ve cinsel organını göstermek şeklindeki bedensel temas içermeyen eylemlerinin TCK'nın 105. maddesindeki zincirleme şekilde cinsel taciz suçunu, yine aynı tarihte ancak diğer eylemlerden farklı bir zamanda işlediği cinsel organına masaj yapmasını söyleyerek mağdurun elinden tutup cinsel organına götürmek şeklindeki eyleminin ise aynı Kanununun 103/1. maddesindeki basit cinsel istismar suçunu oluşturduğu ve bu suçların TCK'nın 43. maddesi anlamında aynı suçlar olmayıp sanığın ayrı ayrı cezalandırılması gerektiği gözetilmeden, eylemlerin bütün halinde zincirleme şekilde cinsel istismar kabulüyle yazılı şekilde karar verilmesi" YARGITAY 14.CD, 26.11.2013, E.2012/565, K.2013/12213; "Mağdurelerin psikolog huzurundaki mahkemedeki anlatımlarına ve tüm dosya içeriğine göre, ihbar tarihinden önceki zaman diliminde parkta bulunan kız çocuklarına para ve çikolata verme gibi davranışlarla yaklaşarak cinsel davranışlarda bulunduğu anlaşılan sanığın mağdurelerden Rojda'yı kucağına alarak sırtını okşamaması şeklinde gerçekleşen eyleminin çocuğun basit cinsel istismarı suçunu oluşturduğu, Zehra'ya karşı ise bedensel temas olmaksızın "Ender'e gidelim sana külotlu çorap alalım" şeklindeki söylediği sözlerin ise cinsel taciz suçunu oluşturduğu gözetilmeksizin mahkûmiyeti yerine yazılı şekilde beraatine karar verilmesi" YARGITAY 14.CD, 13.11.2013, E.2011/22776, K. 2013/11703.

zeyinde kalan bir cinsel eylem söz konusu olduğunda ceza alt ve üst sınırlarının değişeceği hüküm altına alınmıştır.

Güncel sözlükte sarkıntılık kelimesinin tanımı “Genellikle kadınlara sataşma, laf atma, rahatsız etme, huzur bozma, tasallut” olarak yapılmıştır.³⁰ Hükümet tasarısında geçen ani ve kesik kelimelerinin anlamlarına bakıldığında ise, ani kelimesinin “ansızın yapılan, ansızın ortaya çıkan, ansızın, birdenbire” şeklinde³¹, kesik kelimesinin de “kısa, aralıklı” şeklinde³² tanımlandığı anlaşılmaktadır.

Güncel Yargıtay kararları irdelendiğinde ise; özel dairenin birçok kararında, “Belirli bir kimseye karşı cinsel arzuları tatmin amacıyla işlenen, vücut dokunulmazlığını ihlal eden, ani ve kesiklik gösteren devamlılık arz etmeyen hareket ya da hareketler”³³ ve “Ani, kesintili ve süreklilik arz etmeyen hareketler”³⁴ şeklinde sarkıntılık fiilinin tanımlandığı, eylemin sarkıntılık aşamasında kalıp kalmadığı değerlendirilirken “kısa süreli”³⁵, “ani”³⁶, “kesintili olup olmadığı”³⁷ ve “fiillerin kendiliğinden

³⁰ <https://sozluk.gov.tr/>.

³¹ <https://sozluk.gov.tr/>.

³² <https://sozluk.gov.tr/>.

³³ “Sanığın eyleminin, “Belirli bir kimseye karşı cinsel arzuları tatmin amacıyla işlenen, vücut dokunulmazlığını ihlal eden, ani ve kesiklik gösteren hareket ya da hareketler” olarak tanımlanan sarkıntılık suçunu oluşturduğu nazara alınarak” YARGITAY 14.CD, 02.04.2015, E.2014/9863, K.2015/5212; “Sanığın olay tarihinde yürümekte olan mağdurenin arkasından yaklaşarak mağdureye sarılıp göğüslerine dokunma şeklindeki eyleminin, “Belirli bir kimseye karşı cinsel arzuları tatmin amacıyla işlenen, vücut dokunulmazlığını ihlal eden, ani ve kesiklik gösteren hareket ya da hareketler” olarak tanımlanan sarkıntılık suçunu oluşturduğu” YARGITAY 14.CD, 02.04.2015, E.2015/294, K.2015/5209.

³⁴ “Sanığın, katılana “sen burada bunalırsın, dışarı çık, hava al, seni istediğin yere götürüyüm, çok tatlısın, nereye gitmek istersin” diyerek, saçlarını ve yüzünü eliyle okşama şeklindeki ani, kesintili ve süreklilik arz etmeyecek şekilde gerçekleştirdiği eyleminin sarkıntılık düzeyinde kalan basit cinsel saldırı suçunu oluşturduğu da gözetilerek” YARGITAY 14.CD, 04.04.2019, E. 2015/9467, K.2019/8798; “Sanığın katılanın elini tutması ve kıyafetinden elini sokarak göğsüne dokunmaya çalışması şeklindeki ani, kesintili ve süreklilik arz etmeyecek şekilde gerçekleştirdiği eylemlerinin sarkıntılık düzeyinde kaldığının anlaşılması karşısında” YARGITAY 14.CD, 02.02.2019, E. 2016/3931, K.2019/8698.

³⁵ “Mağdurenin aşamalarda anlatımları, savunma ile tüm dosya kapsamına göre ilk derece mahkemesince sanığın, olay gecesi evinde misafir bulunup, eşinin yeğeni olan on altı yaşındaki mağdure ile odada yalnız kaldığı sırada boynundan öperek göğsüne dokunma şeklindeki fiziksel temas içeren eyleminin kısa süreli, ani ve kesintili gerçekleşmesi nedeniyle sarkıntılık düzeyinde kaldığı gözetilerek karar verilmesi gerekirken suç

sonlandırılıp sonlandırılmadığı³⁸ gibi kriterleri dikkate aldığı anlaşılmaktadır.

Öğretide ise; “Mağdurun vücuduna temas içeren ve ani hareketlerle gerçekleştirilen cinsel davranışlar sarkıntılık, mağdurun vücuduna temas içeren ve sırnaşık hareketlerle gerçekleştirilen cinsel davranışlar basit cinsel saldırı veya basit cinsel istismar suçu kapsamında değerlendirilmelidir. Failin vücuda temas içeren davranışının yoğunluğu, etkisi ve devamlı olması dikkate alındığında sarkıntılık değil, mağdurun yaşına göre, basit cinsel saldırı veya basit cinsel istismar suçu oluşacaktır.”³⁹,

vasfının tayininde yanılıya düşülerek yazılı şekilde hüküm kurulması karşısında, söz konusu karara yönelik istinaf başvurusunun kabulü yerine esastan reddedilmesi” YARGITAY 9.CD, 14.12.2021, E. 2021/26241, K.2021/9957.

³⁶ “Mağdurenin aşamalarda samimi anlatımları, savunma, tanık beyanları ile tüm dosya içeriği nazara alındığında, sanığın olay günü mutfakta çalışan on yedi yaşındaki mağdurenin arkasından gelerek ansızın dudaktan öpmesi şeklindeki eyleminin kısa süreli, ani ve kesintili gerçekleşmesi nedeniyle sarkıntılık düzeyinde kaldığı nazara alınarak 5237 sayılı TCK'nın 103/1-c.2. maddesi uyarınca mahkumiyetine karar verilmesi gerekirken suç vasfının tayininde yanılıya düşülerek aynı Kanununun 103/1.c.1. maddesi ile hüküm kurulması” YARGITAY 9.CD, 30.11.2021, E.2021/6895, K.2021/9456.

³⁷ “Tüm dosya kapsamına göre sanığın olay günü mağdure Rahime'nin kalçası ile bacaklarına ve diğer mağdure Gökçe'nin ise göğsüne dokunma şeklindeki ani ve kesintili gerçekleşen eylemlerinin sarkıntılık düzeyinde kaldığı göz önüne alınarak yapılan değerlendirmede” YARGITAY 14.CD, 27.01.2021, E. 2016/9642, K.2021/511.

³⁸ “Sanık Gürkan hakkında çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçundan kurulan hüküm yönünden yapılan değerlendirmede mağdurenin aşamalarda beyanları, savunma ile tüm dosya kapsamı nazara alındığında, olay tarihinde sanık Gürkan'ın, diğer sanık Okan ve inceleme dışı suça sürüklenen çocuk Gökhan'la birlikte mağdureyi aracına alıp bir süre ilerledikten sonra durduğu yerde Okan'ı bırakmasını müteakip suça sürüklenen çocuğun ilişkiye girmesi konusunda baskı yaptığı mağdureye ayrıca ilişki teklif ederek arka koltuğa yanına geçtiği ve teklifini kabul etmeyen on üç yaşındaki mağdurenin beline dokunup kemerini tuttuğu sırada diğer sanık Özgür'ün polis gelebileceğini beyan etmesi üzerine henüz herhangi bir yakalanma tehlikesi yokken ve mağdureyi başkaca bir alana götürme imkanı varken nitelikli cinsel istismar eyleminin icrai hareketlerine başlamadan kendiliğinden bıraktığı anlaşıldığından, ilk derece mahkemesince mevcut haliyle sanık Gürkan'ın eyleminin sarkıntılık suretiyle çocuğun cinsel istismarı suçunu oluşturduğu gözetilerek karar verilmesi gerekirken suç vasfının tayininde yanılıya düşülerek yazılı şekilde hüküm kurulması” YARGITAY 14.CD, 01.06.2021, E. 2020/1580, K.2021/3954.

³⁹ ARTUK, Mehmet Emin/GÖKÇEN,Ahmet/ALŞAHİN, Mehmet Emin/ÇAKIR, Kerim, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 18. Baskı, Ankara, 2019, s. 367-369.

“Mağdur üzerinde işlenen (yani, bedensel temas içeren) ve vücuda organ ve cisim sokma düzeyine varmayan, ani olmayıp süreklilik gösteren şehvi hareketler, TCK m. 102/1, c.1 ile cezalandırılacaktır. Buna karşılık ani ve kesiklik gösteren davranışlar TCK m. 102/1, c.2 kapsamına girmektedir. Süreklilikten kasıt, eylemin uzunca bir süreye yayılmış olması veya illa birden çok tekrarlanmış olması demek değildir. Önemli olan mağdur üzerinde doğrudan işlenen, devamlılık gösteren, cinsel isteklerin doyurulmasına ya da kısıktılmasına yönelik her türlü şehvete ilişkin davranışların varlığıdır. Hangi davranışların bu nitelikte olduğu, söz konusu davranışın yoğunluğuna, etkisine, devam süresine bağlı olarak her somut olay açısından ayrıca ele alınması gereken bir konudur.”⁴⁰,

“Cinsel saldırının ısrarcı bir hâl almadığı, basit bir düzeyde kaldığı, ani ve kesik hareketlerle gerçekleştirildiği hâller”⁴¹,

“Kişinin cinsel özgürlüğünü ihlal etmeye elverişli ani gelişen ve süreklilik arz etmeyen (kesiklik gösteren) cinsel davranış”⁴²,

“Ani hareketle yapılan basit cinsel saldırı suçu”⁴³ şeklinde sarkıntılık fiili açıklanmaya çalışılarak, basit cinsel istismar yahut basit cinsel saldırı suçundan farkları ortaya konulmaya çalışılmıştır.

Yargıtay kararları, adalet komisyon gerekçesi, öğretilerde yer alan görüşler ve ETCK ile benzer yönleri dikkate alındığında, sarkıntılık fiili; bir kimseye karşı, cinsel arzuları tatmin amacıyla gerçekleştirilen, vücut dokunulmazlığını ihlal eden, süreklilik arz etmeyen, cinsel saldırı yahut cinsel istismar suçunun basit haline vücut verecek nitelikte olmayan, ani ve kesik nitelikteki cinsel davranışlar olarak tanımlanabilir.

Sarkıntılık fiilinin oluşması için, mağdurun vücudunda temas edilen bölgenin cinsel bir bölge olması önem arz etmemektedir. Önemli olan husus, cinsel amaçlarla mağdurun vücuduna dokunulmasıdır. Uy-

⁴⁰ TEZCAN, Durmuş/ERDEM Mustafa Ruhan/ÖNOK, Rifat Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 17. Baskı, Ankara, 2019, s. 392-393.

⁴¹ KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 342.

⁴² TANER, Fahri Gökçen, Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, 2. Baskı, Ankara, 2017, s. 161.

⁴³ KOCAOĞLU, Serhat Sinan, Yargı Kararları Işığında Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, Ankara, 2016, s.126.

gulamada Yargıtay'ın, failin mağdureyi yanağından öpme,⁴⁴ mağdurenin bacaklarını bir kez okşama⁴⁵ eylemlerini sarkıntılık olarak kabul ettiği görülmektedir.

Sarkıntılıktan söz edebilmek için, failin mağdurun muhakkak tenine dokunmasına gerek yoktur. Mağdura kıyafetlerinin dışından dokunulması halinde de suç oluşacaktır. Yargıtay, failin mağdurenin vücuduna kıyafetleri üzerinden dokunma⁴⁶ eylemini sarkıntılık olarak kabul etmiştir. Mağdurun protez bacağına dokunulması halinde de suçun oluşacağı yönünde görüş mevcuttur.⁴⁷

Sarkıntılık fiilinin oluşması için failin mağdura dokunması zorunlu olmayıp, mağduru kendisine cinsel temasta bulunmaya zorlaması halinde de suç oluşacaktır. Yargıtay, failin mağdurun elini tutarak kendi göğsünü okşatması⁴⁸ eylemini sarkıntılık olarak kabul etmiştir.

⁴⁴ “Sanık Kartal'ın mağdure Evrim'e yönelik eyleminin, mağdurenin sıcağı sıcağına alınan ve samimi görülen ilk beyanlarında, sanığın kendisini sadece yanağından öptüğünü ifade etmesi karşısında eylemin sarkıntılık düzeyinde kaldığı” YARGITAY 14.CD, 11.02.2016, E. 2015/10288, K. 2016/1183.

⁴⁵ “Yerel mahkeme direnme kararından sonra 5237 sayılı TCK'nun 103. maddesinde yapılan değişiklikle birinci fıkraya; “Cinsel istismarın sarkıntılık düzeyinde kalması hâlinde üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası verilir” ibaresinin eklenmesi ve mağdurun ruh veya beden sağlığının bozulması halinde artırım öngören düzenlemenin ise yürürlükten kaldırılması karşısında, suç tarihinde mağdurenin bacaklarını bir kez okşayan sanığın hukuki durumunun yeniden değerlendirilmesinde zorunluluk bulunmaktadır.” YARGITAY CGK, 30.09.2014, E. 2013/14-797, K. 2014/408.

⁴⁶ “Mağdurenin aşamalarda samimi anlatımları, savunma ile tüm dosya kapsamına göre ilk derece mahkemesince kargo görevlisi olan sanığın değişik tarihlerde mağdurenin yaşadığı binaya gelmesinin ardından dış kapıyı açan on iki yaşındaki mağdurenin vücuduna kıyafetleri üzerinden dokunması şeklindeki eylemlerinin kısa süreli, ani ve kesintili gerçekleşmesi nedeniyle sarkıntılık düzeyinde kaldığı nazara alınarak hüküm kurulması gerekirken suç vasfının tayininde yanılığa düşülerek yazılı şekilde karar verilmesi karşısında, söz konusu hükme yönelik istinaf başvurusunun kabulü yerine esastan reddedilmesi” YARGITAY 9.CD, 09.11.2021, E.2021/15055, K. 2021/9034.

⁴⁷ ARTUK/ALŞAHİN, s.3255.

⁴⁸ “Tüm dosya kapsamına göre sanığın olay gecesi yanına uzandığı on beş yaşındaki mağdurun elini tutarak kendi göğsünü okşatması şeklindeki fiziksel temas içeren eyleminin kısa süreli, ani ve kesintili gerçekleşmesinden dolayı sarkıntılık düzeyinde kaldığı ve mahkemece sanık hakkında temel cezanın alt sınırdan belirlenmesi sebebiyle nihai ceza miktarının değişmediği, bu nedenle kanun değişikliğinin lehe veya aleyhe sonuç doğurmayacağı gözetildiğinde, muhakeme safahatını yansıtan tutanaklar, belgeler ve gerekçe içeriğine göre yapılan incelemede, iddia ve savunma ile tüm delillerin

Mağdurun rızasının bulunması, fail ile mağdur arasındaki sosyal ve kişisel ilişkiler nazara alındığında, failin cinsel saikle hareket ettiğine ilişkin bir kanaate varılamamış olması halinde sarkıntılık fiilinden bahsetmek mümkün değildir.⁴⁹ Ancak burada belirtilmesi gereken husus; on beş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte fiilin anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş çocuklar bakımından, cinsel istismar suçunda rızanın bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Zira bu çocukların rızaları geçersizdir.

Yargıtay kararlarında failin; mağdurenin poposuna parmak atma,⁵⁰

Mağdureyi tutarak dudağının kenarından öpme,⁵¹

eksiksiz olarak kararda gösterildiği, hükmedilen cezanın nevi ve miktarı itibarıyla kanuni sınırlar içinde tayin edildiği anlaşıldığından, sanık müdafisinin yerinde görülmeyen temyiz talebinin reddiyle hükmün ONANMASINA” YARGITAY 9.CD, 28.09.2021, E.2021/21789, K. 2021/8034.

⁴⁹ “Olayın sergileniş şekli, katılan ile tanıkların beyanları ve tüm dosya içeriğine göre sanığın, suç tarihinde cinsel saik bulunmayacak şekilde katılanın göğüslerini sıkarak kasten acı vermektan ibaret eyleminin değışen suç vasfına göre kasten yaralama suçunu oluşturduğu gözetilerek mahkumiyeti yerine, basit cinsel saldırı suçundan beraatine karar verilmesi” YARGITAY 14.CD, 07.10.2019, E. 2016/5744, K.2019/11343.

⁵⁰ “Oluşu ve kabule göre, sanığın üst geçitte yürümekte olan mağdurenin poposuna parmak atması şeklinde ani nitelikte ve devamı olmayan, kesik biçimde gerçekleşen eylemin hükümden sonra 28.06.2014 tarihinde Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren 6545 sayılı Kanununun 59. maddesi ile değışik TCK’nın 103/1-c.2 maddesinde öngörülen sarkıntılık suretiyle çocuğun basit cinsel istismarı suçunun oluşturduğu, aynı Kanununun 103/1-c.3 maddesinde ise bu suçun çocuk olan sanık tarafından işlenmesi halinde suçun takibinin şikâyete bağı olduğı, mağdure ve babası müşteki Ali Rıza’nın 21.07.2008 tarihli, sanığın da hazır bulunduğı celsede, şikâyetçi olmadıklarını beyan etmeleri karşısında, TCK’nın 73/6. maddesi gereğince sanığın vazgeçmeyi kabul edip etmediğı sorulduktan sonra bir karar verilmesi lüzumu” YARGITAY 14.CD, 24.09.2014, E. 2012/15273, K. 2014/10407.

⁵¹ “Hükümden sonra 28.06.2014 tarihinde yürürlüğe giren 6545 sayılı Kanununun 58, 59, 60 ve 61. maddeleri ile 5237 sayılı Kanununun 102, 103, 104 ve 105. maddelerinde yer alan cinsel dokunulmazlığa karşı suçların ve 02.12.2016 tarihinde yürürlüğe giren 6763 sayılı Kanununun 13. maddesi ile TCK’nın 103. maddesinin yeniden düzenlenmesi karşısında, 5237 sayılı TCK’nın 7/2. madde-fıkrasındaki “Suçun işlendiğı zaman yürürlükte bulunan kanun ile sonradan yürürlüğe giren kanunların hükümleri farklı ise, failin lehine olan kanun uygulanır ve infaz olunur” hükmü gözetilerek lehe olan hükmün önceki ve sonraki kanunların bütün hükümleri olaya uygulanarak ortaya çıkan sonuçların birbirleriyle karşılaştırılması suretiyle belirlenmesi, her iki kanunla ilgili uygulamanın denetime imkan verecek şekilde kararda gösterilmesi suretiyle yeniden değerlendirilmesi ve bu yapılırken sanığın ani, kesintili ve süreklilik arz

Mağdurelerin saçını okşayıp, göğüsleri ile bacaklarına dokunma,⁵²

Mağdurenin elinden tutup, beline sarılarak göğüslerine dokunma,⁵³

Mağdureyi dudağından öpüp, göğüslerine dokunarak arkadan sürtünme,⁵⁴

Mağdurun kıyafeti üzerinden omzu, göğsü ve penisine dokunması,⁵⁵

etmeyecek şekilde gerçekleştirdiği mağdureyi tutarak dudağının kenarından öpme şeklindeki eyleminin sarkıntılık düzeyinde kalan çocuğun basit cinsel istismarı suçunu oluşturduğu hususunun gözetilmesinde zorunluluk bulunması” YARGITAY 14.CD, 08.02.2018, E. 2014/8370, K. 2018/821.

⁵² “Tüm dosya kapsamına göre sanığın farklı zamanlarda on beş yaşından küçük mağdurelerin saçını okşayıp, göğüsleri ile bacaklarına dokunma şeklindeki eylemlerinin kısa süreli, ani ve kesintili gerçekleşmesinden dolayı sarkıntılık düzeyinde kaldığı ve mahkemece sanık hakkında temel cezaların alt sınırdan belirlenmesi sebebiyle nihai ceza miktarlarının değişmediği, bu nedenle kanun değişikliğinin lehe veya aleyhe sonuç doğurmayacağı gözetildiğinde, muhakeme safahatını yansıtan tutanaklar, belgeler ve gerekçe içeriğine göre yapılan incelemede, iddia ve savunma ile tüm delillerin eksiksiz olarak kararda gösterildiği, hükmedilen cezaların nevi ve miktarları itibarıyla kanuni sınırlar içinde tayin edildiği anlaşıldığından, sanık ile müdafisinin yerinde görülmeyen temyiz taleplerinin reddiyle hükümlerin onanmasına” YARGITAY 9. CD, 24.11.2021, E. 2021/1788, K.2021/9326.

⁵³ “Olayın intikal şekli ve zamanı, mağdure ile müştekilerin aşamalarda değişen anlatımları, savunma ve tüm dosya kapsamı nazara alındığında, ilk derece mahkemesince sanığın, farklı zamanlarda mağdurenin elinden tutup, beline sarılarak göğüslerine dokunma şeklindeki eylemlerinin kısa süreli, ani ve kesintili gerçekleşmesinden dolayı sarkıntılık düzeyinde kalması nedeniyle 5237 sayılı TCK’nın 103/1-2. Cümle,103/3-c, 43/1. maddeleri gereğince cezalandırılması gereken suç vasfının tayininde yanılığa düşülerek yazılı şekilde hüküm kurulması” YARGITAY 9.CD, 02.11.2021, E.2021/13425, K. 2021/8792.

⁵⁴ “Tüm dosya kapsamına göre sanığın, olay günü yanında çalışan reşit mağdureyi dudağından öpüp, göğüslerine dokunarak arkadan sürtünme şeklindeki eyleminin kısa süreli, ani ve kesintili gerçekleşmesinden dolayı sarkıntılık düzeyinde kaldığı ve mahkemece sanık hakkında temel cezanın alt sınırdan belirlenmesi sebebiyle nihai ceza miktarının değişmediği, bu nedenle kanun değişikliğinin lehe veya aleyhe sonuç doğurmayacağı gözetildiğinde, muhakeme safahatını yansıtan tutanaklar, belgeler ve gerekçe içeriğine göre yapılan incelemede, iddia ve savunma ile tüm delillerin eksiksiz olarak kararda gösterildiği, hükmedilen cezanın nevi ve miktarı itibarıyla kanuni sınırlar içinde tayin edildiği anlaşıldığından, sanık ile müdafisinin yerinde görülmeyen temyiz taleplerinin reddiyle hükmün ONANMASINA” YARGITAY 9.CD, 21.10.2021, E.2021/1591, K. 2021/8584.

Mağdureleri kucağına alarak, bacağına okşama, kıyafetleri üzerinden cinsel organlarına dokunma,⁵⁶

Mağdurenin göğsü ile kalçasına dokunma,⁵⁷

Mağdurenin burnunu yalayarak, sağ göğsünü sıkma,⁵⁸

Mağdurenin yanağını okşama,⁵⁹

- ⁵⁵ “Tüm dosya kapsamına göre sanığın, olay günü on yedi yaşındaki mağdurun kıyafeti üzerinden omzu, göğsü ve penisine dokunması şeklindeki eylemin kısa süreli, ani ve kesintili gerçekleşmesinden dolayı sarkıntılık düzeyinde kaldığı ve mahkemece sanık hakkında temel cezanın alt sınırdan belirlenmesi sebebiyle nihai ceza miktarının değişmediği, bu nedenle kanun değişikliğinin lehe veya aleyhe sonuç doğurmayacağı gözetildiğinde, muhakeme safahatını yansıtan tutanaklar, belgeler ve gerekçe içeriğine göre yapılan incelemede, iddia ve savunma ile tüm delillerin eksiksiz olarak kararda gösterildiği, hükmedilen cezanın nevi ve miktarı itibarıyla kanuni sınırlar içinde tayin edildiği anlaşıldığından, sanık müdafisinin yerinde görülmeyen temyiz talebinin reddiyle hükmün ONANMASINA” YARGITAY 9.CD, 20.10.2021, E.2021/22289, K. 2021/8544.
- ⁵⁶ “Mağdurelerin aşamalandaki samimi anlatımları, savunma, tanık beyanları ile tüm dosya kapsamına göre, ilk derece mahkemesince sanığın farklı tarihlerde iş yerine gelen mağdureler Neslihan, Cemre, Ceren ile Esila’yı kucağına alarak bacıklarını okşayıp, cinsel organlarına kıyafetleri üzerinden dokunma şeklindeki eylemlerinin kısa süreli, ani ve kesintili gerçekleşmesinden dolayı sarkıntılık düzeyinde kaldığı nazara alınıp, mevcut haliyle eylemlerin 02.12.2016 tarihinde yürürlüğe giren 6763 sayılı Kanun değişikliğinden sonra gerçekleştiğine dair her türlü şüpheden uzak, kesin ve inandırıcı delil bulunmadığı gözetilip, buna göre belirlenecek lehe kanun uyarınca mahkumiyeti gerektirdiği” YARGITAY 9.CD, 20.10.2021, E.2021/22223, K. 2021/8530.
- ⁵⁷ “Mağdurenin aşamalandaki ifadeleri ile iddiayı destekler nitelikte tanık anlatımları, savunma ve tüm dosya içeriği nazara alındığında sanığın olay günü aynı iş yerinde birlikte çalıştığı on yedi yaşındaki mağdurenin göğsü ile ve kalçasına dokunma şeklinde sübuta eren eyleminin kısa süreli, ani ve kesintili gerçekleşmesi nedeniyle sarkıntılık düzeyinde kaldığı nazara alınıp, belirlenecek lehe kanuna göre müsnet suçtan mahkumiyeti yerine oluşa uygun düşmeyen yazılı gerekçeyle beraatine karar verilmesi” YARGITAY 9.CD, 13.10.2021, E.2021/1449, K. 2021/8380.
- ⁵⁸ “Tüm dosya kapsamına göre sanığın, olay günü yol kenarında boncuk satmaya çalışan on iki yaşındaki mağdurenin burnunu yalayarak sağ göğsünü sıkması şeklindeki fiziksel temas içeren eyleminin kısa süreli, ani ve kesintili gerçekleşmesinden dolayı sarkıntılık düzeyinde kaldığı ve mahkemece sanık hakkında temel cezanın alt sınırdan tespit edilmesi sebebiyle nihai ceza miktarının değişmediği, bu nedenle kanun değişikliğinin lehe veya aleyhe sonuç doğurmayacağı gözetildiğinde, muhakeme safahatını yansıtan tutanaklar, belgeler ve gerekçe içeriğine göre yapılan incelemede, iddia ve savunma ile tüm delillerin eksiksiz olarak kararda gösterildiği, hükmedilen cezanın nevi ve miktarı itibarıyla kanuni sınırlar içinde tayin edildiği anlaşıldığından, sanık müdafisinin yerinde görülmeyen temyiz talebinin reddiyle hükmün ONANMASINA” YARGITAY 9 CD, 21.09.2021, E.2021/21776, K. 2021/7821.

Mağdurenin kıyafetinin içine elini sokarak göğsünü okşama,⁶⁰

Mağdurenin başını omzuna koyarak eliyle bacağına dokunma,⁶¹

Mağdurenin kolu ile bacağına okşama,⁶²

Mağdurenin kalçaları ile cinsel organına dokunma,⁶³

Mağdurelerin kalçasını sıkıp öperek göğüs ve beline dokunma,⁶⁴

Mağdureye arkadan sarılıp, yanağından öperek kalçasına sürtünme,⁶⁵

Mağdure asansörden inerken vücuduna penisıyla sürtünme,⁶⁶

⁵⁹ “Tüm dosya kapsamına göre sanığın olay günü on üç yaşındaki mağdurenin yanağına okşama şeklindeki eyleminin kısa süreli, ani ve kesintili gerçekleşmesinden dolayı sarkıntılık düzeyinde kaldığı” YARGITAY 14.CD, 24.06.2021, E.2021/245, K. 2021/4501.

⁶⁰ “Olay günü katılanın daha önce yıkatmaya gönderdiği halılarını teslim etmeye gelen sanığın, kendisine parayı uzatan reşit katılanın kıyafetinin içine elini sokarak göğsünü tutması şeklindeki eyleminin ani ve kesintili şekilde gerçekleşip, süreklilik arz etmemesi nedeniyle sarkıntılık düzeyinde kaldığı” YARGITAY 14.CD, 22.06.2021, E.2017/3051, K.2021/4421.

⁶¹ “Tüm dosya kapsamına göre sanığın, olay günü on yaşındaki mağdurenin yanına oturup, başını omzuna koyarak eliyle bacağına dokunma şeklindeki eyleminin kısa süreli, ani ve kesintili gerçekleşmesinden dolayı sarkıntılık düzeyinde kaldığı” YARGITAY 14.CD, 14.06.2021, E.2017/2210, K.2021/4271.

⁶² “Tüm dosya kapsamına göre sanığın olay günü on dört yaşındaki mağdurenin kolu ile bacağına okşama şeklindeki eyleminin kısa süreli, ani ve kesintili gerçekleşmesinden dolayı sarkıntılık düzeyinde kaldığı” YARGITAY 14.CD, 31.05.2021, E.2017/1585, K.2021/3911.

⁶³ “Tüm dosya kapsamına göre sanığın, olay günü arkadaşına ait evin önünde içeri girmeyi bekleyen yirmi bir yaşındaki katılanın kalçaları ile cinsel organına dokunma şeklindeki eyleminin kısa süreli, ani ve kesintili gerçekleşmesinden dolayı sarkıntılık düzeyinde kaldığı” YARGITAY 14.CD, 23.03.2021, E.2016/12167, K.2021/2292.

⁶⁴ “Mağdureler Leyla ile Yeliz’in aşamalarda samimi anlatımları, savunma ile tüm dosya kapsamına göre sanığın, olay günü adları geçen mağdurelerin kalçasını sıkıp, öperek göğüs ve beline dokunma şeklindeki eylemlerinin kısa süreli, ani ve kesintili gerçekleşmesi nedeniyle sarkıntılık düzeyinde kaldığı gözetilerek bu suçtan hükümler kurulması gerekirken suç vasfının tayininde yanılığa düşülerek çocuğun cinsel istismarı suçundan mahkumiyet kararları verilmesi” YARGITAY 14.CD, 17.03.2021, E.2020/3141, K.2021/2145.

⁶⁵ “Mağdurenin aşamalarda beyanları, savunma ve tüm dosya kapsamına göre ilk derece mahkemesince sanığın, olay günü on bir yaşındaki mağdureye arkadan sarılıp, yanağından öperek kalçasına sürtünme şeklindeki eyleminin kısa süreli, ani ve kesintili gerçekleşmesi nedeniyle sarkıntılık düzeyinde kaldığı nazara alınarak karar verilmesi gerekirken” YARGITAY 14.CD, 14.06.2021, E.2020/8968, K.2021/4255.

Mağdurenin saçları ve yüzü ile bacaklarını okşayarak elini cinsel organına götürme⁶⁷ eylemlerini sarkıntılık olarak kabul etmiştir.

3. Suçun Manevi Unsuru

Gerek cinsel saldırı gerekse de çocuğun cinsel istismarı suçunun daha az cezayı gerektiren hali olan sarkıntılık fiili, kasten işlenebilen suçlardandır.⁶⁸ Bu suçların taksirle işlenmesi mümkün değildir. Suçun oluşumu bakımından failin, genel kastının yanında cinsel arzuları tatmin etme amacıyla hareket etmesinin zorunlu olup olmadığı hususu doktrinde tartışmalıdır.

Bir görüşe göre, cinsel saldırı ve cinsel istismar suçunun basit ve sarkıntılık hali yalnızca genel kastla işlenebilir. Failin saikinin suçun oluşumu bakımından bir önemi yoktur. Her ne kadar 102 ve 103. maddelerin gerekçesinde cinsel arzuları tatmin etme amacına yönelik davranışlarla kişinin vücut dokunulmazlığının ihlal edilmesinden bahsedilmiş ise de, cinsel davranış kavramının cinsel arzuları tatmin amacına yönelik olması gerektiği şeklinde yorumlanmaması gerekir.⁶⁹ Zira öncelikli önemli olan maddenin lafzıdır. Bu görüşe göre fail cinsel arzuları tatmin amacıyla hareket edebileceği gibi intikam, kıskançlık, küçük düşürme, gibi düşüncelerle de hareket edebilir.⁷⁰

İkinci bir görüşe göre ise, cinsel saldırı ve cinsel istismar suçlarının basit halinin oluşması için, failin cinsel arzularını tatmin amacıyla hareket etmesi gereklidir.⁷¹ Sadece fail tarafından gerçekleştirilen davranışa

⁶⁶ "Tüm dosya kapsamına göre sanığın, on dört yaşındaki mağdure asansörden inerken vücuduna penisiyle sürtünme şeklindeki fiziksel temas içeren eyleminin kısa süreli, ani ve kesintili gerçekleşmesinden dolayı sarkıntılık düzeyinde kaldığı" YARGITAY 14.CD, 25.11.2019, E.2019/3449, K.2019/12682.

⁶⁷ "Tüm dosya kapsamına göre sanığın, olay günü on bir yaşındaki mağdurenin saçları ve yüzü ile bacaklarını okşayarak elini cinsel organına götürme şeklindeki eyleminin kısa süreli, ani ve kesintili gerçekleşmesinden dolayı 5237 sayılı TCK'nın 103/1-c.2. maddesinde düzenlenen sarkıntılık suretiyle çocuğun cinsel istismar suçunu oluşturduğu ve tüm dosya içeriğine göre sanık hakkında 5237 sayılı TCK'nın 103/4. maddesinin uygulama koşullarının bulunmadığı gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması neticesinde fazla ceza tayini" YARGITAY 9.CD, 14.09.2021, E.2021/22341, K. 2021/7540.

⁶⁸ BAKICI, Sedat, "Sarkıntılık Suçu ve Unsurları", Ankara Barosu Dergisi, 1989, S.4, s.684.

⁶⁹ MEMİŞ KARTAL, s.214.

⁷⁰ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.340; FIRAT/İLTAŞ/IŞIK YILMAZ, s.117.

⁷¹ TUĞRUL, s.306; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 332,359; AKKAYA, s.252; BAYTEMİR, s.98.

bakarak, cinsel saldırı yahut cinsel istismar suçunun oluşup oluşmadığını belirlemek her zaman mümkün değildir.⁷² Eğer kişi cinsel davranışını cinsel saik olmadan gerçekleştirirse, örneğin kavga anında yanağını sıkmak gibi, bu halde cinsel saldırı yahut istismar suçu değil, yaralama suçu olacaktır.⁷³

Yargıtay, cinsel saldırı ve cinsel istismar suçlarının basit halinin, cinsel arzuları tatmin amacıyla işlenmesi gerektiğini kabul etmiştir.⁷⁴

Cinsel saldırı ve istismar suçlarının olası kastla işlenip işlenemeyeceği hususu da doktrin de tartışmalıdır. Bir görüşe göre, bu suçların olası kastla işlenmesi mümkündür.⁷⁵ Failin mağdurun on beş yaşını doldurmamış olma ihtimalini göze alarak yine de cinsel istismar eylemini gerçekleştirmesi olası kastla bu suçun işlenebileceğine örnek olarak verilebilir.⁷⁶ Olası kastla bu suçun işlenemeyeceğini savunan aksi bir görüş de söz konusudur.⁷⁷

⁷² KOCA/ÜZÜLMEZ, s.359.

⁷³ TUĞRUL, s.306.

⁷⁴ “Oluşa, mağdurenin aşamalarındaki beyanlarına ve tüm dosya kapsamına göre; sanığın olay günü suç tarihinde 17 yaş 8 aylık olan ve evine doğru yürümekte olan mağdurenin önüne geçerek kolundan tutup arkadaşlık teklif ettiği, mağdurenin bu teklifi kabul etmemesi üzerine öpmeye çalıştığı, mağdurenin direnmesi üzerine öpme eylemini tamamlayamadığı ve mağdurenin kolundan tutması şeklindeki eylemin ise cinsel tatmin amacına yönelik olmadığından anlaşılması karşısında, sanığın çocuğun basit cinsel istismarına teşebbüs suçunu işlediği sabit olduğu halde, yazılı şekilde basit cinsel saldırı suçundan mahkûmiyetine karar verilmesi” YARGITAY 14.CD, 24.06.2014, E. 2013/337, K. 2014/8581; “Dosya kapsamına göre; sanık Ayhan’ın, misafir olarak bulunduğu evden ayrılacağı sırada, kendisini yolcu etmek amacıyla ayağa kalkan mağdurenin omuzlarından bastırarak koltuğa oturtmak suretiyle mağdurenin vücut dokunulmazlığını ihlal etmiş ise de, dosya kapsamına göre bu eylemin cinsel arzuların tatmini amacına yönelik olmadığından anlaşıldığından basit cinsel saldırı suçunu oluşturmadığı, ancak sanığın bundan sonra mağdurenin üzerine eğilerek öpmeye çalıştığı sırada henüz vücut dokunulmazlığını ihlal etmeden mağdurenin bağırarak karşı koyması nedeniyle tamamlayamadığı eylemini ise cinsel arzuları tatmin amacına yönelik gerçekleştirdiğinden, basit cinsel saldırı suçuna teşebbüsten mahkûmiyetine karar verilmesi yerine yazılı şekilde anılan suçun tamamlanmış halinden hüküm kurulması” YARGITAY 14.CD, 25.11.2015, E. 2014/762, K. 2015/11015.

⁷⁵ YOKUŞ SEVÜK, Handan, “5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Saldırı ve Cinsel Taciz Suçları”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2005b, S.57, s.252; TUĞRUL, s.102, 305; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.368; AKKAYA, s.251.

⁷⁶ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.368.

⁷⁷ MEMİŞ KARTAL, s.215.

4. Teşebbüs

Sarkıntılık düzeyinde kalan cinsel istismar/cinsel saldırı suçlarında, cinsel istismarın sarkıntılık düzeyinde kalıp kalmadığının suçun tamamlanmış şekline göre belirlenmesi nedeniyle, teşebbüsün mümkün olmadığı, suçun temel şekline teşebbüsten sorumluluğun söz konusu olacağı doktrinde savunulmaktadır.⁷⁸ Ancak Yargıtay uygulaması sarkıntılık düzeyinde kalan cinsel istismar suçuna teşebbüsün mümkün olacağı yönündedir.⁷⁹

Sarkıntılık düzeyinde kalan cinsel istismar/cinsel saldırı suçlarında, icra hareketlerinden gönüllü olarak vazgeçen veya kendi çabaları ile suçun tamamlanmasını veya neticenin ortaya çıkmasını engelleyen fail teşebbüsten sorumlu tutulmaz. Ancak TCK'nın 36. maddesi gereği, gönüllü vazgeçme anına kadar gerçekleştirilen hareketler başka bir suç oluşturuyorsa, fail bu suçtan dolayı cezalandırılır.

5. İştirak

Cinsel saldırı ve cinsel istismar suçlarında sarkıntılık fiili yönünden herhangi bir özel iştirak hükmü öngörülmemiştir. Bu nedenle genel hükümlere göre değerlendirme yapılmaktadır.⁸⁰ Buna göre suça, azmettiren ya da yardım eden olarak katılmak mümkündür.

Cinsel saldırı veya cinsel istismar suçunda, sarkıntılığa vücut verecek nitelikteki davranışları, birlikte suç işleme kararının icrası kapsamında gerçekleştirenlerden her biri müşterek fail olarak sorumlu olacaktır. Birlikte suç işleme kararından bahsedilebilmesi için, birden fazla

⁷⁸ KOCA/ÜZÜLMEZ, s.344.

⁷⁹ "Oluş ve kabule göre; suç tarihinde sanığın, kendi kızını, mağdure ile kardeşini dondurma almak amacıyla arabaya bindirdikten sonra yolda giderken aracı durdurduğu, mağdureyi araçtan indirip uzaklaştırarak ormanlık alana doğru götürdüğü, yalnız kaldıkları esnada önce mağdureye video izlettikten sonra kendi pantolonunu ve iç çamaşırını çıkartıp, mağdurenin cinsel organına dokunmasını istediği, mağdurenin kabul etmemesi ve o esnada araçta bulunan mağdurenin kardeşinin kornaya basması üzerine eylemini tamamlayamadığı anlaşıldığından, sanığın eyleminin 5237 sayılı TCK'nın 103/1-2.cümlede yer alan sarkıntılık suçuna teşebbüs eylemini oluşturduğu ve aynı Kanununun 103/1-2. cümle, 35. maddeleri gereğince mahkûmiyetine karar verilmesi gerektiği gözetilmeksizin aynı Kanununun 103/1-1.cümle, 35. maddeleri gereğince hüküm kurulması suretiyle fazla ceza tayini" YARGITAY 14.CD, 03.05.2016, E. 2016/2584, K. 2016/4499.

⁸⁰ ARTUK Mehmet Emin/GÖKÇEN Ahmet/YENİDÜNYA, Ahmet Caner, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 7. Bası, Ankara, 2006, s. 153.

kişinin birlikte suçun kanuni tanımındaki fiil üzerinde ortak hâkimiyet kurması gerekmektedir.⁸¹ Müşterek faillik cinsel saldırı ve cinsel istismar suçuna ilişkin madde metninde ayrıca nitelikli hal olarak da düzenlenmiştir.

6. İctima

Cinsel istismar ve cinsel saldırı suçlarının niteliği gereği içerisinde cebir ve tehdit bulundurması nedeniyle, bu cebir ve tehdit suçun unsuru niteliğinde olduğundan, failin mağdura yönelik sarkıntılık fiilinden cezalandırılması halinde ayrıca tehdit, cebir yahut kasten yaralama suçundan cezalandırılması söz konusu değildir.⁸² Ancak cinsel istismar suçuna ilişkin TCK'nın 103. Maddesinde; on beş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılaya yeteneği gelişmemiş çocuklar bakımından, fiilin cebir veya tehditle işlenmesi nitelikli hal olarak öngörülmüştür.

⁸¹ “Mağdurenin aşamalandaki anlatımları, savunma ile mağdurenin olaydan dolayı ruh sağlığının bozulduğuna ilişkin 11.03.2014 günlü, 351 sayılı üniversite hastane kurul raporu nazara alındığında, kayden 11.09.1998 doğumlu mağdurenin suç tarihinden önce tanışıp arkadaş olduğu sanık Satı ile arkadaşı sanık Talih’le 13.05.2013 gecesi geç saatte cebir tehdit veya hile olmaksızın evinin yakınındaki mandalina bahçesinde buluşmasının ardından, Talih’in yakında beklediği sırada, Satı’nın rızası dışında cinsel ilişkiye girmek için yere yatırdığı mağdurenin direnmesi üzerine yardım etmesini istediği Talih’in mağdurenin ağzını kapatıp kolunu tutmak suretiyle üzerinde ortak hakimiyet kurup direncini kırdıkları mağdure ile Satı’nın zorla cinsel ilişkiye girmesini sağladığı ve bu suretle Talih’in 5237 sayılı TCK’nın 37/1. maddesi anlamında suçu Satı’yla birlikte işlediği tüm dosya içeriğinden anlaşıldığından” YARGITAY 14.CD, 04.03.2016, E. 2014/8511, K. 2016/2146; “Sanıkların katılanları kaçırdıktan sonra, sanık Mustafa’nın katılan Kadriye’ye yönelik ırza geçme eylemini gerçekleştirdiği sırada kendilerine on metre mesafede araç içerisinde bulunan diğer sanık İbrahim’in, katılan Kadriye’nin eşi olan katılan Ercan’ın araçtan inmesine engel olduğu oluşa uygun olarak kabul edilmesi karşısında, sanık İbrahim’in olayın başlangıcından itibaren katılanların direncini kırma ya yönelik söz ve eylemlerde bulunmak suretiyle sanık Mustafa’nın nitelikli cinsel saldırı suçuna TCK.nun 37/1. maddesi kapsamında müşterek fail olarak katıldığı gözetilmeyerek yazılı şekilde hüküm kurulması aleyhe temyiz olmadığından bozma nedeni yapılmamıştır.” YARGITAY 5.CD, 15.04.2008, E. 2008/650, K. 2008/3485.

⁸² “Sanığın, basit cinsel saldırı suçunu işlediği sırada mağdureyi basit tıbbi müdahaleyle giderilebilecek şekilde yaraladığının tüm dosya içeriğinden anlaşılması karşısında, mevcut yaralanmanın TCK’nın 102/1. maddesinde düzenlenen suçun cebir unsuru içinde kaldığı gözetilerek kasten yaralama suçundan açılan kamu davası ile ilgili olarak hüküm kurulmasına yer olmadığına karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde bu suçtan da mahkumiyet hükmü kurulması” YARGITAY 14.CD, 21.03.2019, E. 2015/7660, K.2019/8427.

TCK'nın 102/4 ve 103/5. maddelerinde ise, cinsel istismar ve cinsel saldırı suçlarının işlendiği sırada başvuru cebir veya şiddet nedeniyle, kasten yaralama suçunun ağır neticelerine neden olunması halinde, failin hem cinsel istismar/cinsel saldırı hem de kasten yaralama suçundan cezalandırılacağı hüküm altına alınmıştır.

Cinsel istismar ve cinsel saldırı suçlarının işlenmesinden sonra meydana gelen cebir veya tehdit eyleminin suçun unsuru veya nitelikli hali olarak kabul edilmesi mümkün değilse, bu durumda faile hem sarkıntılık suçundan hem de cebir veya tehditten ceza verilecektir.⁸³

TCK'nın 43. maddesi uyarınca, aynı mağdura karşı, bir suç işleme kararının icrası kapsamında, farklı zamanlarda sarkıntılık fiilinin birden fazla kez işlenmesi halinde, faile sarkıntılık fiilinden tek bir ceza verilir ancak failin cezası dörtte biri ile dörtte üçü oranı arasında artırılır.⁸⁴

Yargıtay, failin eylemleri arasında belirli bir sürenin mevcut olması halinde, eylemlerin ayrı suç işleme kararıyla gerçekleştirildiği kesin olarak saptanamıyorsa, bu halde fail hakkında zincirleme suç hükümlerinin uygulanması gerektiğini kabul etmektedir.⁸⁵

⁸³ MEMİŞ KARTAL, s.229; "5237 sayılı TCK'nın 103. maddesinin nitelikli hali olan ve aynı maddenin dördüncü fıkrasında düzenlenen "tehdit" sebebiyle cezanın arttırılabilmesi için tehdit niteliğinde söz veya eylemlerin suçun işlenmesine yönelik olarak, suçun işlenmesinden önce ya da en geç suçun işlenmesi sırasında yapılması gerektiği, suçun işlenmesinden sonra, suçun ortaya çıkmasını önlemek amacıyla yapılan tehdidin ise ayrı bir suç oluşturacağı, dosya kapsamına göre suça sürüklenen çocuğun, cinsel istismar eyleminden sonra mağdura "kimseye söylemeyeceksin, bir kişiden duyarsam seni döverim" demek suretiyle, eylemin ortaya çıkmasını engellemek amacıyla yaptığı tehdidin ayrı bir suç oluşturup 5237 sayılı TCK'nın 106/1-c.1. maddesi gereğince zamanaşımı süresi de nazara alınarak uygulama yapılabileceği ve mevcut haliyle suça sürüklenen çocuğun eylem öncesinde veya anında TCK'nın 103/4. maddesi kapsamında kalan söz veya fiilinin bulunmadığı gözetilmeden, hakkında anılan maddenin tatbiki suretiyle fazla ceza tayini" YARGITAY 14.CD, 27.03.2017, E. 2017/8155, K. 2017/1594.

⁸⁴ KOCA/ÜZÜLMEZ, s.368.

⁸⁵ "Sanığın, mağdura yönelik 2004 yılı Ağustos ayında ve 2005 yılı Şubat ayında gerçekleştirdiği fiili livata eylemleri arasında hukuki kesinti olduğuna dair bir bilgi ve delil bulunmaması karşısında, sanığın her iki eylemini aynı kast altında zincirleme olarak işlediğinin kabulü ile Adli Tıp Kurumu 6. İhtisas Kurulunun 11.11.2009 tarihli mağdurun ruh sağlığının bozulduğuna ilişkin raporu da gözetilerek sanığın zincirleme şekilde gerçekleştirdiği cinsel istismar eylemlerinin 765 sayılı TCK'nın 414/2, 80, 418/2 ve 55/3. maddelerine göre lehe yasa değerlendirilmesi yapılarak sonucuna göre hüküm kurulması yerine, yazılı şekilde Ağustos 2004 ve Şubat 2005 tarihlerindeki eylemlerin ayrı suç

7. Yaptırım

TCK'nın 102. maddesinde öngörülen sarkıntılık fiilinin yaptırımı yine aynı maddede düzenlenmiştir. Maddeye göre; cinsel davranışın sarkıntılık düzeyinde kalması halinde, fail hakkında iki yıldan beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

TCK'nın 103. maddesinde öngörülen sarkıntılık fiili açısından ise, fail hakkında üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. Ancak mağdur on iki yaşından küçük ise, faile verilecek ceza beş yıldan az olamaz.

Sarkıntılık fiilinden hapis cezasına mahkûm olan fail hakkında, mahkûmiyetin bir sonucu olarak, hapis cezasının tamamlanmasına kadar TCK'nın 53. maddesinde öngörülen hak yoksunluklarına hükmolunur.

8. Soruşturma ve Kovuşturma Usulü

Kural olarak TCK'nın 102. maddesinde öngörülen basit cinsel saldırı suçu şikâyete tabidir. Kanuna 18/06/2014 tarih ve 6545 sayılı kanunun 59. maddesi ile eklenen sarkıntılık fiili açısından ise açık bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Ancak gerek maddenin düzenleniş biçimi, gerekse sarkıntılık fiilinin cinsel saldırı suçunun basit haline göre daha az haksızlık içermesi nazara alındığında, sarkıntılık fiilinin de şikâyete tabi olduğunun kabulü gerekmektedir.⁸⁶

Yine de belirtmek gerekir ki, her ne kadar madde metninde öngörülen sarkıntılık fiili açısından şikâyet koşulu söz konusu ise de, cezanın artırılmasını gerektiren nitelikli hallerin söz konusu olduğu hallerde, suçun soruşturma ve kovuşturulması resen yapılmaktadır.⁸⁷

oluşturduğu kabul edilerek hüküm kurulması" YARGITAY 14.CD, 09.09.2013, E. 2013/9600, K. 2013/8778.

⁸⁶ KOCA/ÜZÜLMEZ, s.349.

⁸⁷ "Zorla ırza tasaddi suçunun soruşturulması ve kovuşturulması, 765 sayılı TCY. döneminde şikâyete tabi tutulmamış, bu suç kamu adına kovuşturulması gereken suçlardan sayılmıştır. 5237 sayılı TCY.nın 102/1. maddesinde ise, suçun basit hali şikâyete tabi olarak düzenlenmiştir. Ancak, maddenin diğer fıkralarında suçun nitelikli hallerine yer verilmiş, bunlar arasında yer alan suçun evlilik birliği içinde işlenmesi hali şikâyet koşuluna bağlanmış, diğer nitelikli hallerde ise suçun soruşturulması ve kovuşturulmasının şikâyete tabi olup olmadığı konusunda herhangi bir hüküm serdedilmemiştir. Bir suçun basit halinin soruşturulması ve kovuşturulmasının şikâyete tabi olması, nitelikli

TCK'nın 103. maddesinde düzenlenen sarkıntılık fiili açısından ise, kural olarak şikâyet, izin gibi herhangi bir soruşturma ve kovuşturma şartı söz konusu olmamakla birlikte, 6545 sayılı kanun değişikliğinden sonra; sarkıntılık düzeyinde kalan cinsel istismar suçunun failinin de çocuk olması halinde, soruşturma ve kovuşturma yapılması mağdurun, velinin yahut vasiinin şikâyetine tabi hale gelmiştir. Şikâyet hakkını bizzat mağdurun kendisi kullanabileceği gibi, velisi ya da vasisi de kullanabilir. Mağdurun yanında veli ve vasiye de şikâyet hakkı tanındığı için, şikâyetin kullanılması yahut şikâyetten feragat noktasında iradelerin çatışması söz konusu olabilecektir. Bu durumda şikâyetten feragat etme yetkisi, şikâyette bulunan kişidedir. Mağdur şikâyette bulunmuşsa, veli ya da vasisinin, velisi ya da vasisi şikâyette bulunmuşsa mağdurun şikâyetten feragat etme yetkisi yoktur. Mağdur ve velisi ya da vasisi birlikte şikâyette bulunmuşlarsa, bunlardan birinin şikâyetten feragat etmesi diğerinin şikâyet hakkını etkilemeyecektir.⁸⁸

103. maddede öngörülen sarkıntılık fiili açısından da, maddede öngörülen nitelikli hallerin söz konusu olduğu hallerde, failin çocuk

hallerinin de şikâyete tabi olduğu şeklinde yorumlanmamalıdır. Soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete tabi olan suç türleri, yasa maddelerinde açık olarak belirtildiğinde bu kapsamın dışında kalan suç türlerinin soruşturulması ve kovuşturulmasının kamu adına yapılacağı kabulü zorunludur. Yasa koyucunun iradesinin bu doğrultuda değerlendirilmesi yasa oluşturma biçimine uygun düşer. Öte yandan cinsel saldırı suçlarının, 102. maddenin 3. fıkrasında düzenlenen nitelikli halleri incelendiğinde, kamu görevinin kötüye kullanılması ya da silahla işlenmesi gibi halleri içerdiği görülmektedir. Anılan haller geçmişten bu yana, kamu adına takip edilecek suçlar kapsamında işlem görmüştür. Bu durum nazara alındığında dahi maddenin 3. fıkrasında yer alan nitelikli hallerin de kamu adına takip edileceği ve soruşturma ve kovuşturmasının şikâyete tabi tutulamayacağı ortaya çıkmaktadır. Konu öğretide de ele alınmış ve cinsel saldırı suçlarının nitelikli hallerinin soruşturulması ve kovuşturulmasının şikâyete tabi olmadığı belirtilmiştir. Bu açıklamalar ışığında somut olay ele alınıp değerlendirildiğinde; Özel Dairenin, sanığın sabit olan, kardeşinin ırzına tasaddi suçunun 5237 sayılı TCY.na göre soruşturulması ve kovuşturulmasının şikâyete tabi olduğuna ve mağdure şikâyetçi olmadığından sanık hakkındaki kamu davasının düşürülmesi gerektiğine yönelik kabulü ve bu gerekçeye dayanarak Yerel Mahkeme hükmünü bozması, yukarıdaki açıklamalar doğrultusunda yasaya aykırıdır." YARGITAY CGK, 03.10.2006, E. 2005/5-193, K.2006/203.

⁸⁸ KOCA/ÜZÜLMEZ, s.370-371.

olup olmadığı dikkate alınmaksızın suçun soruşturma ve kovuşturulması şikâyet aranmaksızın resen yapılmaktadır.⁸⁹

Sarkıntılık fiilini düzenleyen TCK'nın 103. maddesi, CMK'nın 100. maddesi uyarınca katalog suçlar arasında sayılmış olup, sair şartların da mevcut olması halinde bu suç açısından tutuklama kararı verilmesi mümkündür. Ancak TCK'nın 102. maddesinde öngörülen sarkıntılık fiili katalog suçlar arasında bulunmamaktadır.

CMK'nın 196/2. maddesine göre, sarkıntılık fiili açısından failin savunmasının istinabe yoluyla alınması mümkündür. Ancak 103. maddede öngörülen sarkıntılık fiili açısından, mağdur on iki yaşından küçükse, kanımızca failin savunmasının istinabe yoluyla alınması mümkün değildir.

9. Görevli ve Yetkili Mahkeme

TCK'nın 102 ve 103. maddelerinde düzenlenen cinsel saldırı ve çocuğun cinsel istismarı suçları için görevli mahkeme, 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kurulu, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanununun 10-14. maddelerine göre belirlenir. Buna göre, TCK'nın 103/1-2.cümle maddesi ile TCK'nın 102/2-2.cümle maddesinde düzenlenen sarkıntılık fiilleri açısından görevli mahkeme Asliye Ceza Mahkemesidir.

Ancak buna rağmen uygulamada çoğu durumda, Asliye Ceza Mahkemelerince, eylemin sarkıntılık boyutunu aşma ihtimali gerekçe gösterilerek görevsizlik kararları verildiği, dosyaların Ağır Ceza Mahkemelerine gönderildiği, Yargıtay ve İstinaf kararlarının da genellikle Ağır Ceza Mahkemelerinin görevli olduğu yönünde bir tutum sergilediği anlaşılmaktadır.⁹⁰

⁸⁹ ARTUK/ALŞAHİN, s.3268.

⁹⁰ "Sarkıntılık yapmak suretiyle basit cinsel saldırı suçundan sanık Hasan Baytok'un yapılan yargılanması sırasında; Uşak 2. Ağır Ceza Mahkemesiyle Uşak 1. Asliye Ceza Mahkemesi arasında oluşan olumsuz görev uyuşmazlığının giderilmesi ve yargı yerinin belirlenmesi istemiyle gönderilen dosya Yargıtay C.Başsavcılığından tebliğname ile daireye verilmekle incelenerek gereği düşünüldü: İncelenen dosya içeriğine, sanığın üzerine atılan suçun niteliğine, iddianamede olayın anlatılış biçimine ve Uşak 1. Asliye Ceza Mahkemesi kararındaki gerekçeye göre, yerinde görülmeven Uşak 2. Ağır Ceza

Sarkıntılık fiilinde yetkili mahkeme, CMK'nın 12. maddesi uyarınca suçun işlendiği yer mahkemesidir. Ancak bu suçların, genellikle kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu ile birlikte işlenmesi ve bu suçun ise kesintisiz suçlardan olması nedeniyle, kesintinin gerçekleştiği yer yetkili mahkemedir.⁹¹

10. Zamanaşımı

Dava zamanaşımı TCK'nın 66. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre TCK'nın 103. maddesinde düzenlenen sarkıntılık fiilinde 66/1-d maddesi uyarınca dava zamanaşımı on beş yıl, TCK'nın 102. maddesinde düzenlenen sarkıntılık fiilinde ise 66/1-e maddesi uyarınca dava zamanaşımı sekiz yıldır.

TCK'nın 66/3. maddesi uyarınca, eğer dosyadaki mevcut delillerden anlaşılması mümkünse, dava zamanaşımı süresi belirlenirken, suçun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hallerinin de göz önünde bulundurulması gerekir.

TCK'nın 66/6. maddesi uyarınca, tamamlanmış suçlarda dava zamanaşımı kural olarak suçun işlendiği günden itibaren işler. Ancak madde metninde, çocuklara yönelik üstsoy veya üzerinde hüküm ve nüfuzu olan kimseler tarafından işlenmiş bir suç söz konusu ise dava zamanaşımı süresi, çocuğun on sekiz yaşını bitirdiği günden itibaren işlemeye başlar.⁹²

Mahkemesinin 19/02/2016 gün ve 2016/38 E. 2016/61 K. sayılı GÖREVSİZLİK kararının KALDIRILMASINA" YARGITAY 5.CD, 15.06.2016, E. 2016/6126, K. 2016/6382. (İlk derece kararındaki iddianame özeti: Uşak C. Başsavcılığının iddianamesi ile; Müşteki Hatice Hotak karakola müracaatta bulunarak; şüpheli Hasan Baytok'un kayınvalidesinin babası olduğunu, uzaktan da akrabası olduğunu, olay günü saat 13:00 ikametinde bulunduğu sırada kapının çaldığını, açtığında şüphelinin geldiğini gördüğünü, yaşlı olduğu için kendisini içeriye alarak aç olup olmadığını, bir ihtiyacının olup olmadığını sorduğunu, bunun üzerine şüphelinin bir ihtiyacı olmadığını söyleyerek kanepede oturduğunu ve eliyle kanepesini göstererek "Şöyle yanıma gel otur ben senin için geldim, senden hoşlanıyorum" dedikten sonra iki eliyle omuzlarından tutarak kendisini öpmeye kalktığını, şüpheliye ne yaptığını sorduğunda "Seninle yatmak istiyorum" dediğini, bunun üzerine şüpheliyi ittirerek korktuğundan dolayı evden çıkarak ablasına gittiğini, yolda da polisi aradığını, ablasını evde bulamayınca evine geri geldiği iddiasıyla sanığın cezalandırılması talebi ile mahkememize kamu davası açılmıştır.)

⁹¹ AKKAYA, s.281; TUĞRUL, s.322.

⁹² BAYTEMİR, s.421

SONUÇ

TCK'da cinsel suçlara, 102 ila 105. maddeler arasında yer verilmiş olup; cinsel saldırı, çocuğun cinsel istismarı, reşit olmayanla cinsel ilişki ve cinsel taciz olarak 4 başlık halinde düzenlenmiştir.

Cinsel saldırı suçuna ilişkin 102. maddede "cinsel davranışlarla bir kimsenin vücut dokunulmazlığını ihlal eden" bir fiilden bahsedilmiştir. Bu nedenle bu maddede öngörülen suçun oluşması için mağdurun vücuduna temas edilmesi şarttır. Ancak cinsel istismar suçuna ilişkin 103. maddede yalnızca cinsel davranıştan bahsedilmiş, içeriğine ilişkin herhangi bir açıklama yapılmamıştır. Bu durum doktrinde, cinsel istismar suçunun basit halinde fiziksel temasın şart olup olmadığı hususunda tartışmalara yol açmıştır. Ancak 6545 sayılı kanun ile cinsel taciz suçunun çocuğa karşı işlenmesinin nitelikli hal olarak düzenlenmesi ve 102 ve 103. maddelerde değişiklik öngören madde gerekçesinde cinsel saldırı ve cinsel istismar suçları ile cinsel taciz suçu arasındaki farkı belirlerken "temas" unsurunun esas alınması tartışmalara son vermiştir.

Her ne kadar kanun değişikliği yaşanan tartışmalara son vermiş olsa da, kanaatimizce her iki kanun metninin birbirine paralel şekilde düzenlenmesi daha isabetli ve sistematik olacaktır.

Cinsel suçlar düzenlenirken cinsel saldırı ve cinsel istismar suçlarında sarkıntılık fiiline yer verilmemiştir. Sarkıntılık fiili, 6545 sayılı kanun değişikliği ile daha az cezayı gerektiren nitelikli bir hal olarak mevzuatımıza kazandırılmış, sebebi ise madde gerekçesinde ani hareketlerde ceza miktarının az bırakılması ihtiyacı olarak belirtilmiştir.

Sarkıntılık fiiline yer verilirken, her iki madde metninde de tanımı yapılmamış, içeriği uygulamaya bırakılmıştır. Uygulamada; ani, kesintili, süreklilik arz etmeyen cinsel davranışlar sarkıntılık olarak değerlendirilmektedir.

Basit cinsel saldırı suçunun şikâyete tabi olduğu madde metninde açıkça düzenlenmiş olmasına rağmen, sarkıntılık halinde suçun şikâyete tabi olup olmadığı hususunda bir düzenleme yapılmamıştır. Ancak kanımızca, basit cinsel saldırı suçunun daha az cezayı gerektiren nitelikli bir hali olan sarkıntılık fiilinin de soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete tabidir.

Yine cinsel saldırı suçunun daha az cezayı gerektiren nitelikli bir hali olan sarkıntılık fiilinin, e e karşı i lenip i lenemeyeceği hususunda da madde metninde açık bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bu yönde bir düzenleme yapılması faydalı olacaktır ancak kanımızca eşler arasında bu suçun işlenmesi mümkündür. Zira özellikle aralarında resmi nik h devam eden ancak boŐanma sürecinde olan eşler bakımından, eŐin rızası dışında bu tür davranıŐlara maruz kalması kabul edilebilir bir durum değildir.

KAYNAKLAR

- AKKAYA, Çetin, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, Ankara, 2018.
- ARSLANTÜRK, Mustafa, Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 3. Baskı, Ankara 2017.
- ARTUÇ, Mustafa, Pratik Türk Ceza Kanunu, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 3. Baskı, Ankara, 2018.
- ARTUK Mehmet Emin/GÖKÇEN Ahmet/YENİDÜNYA, Ahmet Caner, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 7. Bası, Ankara, 2006.
- ARTUK, Mehmet Emin/ALŞAHİN, Mehmet Emin, "Sarkıntılık Fiili", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2016, C. 65, S. 4, s. 3243-3270.
- ARTUK, Mehmet Emin/GÖKÇEN, Ahmet/ALŞAHİN, Mehmet Emin/ÇAKIR, Kerim, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 18. Baskı, Ankara, 2019.
- BAKICI, Sedat, "Sarkıntılık Suçu ve Unsurları", Ankara Barosu Dergisi, 1989, S.4, s.679-687.
- BAYTEMİR, Erdal, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, Ankara, 2019.
- DURSUN, Selman, "Türk Ceza Hukuku'nda Cinsel Suçlara Genel Bir Bakış", Ceza Hukuku Dergisi, Nisan 2014, S. 24, s.57-73.
- DÖNMEZER, Sulhi, Ceza Hukuku Hususi Kısım, Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler, 5. Bası, İstanbul, 1983.
- FIRAT, Sunay/İLTAŞ, Yiğit/IŞIK YILMAZ, Ş. Berfin, Ruhsal ve Hukuki Yönleriyle Çocuk İstismarı Çocukların Cinsel Dokunulmazlığına Karşı Suçlar, Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara, 2017.
- KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 6. Baskı, Ankara 2019.
- KOÇAOĞLU, Serhat Sinan, Yargı Kararları Işığında Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, Ankara, 2016.
- MALKOÇ, İsmail, Açıklamalı Yeni Türk Ceza Kanunu, Birinci Cilt, Ankara, 2005.
- MEMİŞ KARTAL, Pınar, Türk Ceza Hukuku'nda Çocukların Cinsel İstismarı, İstanbul 2014.

- MERAN, Necati, Yeni Türk Ceza Kanununda Kişilere Karşı Suçlar, 2. Bası, Ankara, 2008.
- ÖNDER, Ayhan, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 3. Bası, İstanbul, 1991.
- ÖZGENÇ, İzzet, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi (Genel Hükümler), Üçüncü Bası, Ankara, 2006.
- TANER, Fahri Gökçen, Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, 2. Baskı, Ankara, 2017.
- TEZCAN, Durmuş/ERDEM Mustafa Ruhan/ÖNOK, Rifat Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 17. Baskı, Ankara, 2019, s. 392-393.
- TUĞRUL, Ahmet Ceylani, Cinsel Dokunulmazlığa Kaşı Suçlar ve Ensest İlişkiler, 2. Baskı, Ankara, 2013 s.255.
- YOKUŞ SEVÜK, Handan, “5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Çocukların Cinsel İstismarı ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçları”, Hukuk ve Adalet Dergisi, 2005a, S.5, s.119-145.
- YOKUŞ SEVÜK, Handan, “5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Saldırı ve Cinsel Taciz Suçları”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2005b, S.57, s.243-282.

İnternet Kaynakları

<https://docplayer.biz.tr/43874343-6545-sayili-kanunun-yargi-paketi-gerekceleri.html>

<https://sozluk.gov.tr/>

Yargıtay Kararları

- YARGITAY CGK, 24.12.1990, E. 1990/5-343, K.1990/361.
- YARGITAY CGK, 03.10.2006, E. 2005/5-193, K.2006/203.
- YARGITAY CGK, 30.09.2014, E. 2013/14-797, K. 2014/408.
- YARGITAY CGK, 01.06.2021, E. 2019/14-38, K. 2021/233.
- YARGITAY 5.CD, 15.04.2008, E. 2008/650, K. 2008/3485.
- YARGITAY 5.CD, 15.06.2016, E. 2016/6126, K. 2016/6382.
- YARGITAY 9.CD, 24.11.2021, E. 2021/1788, K.2021/9326.
- YARGITAY 9.CD, 02.11.2021, E.2021/13425, K. 2021/8792.

YARGITAY 9.CD, 21.10.2021, E.2021/1591, K. 2021/8584.
YARGITAY 9.CD, 20.10.2021, E.2021/22289, K. 2021/8544.
YARGITAY 9.CD, 20.10.2021, E.2021/22223, K. 2021/8530.
YARGITAY 9.CD, 13.10.2021, E.2021/1449, K. 2021/8380.
YARGITAY 9 CD, 21.09.2021, E.2021/21776, K. 2021/7821.
YARGITAY 9.CD, 14.09.2021, E.2021/22341, K. 2021/7540.
YARGITAY 9.CD, 09.11.2021, E.2021/15055, K. 2021/9034.
YARGITAY 9.CD, 28.09.2021, E.2021/21789, K. 2021/8034.
YARGITAY 9.CD, 14.12.2021, E. 2021/26241, K.2021/9957.
YARGITAY 9.CD, 30.11.2021, E.2021/6895, K.2021/9456.
YARGITAY 14.CD, 18.12.2017, E. 2016/11387, K. 2017/6507.
YARGITAY 14.CD, 13.02.2014, E.2012/4276, K.2014/1689.
YARGITAY 14.CD, 05.03.2013, E. 2012/13546, K.2013/2184.
YARGITAY 14.CD, 22.12.2014, E. 2014/582, K. 2014/14622.
YARGITAY 14.CD, 14.03.2016, E. 2014/3127, K. 2016/2435.
YARGITAY 14.CD, 26.11.2013, E.2012/565, K.2013/12213.
YARGITAY 14.CD, 13.11.2013, E.2011/22776, K. 2013/11703.
YARGITAY 14.CD, 02.04.2015, E.2014/9863, K.2015/5212.
YARGITAY 14.CD, 02.04.2015, E.2015/294, K.2015/5209.
YARGITAY 14.CD, 04.04.2019, E. 2015/9467, K.2019/8798.
YARGITAY 14.CD, 02.02.2019, E. 2016/3931, K.2019/8698.
YARGITAY 14.CD, 27.01.2021, E. 2016/9642, K.2021/511.
YARGITAY 14.CD, 01.06.2021, E. 2020/1580, K.2021/3954.
YARGITAY 14.CD, 11.02.2016, E. 2015/10288, K. 2016/1183.
YARGITAY 14.CD, 07.10.2019, E. 2016/5744, K.2019/11343.
YARGITAY 14.CD, 24.09.2014, E. 2012/15273, K. 2014/10407.
YARGITAY 14.CD, 08.02.2018, E. 2014/8370, K. 2018/821.
YARGITAY 14.CD, 24.06.2014, E. 2013/337, K. 2014/8581.
YARGITAY 14.CD, 25.11.2015, E. 2014/762, K. 2015/11015.
YARGITAY 14.CD, 03.05.2016, E. 2016/2584, K. 2016/4499.

- YARGITAY 14.CD, 04.03.2016, E. 2014/8511, K. 2016/2146.
YARGITAY 14.CD, 21.03.2019, E. 2015/7660, K.2019/8427.
YARGITAY 14.CD, 27.03.2017, E. 2017/8155, K. 2017/1594.
YARGITAY 14.CD, 09.09.2013, E. 2013/9600, K. 2013/8778.
YARGITAY 14.CD, 24.06.2021, E.2021/245, K. 2021/4501.
YARGITAY 14.CD, 22.06.2021, E.2017/3051, K.2021/4421.
YARGITAY 14.CD, 14.06.2021, E.2017/2210, K.2021/4271.
YARGITAY 14.CD, 31.05.2021, E.2017/1585, K.2021/3911.
YARGITAY 14.CD, 23.03.2021, E.2016/12167, K.2021/2292.
YARGITAY 14.CD, 17.03.2021, E.2020/3141, K.2021/2145.
YARGITAY 14.CD, 14.06.2021, E.2020/8968, K.2021/4255.
YARGITAY 14.CD, 25.11.2019, E.2019/3449, K.2019/12682.