

SARKINTILIK FİİLİ

Prof. Dr. Mehmet Emin ARTUK*
Yrd. Doç. Dr. Mehmet Emin ALŞAHİN**

1- Genel Açıklamalar

5237 TCK'nın ikinci kitabının ikinci kısmının altıncı bölümünde “cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar” yer almaktadır. Kanununun 102 nci maddesinde “cinsel saldırı”, 103 üncü maddesinde “cinsel istismar”, 104 üncü maddesinde “reşit olmayanla cinsel ilişki”, 105 inci maddesinde ise “cinsel taciz” suçu” yaptırım altına alınmıştır.

Cinsel saldırı ve cinsel istismar suçları mağdurun yaşı dikkate alınarak; reşit olmayanla cinsel ilişki suçu ile cinsel istismar suçu ise fiilin niteliği itibariyle birbirinden ayrılmaktadır. Cinsel taciz suçu da, failin cinsel amaçlı olarak mağdurun vücuduna temas içermeyen cinsel içerikli davranışları olarak diğer suçlardan ayrılmaktadır.

5237 sayılı TCK'nın yürürlüğe girdiği 2005 yılından sonraki uygulamasında, özellikle vücuda temas içeren ancak süreklilik arz etmeyen, ani davranışların mağdurun yaşına göre cinsel saldırı ya da cinsel istismar olarak kabul edilmesi bir takım adaletsiz sonuçların ortaya çıkmasına neden olmuştur¹. Örneğin mağdurun saçını okşama, yüzünden makas alma

* İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

** Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

¹ “Yolda yürüyen mağdurenin arkasından bacağının ellenerle okşanması” (basit cinsel saldırı) Yarg. 5. CD.'nin 16.04.2007 tarih ve 2007/3085 E., 2007/2893 K. sayılı kararı; “12

şeklindeki davranışlar cinsel saldırı ya da cinsel istismar suçunu oluşturmaktaydı².

Bununla birlikte doktrinde bu tür davranışların o dönem cinsel taciz suçu kapsamında değerlendirilmesi gerektiği de ileri sürülmüştü:

TEZCAN-ERDEM-ÖNOK, mağdura yönelik olarak bedensel temas içeren her türlü cinsel davranışın, cinsel taciz kapsamında değerlendirilmesinin yerinde olmadığı ve cinsel saldırı suçunun mu yoksa cinsel taciz suçunun mu oluştuğunun, olaya ilişkin tüm koşullar dikkate alınarak gerek davranışın önemi (normatif) gerekse yoğunluğu ve süresi (niceliksel) göz önünde bulundurularak belirlenmesi gerektiğini ifade etmişlerdi³.

ÖZBEK-KANBUR-DOĞAN-BACAKSIZ-TEPE, cinsel saldırı suçu ile cinsel taciz suçu arasındaki farkı ortaya koymada bedensel temas aransa da bu kriterin tek başına yeterli olmadığı ve fiziksel temasın cinsel davranış boyutuna ulaşması gerektiği ifade edilerek, fiziksel temasın cinsel davranış boyutuna ulaşıp ulaşmamasının tespitinde hareketin yoğunluğu, sürekliliği, hangi bölgeye yöneldiği, mağdurun veya failin çıplaklığı gibi kıstasların bunu belirlemede dikkate alınması gerektiği ifade edilmiştir. Bu açıdan mağdura çimdik atmak, saçlarını okşamak, mağdura sürtünmek, elbise üzerinden kalçasına ve göğüs bölgesine dokunmak gibi temas içeren hareketlerin her zaman cinsel saldırı olarak nitelendirilemeyeceği gerektiğini belirtmekteydi⁴.

5237 sayılı TCK'da yer alan cinsel dokunulmazlığa karşı suçların uygulamasında yaşanan sorunlar dikkate alınarak, 18.06.2014 tarih ve 6545 sayılı Kanun ile birlikte, "sarkıntılık fiili", cinsel saldırı (m.102) ve cinsel

yaşındaki mağdurenin bacağıнын ellenmesi" (basit cinsel istismar) Yarg. 5. CD.'nin 08.02.2007 tarih ve 13513/780 sayılı kararı; "15 yaşındaki mağdurenin kalçasının ellenmesi" (basit cinsel istismar) Yarg. 5. CD.'nin 29.01.2007 tarih ve 13885/328 sayılı kararı. Kararlar için bkz. **Artuç, Mustafa**, *Kişilere Karşı Suçlar*, 2. Baskı, Ankara 2008, s.744, 745.

² Karşı cinsin saçlarını okşama ve çimdik atmanın cinsel taciz kapsamında değerlendirilmesi gerektiği konusunda bkz. **Çakıcı Gerçek, Leyla**, *Yargıtay Kararlarıyla Cinsel Taciz Suçu*, AÜHFD, C:60, Y:2011, S:1, s.56.

³ **Tezcan, Durmuş-Erdem, Mustafa Ruhan-Önok Murat**, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 8. Baskı, Ankara 2012, s.348.

⁴ **Özbek, Veli Özer-Kanbur, Nihat-Doğan, Koray-Bacaksız, Pınar-Tepe, İlker**, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 2. Baskı, Ankara 2011, s.355.

istismar (m.103) suçları yönünden daha az cezayı gerektiren nitelikli hal olarak düzenlenmiştir⁵.

Aşağıda öncelikle sarkıntılık fiilinin 765 sayılı TCK'daki düzenleniş şekli açıklandıktan sonra, 6545 sayılı kanun ile 5237 sayılı TCK'da yapılan değişiklik Yargıtay kararları ışığında incelenecek, yeri geldikçe 6763 sayılı Kanunla yapılan son değişikliğe değinilecektir.

2- 765 sayılı TCK'daki Durum

Sarkıntılık suçu, 765 sayılı TCK.'nın 1926 tarihli ilk şeklinde yer almamaktaydı. Bu nedenle uygulamada sarkıntılık eylemi ya hiç cezalandırılmamakta ya da alenen hayasızca hareket olarak değerlendirilerek cezalandırılmaktaydı. Bu nedenle kanun koyucu 08.06.1933 tarih ve 2275 sayılı kanunla⁶ 765 sayılı TCK'nın 421. maddesine sarkıntılık suçunu ekleyerek bu boşluğu doldurmuştu⁷.

765 sayılı TCK döneminde sarkıntılık doktrinde çeşitli şekillerde tanımlanmıştı.

Dönmezer'e göre; “Sarkıntılık, bir şahsa karşı, onun rızası hilafına olarak şehvet maksadıyla, söz, fiil ve hareketle, edep ve iffete tecavüz teşkil

⁵ 24.11.2016 tarih ve 6763 sayılı Kanununun 13 üncü maddesi ile cinsel istismar suçunun sarkıntılık şeklinde gerçekleşen halinde (m.103/1) yaptırım bakımından bir değişikliğe gidilmiştir.

⁶ 1933 tarih ve 2275 sayılı kanunla yapılan değişikliğe göre, “Kadınlara ve genç erkeklere söz atanlar on beş günden üç aya kadar ve sarkıntılık edenler bir aydan altı aya kadar hapsolunur.” İÇEL, Kayıhan-Yenisey, Feridun, Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Kanunları, İstanbul 1994, s.725.; 2275 sayılı kanunun gerekçesinde; “421’inci maddede söz atanlar hakkında ceza tayin edilmiş olduğu halde, sarkıntılık edenler için kanunda sarahat olmamasından tatbikatta bu yolda bir harekete mütecasir olanlara ya hiç ceza verilmemekte veya aleni olarak hayasızca harekette bulunanlar hakkındaki söz atanlar cezasından daha hafif bir ceza ile tecziye edilmekte oldukları anlaşılmakta, kanunda mühim bir noksan olan bu hususu ikmal ve ıslah maksadıyla mezkur 421 inci maddeye bir fıkra konarak, söz atanlarla sarkıntılık edenlere ayrı cezalar gösterilerek madde tebdil olunmuştur.” denilmekteydi. bkz. ÇAĞLAYAN, M. Muhtar, En Son Değişiklikleri ile Birlikte Gerekeçeli Açıklamalı ve İçtihatlı Türk Ceza Kanunu, Genişletilmiş 3. Baskı, 3. Cild, Ankara (tarihsiz), s.533.

⁷ 765 sayılı TCK'nın 421. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenmiş bulunan sarkıntılık suçunun mehzamı 1274 (1858) Ceza Kanunname-i Hümayununun 202. maddesine 1277 (1861) tarihli kanunla yapılan zeyil oluşturmaktaydı. 1861 tarihli zeyilde sarkıntılık suçu, “Zükûr ve inâsdan genç kimselere (...) elleriyle sarkıntılık eyleyenler bir aydan üç aya kadar hapis olunur” şeklinde düzenlenmişti. Bkz. GÖKÇEN, Ahmet, Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunları ve Bu Kanunlardaki Ceza Müeyyideleri, İstanbul 1989, s.152.

edecek surette ve fakat ırza tecavüz ve tasaddi cürümlerine veya bunların teşebbüsüne varmayacak şekilde yönelen tecavüzlerdir"⁸.

Artuk'a göre, "sarkıntılık cürmü, belirli bir kimsenin rızası hilafına edep ve iffetine dokunacak nitelikte şehvet duygusuyla söz, yazı veya vücuda temas biçiminde gerçekleştirilen sırnaşıkça hareketler" olarak tanımlanabilir⁹.

Önder'e göre ise, sarkıntılık; "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 temasında şart olmadığı, söz, yazı veya diğer hareketlerle gerçekleştirilen temelinde cinsel dürtünün bulunduğu fiillerdir"¹⁰.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 24.12.1990 tarihli kararına göre, sarkıntılık, belirli bir kimseye karşı işlenen, o şahsın edep ve iffetine dokunan, ani ve hareketler yönünden kesiklik gösteren, şehvet kastıyla işlenen edepsizce davranışlardır¹¹.

Bunun yanında Yargıtay Ceza Genel Kurulu söz konusu kararda sarkıntılık suçunun oluşabilmesi için fail ile mağdurenin vücutlarının temasının şart olmadığını belirtmiş ve sarkıntılık suçunu oluşturan hareketlere örnekler vermiştir. Buna göre, "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 işareti ile cinsel ilişkide bulunmayı önermek" gibi hareketler 765 sayılı TCK döneminde sarkıntılık suçunu oluşturmaktaydı.

765 sayılı TCK döneminde, sarkıntılık suçu, sözle, yazıyla veya mağdura yönelen fiziki bir hareket ile gerçekleşebilmekteydi. Söz ile gerçekleşen sarkıntılık suçu, münferit olmaması, devamlılık arz ederek sırnaşık hal alması nedeniyle söz atma suçundan ayrılmaktaydı¹².

⁸ **Dönmezer, Sulhi**, Ceza Hukuku Hususi Kısım. Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler, 5. Baskı, İstanbul 1983, s. 190, no:152.

⁹ **Artuk, Mehmet Emin**, Cinsel Taciz ve Ceza Hukuku, AÜSBFD, Prof. Dr. Yılmaz Günel'a Armağan, C.49, S.3-4, Yıl:1994, s.37.

¹⁰ **Önder, Ayhan**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler 4. Bası, İstanbul 1994, s.531.

¹¹ Yarg. CGK.'nın 24.12.1990 tarih ve 5-343/361 sayılı kararı, (**Bakıcı, Sedat**, Açıklamalı-İçtihatlı Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler, Ankara 1994, s.238).

¹² "Evli bir kadın olan davaya katılanın, evindeki telefondan, değişik günlerde aranarak kendisiyle buluşup tanışmak ve konuşmak istediğini bildirip, "canım" diye hitap eden aynı kişi tarafından sürekli rahatsız edilmesi..." Yarg. 5. CD.'nin 6.4.1982 tarih ve 1131/1177 sayılı kararı, (**Çağlayan, III**, 3.Baskı, s.543).; "Sanığın, katılana sık sık telefon edip "cinsel

Yargıtay, 765 sayılı TCK döneminde; “Sanığın, mağdurenin klotunu çıkarttırıp sadece cinsel organını seyretmekten ibaret eylemi”¹³; “Sanığın, mağdureye, eliyle şeklini tarif ederek cinsi münasebet teklifinde bulunması”¹⁴; “Sanığın, müştekiye el-kol hareketleri yaparak öpücükler göndermesi”¹⁵ “Sanığın, müştekinin peşinden tüpgaz bayine giderek, ona kaş-göz, işareti yapmak, para göstermek şeklindeki davranışlarıyla birlikte, (seni herkes gezdiriyor, taksicilerle, arabacılarla yapıyorsun, bir de ben yapsam) şeklinde sözler sarfetmesi”¹⁶; “Sanığın, erkeklik organını çıkararak, mağdureye karşı sallayıp, göstermesi”¹⁷; “Sanığın, herkesçe müstehcen olduğu kabul edilebilir nitelikteki seks mecmuasını gazete içerisinde müdahile vererek, okumasını istemesi”¹⁸; “Sanığın, pencereden yarı beline kadar sarkarak, elini uzatıp, mağdurenin göğüslerini ellemesi”¹⁹; “Sanığın mağdureye ayna tutması ve kucak açarak sırnaşıkça hareketlerde bulunması”²⁰ “Sanıkların müştekilere laf atması, omuz vurması ve onları takip ederek yüzlerine sigara dumanı üflemesi”²¹; “Sanığın mağdura sarılıp yanak ve dudaklarından şehvet hissi ile öpmesi”²²; “Sanığın müştekinin omuzuna elini koyarak ona cinsel ilişkide bulunmayı teklif etmesi”²³ gibi eylemleri sarkıntılık suçu kapsamında değerlendirmekteydi.

ilişki” önerisinde bulunması sırnaşıkça davranışlar olup, bunlar tümüyle TCK’nın 421/2.maddesinde tanımlanan sarkıntılık suçunu oluşturur.” Yarg. 4. CD.’nin 11.5.1994 tarih ve 2239/4306 sayılı kararı, (**Otaç, Cengiz**, Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı İşlenen Suçlar, Ankara 2000, s153).

¹³ Yarg. 5. CD.’nin 13.11.1985 tarih ve 4002/4434 sayılı kararı, (**Bakıcı**, s.260).

¹⁴ Yarg. 5. CD.’nin 15.12.1983 tarih ve 3794/4346 sayılı kararı, (**Çağlayan**, III, 3. Baskı, s.537).

¹⁵ Yarg. 5. CD.’nin 11.7.2000 tarih ve 1137/4058 sayılı kararı, (**Malkoç, İsmail**, (Açıklamalar ve Yargıtay Kararlarıyla) Öğreti ve Uygulamada Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler, Ankara 2001, s.235); Ancak, Yargıtay başka bir kararında “sanığın müştekiye yönelik eliyle öpücük göndermekten ibaret eylemi”ni söz atma olarak değerlendirmiştir. Yarg. 5. CD.’nin 02.11.2000 tarih ve 1962/5711 sayılı kararı, (**Malkoç**, Genel Adap, s.253).

¹⁶ Yarg. 5. CD.’nin 01.02.1984 tarih ve 275/260 sayılı kararı, (**Çağlayan**, III, 3.Baskı, s.536).

¹⁷ Yarg. 5. CD.’nin 16.11.1982 tarih ve 4105/4167 sayılı kararı, (**Çağlayan**, III, 3.Baskı, s.540).

¹⁸ Yarg. 5. CD.’nin 18.02.1982 tarih ve 414/487 sayılı kararı, (**Çağlayan**, III, 3.Baskı, s.544).

¹⁹ Yarg. 5. CD.’nin 30.07.1979 tarih ve 2397/2170 sayılı kararı, (**Çağlayan**, III, 3.Baskı, s.548).

²⁰ Yarg. 5. CD.’nin 02.04.1969 tarih ve 1170/1184 sayılı kararı, (**Otaç**, s.167).

²¹ Yarg. 5. CD.’nin 10.05.1999 tarih ve 718/2062 sayılı kararı, (**Otaç**, s.154).

²² Yarg. 5. CD.’nin 12.04.1989 tarih ve 1735/2061 sayılı kararı, (**Erdurak, Yılmaz Güngör**, İçtihatlı Türk Ceza Kanunu, 2. Bası, Ankara 1991, s.735).

²³ Yarg. 5. CD.’nin 16.9.1985 tarih ve 3532/3309 sayılı kararı, (**Savaş, Vural-Mollamahmutolu Sadık**, Türk Ceza Kanununun Yorumu, C.:III, 3.Baskı, Ankara 1999, s.3993).

Görüldüğü gibi, 765 sayılı TCK döneminde vücuda temas içermeyen sınırsız davranışlar ile vücuda temas içeren ani nitelikteki cinsel davranışlar sarkıntılık olarak nitelendirilmekteydi. Bu nedenle, Yargıtay'ın 765 sayılı TCK döneminde konuya ilişkin içtihatlarının 5237 sayılı TCK döneminde sarkıntılık fiili yönünden birebir uygun olmayacağını ifade etmek gerekir²⁴.

3- 5237 sayılı TCK'daki Durum

a- 6545 sayılı Kanundan Önceki Durum

1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı TCK'da, "söz atma ve sarkıntılık" başlığını taşıyan herhangi bir hüküm bulunmamaktaydı. Bu nedenle vücuda temas içermeyen sözle, yazıyla ya da diğer hareketlerle gerçekleştirilen cinsel içerikli davranışlar TCK'nın 105 inci maddesi kapsamında "cinsel taciz", vücuda temas içeren cinsel davranışlar ise mağdurun yaşına göre, "basit cinsel saldırı" ya da "basit cinsel istismar" kapsamında cezalandırılmaktaydı²⁵.

b- 6545 sayılı Kanundan Sonraki Durum

18.06.2014 tarih ve 6545 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle TCK'nın 102 nci maddesinin 1 inci fıkrası; "(1) 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" şeklini,

103 üncü maddesinin 1 inci fıkrası; "(1) 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 cezası verilir. Sarkıntılık düzeyinde kalmış suçun failinin çocuk olması hâlinde soruşturma ve kovuşturma yapılması mağdurun, velisinin veya vasisinin şikâyetine bağlıdır. Cinsel istismar deyiminden;

²⁴ Aynı yönde bkz. **Koca, Mahmut-Üzülmez, İlhan**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 3. Baskı, Ankara 2016, s.299, 300.

²⁵ 765 sayılı TCK'daki sarkıntılık suçunun cinsel saldırı kapsamında değerlendirilmesinin, sarkıntılık suçunun vücuda temas ile gerçekleşmesi mümkün olduğu ve ayrıca cinsel saldırıda olduğu gibi cinsel davranışlarla kişinin vücut dokunulmazlığının ihlali söz konusu olduğu için, yerinde olduğu ve bu düzenleme ile, uygulamada eylemin söz atma, sarkıntılık ve ırza tasaddi şeklindeki nitelendirmede yaşanan zorluğun da giderildiği konusunda bkz. **Sevük, Handan Yokuş**, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Saldırı ve Cinsel Taciz Suçları", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.:57, Mart-Nisan 2005, s.279.

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” şeklini almıştır.*

6545 sayılı kanunun genel gerekçesinde, Türk Ceza Kanununun uygulamasında, cinsel dokunulmazlığa karşı suçlarla ilgili bir takım sorunların ortaya çıktığı ve bu sorunların çözümü amacıyla cinsel dokunulmazlığa karşı suçların yeniden düzenlendiği belirtilmektedir.

Tasarının 42 nci maddesinin gerekçesinde; “...(102.) *Maddenin uygulamasında, bir takım sorunların ortaya çıktığı tespit edilmiş olup, yapılması öngörülen değişikliklerle bunların giderilmesi amaçlanmaktadır...*

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 şeklinden dolayı verilecek cezaların arttırılması öngörüldüğünden, somut olayın özelliklerine göre ani hareketlerle yapılan cinsel saldırılar bakımından ceza miktarının suçun temel şeklinden daha az 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” denilmektedir.

Tasarının 42 nci maddesinde; “*MADDE 102- (1) Cinsel davranışlarla bir kimsenin vücut dokunulmazlığını ihlal eden kişi, mağdurun şikayeti üzerine, beş yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Fiilin ani hareketle işlenmesi halinde iki yıldan yedi yıla kadar hapis cezası verilir”;*

43 üncü maddesinde; “*MADDE 103- (1) Çocuğu cinsel yönden istismar eden kişi, sekiz yıldan onbeş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Fiilin*

ani hareketle işlenmesi halinde dört yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası verilir. Cinsel istismar deyiminden;

a)Onbeş 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” denilmekteydi.

Eskişehir milletvekili Ruhsar Demirel ve Kahramanmaraş milletvekili Mesut Dedeoğlu 21.05.2014 tarihinde; “Ayrıca “sarkıntılık” fiilinin yerine “ani bir hareketle” ifadesinin kullanılması hukuk terminolojisi bakımından zorlama bir ifadedir. Sarkıntılık, Türk Dil Kurumu Sözlüğünde; “genellikle kadınlara sataşma, laf atma, rahatsız etme, huzur bozma, tasallut” diye tanımlanırken ani hareket; “ansızın yapılan eylem” karşılığıdır. Dolayısıyla ani hareket sözünün getireceği yorum farkının yargı sürecini uzatarak cezalandırmada gecikmeye sebebiyet verebilme ihtimali göz ardı edilmiştir. Mağdurun çocuk sanığın yetişkin olacağı varsayımı ile hazırlanmış tasarı yasalırsa uygulamada her ikisinin de çocuk yaşta kişilerden oluştuğu fiillerde sanık kim mağdur kim sorununa neden olacaktır.

Oysa “Mağdur ve/veya sanık 18 yaşından küçük olduğu halde yaşanacak olaylarda, aralarındaki yaş farkının üç yaştan (otuz altı ay) fazla olmaması, fiziki ve ruhsal yönden eşitsizlik olmaması, zor kullanma, tehdit, kandırma olmaması hallerinde güvenlik önlemi uygulanır” şeklinde yapılacak bir düzenleme her ikisinin de 18 yaşın altında olduğu olaylarda sanık/mağdur açmazının oluşmasını engelleyecek ve 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu ile ilgili olası uyumsuzluğun önüne geçilecektir. Bir başka olumsuzluk ise yasa tasarısının ilgili maddelerinde 15 yaşın belirleyici kabulüdür. Esasen bu husus Anayasa'nın 90. maddesi ile güvenceye alınmış çocuk tanımının hilafinadır” şeklinde muhalefet şerhi sunmuşlardır.

02.06.2014 tarihli Adalet Komisyonu Raporunda; “Alt Komisyon metninin çerçeve 52’nci maddesi, ani hareket kavramının tartışmalı olması nedeniyle sarkıntılık kavramının kullanılması amacıyla verilen önerenin Komisyonumuzca kabul edilmesi neticesinde değiştirilerek çerçeve 58’inci madde olarak kabul edilmiştir. Alt Komisyon metninin çerçeve 53’üncü maddesi, ani hareket kavramı yerine sarkıntılık kavramının kullanılması ve sarkıntılık düzeyinde kalmış suçun failinin çocuk olması hâlinde soruşturma ve kovuşturma yapılmasının mağdurun, velisinin veya vasisinin şikâyetine

bağlanması amacıyla verilen önerenin Komisyonumuzca kabul edilmesi neticesinde değiştirilerek çerçeve 59'uncu madde olarak kabul edilmiştir" denilerek tasarıda değişikliğe gidilmiş ve madde metnine "sarkıntılık" ibaresi konulmuştur.

Adalet Komisyonu raporunda; *"Eski ceza kanunu sisteminden farklı olarak yürürlükteki Türk Ceza Kanununda fiziki temas hâlinde sarkıntılık ve tasaddi anlamında bir ayırım yapılmamış olmasına rağmen Tasarıda ani hareketle işlenen fiillerin daha az cezayla cezalandırılması amacıyla mevcut düzenlemelerde ve diğer gelişmiş ülke düzenlemelerinde yer almayan bir ayırma gidilmesi yerinde olmamıştır. Çünkü ani hareketle gerçekleştirilen cinsel saldırı devamlılık arz eden bir cinsel saldırıdan daha ağır sonuçlar doğurabilir. Bu nedenle "Fiilin ani bir hareketle işlenmesi" ifadesi muğlak olup, kapsamının net olarak ortaya konulması gerekir"* denilerek Türk Ceza Kanunu'nun 102 ve 103 üncü maddelerine eklenen "sarkıntılık" fiilinin kapsamının net olarak ortaya konulması gerektiği, aksi takdirde uygulamada sorunlara yol açabileceği vurgulanmıştır.

c- 6763 sayılı Kanundan Sonraki Durum

Anayasa Mahkemesi'nin 103 üncü madde yönünden vermiş olduğu 12.11.2015 tarih ve 2015/26 E., 2015/100 K. ve 26.05.2016 tarih ve 2015/108 E., 2016/46 K. sayılı iptal kararlarının ardından, çocukların cinsel istismarı suçu yönünden kanun koyucu yeni düzenleme yapma ihtiyacı hissetmiştir.

Bu kapsamda 24.11.2016 tarih ve 6763 sayılı Kanunun 13 üncü maddesi ile, 103 üncü madde; *"(1) 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..."* şeklinde değiştirilmiştir.

Maddenin gerekçesinde; *"Madde ile, 5237 sayılı Kanunun "Çocukların cinsel istismarı" kenar başlıklı 103 üncü maddesinin, Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilen birinci ve ikinci fıkrası yeniden düzenlenmektedir. Anayasa Mahkemesi kararında belirtilen gerekçeler doğrultusunda ceza belirlenirken, bir kademe belirlenmektedir. Mağdurun oniki yaşından küçük olması durumunda verilecek cezanın artırılması öngörülmektedir. Suçun*

farklı yaş gruplarındaki mağdurlara karşı işlenmesinde bir ayırım gözetmeyen mevcut hüküm yeniden düzenlenmektedir” denilmektedir.

6763 sayılı Kanunla yapılan değişikliği konumuz bakımından incelediğimizde, “*Mağdurun on iki yaşını tamamlamamış olması halinde verilecek ceza, (...) sarkıntılık durumunda beş yıldan az olamaz*” hükmü dışında bir yenilik getirmediği görülmektedir.

4- Korunan Hukuki Yarar

Sarkıntılık fiili cinsel saldırı ve cinsel istismar suçlarının daha az cezayı gerektiren nitelikli hali olarak düzenlendiği için, sarkıntılık ile korunan hukuki değer cinsel dokunulmazlıktır.

Sarkıntılıkta, cinsel dokunulmazlık mağdurun vücuduna temas içeren cinsel davranışlarla ihlal edilmektedir. Bu itibarla korunan hukuki değer öncelikle mağdurun cinsel özgürlüğü olarak karşımıza çıkmaktadır. Aynı zamanda sarkıntılık fiili ile bireyin özgürce ve bizzat cinsel tercihlerini belirleme hakkı korunmaya çalışılmaktadır. Bunun yanında mağdurun vücuduna temas içermesi dolayısıyla sarkıntılık eylemi ile, mağdurun fiziksel ve ruhsal bütünlüğü de korunmaktadır²⁶.

5- Sarkıntılık Fiili

5237 sayılı TCK'nın 102 nci maddesinde; “*(1) 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*” denilmektedir.

Buna göre, cinsel saldırı suçunun sarkıntılık düzeyinde kalması hali, daha az cezayı gerektiren nitelikli hal olarak düzenlenmiştir. Yukarıda da detaylı olarak belirttiğimiz üzere, madde gerekçesinde sarkıntılıktan “*ani hareketlerle yapılan cinsel davranışların*” anlaşılması gerektiği belirtilmiştir. Cinsel saldırı suçunun temel şekli maddede “bir kimsenin vücut

²⁶ **Güven, Gülşah**, “Çocuğun Cinsel İstismarını Önleme Politikaları”, İstanbul Barosu Dergisi, C.88, S.3, Y. 2014, s.405; **Özbek-Kanbur-Doğan-Bacaksız-Tepe**, 7. Bası, s.341; **Şahin Ekici, Meral**, Ceza Hukuku ve Zorla Evlendirme, Prof. Dr. Nevzat Toroslu' ya Armağan, Cilt-I, Ankara 2015, s.422. Ayrıca bkz. **Yenidünya, A. Caner**, “5237 sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar”, Legal Hukuk Dergisi, Yıl:3, Sayı:33, Eylül 2005, İstanbul, s. 3284 vd; **Sevük**, s.245-247; **Malkoç, İsmail**, Yeni Türk Ceza Kanununda Cinsel Saldırı Suçları, Ankara 2005, s.2 vd.

dokunulmazlığının ihlali” olarak tanımlandığı için, sarkıntılıktan söz edilebilmesi için, mutlaka mağdurun vücuduna temas içeren ve ani hareketlerle yapılan cinsel davranışların bulunması gerekir.

Cinsel istismar suçunun daha az cezayı gerektiren hali olan sarkıntılık ise 103 üncü maddede; “(1) 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 cezası verilir. Sarkıntılık düzeyinde kalmış suçun failinin çocuk olması hâlinde soruşturma ve kovuşturma yapılması mağdurun, velisinin veya vasisinin şikâyetine bağlıdır. Cinsel istismar deyiminden;

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.

Özellikle burada on beş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan çocuklara karşı gerçekleştirilen “her türlü cinsel davranış” cinsel istismar kabul edildiği için, bu yaş grubundaki mağdurlara karşı vücuda temas içermeyen fiillerin sarkıntılık mı yoksa cinsel taciz suçunu mu oluşturacağı konusuna da temas etmek gerekir.

6545 sayılı Kanunla yapılan değişiklik öncesinde Yargıtay vücuda temas içermeyen davranışların cinsel taciz suçu kapsamında değerlendirilmesi gerektiğine karar vermektedir²⁷.

6545 sayılı Kanun ile 105 inci maddede yapılan değişiklikle madde, “(1) Bir kimseyi cinsel amaçlı olarak taciz eden kişi hakkında, mağdurun şikâyeti üzerine, üç aydan iki yıla kadar hapis cezasına veya adli para cezasına **fiilin**

²⁷ “Sanığın, olay günü apartmanın önünde oynayan mağdureleri yanına çağırdığı, gelmemeleri üzerine kendisinin apartmana girip dışarıdaki, mağdurelere yönelik olarak yalnızca cinsel organını gösterdiği, **bedensel temasın söz konusu olmadığı dikkate alındığında**, eylemin birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlenmiş olması nedeniyle 5237 sayılı TCK.nın 105/1 ve 43/1-2. maddeleri uyarınca cezalandırılmaları gerekirken suç niteliğinde yanlışlıkla düşünülerek çocuğun basit cinsel istismarı suçundan yazılı şekilde hükme varılması” Yarg. 5. CD.’nin 06.05.2009 tarih ve 5763/5363 sayılı kararı. Aksi görüş için bkz. Artuk, s.648.

çocuğa karşı işlenmesi hâlinde altı aydan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur” şeklini almıştır.

Bu değişikliğin ardından, cinsel taciz suçunun mağdurunun çocuk olması hali daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hal olarak düzenlendiği için, on beş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan çocuklara karşı gerçekleştirilen vücuda temas içermeyen davranışların cinsel taciz suçunu oluşturacağı konusundaki tereddütler ortadan kalkmıştır.

Buna göre,

- Mağdurun vücutuna temas içeren ve ani hareketlerle gerçekleştirilen cinsel davranışlar sarkıntılık;

- Mağdurun vücutuna temas içeren ve sırnaşık hareketlerle gerçekleştirilen cinsel davranışlar basit cinsel saldırı veya basit cinsel istismar;

- Mağdurun vücutuna temas içermeyen yazılı, sözlü ya da işaretlerle gerçekleştirilen cinsel davranışlar cinsel taciz suçu kapsamında değerlendirilmelidir.

Sarkıntılığın herhangi bir araç veya vasıta ile gerçekleştirilmesi mümkündür. Diğer bir ifade ile, fail mağdurun vücutuna doğrudan temas edebileceği gibi, herhangi bir araç kullanarak da temas edebilir. Örneğin failin mağdurun vücutuna dokunurken elinde eldiven bulunması gibi. Aynı şekilde failin mağdurun vücutuna elindeki şemsiye ile cinsel amaçlı olarak dokunması halinde de sarkıntılık oluşacaktır.

Sarkıntılıktan söz edilebilmesi için, failin hareketinin mutlaka mağdurun vücutuna temas içermesi gerekir. Bu nedenle failin mağdura cinsel organını göstermesi, cinsel içerikli resim göstermesi sarkıntılık suçunu değil, cinsel taciz suçunu oluşturacaktır.²⁸.

²⁸ “...somut olayda ise sanığın, mağdureye hiçbir bedensel temasta bulunmaksızın, elinde mağdureye ait resimler bulunduğunu, bu resimleri montajlayarak kötü sitelere ve ailesine göndereceğinden bahisle mağdureyi tehdit ederek internetten görüntülü görüşme yaptığı mağdurenin elbiselerini çıkartmasını, cinsel içerikli hareketler yapmasını temin etmekten ibaret eylemlerinin 5237 Sayılı TCK'nın 105. maddesinde düzenlenen cinsel taciz suçunu oluşturduğu gözetilmeden, suç vasfında yanılıya düşülerek, çocuğun basit cinsel istismar suçundan mahkûmiyetine karar verilmesi...” Yarg. 14. CD.'nin 22.03.2016 tarih ve 2014/3380 E., 2016/2793 K. sayılı kararı. “Sanığın bir suç işleme kararının icrası kapsamında 05.11.2012 gecesi yaya olarak kaldığı öğrenci yurduna gitmekte olan yirmibir yaşındaki müştekiyi görünce “yavrum” deyip pantolonunun fermuarını açması üzerine olay

Bununla birlikte, failin mağduru cinsel temaslarda bulunmaya zorlaması halinde, sarkıntılıktan cezalandırılması gerekecektir. Örneğin failin mağduru zorlayarak kendini öptürmesi durumunda sarkıntılık suçu oluşacaktır.

Sarkıntılıktan söz edilebilmesi için, mağdurun vücudunda temas edilen bölgenin önemi bulunmamaktadır. Önemli olan failin cinsel amaçlı mağdurun vücuduna dokunmasıdır.

Failin mağdurun vücuduna temas ettiğinin kabulü için mutlaka tenine dokunmuş olması gerekmez. Mağdurun kıyafetlerinin üzerinden failin mağdura dokunması halinde de, ani hareket olması kaydıyla sarkıntılık oluşacaktır. Aynı şekilde failin mağdurun “protez bacağına” temas etmesi durumunda da, sarkıntılık suçu söz konusu olur. Buna karşılık failin mağdurun elindeki eşyaya dokunması sarkıntılık olarak değerlendirilemeyecektir. Bu son ihtimalde şartlar oluştuğu takdirde cinsel taciz suçundan söz edilecektir.

Fail mağdurun vücuduna temas etmeksizin, mağdurun vücuduna menilerini boşaltması halinde sarkıntılığın oluşacağı kanaatindeyiz. Örneğin failin yolcu otobüsünde seyahat etmekte olan mağdurun yanına giderek uyumasından da faydalanıp tatmin olarak mağdurun kıyafetlerine menisini atması durumunda sarkıntılık fiili nedeniyle cezai sorumluluk gündeme gelecektir.

Failin mağdura, vücuduna temas içeren cinsel davranış gerçekleştireceğini söylemiş olmasına rağmen, bunu icra etmemişse, eylem sarkıntılık değil, cinsel taciz kapsamında değerlendirilmelidir. Örneğin, fail mağdura “seni dudağından öpeceğim” demiş ancak öpmemişse, failin cinsel tacizden sorumluluğu yoluna gidilecektir.

Fail ile mağdur arasındaki kişisel ilişkiler, davranışın gerçekleşme şekli, mağdurun rızası gibi hallerde sarkıntılıktan bahsedilemeyecektir.

yerinden kaçan müştekinin şikayetine istinaden hakkında soruşturma başlatılmasının ardından bu olayla ilgili iddianame tanzim edilmeden önce 15.11.2012 gecesi tekrar aynı sokakta gördüğü müştekinin üzerine yürüyüp fermuarını açtığı tüm dosya içeriğinden anlaşıldığından, sanığın eylemlerinin bütün halinde zincirleme şekilde cinsel taciz suçunu oluşturduğunun kabulüyle TCK'nın 105/1, 43/1. maddeleri gereğince cezalandırılması gerekirken, her iki olayla ilgili ayrı ayrı açılan kamu davalarının birleştirilmesi sonrası yazılı şekilde TCK'nın 105/1. maddesinin iki kez tatbiki suretiyle hüküm kurulması neticesinde fazla ceza tayini...” Yarg. 14. CD.'nin 22.01.2016 tarih ve 2015/703 E., 2016/601 sayılı kararı.

Örneğin, failin mağdur ile karşılaştığında mağduru yanağından öpmesi²⁹, hemşirenin hastaya iğne enjekte ederken hastanın kalçasına dokunması, spor müsabakasında oyuncuların birbirlerinin vücuduna temas etmesi sarkıntılık kapsamında değerlendirilmeyecektir.

Ancak özellikle on beş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan çocuklara karşı gerçekleştirilen davranışlarda mağdurun rızası eylemi suç olmaktan çıkarmayacağı için, bu yaş grubundakilere rızalarıyla da olsa sarkıntılıkta bulunulması suç teşkil edecektir.

Yargıtay, 6545 sayılı Kanunla yapılan değişikliğin ardından, aşağıdaki fiillerin sarkıntılık kapsamında değerlendirileceğini belirtmiştir.

- Sanığın mağdureyi omuzundan çekip yanağından öpmesi³⁰;
- Sanığın mağdurenin yanına yaklaşp saçını tutarak kendine çekmesi³¹;

²⁹ “Dosya içeriğine göre: sanığın ailesiyle birlikte oturduğu apartmanın kapıcısının kızı olduğu anlaşılan mağdurenin ders çalışmak, interneti kullanmak gibi sebeplerle bazen tek başına bazen de abisi Süleyman'la birlikte sanığın evine gelip gitmesi sebebiyle sanıkla aralarında sosyal münasebet ve tanışıklık bulunduğu, olay günü mağdurenin abisiyle birlikte binanın bodrumunda bulunduğu sırada onunla karşılaşan sanığın, mağdurenin o gün şehir dışından dönmüş olmasından dolayı onunla tokalaşması ve onu öpmek üzere yaklaşması biçimindeki eylemini toplumda yerleşik olduğu üzere ve aralarındaki sosyal münasebete uygun olarak yanak yanağa öpüşme amacıyla yapmış olabileceği, mağdurenin, dudaklarını öpmeye çalıştığı yönündeki algılamasının yanlış değerlendirmeden kaynaklanabileceği, olay yerinde ayaküstü karşılaştığı mağdurenin, abisinin yakınlarında bulunduğunu da bilen sanığın, bu davranışını cinsel amaçla yaptığı hususunun şüphede kaldığı gözetilerek sanığın beraatine karar verilmesi gerekirken...” Yarg. 14. CD.'nin 13.4.2012 tarih ve 1887/4384 karar için bkz. **Tezcan Durmuş-Erdem Mustafa Ruhan-Önok Murat**, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununa Göre Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Güncellenmiş 13. Baskı, Ankara, 2016, s.362, dn.89.

³⁰ “...olay gecesi sanığın evinde misafir kalan yirmialtı yaşındaki yeğeni **mağdureyi omuzundan çekip yanağından öpmek şeklinde** gerçekleşen ve ani hareketle yapıp süreklilik arz etmemesi nedeniyle sarkıntılık düzeyinde kalan eyleminin suç tarihinde yürürlükte bulunan 5237 sayılı TCK'nın 102/1. maddesinde yer alan basit cinsel saldırı suçunu oluşturup...” Yarg. 14. CD.'nin 08.04.2016 tarih ve 2014/7084 E., 2016/3515 sayılı kararı.

³¹ “olay gecesi sanığın kullandığı motorsikletle seyir halinde olduğu sırada kenarda yürümekte olan ondokuz yaşındaki katılanı görünce yanına yaklaşp **saçını tutarak kendine çekmesi** şeklinde gerçekleşen ve ani hareketle yapıp süreklilik arz etmemesi nedeniyle sarkıntılık düzeyinde kalan eyleminin...” Yarg. 14. CD.'nin 06.04.2016 tarih ve 2014/12046 E., 2016/3417 K. sayılı kararı.

- Sanığın mağdurenin cinsel organını sıkması³²;
- Sanığın mağdurenin kalçasını okşamasının ardından göbeğinden tutup okşaması³³;
- Sanığın mağdurenin arkasından yaklaşarak kalçasını sıkması³⁴;
- Sanığın mağdureyi bir süre takip edip, mağdurenin kalçasına dokunarak sıkması³⁵;
- Sanığın “Gel seninle anlaşalım” dedikten sonra aynı gün mağdurenin baldır kısmına eliyle dokunması³⁶;

³² “**sanığın mağdurenin cinsel organını sıkması** nedeniyle mağdurenin bağırması ve tanık ...'in gelmesi üzerine sanığın olay yerinden ayrılması şeklindeki ani nitelikte, devamı bulunmayan, kesik biçimde gerçekleştirdiği eyleminin sarkıntılık düzeyinde kalan çocuğun basit cinsel istismarı suçunu oluşturduğunun anlaşılması...” Yarg. 14. CD.’nin 07.04.2016 tarih ve 2016/1054 E., 2016/3471 K. sayılı kararı.

³³ “Kayden 28.09.1992 doğumlu olup suç tarihinde onsekiz yaşı içerisinde bulunan Belçika vatandaşı mağdurenin, olay günü erkek arkadaşıyla birlikte turistik gezi yaptığı ... ilçesinde dolaşırken karşılaştığı sanığın, erkek arkadaşıyla birlikte fotoğrafını çektiği mağdure ile ayrıca resim çekirmek istediği ve mağdurenin kabul etmesi üzerine sahilde fotoğraf çekildiği süreçte sanığın arkasında durduğu mağdurenin kalçasını okşamasının ardından göbeğinden tutup okşamak suretiyle 28.06.2014 tarihinde yürürlüğe giren 6545 sayılı Kanunla değişik TCK’nın 103/1. maddesinin ikinci cümlesinde düzenlenip sarkıntılık düzeyinde kalan çocuğun basit cinsel istismarı suçunu işlediği tüm dosya içeriğinden anlaşıldığından, bu suçtan mahkumiyetine karar verilmesi yerine suç vasfının tayininde yanılığa düşülerek yazılı şekilde basit cinsel saldırı suçundan hüküm kurulması...” Yarg. 14. CD.’nin 08.02.2016 tarih ve 2014/4609 E., 2016/931 K. sayılı kararı.

³⁴ “Sanığın, olay tarihinde yürümekte olan **mağdurenin arkasından yaklaşarak kalçasını sıkma** 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...” Yarg. 14. CD.’nin 11.12.2014 tarih ve 2013/3556 E., 2014/14118 K. sayılı kararı.

³⁵ “Mağdureyi bir süre takip eden sanığın, **mağdurenin kalçasına dokunarak sıkması** şeklindeki, suç tarihinde 18 yaşını doldurmamış mağdureye karşı, onun vücudu üzerinde gerçekleştirilen, cinsel arzuları tatmin amacına yönelik olup devamlılık arzetmeyen, ani ve hareketler yönünden kesiklik gösteren eyleminin hükümden sonra 28.06.2014 tarihinde yayımlanarak yürürlüğe giren 6545 sayılı Kanunla değişik 5237 sayılı TCK’nın 103/1. maddesi 2. cümlesindeki sarkıntılık düzeyinde kalan basit cinsel istismar suçunu oluşturduğunun anlaşılması karşısında...” Yarg. 14. CD.’nin 01.12.2014 tarih ve 2013/4482 E., 2014/13455 K. sayılı kararı.

³⁶ “Sokakta görüp takip ettiği mağdureye, “**Gel seninle anlaşalım**” diyerek tacizde bulunup, aynı gün içerisinde semt pazarında takip ettiği **mağdurenin baldır kısmına eliyle dokunan sanığın**, mağdureye karşı, onun vücudu üzerinde gerçekleştirilen, cinsel arzuları tatmin amacına yönelik olup devamlılık arzetmeyen, ani ve hareketler yönünden kesiklik gösteren eyleminin hükümden sonra 28.06.2014 tarihinde yayımlanarak yürürlüğe giren 6545 sayılı Kanunla değişik 5237 sayılı TCK’nın 103/1. maddesi 2. cümlesindeki sarkıntılık düzeyinde kalan basit cinsel istismar suçunu oluşturduğunun anlaşılması karşısında...” Yarg. 14. CD.’nin 18.11.2014 tarih ve 2013/910 E., 2014/12871 K. sayılı kararı.

- Sanığın mağdureye ısrarla “çok güzel bir kızsın, seni öpmek istiyorum” demesi, mağdurenin yanağından sıkması, kolundan ve başından tutması, mağdurenin elini tutması, elini mağdurenin omuzuna koyması³⁷;
- Sanığın mağduru cinsel amaçla yanağından öpmesi³⁸;
- Sanığın bisikletle mağdurenin arkasından gelip, eteğinin altından bacağına elleyip sıkması³⁹;
- Sanığın mağdurenin arkasından yanaşarak belinden sarılması⁴⁰;
- Sanığın mağdureyi omuzundan tutup kendine çekmesi, yere düşen mağdurenin ağzını kapatması⁴¹;

³⁷ “sanığın mağdureye ısrarla “**Çok güzel bir kızsın, seni öpmek istiyorum**” şeklinde sözler sarf ederek önce 26.10.2008 tarihinde mağdurenin yanağından sıkma, kolundan ve başından tutma, 03.11.2008 tarihinde de mağdurenin elini tutma ve sonrasında elini mağdurenin omuzuna koyma şeklindeki ve suç tarihinde 18 yaşını doldurmamış mağdureye karşı, onun vücudu üzerinde gerçekleştirilen, cinsel arzuları tatmin amacına yönelik olup devamlılık arzetmeyen, ani ve hareketler yönünden kesiklik gösteren eylemlerinin hükümden sonra 28.06.2014 tarihinde yayımlanarak yürürlüğe giren 6545 sayılı Kanunla değişik 5237 sayılı TCK.nın 103/1. maddesi 2. cümlesindeki sarkıntılık düzeyinde kalan basit cinsel istismar suçunu oluşturduğunun anlaşılması karşısında...” Yarg. 14. CD.’nin 13.11.2014 tarih ve 2013/1426 E., 2014/12651 K. sayılı kararı.

³⁸ “sanığın, suç tarihinde 18 yaşını tamamlamamış olan mağduru cinsel amaçla yanağından öpmesi şeklinde cinsel arzuları tatmin amacına yönelik ani nitelikte ve devamı olmayan, kesik biçimde gerçekleşen eyleminin hükümden sonra 28.06.2014 tarihinde Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren 6545 sayılı Kanunun 59. maddesi ile değişik TCK.nın 103/1-c.2 maddesinde öngörülen sarkıntılık suretiyle çocuğun basit cinsel istismarı suçunu oluşturan olayda...” Yarg. 14. CD.’nin 11.11.2014 tarih ve 2013/2632 E., 2014/12481 K. sayılı kararı.

³⁹ “...yolda yürümekte olan mağdurenin arkasından bisikletle gelen sanığın, eteğinin altından bacağına elleyip sıkma suretiyle üzerine atılı çocuğun basit cinsel istismarı suçunu işlediğinin anlaşılması karşısında, eylemin 28.06.2014 tarihinde yayımlanarak yürürlüğe giren 6545 sayılı Kanunla değişik 5237 sayılı TCK.nın 103/1. maddesi 2. cümlesindeki sarkıntılık düzeyinde kalan basit cinsel istismar suçunu oluşturduğu gözetilmeden mahkûmiyeti yerine yazılı gerekçeyle beraatine karar verilmesi...” Yarg. 14. CD.’nin 03.11.2014 tarih ve 2013/1986 E., 2014/12052 K. sayılı kararı.

⁴⁰ “Sanığın, mağdureyi takip ederek mağdurenin evinin bulunduğu apartmana girip mağdurenin arkasından yanaşarak belinden sarılması şeklinde gerçekleştirdiği olayda, 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...” Yarg. 14. CD.’nin 30.10.2014 tarih ve 2013/1798 E., 2014/11863 K. sayılı kararı.

⁴¹ “Sanığın mağdureyi takip ederek mağdurenin evinin bulunduğu apartmana mağdure ile beraber girdiği, mağdureden kendisini üçüncü kata çıkarmasını istediği, evinin bulunduğu birinci kata geldiklerinde kendisini üçüncü kata çıkaramayacağını söyleyen mağdureyi omuzundan tutarak kendisine doğru çektiği, bunun üzerine yere düşen mağdurenin ağzını eliyle kapattığı, mağdurenin elini ısırtıp saçını çekmesi ve bağırması üzerine olay

- Saniğin elini minibüste yanına oturan mağdurenin ceket düğmesinden sokarak mağdurenin vücudunu okşaması⁴²;
- Saniğin üst geçitte yürümekte olan mağdurenin poposuna parmak atması⁴³;
- Saniğin mağdureyi omuzundan çekerek öpmeye çalışması⁴⁴;
- Saniğin mağdurenin sol bacağına kalça kısmından eliyle dizine doğru sıvazlaması⁴⁵.

Buna karşılık, failin vücuda temas içeren davranışının yoğunluğu, etkisi ve devamlı olması dikkate alındığında, eylem sarkıntılık değil, mağdurun yaşına göre, basit cinsel saldırı veya basit cinsel istismar suçunu oluşturacaktır.

Yargıtay aşağıdaki olaylarda failin eyleminin sarkıntılık değil, cinsel saldırı ya da cinsel istismar suçunu oluşturacağını belirtmiştir.

yerinden kaçarak uzaklaştığı olayda, saniğin eyleminin, "Belirli bir kimseye karşı cinsel arzuları tatmin amacıyla işlenen, vücut dokunulmazlığını ihlal eden, ani ve kesiklik gösteren devamlılık arzetmeyen hareket ya da hareketler" olarak tanımlanan sarkıntılık suçunu oluşturduğu" Yarg. 14. CD.'nin 28.10.2014 tarih ve 2014/5219 E., 2014/11731 K. sayılı kararı.

⁴² "saniğin iddianamede anlatım bulan ve mahkemece kabul edilen şekliyle, **minibüste katılanın yanındaki koltuğa oturduktan sonra elini katılanın ceketinin düğmesinin arasından sokarak katılanın vücudunu okşaması** şeklinde gerçekleşen eyleminin TCK.nın 102/1. maddesinde yer alan sarkıntılık suçunu oluşturduğu..." Yarg. 14. CD.'nin 14.10.2014 tarih ve 2013/1050 E., 2014/11069 K. sayılı kararı.

⁴³ "**Saniğin üst geçitte yürümekte olan mağdurenin poposuna parmak atması** şeklinde ani nitelikte ve devamlı olmayan, kesik biçimde gerçekleşen eylemin hükümden sonra 28.06.2014 tarihinde Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 6545 sayılı Kanunun 59. maddesi ile değişik TCK.nın 103/1-c.2 maddesinde öngörülen sarkıntılık suretiyle çocuğun basit cinsel istismarı suçunun oluşturduğu..." Yarg. 14. CD.'nin 24.09.2014 tarih ve 2012/15273 E., 2014/10407 K. sayılı kararı.

⁴⁴ "...parkta bulunan mağdurenin yanına gidip "çok güzelsin seninle bir şey konuşmak istiyorum" şeklindeki sözler söylediğinin sabit olması karşısında, **saniğin mağdureyi omuzundan çekerek öpmeye çalışmak şeklinde** gerçekleşen eyleminin 28.06.2014 tarihinde yayımlanarak yürürlüğe giren 6545 sayılı Kanunla değişik 5237 sayılı TCK.nın 103/1. maddesi 2. cümlesindeki sarkıntılık düzeyinde kalan basit cinsel istismar suçunu oluşturduğu" Yarg. 14. CD.'nin 22.09.2014 tarih ve 2012/13556 E., 2014/10229 K. sayılı kararı.

⁴⁵ "**saniğin mağdureye karşı sol bacağına kalça kısmından eliyle dizine doğru sıvazlayarak** sarkıntılık şeklinde, üzerine atılı TCK.nın 103/1. maddesindeki çocuğun basit cinsel istismarı suçunu işlediği halde yazılı şekilde hüküm kurulması..." Yarg. 14. CD.'nin 17.09.2014 tarih ve 2012/15220 E., 2014/10082 K. sayılı kararı.

“...sanığın, cinsel arzularını tatmin amacıyla, suç tarihinde tehdit ve cebirle 15 yaş içindeki mağdurun önce cinsel organını yalayıp, mağdurun cinsel organını kendi anüsüne sokmaya çalıştığı, 45 dakika sonra ise yine tehdit ve cebirle kendi cinsel organını mağdurun poposuna sürtmek suretiyle gerçekleştirdiği sarkıntılık düzeyini aşan eylemlerinin, bir suç işleme kararının icrası kapsamında 45 dakika arayla gerçekleştirilmesi nedeniyle sanık hakkında 5237 sayılı TCK'nın 43. maddesinin uygulanmasını gerektirdiği gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması sonucunda eksik ceza tayini...”⁴⁶

“sanığın farklı tarihlerde dört kez mağdure ...'un bacaklarını ve kalçasını, yine farklı tarihlerde iki kez mağdure ...'nin göğüslerini okşamaması şeklindeki eylemlerinin sarkıntılık düzeyini aşarak çocuğun basit cinsel istismarı suçlarını oluşturduğu gözetilip 6545 sayılı Kanunla değişik TCK'nın 103/1-1. cümlesi gereğince cezalandırılması yerine, suç vasfında hataya düşülerek cinsel istismarın sarkıntılık düzeyinde kaldığından bahisle TCK'nın 103/1-2. cümlesi gereğince mahkûmiyetine karar verilmesi...”⁴⁷

“sanığın, mağdurenin yattığı odaya giderek cinsel organı gözükecek şekilde iç çamaşırlarını aşağı indirdiği, yüzüstü yatmakta olan mağdurenin üzerine oturup boynundan öptüğü ve mağdurenin uyanarak bağırması üzerine eylemine son verdiği anlaşıldığından, bu şekilde gerçekleştiği sabit olan eylemlerin ani ve kesik hareketler şeklinde olmayıp devamlılık arz eden nitelikte bulunması nedeniyle sarkıntılık düzeyini aştığı ve 6545 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten önceki 5237 sayılı TCK'nın 103/1. maddesi ile anılan Kanunla değişik TCK'nın 103/1. maddesinin birinci cümlesindeki çocuğun basit cinsel istismarı suçu kapsamında kaldığı...”⁴⁸

“Sanığın suç tarihi itibarıyla yedi yaş içerisinde bulunan mağdureyi apartman girişinden kucığına alarak bodrum katına indirdiği, bodrumda bulunan mutfak tüpünün üstüne oturturken cinsel organını çıkarmadan mağdurenin cinsel organına elbiselerin dışından değdirdiği ve tüpün üzerine oturttuktan sonra mağdureye sarılıp omuzunu okşadığı cinsel eylemlerini devam ettirdiği, mağdurenin tüpün üzerinden kendisi inerek bodrumdan çıktığı olayda, sanığın eylemlerinin ani ve kesiklik gösteren hareketler olmadığı devamlılık gösterip sarkıntılık düzeyini aştığı gözetilerek, çocuğun

⁴⁶ Yarg. 14. CD.'nin 06.11.2014 tarih ve 2014/5732 E., 2014/12305 K. sayılı kararı.

⁴⁷ Yarg. 14. CD.'nin 22.03.2016 tarih ve 2016/440 E., 2016/2823 K. sayılı kararı.

⁴⁸ Yarg. 14. CD.'nin 25.02.2016 tarih ve 2016/414 E., 2016/1783 K. sayılı kararı.

*basit cinsel istismarı suçundan mahkûmiyeti yerine yazılı şekilde hüküm kurulması...*⁴⁹

6- Fail

a- Cinsel saldırı suçu yönünden

Sarkıntılık fiili, erkek veya kadın herkes tarafından işlenebilir. Ayrıca failin genç veya yaşlı olmasının da bir önemi bulunmamaktadır⁵⁰.

Maddede failin sadece erkek olabileceğine ilişkin bir düzenleme bulunmadığı için, sarkıntılık fiilinin faili kadın veya erkek herkes olabilir⁵¹.

Bununla birlikte, failin, kamu görevinin, vesayet veya hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanan bir kişi olması (m.102/3-b), üçüncü derece dâhil kan veya kayın hısımlığı ilişkisi içinde bulunan bir kişi ya da üvey baba, üvey ana, üvey kardeş, evlat edinen veya evlatlık olması (m.102/3-c) ihtimallerinde daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hal söz konusu olacaktır.

Burada son olarak, sarkıntılık fiilinin eşler arasında işlenip işlenemeyeceği meselesine de değinmek gerekir. TCK'nın 102 nci maddesinin 2 nci fıkrasında, nitelikli cinsel saldırı suçu yönünden; *"Bu fiilin eşe karşı işlenmesi hâlinde, soruşturma ve kovuşturmanın yapılması mağdurun şikâyetine bağlıdır"* ibaresine yer verilmiş olmasına rağmen, maddenin 1 inci fıkrasında basit cinsel istismarın eşler arasında işleneceğine ilişkin bir ibareye yer verilmemiştir⁵². Bu nedenle eşler arasında sarkıntılık fiilinin yaptırım altına alınmadığı ve bu durumda faile ceza verilemeyeceği

⁴⁹ Yarg. 14. CD.'nin 18.02.2016 tarih ve 2015/10027 E., 2016/1473 K. sayılı kararı.

⁵⁰ 765 sayılı TCK döneminde sarkıntılık suçunun sadece erkekler tarafından işlenebileceği ileri sürülmüştü. Bu konuda bkz. **Dönmezer**, s.188, no:150; **Önder**, s 531; **Özütürk, Nejat**, Türk Ceza Kanunu Şerhi ve Tatbikatı, C.:2, Ankara 1966, s.639.

⁵¹ Aynı doğrultuda, **Bakıcı, Sedat**, Sarkıntılık Suçu ve Unsurları, ABD., S.4, Y:1989, s.680; **Gözübüyük, III**, s.865; **Üzülmez, İlhan**, Söz Atma ve Sarkıntılık Suçları(TCK m.421), in Ergin Nomer'e Armağan, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Yıl:22, S.:2, İstanbul 2002, s.1021.

⁵² "...eşe karşı işlenen cinsel suçlarda cinsel saldırının sadece nitelikli halinin TCK m.102/2'nin ikinci cümlesinde şikâyete tabi 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 m.102/1'de düzenlenen suçu oluşturmadığı gözetilmeden sanığın mahkûmiyetine karar verilmesi" Yarg. 14. CD.'nin 13.02.2014 tarih ve 2012/4276 E., 2014/1689 K. sayılı kararı.

kanaatindeyiz. Örneğin, izni olmamasına rağmen karısını öpen kocanın eylemi suç teşkil etmeyecektir.

Kanaatimizce, TCK'nın 102/1 inci maddesinde açık bir düzenleme bulunmadığı ve 2 nci fıkra dikkate alındığında kanun koyucunun iradesi bu şekilde yorumlanabileceği için, basit cinsel saldırı suçu eşler arasında işlenemeyecektir⁵³.

Uygulamada yaşanan bu tereddütün giderilmesi için, suçun özellikle boşanma sürecinde olan eşler arasında işlenebileceğine ve şikayete tabi olduğuna ilişkin bir hüküm getirilmesi yerinde olabilecektir. Zira evli olduğu için kişinin eşine karşı cinsel özgürlüğünü kaybettiğinden bahsetmek, kişiyi eşine karşı cinsel köle haline getirecektir.

b- Cinsel istismar suçu yönünden

Cinsel istismar suçunun sarkıntılık suretiyle gerçekleşen şeklinin faili kadın veya erkek herkes olabilir. Faille, mağdur aynı cinsten olabileceği gibi farklı cinsten de olabilir. Aynı şekilde failin yetişkin veya çocuk olması da mümkündür. Ancak 6545 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle birlikte, sarkıntılık düzeyinde kalmış cinsel istismar suçunun failinin çocuk olması hâlinde soruşturma ve kovuşturma yapılması mağdurun, velisinin veya vasisinin şikâyetine bağlıdır.

Ayrıca, failin üçüncü derece dâhil kan veya kayın hısımlığı ilişkisi içinde bulunan bir kişi ya da üvey baba, üvey ana, üvey kardeş veya evlat edinen olması (m.103/3-c), vasi, eğitici, öğretici, bakıcı, koruyucu aile veya sağlık hizmeti veren ya da koruma, bakım veya gözetim yükümlülüğü bulunan kişi olması (m.103/3-d), kamu görevinin veya hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanan kişi olması (m.103/3-e) ihtimallerinde daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hal söz konusu olacaktır.

⁵³ Doktrinde, 102 nci maddenin 1 inci fıkrasında eşlerden söz edilmemesinin, basit cinsel saldırı suçunun eşler arasında suç oluşturmayacağı şeklinde yorumlanmaması gerektiği belirtilmiştir. **Dursun, Selman**, "Türk Ceza Hukuku'nda Cinsel Suçlara Genel Bir Bakış" Ceza Hukuku Dergisi, S.24, Nisan 2014, s.65; **Taner, Fahri Gökçen**, Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, 1.Bası, Ankara 2013, s.89.

7- Mağdur

a- Cinsel saldırı suçu yönünden

Cinsel saldırı suçunun daha az cezayı gerektiren nitelikli hali olan sarkıntılığın mağduru onsekiz yaşından büyük kişilerdir. Mağdurun kadın veya erkek olması arasında herhangi bir fark bulunmamaktadır.

Sarkıntılık teşkil eden cinsel davranışın belirli bir kimseye yönelmiş olması gerekir⁵⁴. Aynı zamanda, söz konusu fiiller doğrudan doğruya mağdura yöneltilmelidir. Aksi takdirde diğer şartlar gerçekleşmişse, cinsel taciz, alenen hayasızca hareket veya hakaret suçu oluşur⁵⁵.

b- Cinsel istismar suçu yönünden

Cinsel istismar suçunun daha az cezayı gerektiren nitelikli hali olan sarkıntılık yönünden mağdur onsekiz yaşını doldurmamış olanlardır. Diğer bir ifade ile mağdur çocuklardır. Burada dikkat edilmesi gereken husus, mağdur olan çocuğun 15 yaşını tamamlamış olması halinde sarkıntılığın cezalandırılabilmesi için, bu eylemin cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilmiş olması gerekir. Bu yaş grubundaki mağdurun sarkıntılık teşkil eden eyleme rıza göstermiş olması halinde ise, cezai sorumluluk söz konusu olmayacaktır.

Mağdurun on beş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan çocuk olması halinde ise, rızanın varlığı sarkıntılık eyleminin cezalandırılmasını engellemeyecektir. Diğer bir ifade ile, bu yaş grubundaki mağdur sarkıntılığa rıza gösterse bile suç oluşacaktır.

⁵⁴ “Mağdurenin, evinin balkonunda bulunduğu sırada sanığın karşı bahçeden ısıklık çalarak, dikkatini çekmek suretiyle tenasül aletini çıkarıp göstermekten ibaret olan eylemi, şahsı istihdaf etmesi itibarıyla, sarkıntılık suçunu oluştur.” Yarg. 5. CD.’nin 7.10.1983 tarih ve 3312/3175 sayılı kararı, (Çağlayan, III, 3.Baskı, s.538); Yarg. 5. CD.’nin 29.11.1983 tarih ve 3829/4017 sayılı kararı, (Çağlayan, III, 3.Baskı, s.537).

⁵⁵ “TCK.nun 421.maddesinde yazılı suçun oluşması için eylemin doğrudan doğruya mağdureye karşı işlenmiş olması gerekmesine, olayımızda ise sanığın mağdure ile ilgili ve başkasıyla evlenmesini önlemeye yönelik sözleri içeren ve onun nişanlısının babasına yolladığı mektubun sarkıntılık suçunu oluşturmadığı gibi hakaret niteliğinde de bulunmadığı gözetilmeden...” Yarg. 5. CD.’nin 30.5.1985 tarih ve 2347/2469 sayılı kararı, (Bakıcı, s.261).

8- Manevi Unsurlar

Cinsel saldırı ya da cinsel istismar suçunun sarkıntılık suretiyle gerçekleşen hali kasten işlenebilir⁵⁶. Sarkıntılığın niteliği gereği fail cinsel tatmin amacına yönelik,⁵⁷ şehvet hissi ile hareket etmiş olmalıdır⁵⁸. Aksi takdirde, sanığın şehvet hissi olmadan yaptığı hareketler somut olayın özelliğine göre, kasten yaralama, hakaret veya tehdit gibi suçların oluşmasına neden olur⁵⁹.

- ⁵⁶ **Artuk, Mehmet Emin-Gökçen, Ahmet-Yenidünya, Caner**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 4. Baskı, Ankara 2003, s.827; **Önder**, s.535-536; **Bakıcı, Sedat**, Sarkıntılık Suçu ve Unsurları, s.684; **Soyaslan, Doğan**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2. Baskı, Ankara 1997, s.329; **Üzülmez**, s.1027; **Kırbıyık, Şerife**, (Açıklamalar ve Yargıtay Kararlarıyla) Öğreti ve Uygulamada Irza Geçme Cürmü ve Benzer Suçlardan Ayrımı, Ankara 2001, s.303.
- ⁵⁷ “Oluşa, mağdurun 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 tamamlamadığı ve mağdurenin kolundan tutması şeklindeki eylemin ise **cinsel tatmin amacına yönelik olmadığı** anlaşılması karşısında, sanığın çocuğun basit cinsel istismarına teşebbüs suçunu işlediği sabit olduğu halde, yazılı şekilde basit cinsel saldırı suçundan mahkumiyetine karar verilmesi” Yarg. 14.CD.’nin, 24.06.2014 tarih ve 2013/337 E., 2014/8581 K. sayılı kararı. Karar için bkz. **Gündüz, Remzi**, 6545 sayılı Kanunla Değiştirilen 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, Ankara 2015, s.31, 32.
- ⁵⁸ Doktrinde bir kısım yazarlara göre, failin yaptığı hareketleri bilmesi ve istemesi yeterli olup, ayrıca şehvet hissi ile hareket etmiş olması aranmaz. bkz. **Önder**, s.535-536; **Soyaslan**, s.329; **Gözübüyük**, III, s.867.
- ⁵⁹ “Sanık Samiye’nin kavga sırasında yere düşen mağdure Hafize’nin donunu shevi duygularının tatmini dışında hakaret kastıyla çıkardığı gözetilmeden yazılı şekilde T.CY.’nin 421.maddesi hüküm tesisi...” Yarg. 5. CD.’nin 11.6.1991 tarih ve 1927/3154 sayılı kararı, (**Bakıcı**, s.250-251); “Mağdure aşamalarındaki ifadelerinde sanığın kendisini yolda ve gördüğü yerde “...ya benim olursun, ya da seni başkasına yar etmem...” diyerek tehdit ettiğini ve ayrıca “.....bana yazdığın mektubu herkese gösteririm, seni rezil ederim.....” diyerek kendisi tarafından yazılmadığı halde böyle bir mektuptan bahisle kendisini baskı altına almak istediğini iddia etmiş olmasına göre, bu eylemin niteliğinin ve TCK.nun 188.maddesine uyan şartlı tehdit suçunu oluşturup oluşturmayacağına, bu konudaki delillerin takdiri ve davaya bakmak görevinin yüksek dereceli Asliye Ceza Mahkemesinde duruşmaya devamla yazılı şekilde TCK.nun 421/2.maddesiyle mahkumiyet hükmü tesisi,...” Yarg. 5. CD.’nin 5.11.1991 tarih ve 4060/4714 sayılı kararı, (**Bakıcı**, s.250); “Sanığın yoldan geçmekte olan müştekinin kızı mağdureye hitaben...bu çocuklarla gezme, seni bunlarda kurtarmaz....demekten ibaret fiilinde TCK.’nin 421.maddesindeki suçun unsurları bulunmadığı ve oluşan eylemin TCK.nun 191/son maddesinde belirtilen sair tehdit niteliğinde olduğu gözetilmeden...” Yarg. 5. CD.’nin 2.7.1985 tarih ve 2370/2966 sayılı kararı, (**Savaş-Mollamahmutoglu**, III, 3.Baskı, s.3993); “Bahçeden geçme meselesinden dolayı tarafların arasında çıkan tartışma sırasında sanığın sarkıntılık kastı bulunmaksızın

9- Suçun Özel Görünüş Şekilleri

a- Teşebbüs

Sarkıntılık, ani hareketle vücuda temas içeren cinsel davranış olduğu için, sadece icra hareketlerinin kısımlara ayrılabilirdiği durumlarda teşebbüs mümkündür⁶⁰. Örneğin failin mağdurun vücuduna dokunmaya çalıştığı esnada, üçüncü kişilerin faili engellemesi ya da mağdurun kaçması⁶¹ nedeniyle mağdura dokunamaması durumunda sarkıntılık teşebbüs aşamasında kalacaktır⁶².

Sarkıntılık fiili yönünden gönüllü vazgeçme hükümlerinin uygulanması da mümkündür. Buna göre, fail sarkıntılık teşkil eden eylemin icra hareketlerinden gönüllü vazgeçerse, fail teşebbüsten değil, o ana kadar işlenen suçtan sorumlu tutulacaktır. Örneğin, failin mağdura “seni öpeceğim” dedikten sonra, kendi iradesi ile mağdurun vücuduna temas etmeksizin, öpmekten vazgeçmesi halinde, sarkıntılığa teşebbüs değil, cinsel taciz suçu oluşacaktır (m.36).

b- İştirak

İştirak bakımından bir özellik arz etmeyen sarkıntılık suçunda iştirakin her şeklinin gerçekleşmesi mümkündür⁶³.

Bununla birlikte, sarkıntılık fiilinin birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi hali cezanın artırılmasını gerektiren nitelikli hal olarak kabul edilmiştir (m.102/3-d, 103/3-a). Bu durumda cezanın artırılabilmesi için,

“utanmaz kadın” diyerek cinsel organını açıp “sen ev aşığı değil bunun aşığısın, gece gelip seni sinkaf edeceğim” şeklinde sözler sarfetmesinin hakaret suçunu oluşturduğu gözetilmeyerek ayrıca sarkıntılık suçundan da mahkumiyet kararı verilmesi.....” Yarg. 5. CD.’nin 23.11.1993 tarih ve 3850/4185 sayılı kararı, (Savaş-Mollamahmutoğlu, III, 3. Baskı, s.3990).

⁶⁰ Artuk-Gökçen-Yenidünya, s.829; Önder, s.536; Üzülmöz, s.1030; Aksi yönde bkz. Koca-Üzülmöz, s.302.

⁶¹ “Mağdurenin hazırlık beyanı ve dosya içeriğine göre, sanığın mağdureyi öpmek amacıyla üzerine doğru geldiği, mağdurenin sanığı iterek bunu engellediği, ikinci kez tekrar denerken aynı şekilde itmesi sonucu sanığın düştüğü ve müştekinin babasının gelip bir kez vurması üzerine sanığın kaçtığı iddia etmesi nedeni ile sanığın eyleminin 5237 s.TCK’nın 102/1’inci maddesinde düzenlenen basit cinsel saldırı suçuna teşebbüs suçunu oluşturabileceği” Yarg. 14.CD.’nin 24.04.2013 tarih ve 2013/1520 E., 2013/4939 K. sayılı kararı.

⁶² Aynı yönde bkz. Tezcan-Erdem-Önok, 13. Baskı, s.387.

⁶³ Artuk-Gökçen-Yenidünya, s.829; Önder, s.536; Üzülmöz, s.1030.

suçun en az iki kişi tarafından müşterek fail boyutunda iştirak edilerek işlenmesi gerekir.

c- İctima

Failin bir suç işleme kararının icrası kapsamında mağdura karşı değişik zamanlarda gerçekleştirdiği ani nitelikte vücuda temas içeren davranışlarının bulunması halinde, zincirleme suç hükümleri uygulanmalıdır (m.43/1). Failin sarkıntılık teşkil eden fiiline yönelik iddianame düzenlendikten sonra, aynı mağdura karşı gerçekleştirdiği sarkıntılık fiillerinden dolayı ayrıca cezalandırılması gerekir. Diğer bir ifade ile, bu ihtimalde zincirleme suç hükümleri uygulama alanı bulamayacaktır⁶⁴.

Buna karşılık failin farklı zamanlarda farklı mağdurlara sarkıntılık fiilini gerçekleştirmesi halinde mağdur adedince ayrı suç oluşacaktır.

Failin aynı zaman dilimi içerisinde ani hareketle vücudunun birden fazla bölgesine dokunması halinde tek bir suç oluşacaktır⁶⁵. Söz konusu davranışlar kesintisiz hal aldığı anda ise, artık sarkıntılık değil, basit cinsel saldırı ya da basit cinsel istismar suçu oluşacaktır.

Gerek cinsel saldırı gerek cinsel istismar niteliği gereği içerisinde cebir ve tehdidi barındırdığı için, failin sarkıntılık fiili icra ederken mağdura söylediği sözler dolayısıyla tehdit suçundan, mağdurun vücuduna teması esnasında yaptığı eylem dolayısıyla da kasten yaralama suçundan sorumlu

⁶⁴ “Sanığın bir suç işleme kararının icrası kapsamında 05.11.2012 gecesi yaya olarak kaldığı öğrenci yurduna gitmekte olan yirmibir yaşındaki müştekiyi görünce “yavrum” deyip pantolonunun fermuarını açması üzerine olay yerinden kaçan müştekinin şikayetine istinaden hakkında soruşturma başlatılmasının ardından bu olayla ilgili iddianame tanzim edilmeden önce 15.11.2012 gecesi tekrar aynı sokakta gördüğü müştekinin üzerine yürüyüp fermuarını açtığı tüm dosya içeriğinden anlaşıldığından, sanığın eylemlerinin bütün halinde zincirleme şekilde cinsel taciz suçunu oluşturduğunun kabulüyle TCK’nın 105/1, 43/1. maddeleri gereğince cezalandırılması gerekirken, her iki olayla ilgili ayrı ayrı açılan kamu davalarının birleştirilmesi sonrası yazılı şekilde TCK’nın 105/1. maddesinin iki kez tatbiki suretiyle hüküm kurulması neticesinde fazla ceza tayini” Yarg. 14. CD. ’nin, 22.01.2016 tarih ve 2015/703 E., 2016/601 K. sayılı kararı.

⁶⁵ “Suça sürüklenen çocuğun, markette dolaptan su alan mağdurenin poposunu eli ile dokunduktan hemen sonra kasada bulunduğu sırada yeniden mağdurenin poposuna dokunduğu olayda eylemin kısa süre içerisinde, araya herhangi bir kesinti girmeden, aynı zaman diliminde peşpeşe gerçekleştiği anlaşılmakta, eylemin tek suç olarak kabulü ile işleniş biçimi ve eylem sayısı dikkate alınarak cezanın TCK’nın 61’inci maddesi gereğince alt sınırdan makul bir miktar artırılması gerekirken şartları oluşmadığı halde TCK’nın 43’üncü maddesinin uygulanması suretiyle fazla ceza tayini...” Yarg. 14.CD.’nin 03.04.2013 tarih ve 2011/10334 E., 2013/3878 K. sayılı kararı.

tutulmayacaktır. Ancak ifade etmeliyiz ki, failin mağdura uyguladığı cebir neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama boyutuna ulaşmışsa, fail ayrıca kasten yaralama suçundan da sorumlu tutulacaktır (m.102/5, m.103/5).

10- Soruşturma ve Kovuşturma Usulü

Öncelikle cinsel saldırı suçunun daha az cezayı gerektiren hali olan sarkıntılığa soruşturma ve kovuşturmanın re'sen mi yapılacağı yoksa şikayete tabi mi olacağı konusu üzerinde durmak gerekmektedir.

Cinsel saldırı suçunun temel şeklinin düzenlendiği 102 nci maddenin 1 inci fıkrasının 1 inci cümlesinde; “*Cinsel davranışlarla bir kimsenin vücut dokunulmazlığını ihlâl eden kişi, mağdurun şikâyeti üzerine, beş yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır*” denilerek, suçun temel şeklinin şikayete tabi olduğu belirtilmiştir.

Sarkıntılığın yer aldığı 2 nci cümlede ise, “cinsel davranışın sarkıntılık düzeyinde kalması hâlinde iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası verilir” denilmiş olmasına rağmen, suçun soruşturma ve kovuşturmasına ilişkin bir ibareye yer verilmemiştir.

Ancak suçun temel şeklinin şikayete tabi olduğu dikkate alındığında, cinsel saldırı suçunun sarkıntılık şeklinde gerçekleşen daha az cezayı gerektiren nitelikli halinin de yorum kuralları çerçevesinde şikayete tabi olduğunun kabulü gerekir. Buna göre, cinsel saldırı suçunun sarkıntılık halinde işlenen şeklinin soruşturulması şikayete tabidir⁶⁶.

Bununla birlikte sarkıntılık teşkil eden davranışın yanı sıra 102 nci maddede yer alan daha ağır cezayı gerektiren nitelikli haller de gerçekleşmiş ise, artık soruşturma ve kovuşturma resen yapılacaktır.

Cinsel istismarın sarkıntılık şeklinde gerçekleşen hali resen soruşturulur. Buna karşılık sarkıntılık düzeyinde kalmış cinsel istismar suçunun failinin çocuk olması hâlinde soruşturma ve kovuşturma yapılması mağdurun, velisinin veya vasisinin şikâyetine bağlıdır⁶⁷.

⁶⁶ Aynı yönde bkz. **Tezcan-Erdem-Önok**, 13. Baskı, s.392; **Koca-Üzülmez**, s.307.

⁶⁷ “Sanığın yolda yürümekte olan mağdurenin arkasından yaklaşp kalçasına dokunmak şeklindeki eyleminin 28.06.2014 tarihinde yayımlanarak yürürlüğe giren 6545 sayılı Kanunla değişik 5237 sayılı TCK'nın 103/1 maddesindeki sarkıntılık düzeyinde kalan basit cinsel istismar suçunu oluşturduğu ve bu suçun sanığın çocuk olması halinde soruşturma ve kovuşturma yapılmasının mağdurenin veya kanuni temsilcilerinin şikâyetine bağlı olduğu, ancak sanığın 18 yaşından büyük olması nedeniyle bu değişikliğin sanık lehine

Bununla birlikte sarkıntılık teşkil eden davranışın yanı sıra 103 üncü maddede yer alan daha ağır cezayı gerektiren nitelikli haller de gerçekleşmiş ise, artık failin yaşına bakılmaksızın soruşturma ve kovuşturma resen yapılacaktır.

Gerek cinsel saldırı gerek cinsel istismar suçunun daha az cezayı gerektiren nitelikli olan sarkıntılık suçlarına asliye ceza mahkemeleri bakmakla görevlidir. Ancak özellikle geçitli suç niteliği taşıması dolayısıyla iddianamede yargılama konusu yapılan olay dikkate alınmak suretiyle görevli mahkemenin belirlenmesi gerekmektedir⁶⁸.

5271 sayılı CMK'nın 100 üncü maddesinde cinsel istismar suçunu tutuklama yönünden katalog suçlar arasında sayılmıştır. Bu nedenle diğer şartların varlığı halinde cinsel istismar suçunun sarkıntılık şeklinde işlenen şekilde tutuklama sebebinin varlığı kabul edilir ve şüpheli ya da sanık hakkında tutuklama kararı verilebilir.

Sanığın cinsel istismar suçunun sarkıntılık halinden mahkum edilmesi halinde, hakkında mükerrirlere özgü koşullu salıverme süreleri uygulanacaktır. Ayrıca denetim süresi içinde infaz hakimi tarafından hükümlü

düzenlemeler getirmedeği...” Yarg. 14.CD.'nin 07.07.2014 tarih ve 2012/13719 E., 2014/9186 K. sayılı kararı.

⁶⁸ “Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma ve sarkıntılık yapmak suretiyle çocuğun cinsel istismarı suçlarından sanık ...'ın yapılan yargılanması sırasında; Kahramanmaraş 1. Ağır Ceza Mahkemesiyle Andırın 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 suçların niteliğine, iddianamede olayın anlatılış biçimine ve Kahramanmaraş 1. Ağır Ceza Mahkemesi kararındaki gerekçeye göre, yerinde görülmeyen Andırın Asliye Ceza Mahkemesinin 04/09/2015 gün ve 2015/227 E. 2015/244 K. sayılı GÖREVSİZLİK kararının KALDIRILMASINA...” Yarg. 5. CD.'nin 25.04.2016 tarih ve 2016/3535 E., 2016/4178 K. sayılı kararı; “Sarkıntılık yapmak suretiyle basit cinsel saldırı suçundan sanık ...'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 görülmeyen Uşak 2. Ağır Ceza Mahkemesinin 19/02/2016 gün ve 2016/38 E. 2016/61 K. sayılı GÖREVSİZLİK kararının KALDIRILMASINA...” Yarg. 5. CD.'nin 19.02.2016 tarih ve 2016/6126 E., 2016/6382 K. sayılı kararı.

hakkında 5275 sayılı CGTİHK'nın 108/9 uncu maddesinde yer alan tedavi veya yükümlülüklerden bir veya birkaçına da karar verilir⁶⁹. Bunlar;

- a) Tıbbi tedaviye tabi tutulmak
- b) Tedavi amaçlı programlara katılmak
- c) Suçun mağdurunun oturduğu ve çalıştığı yerleşim bölgesinde ikamet etmekten yasaklanmak
- d) Mağdurun bulunduğu yerlere yaklaşmaktan yasaklanmak
- e) Çocuklarla bir arada olmayı gerektiren bir ortamda çalışmaktan yasaklanmak
- f) Çocuklar hakkında bakım ve gözetim yükümlülüğünü gerektiren faaliyet icra etmekten yasaklanmaktır.

Ancak cinsel istismar suçundan hükümlü olan çocuk ise hakkında bu tedavi veya yükümlülüklerin uygulanmasına karar verilemez.

Cinsel saldırı suçunun sarkıntılık hali bakımından zamanaşımı süresi TCK'nın 66/1-e maddesine göre 8 yıl, cinsel istismar suçunun sarkıntılık hali bakımından ise, zamanaşımı süresi TCK'nın 66/1-d maddesi gereği 15 yıldır.

SONUÇ

765 sayılı TCK'nın 421 nci maddesinde bağımsız suç şeklinde düzenlenen “söz atma” ve “sarkıntılık” fiillerine, 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı TCK'da açıkça yer verilmemişti.

5237 sayılı TCK cinsel dokunulmazlığa karşı suçları, “cinsel saldırı”, “cinsel istismar”, “reşit olmayanla cinsel ilişki” ve “cinsel taciz” olarak sınıflandırmıştı. Bu kapsamda, “söz atma” niteliğindeki fiiller, “cinsel taciz”; “sarkıntılık” fiilleri ise mağdurun yaşına göre, “basit cinsel saldırı” ya da “basit cinsel istismar” olarak cezalandırılmaktaydı. Hatta “söz atmanın” onbeş yaşından küçük çocuğa karşı işlenmesi halinde basit cinsel istismar suçunun oluşacağı da ileri sürülmekteydi.

⁶⁹ Maddenin uygulanmasına yönelik olarak Adalet Bakanlığı tarafından “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlardan Hükümlü Olanlara Uygulanacak Tedavi ve Diğer Yükümlülükler Hakkında Yönetmelik” yayımlanmıştır. Bkz. 26.07.2016 tarih ve 29782 sayılı Resmî Gazete.

Ani hareketle gerçekleştirilen cinsel davranış olarak tarif edilen sarkıntılık fiilinin, basit cinsel saldırı ya da basit cinsel istismar suçu kapsamında değerlendirilerek yaptırıma tabi tutulması adaletsiz sonuçlara neden olabilmekteydi. Nitekim, mağdurun saçını okşama ile cinsel ilişki boyutuna ulaşmayan cinsel davranışların nitelik itibariyle aynı olduğunu kabul etmek mümkün değildir.

Kanun koyucu bu eksikliği gidermek adına 6545 sayılı Kanun ile “sarkıntılık düzeyinde kalmış davranışları” cinsel saldırı ve cinsel istismar suçlarında daha az cezayı gerektiren nitelikli hal olarak düzenlemiştir.

Buna göre, vücuda temas içermeyen cinsel içerikli davranışlar “cinsel taciz” suçunu; vücuda temas içeren ani hareketlerle yapılan davranışlar “sarkıntılık fiilini (cinsel saldırı ya da cinsel istismarın daha az cezayı gerektiren halini)”; cinsel ilişki boyutuna ulaşmayan vücuda temas içeren davranışlar “basit cinsel saldırı ya da basit cinsel istismar suçunu”, cinsel ilişki boyutuna ulaşan davranışlar ise somut olayın özelliğine göre, “reşit olmayanla cinsel ilişki, cinsel saldırı ya da cinsel istismar suçlarını” oluşturacaktır.

102 nci maddenin düzenleniş şekli dikkate alındığında, sarkıntılık fiilinin eşler arasında işlenemeyeceğini kabul etmek gerekir. Ancak özellikle resmi olarak boşanma kararı verilmemiş eşlerin boşanma sürecinde bu tür fiillere rızası dışında muhatap olması meşru görülemez. Bu nedenle bu konuda kanun koyucunun açık bir düzenlemeye gitmesinin yararlı olacağı kanaatindeyiz.

Yine 102 nci maddede basit cinsel saldırı suçunun soruşturulması ve kovuşturulması şikayete tabi olmasına rağmen, sarkıntılık fiilinin şikayete bağlı olup olmadığı da tereddütlere neden olabilecektir. Ancak daha ağır fiili şikayete tabi tutan kanun koyucunun, daha az cezayı gerektiren sarkıntılık fiilini resen soruşturulan bir suç olarak düzenlediğini kabul etmek doğru olmayacaktır. Bu nedenle cinsel saldırı suçunun daha az cezayı gerektiren nitelikli halinin soruşturulması ve kovuşturulmasının şikayete tabi olduğu kanaatindeyiz.