

B&M

Prof. Dr. Erdener YURTCAN

YARGITAY KARARLARI IŐIŐI ALTINDA
CİNSEL SUÇLAR

Ekim 2015 Tarihi İtibariyle
GüncelleŐtirilmiŐ

2. Bası



TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ

Türkiye Barolar Birliği Yayınları : 304

*Yargıtay Kararları Işığında
Cinsel Suçlar*

ISBN: 978-605-9050-58-6

Tasarım
Mehmet TAMER
Türkiye Barolar Birliği Yayın İşleri

© Türkiye Barolar Birliği
Kasım 2015, Ankara

Türkiye Barolar Birliği
Oğuzlar Mah. Barış Manço Cad.
Av. Özdemir Özok Sokağı No: 8

06520 Balgat - ANKARA
Tel: (312) 292 59 00 (pbx)
Faks: 312 286 55 65
www.barobirlik.org.tr
yayin@barobirlik.org.tr

Baskı
Ayrıntı Basımevi
İvedik Organize Sanayi Sitesi
770. Sok No:101 - Ankara
0312. 394 55 50

B&M

Prof. Dr. Erdener YURTCAN

YARGITAY KARARLARI IŐIŐI ALTINDA
CİNSEL SUÇLAR

Ekim 2015 Tarihi İtibariyle
GüncelleŐtirilmiŐ

2. Bası

İÇİNDEKİLER

Önsöz	7
Cinsel Saldırı (Madde 102).....	9
Çocukların Cinsel İstismarı (Madde 103)	69
Reşit olmayanla cinsel ilişki (Madde 104)	187
Cinsel taciz (Madde 105)	210

2. Basıya Önsöz

Elinizdeki kitap 2010 yılında yayınladığım **Yargıtay Kararları Işığında Cinsel Suçlar** kitabının 2. basısıdır.

Bu basıyı yapmamın iki nedeni var. İlki kitabın mevcudunun tükenmiş olmasıdır. İkinci neden **6545 sayılı Yasanın(5. Yargı Paketi)** kitapta incelenen suçlarla ilgili olarak önemli değişiklikler yapmış olmasıdır. Sözü geçen yasanın temel niteliği yeni TCK'nın yürürlüğe girdiği 2005 yılından bu yana cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlarla ilgili olarak uygulamada karşılaşılan sorunlara çözümler üretmektir.

Bunun dışında, yasa koyucu yine aynı dönemde ülkemizde işlenen bu tür suçları dikkate alarak, bu suçların cezalarını artırmak suretiyle ceza hukukunun önleme amacını öne çıkarmaktır. Suçların düzenleyen normlarda bu husus dikkati çekmektedir.

Kitabın konusu TCK'nın 2. Kitabının, 2. Kısımının, 6. Bölümü ile sınırlıdır. Bu bölümde, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar yer almaktadır.

Bu kitaptaki çalışma yöntemimin temel niteliği, kısa süre önce yayınladığım ve yeni TCK'nın çeşitli bölümlerinde yer alan suçları incelediğim kitaplarımla uyuşmaktadır.

Bu kitapta bilinenleri tekrarlamadım, yeni TCK'nın yaklaşımlarını ve tartışmalı noktalarını öne çıkarmaya çalıştım.

Bu noktada, temel bir hususu açıklamam gerekir. Elinizdeki kitapta, uygulamacı dikkate alınmıştır. Bu nedenle, konuyla ilgili temel kavramların açıklanmasından mümkün olduğunca kaçınılmıştır. Ayrıca, önceki dönemlerin aksine, madde gerekçelerinde bilimsel bir yaklaşım sergilenmektedir. Bu nedenle, bu açıklamalardan da yararlandım. Hatta bazen yalnızca yol-lama yapmakla yetindim. Doğru ve yeterli açıklamaları tekrar etmeye hiç gerek yoktu.

Kitabı zenginleştiren elbette Yargıtay kararlarıdır. Bu kararlara iki kaynaktan ulaştım. **Yargıtay Arşivi** bu kaynaklardan ilkidir. Özellikle Ceza Genel Kurulu kararları bu kaynaktan geldi.

İkinci kaynak ise, www.adalet.org başlığını taşıyan web sitesidir. Bu Sitede yer alan, birincil kaynaktan kararları alarak kitaba işledim.

Aynı sahneyi paylaşan kişiler olarak, temel amacımız, AB'ye giriş sürecinde yasalarını yeniden yapan bir Türkiye'de, tüm hukukçulara ve topluma en iyiyi verebilmektir. Hukukçular, toplumun vazgeçilmezleri arasında en öndeki yerini alan adalet hizmetinin birer "nefer" i olduklarına göre, bu hizmetin her türlü özveri ile görülmesinden başka bir amaç olabilir mi ?

Yayını Türkiye Barolar Birliği ile yapıyoruz. Öncelikle yayını uygun bulan Yönetim Kuruluna ve emeği geçen herkese teşekkürlerimi sunuyorum.

Yeni çalışmalarda buluşmak dileğiyle.

Prof. Dr. Erdener Yurtcan
Tarabya, Ekim 2015

CİNSEL SALDIRI (6545 sayılı Yasayla değişik)

MADDE 102-(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.

(2) Fiilin vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi durumunda, on iki yıldan az olmak üzere hapis cezasına hükmolunur. Bu fiilin eşe karşı işlenmesi hâlinde, soruşturma ve kovuşturmanın yapılması mağdurun şikâyetine bağlıdır.

(3) Suçun;

- a) Beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı,
- b) Kamu görevinin, vesayet veya hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle,
- c) Üçüncü derece dâhil kan veya kayın hısımlığı ilişkisi içinde bulunan bir kişiye karşı ya da üvey baba, üvey ana, üvey kardeş, evlat edinen veya evlatlık tarafından,
- d) Silahla veya birden fazla kişi tarafından birlikte,
- e) İnsanların toplu olarak bir arada yaşama zorunluluğunda bulunduğu ortamların sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle,

işlenmesi hâlinde, yukarıdaki fıkralara göre verilen cezalar yarı oranında artırılır.

(4) Cinsel saldırı için başvurulmuş cebir ve şiddetin kasten yaralama suçunun ağır neticelerine neden olması hâlinde, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır.

(5) Suç sonucu mağdurun bitkisel hayata girmesi veya ölümü hâlinde, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükümlenir.”

BÖLÜM BAŞLIĞININ YORUMU :

Bu bölümün başlığı, cinsel özgürlüğe karşı suçlar, olmak gerekirdi. Bugünkü yaklaşımda bu suçlar, kişinin cinsel özgürlüğüne saldırı oluşturan veya bu özgürlüğe aykırı olan davranışlardır. Bu suçların genel adap ve ahlaka aykırı fiiller olarak adlandırıldığı dönemler geride kalmıştır.

Bu nedenlerle, bölüm başlığında cinsel dokunulmazlıktan söz edilmesi doğru bir tercih değildir.

MADDENİN YORUMU:

6545 sayılı yasayla madde yeniden düzenlenmiştir. Madenin yeni içeriğine göre maddeyi yorumlarken aşağıdaki hususları belirtmek uygun olur:

Birinci fıkrada, cinsel saldırı başlığı altında, “cinsel davranışlarla bir kimsenin vücut dokunulmazlığını ihlâl etmek” olarak yapılan tanım, eski terminoloji ile ırza tasaddiyi düzenlemektedir. İlkin, bu suçta failin cezalandırılmasının temel nedeni, mağdurun cinsel özgürlüğüne saldırmasıdır. Fail, şehvi hareketlerle mağdurun cinsel özgürlüğüne saldırmalıdır. Faille mağdurun aynı cinsten ya da farklı cinsten kişi olması, suçun oluşması yönünden önemli değildir.

Yeni düzenleme ile suçun cezası artırılmış, beş yıldan on yıla kadar hapis cezası öngörülmüştür. Bu değişikliği de dikkate alarak belirtmem gerekir ki, bu suçun şikayete bağlı bir suç olarak düzenlenmesi, suçun koruduğu hukuki yarar ve fiilin ağırlığı dikkate alındığında, şikayet kavramı ile bağdaşmaz.

Cinsel saldırı suçunda, kişinin cinsel özgürlüğünün ihlali nedeniyle, doğrudan kendisine yönelik bir suç olduğu gerçektir. Fakat bu sonuç, bu konudaki tek sonuç değildir. Toplum içinde, cebir yoluyla kişinin cinsel özgürlüğünü ihlal edilmesi- suç saldırı temeline dayandığı için cebir içerir- toplumu da yakından ilgilendiren bir fiildir. Bu nedenle re'sen koşuşturulan bir suç olmak gerekir. Yasa koyucunun bu konudaki tercihi kanımca doğru değildir. Önceki düzenlemenin gerekçesinde bu suçun şikayete tabi bir suç olarak düzenlenmesinin nedeni belirtilmiş değildi. Bu kez de gerekçede o konuda açıklık yoktur.

Birinci fıkranın yeni düzenlemesinde, fıkraya bir cümle eklenmiştir. O cümle şöyledir: "Cinsel davranışın sarkıntılık düzeyinde kalması hâlinde iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası verilir." Bu cümlede ifade edilen fiil sarkıntılıktır. Sarkıntılık, önceki TCK'nın 421 inci maddesinde suç olarak düzenlenmişti. Yeni TCK bu suçu kaldırmıştı. Yeni 102 nci madde bu suça yer vermektedir. Yasa koyucunun yaklaşımına göre, yukarıda yer verdiğim cümlede sarkıntılık kişinin cinsel özgürlüğüne bir saldırı olarak kabul edilmekte ve cezalandırılmaktadır. Sarkıntılık, cinsel davranışlarla bir kimsenin vücut dokunulmazlığını ihlâl etmeye oranla daha hafif bir fiildir. Ancak yine de bir saldırdır.

Öte yandan önceki TCK'da sarkıntılık ayrı bir maddede (m.421) suç olarak düzenlendiğinde, Türk pozitif hukukunda cinsel taciz suçu yoktu. Yeni TCK 105 nci maddede bu suçu düzenledi(bu hüküm ilgili bölümde incelenmektedir). Durum böyle olunca, cinsel suçlar sistematığında suçlar ağırdan hafife doğru şöyle sıralanmaktaydı. Irza geçme-ırza tasaddi-cinsel taciz. Son değişiklikle ırza tasaddi ile cinsel taciz arasına sarkıntılık girmiş oldu. Son skala şöyle oluştu: ırza geçme-ırza tasaddi-sarkıntılık-cinsel taciz.

Bu tablo içinde sarkıntılık ile cinsel taciz kavramlarını temellendirmek ve bunlara açıklık getirmek hemen hemen imkansız olacaktır.

Bu nedenlerle yasa koyucunun yeni 102 nci maddenin 1 inci fıkrasında sarkıntılık suçunu düzenlemesi doğru bir tercih

değildir. Türk uygulaması yeni TCK'nın 2005 yılında yürürlüğe girmesinden sonra, ırza tasaddi ile cinsel taciz arasındaki sınırı çizirken zorlanırken, araya bir de sarkıntılık kavramının konulması, yargılama sırasında fiillerin nitelenmesinde büyük bir zorluk yaratacaktır.

Ayrıca sarkıntılık için maddede öngörülen hapis cezası 2-5 yıldır. Oysa 105 nci maddede cinsel tacizin cezası 3 ay-2 yıl haptir. Ayrıca 105 nci maddenin uygulaması şikayete tabidir. Bu sonuçlar dikkate alındığında, bu açıdan da maddedeki düzenin ve tmelin bozulduğu ortaya çıkmaktadır.

Bu yorumları incelerken okuyucunun 105 nci maddede yaptığım açıklamaları, bu maddedeki açıklamalarla birlikte değerlendirmesinin faydalı olacağını belirtmek isterim.

Bu konudaki son sözüm şudur: Yasa koyucu 102 nci maddeye sarkıntılık suçunu eklemekle hatalı davranmıştır. Hukukta iyi norm uygulamanın önünü açar, kötü norm ise iyi çözümlere engel olur.

6545 sayılı Yasanın yeni 2 nci fıkrasının düzenlemesi incelemenden önce, önceki hükmü yorumlarken yer verdiğim hususları belirtmek faydalı olacaktır:

“Maddenin ikinci fıkrasında, cinsel saldırının bir başka türü olan ırza geçme düzenlenmektedir.

Burada kullanılan, vücuda organ veya sair bir cisim sokulması, ibaresi eleştiriye açıktır. İlkın, vücuda organ sokmak, ne demektir? Fail, mağdurun cinsel organına parmağını sokarsa veya ağzına şişe sokarsa, ırza tecavüz gerçekleşecek midir? Oysa bu suçun temelinde, cebir ve şiddet kullanmak suretiyle ve şehvet hissiyle, mağdurla cinsel ilişkiye girmek eylemi cezalandırılmaktadır.

Öte yandan, vücuda sair bir cisim sokmak, ne demektir? Fail, mağdurun cinsel organına şişe, cop, kalem v.b. sokarsa, bu fiil ırza geçme sayılabilir mi? Bu konuda yasadaki kabule göre, organ ya da sair cisim sokmak, cinsel saldırı olarak cezalandırılmaktadır.

Maddede, cebir ve şiddet kullanılması ile bu suçun işleneceği açıkça ifade edilmiş değildir. Saldırı sözcüğünden dolayı olarak bu sonuca ulaşmak gerekecektir. Uygulamada sorun yaratacak bir düzenlemedir.

Irza tecavüzün eşe karşı işlenmesinin cezalandırılması, Türk hukuku için bir yeniliktir. Bu düzenleme, suç ve ceza politikası açısından uygun olduğu kadar, cinsel suçların temelini kişinin cinsel özgürlüğüne saldırı oluşturduğu, bu nedenle cezalandırılması gerektiği açısından da doğru bir sonuçtur. Bu suçun eşe karşı işlenmesinin şikayete tabi tutulmuş olması, şikayet kavramının temeline uygundur.”

Yeni düzenleme yorumda eleştirdiğim hususlara açıklık getirmemiştir; fıkranın içeriği korunmuştur. Yapılan yalnızca cezayı artırmak olmuştur. Yasa koyucu cezanın alt sınırını belirtmekle yetinmiştir. Bu ceza on iki yıldan başlayan hapis cezasıdır.

Maddenin üçüncü fıkrasında, bazı haller ağırlatıcı neden olarak kabul edilmiştir. Bu konuda ilk belirtilmesi gereken nokta şudur : Yukarıda da üzerinde durduğum gibi, maddede irza geçme, irza tasaddi ve sarkıntılık suçları düzenlenmiştir. Bu bakımdan söz konusu olan ağırlatıcı nedenler her iki suç tipi için de geçerlidir.

Bunlar şöyle sıralanmıştır :

Suçun:

a) Beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı işlenmesi.

Bu bentte yer alan bazı kavramların üzerinde durmak uygun olur :

Beden bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişi, denildiği zaman, değişik durumlar bu kapsama girer. İlk fiziki gelişmesini tamamlamamış kişi anlaşılır. Yasa koyucu bu bentte, TCK'nın başka maddelerinde kullandığı, ço-

cuk ya da küçük terimini kullanmamıştır. Bu nedenle, Yargıtay uygulaması bu hususa açıklık getirecektir. Uygulamaya yön vermek amacıyla, 15 yaşına kadar kişilerin bu niteliği taşıdığı-nın kabul edilmesi uygun olur.

Bu konuda ikinci grup kişi, bedensel engellilerdir. Bedensel engelli kişilerin de fiziki durumları dikkate alınarak, özellikle kendilerindeki engelin savunmayı önleyecek bir nitelik taşı-ması halinde, bedensel yönden kendini savunamayacak olma hali gerçekleşir. Bu şıkta mağdurun yaşının önemi yoktur. Önemli olan bedensel engeldir. Örnek : 25 yaşında olup, felçli olan bir kişiye karşı işlenen suçta, bu ağırlatıcı neden uygula-nır. Örnek,: Mağdurun 25 yaşında bir sağır-dilsiz olması, bu halin uygulanmasına engeldir, çünkü bu şıkta fiziki güçsüzlük esas alınmıştır.

Aynı bentte, ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı suçun işlenmesi hali de yer al-maktadır. Bu konuda, mağdurun bir ruh hastası ya da bir akıl hastası olması ile kendini savunma gücü arasındaki bağlan-tının kurulması gerekir. Mağdurun hali savunmayı önlediği tak-dirde, fail hakkında bu ağırlatıcı nedenin uygulanması gerekir.

b) Kamu görevinin, vesayet veya hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle,

Bu bendin yorumunda şu noktalar öne çıkar:

Temel kavram, nüfuz kavramıdır. Nüfuz, söz geçirme, güçlü olma ve erk anlamındadır. Bir cinsel suçun işlenmesi bağlamında, nüfuzun kötüye kullanılması söz konusu olmak gerekir. Yasa koyucu, nüfuzun kötüye kullanılması kavramı-nı iki ilişki türü ile birleştirmiştir. Bunlar, ilkin nüfuzun bir kamu görevinden doğması, ikincisi ise hizmet ilişkisi temeline dayanmasıdır. Bu iki alanda nüfuzu elinde bulunduran kişi, mağdura karşı bunları kötüye kullanmalı ve suçu işlemelidir.

“Kamu görevinin sağladığı nüfuz” kavramının açıklanma-sında, kamu görevlisi kavramından yararlanmak uygun olur. Bu kavramı TCK'nın 6 ncı maddesi tanımlar. Buna göre, kamu görevlisi deyiminden; kamusal faaliyetin yürütülmesine atama

veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi, anlaşılır. Böyle bir kişinin gördüğü görev, kamu görevidir. Bu nitelikteki bir görevi kullanmalı ve nüfuzu altındaki mağdura karşı suçu işlemelidir.

Bu tablo, bir kamu görevinin görülmesi ile ilgili olarak, fail-mağdur ilişkisinde, suçun işlenmesini kolaylaştırıcı bir etken olarak kabul edilmiş ve ağırlaştırıcı hal sayılmıştır. Bu halin varlığı/yokluğu her olayda ayrı bir değerlendirmeye tabi tutulmak gerekecektir. Dikkat edilecek nokta, nüfuzun tespitidir. Nüfuz, kamu görevi ilişkisinde fail ile mağdurun gördükleri görev, aralarındaki astlık-üstlük ilişkisinin ortaya konulmasını gerektirir. Böyle bir ilişkinin bulunmadığı hallerde, bu ağırlatıcı neden uygulanmaz. Örnek : Bir devlet hastanesinde görev yapan cerrahın, kendi ekibinde görev yapan ameliyathane hemşiresi üzerinde, hizmetten doğan bir nüfuzu vardır. Bunun kötüye kullanılması ile işlenen bir ırza tecavüz suçunda, bu ağırlatıcı neden uygulanır. Aynı sonuç, aynı devlet hastanesinde görevli bir iç hastalıkları doktorunun, ortopedi bölümünde görev yapan bir doktora karşı işleyebileceği bir suçta geçerli değildir. Burada eksik olan, nüfuz eksikliğidir.

Bu bentte bir başka ağırlatıcı neden daha yer almaktadır: Suçun, hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuzun kötüye kullanılması suretiyle işlenmesi. Bu şıkkın uygulanması, fail ile mağdur arasında bir hizmet ilişkisinin varlığını zorunlu kılar. Bu bir ön şarttır. Bu hizmet ilişkisi faile mağdur üzerinde nüfuz kullanma erkini vermelidir. Fail bu erki kötüye kullanmalı ve suçu işlemelidir.

“Hizmet ilişkisi” kavramı konunun çekirdek noktasıdır. Her olayda bunun tespiti şarttır. Burada da bir hizmet nedeniyle bağlılık söz konusu olmak gerekir. Bunun kötüye kullanılması, suçun işlenmesini kolaylaştırıcı bir etken olarak öngörülmüştür. Belirtmem gerekir ki, bu şıkta yer alan hizmet ilişkisinden doğan nüfuz kavramı, yukarıda incelenen kamu görevinin sağladığı nüfuz’dan çok daha geniştir. Her türlü hizmet ilişkisi bu kapsama girer; kamusal alanda, özel alanda yer alan ilişkiler, bu şıkkın uygulanmasının temelini oluşturabilir. Örnek : İşverenin, bir işçisine karşı ırza tasaddi fiilini işlemesi.

6545 sayılı yasayla bu bende bir kavram eklenmiştir. O kavram şudur: vesayet ilişkisinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanarak suç işlemek. Vesayet medeni hukuk kavramıdır. Bu hukuk dalının bu kavramla ilgili olarak oyduğu temeller dikkate alınarak ceza uyuşmazlıkları çözülecek ve bu ağırlatıcı neden uygulanacaktır.

c) Suçun üçüncü derece dâhil kan veya kayın hısımlığı ilişkisi içinde bulunan bir kişiye karşı ya da üvey baba, üvey ana, üvey kardeş, evlat edinen veya evlatlık tarafından işlenmesi.

6545 sayılı yasa bu bende bir ek yapmış, bazı kavramlara yer vermiştir. Bunlar, üvey baba, üvey ana, üvey kardeş, evlat edinen veya evlatlık kavramlarıdır. Bu değişiklikte birlikte, bu bentte yer alan kavramlar, medeni hukukun hısımlık hukuku içinde ele alınmalıdır. Bu konudaki kaynak elbette Türk Medeni Kanunu hükümleridir.

Yasa koyucunun çok geniş bir alan içinde bu ağırlatıcı nedeni düzenlediğini söylemek uygun olur. Kan hısımlığının yanı sıra, kayın hısımlığı da aynı kapsamda mütalaa edilmiştir.

Bu ağırlatıcı nedenin yasada yer almasının temelini birkaç noktada görmek gerekir. İlk, hısımlık ilişkisinin kötüye kullanılması ile işlenen bir cinsel saldırı suçlarında, aile içi ilişkiler zedelenecektir. Aileyi, Türk toplumunun temeli sayan bir anayasal düzenlemede, bu temele ve kavram zarar verecek fiillerin sonuçlarının daha ağır olacağına kuşku yoktur. Öte yandan, hısımlık ilişkisi suçun işlenmesini kolaylaştırıcı bir etken olarak da görülmüştür. Bu nedenle, daha ağır cezalandırılmıştır.

d) Suçun, silahla veya birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi.

Bu bentte ilk ele alınması gereken kavram, silah kavramıdır. Silahı TCK'nın 6 ncı maddesi tanımlar. Buna göre,

1. Ateşli silâhlar,
2. Patlayıcı maddeler,

3. Saldırı ve savunmada kullanılmak üzere yapılmış her türlü kesici, delici veya bereleyici alet,
4. Saldırı ve savunma amacıyla yapılmış olmasa bile fiilen saldırı ve savunmada kullanılmaya elverişli diğer şeyler,
5. Yakıcı, aşındırıcı, yaralayıcı, boğucu, zehirleyici, sürekli hastalığa yol açıcı nükleer, radyoaktif, kimyasal, biyolojik maddeler,

TCK'nın uygulanmasında silah sayılır.

Bir olayda, yukarıda sıralanan araçlar ve maddeler söz konusu olduğunda, bunlar bir cinsel saldırıda kullanıldığında, fiil silahla işlenmiş sayılır ve bu ağırlatıcı neden uygulanır.

Aynı bentte, suçun, **birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi** de bir ağırlatıcı nedendir. Birden fazla kişi, olaya en az iki failin katılmasını zorunlu kılar. Gerekçede de açıklandığı üzere, bu failer bir cinsel saldırı suçunun icrasına katılan kişiler olmak gerekir. Önceki TCK'nın deyimi ile, bu failer, "fiili irtikap" eden kişiler olmalıdırlar. Örnek : Bir cinsel saldırıyı planlayan ve harekete geçen üç kişiden biri, mağdureyi ipe bağlamalı, bir diğeri gözcülük görevini ifa etmeli, diğer fail de fiili gerçekleştirmelidir.

Örnekte de açıklamaya çalıştığım üzere, bir iştirak halinde suç bağlamında, bir cinsel saldırının azmettiren olan fail, bu ağırlatıcı nedenin uygulanmasında, bentte aranan fail sayısına dahil edilmeyecektir.

Bu ağırlatıcı nedenlerin yasada öngörülmesindeki temel düşünce, gerek silahın varlığı gerek birden çok failin suçun işlenmesine katılmaları, suçu kolaylaştırıcı etken olarak kabul edilmiştir.

- e) **Suçun insanların toplu olarak bir arada yaşama zorunluluğunda bulunduğu ortamların sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle işlenmesi.**

Bu bent yenidir; 6545 sayılı yasa ile getirilmiştir. "İnsanların toplu olarak bir arada yaşama zorunluluğunda bulundu-

ğu ortamların sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle” ibaresi bu hükmün temelini oluşturur. Buna göre bu varsayım failin suçu işlemesini kolaylaştırmalıdır. Ancak bu durumda bu ağırlatıcı neden uygulanacaktır. Örnekler: yatılı okulda, cezaevinde, hastanede.

6545 sayılı Yasayla yapılan değişiklikten sonra, maddenin dördüncü fıkrasında yer alan hüküm incelendiğinde, şu noktalar belirtilmelidir: Fail, cinsel saldırı suçunu işlerken mağdura karşı cebir ve şiddet uygulayacaktır ve suçu işleyecektir. Bu sonucun yanı sıra, failin uyguladığı cebir ve şiddet sonucu olayda failin fiili yaralamanın ağır sonuçlarını da oluşturmalıdır.

Bu durumda fail iki suçtan ayrı ayrı cezalandırılacaktır. Yeni TCK’nın kurduğu sistem içinde failin iki cezası toplanacaktır.

Bu hüküm uygulanırken üç kavram söz konusu olur. Bunlar üzerinde kısaca durmak uygun olur:

Cebir, kişinin iradesini bozan, ona karşı kullanılan fiziki güçle, yaralamada olduğu gibi, acı veren, sağlığını bozan bir fiildir. Cebir iki boyutta ele alınır. Maddi cebir, kişiye karşı fiili bir davranışla onun iradesini sakatlayan, acı veren, sağlığını bozan fiildir. Örnek: failin mağdurun kolunu kırması.

Manevi cebir de mağdurun sağlığını bozar, ona acı verir, iradesini sakatlar, fakat manevi cebirde vücut bütünlüğüne fiili bir saldırı yoktur, fakat mağdurda korku, endişe yaratma vardır.

Şiddet kelimesinin etimolojik kökeni Arapça’dır ve “bir gücün derecesi”, “sertlik”, “peklik” anlamlarını barındırır. Kelimenin İngilizce ve Almanca kullanımı ise Latince birkaç kavramın birleşiminden oluşmaktadır ve bir yandan “ihlal etmek” ve “zarar vermek” anlamlarını taşırken diğer yandan “kuvvet”, “hız” ve “aşırılık” anlamlarını da karşılamaktadır. Bu bağlamda şiddet kavramı, en geniş tanımıyla gücün, kuvvetin, otoritenin ve üstünlüğün kötüye kullanımı ile ortaya çıkan sınır ihlalini ifade eder.

Dünya Sağlık Örgütü'nün tanımına göre şiddet, sahip olunan gücün ve iktidarın, fiziksel ya da ruhsal bir yaralanmaya ve kayba neden olacak biçimde bir başka insana, kendine, bir gruba ya da bir topluma doğrudan ya da dolaylı yolla uygulanmasıdır. Şiddetin tanımındaki en önemli boyutlardan biri, içinde bir kasıt, yani bir zarar verme amacı taşınmasıdır. Şiddet; amaçlı, kasıtlı olarak, gücün bedensel ve/veya ruhsal zarar verecek ya da verme riski yaratacak biçimde kullanımudur.

Kızgınlık, öfke ve nefret göstermek; aşağılamak ve cezalandırmak; tahakküm etmek ve kontrolde tutmak, şiddetin hizmet ettiği en temel amaçlardır.

Şiddet, bilinçli, kontrollü, planlı ve sistematik bir eylemdir, bir seçimdir. Asla, rastgele değildir.

Güç ve baskının kullanımı ile ortaya çıkan; tehdit, kontrol ve tahakküm içeren; doğrudan ya da dolaylı olarak bedensel, ruhsal, cinsel, ekonomik veya politik bir zarar veren ya da zarar verme riski taşıyan; bireysel ya da toplumsal her tür tutum ve davranış şiddet olarak adlandırılır.

Maddede sözü geçen “yaralamanın ağır sonuçları” ibaresi yaralama suçunun ağırlaşmış hallerini çağırıştırır. Bunun kaynağı TCK'nın 87 nci maddesidir. Bu hükümde düzenlenen sonuçlar saldırı suçunda gerçekleştiğinde, bu hüküm de uygulanacaktır(bu konuda geniş bilgi için bkz. Yurtcan, Adam Öldürme ve Yaralama Suçları, 2009).

Maddenin yeni 5 inci fıkrasında, önceki düzenlemenin altıncı fıkrasına yer verilmiştir. Buna göre, mağdurun cinsel saldırı sonucunda mağdurun bitkisel hayata girmesi veya ölümü hâlinde, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükmolunacaktır. “Bitkisel hayata girmek” kavramı, tıbbi bir kavramdır. Yargılama konusu bir olayda, bilirkişi incelemesi ile ancak tespit edilebilir.

Gerek bitkisel hayata girmek gerek ölüm halinde, netice sebebiyle ağırlaşmış suçlar dolayısıyla sorumluluk için aranan koşulların gerçekleşmesi gerekir.

“Netice sebebiyle ağırlaşmış suç” kavramı ile ilgili olarak, TCK’nın yaklaşımı ve bilgiler şöyle özetlenebilir :

Netice sebebiyle ağırlaşmış suç

Madde 23- (1) Bir fiilin, kastedilenden daha ağır veya başka bir neticenin oluşumuna sebebiyet vermesi hâlinde, kişinin bundan dolayı sorumlu tutulabilmesi için, bu netice bakımından en azından taksirle hareket etmesi gerekir.

MADDENİN YORUMU :

Madde, hareket noktası açısından çağdaş ceza hukuku yaklaşımına uygundur, çünkü önceki yasanın aksine, objektif sorumluluk sonucunu ortadan kaldırmak amacı taşımaktadır. Bu açıdan maddenin gerekçesinde yer alan açıklamalara katılıyorum.

Ancak madde teknik hukuk yönünden hatalıdır. Maddede yer alan “veya başka bir neticenin oluşumuna sebebiyet vermesi” ibaresi metinden çıkarılmak gerekir.

Maddede, netice sebebiyle ağırlaşmış suçtan ötürü ceza sorumluluğu belirlenmektedir. Bu durumda temel sonuç, fiilin kastedilenden daha ağır bir netice doğurmasıdır. Fiil, başka bir neticenin oluşumuna neden olduğunda, bu sonuç, kastedilen neticeden daha ağır olmayabilir. Bu durumda netice sebebiyle ağırlaşmış bir suç yoktur.

Maddenin içeriği bu haliyle başlıkla uyuşmamaktadır. Maddenin sevkindeki temel amacın, netice sebebiyle ağırlaşmış suçta ceza sorumluluğunu belirlemek olduğu dikkate alırsa, içerik hatalıdır.

23. Maddenin Gerekçesi:

Kişi suç teşkil eden bir fiili işlerken, kastettiği neticeden daha ağır veya başka bir netice gerçekleşmiş olabilir. Bu gibi durumlarda netice sebebiyle ağırlaşmış suç söz konusudur. Örneğin, basit yaralamada bulunulmak istenirken, kişi görme, işitme yeteneğini yitirmiş olabilir. Yaralama fiili gerçekleştir-

lirken, genellikle bunun sonucunda ağır bir neticenin meydana gelebileceği düşünülür. Örneğin gözün, kulağın üzerine sert bir biçimde vuran kişi, bu yumruk neticesinde mağdurun görme veya işitme yeteneğini yitirebileceği olasılığını göz önünde bulundurur. Ağır neticenin ortaya çıkacağı bu şekilde öngörüldüğü durumlarda, meydana gelen ağır netice açısından fail olası kastla hareket etmektedir.

Buna karşılık, yaralama fiili sonucunda kişinin öngörmediği ağır bir netice de meydana gelmiş olabilir. Örneğin canının biraz yanması için mağdurun karın boşluğuna hafif bir biçimde vurulması hâlinde mağdur inhibisyon sonucu ölebilir. Bu gibi durumlarda ise fail, yaralama fiilini işlerken, mağdurun öle-bileceğini tahmin etmemiş olabilir. 765 sayılı Türk Ceza Kanununda ve Hükümet Tasarısının bazı hükümlerinde, kişi gerçekleştirmeyi kastetmediği böyle neticelerden objektif olarak sorumlu tutulmaktadır.

Belirtmek gerekir ki, bu tür sorumluluk, ortaçağ kanonik hukukunun kalıntısı olan “*versari in re illicita*”, yani hukuka aykırı bir durumda olan bunun bütün neticelerine katlanır anlayışının ürünü olup, çağdaş ceza hukuku bu anlayışı çoktan terk etmiştir. Çünkü kusurun aranmadığı objektif sorumluluk hâlleri kusursuz ceza olmaz ilkesiyle açıkça çelişmektedir. Ülkemiz ceza hukuku öğretisinde uzun süredir objektif sorumluluk hâllerinin ceza mevzu-atından çıkarılması gerektiği ifade edilmektedir. Bu talebin yerine getirilmesi, Anayasada öngörülen kusur ilkesinin zorunlu bir sonucudur.

Madde metnindeki düzenlemeyle, meydana gelen ağır netice açısından kişinin sorumlu tutulabilmesi için, söz konusu neticeye ilişkin olarak en azından taksir dolayısıyla kusurlu bulunması gerekmektedir. Bu hükümlerle, meydana gelen kastedilenden başka ve ağır netice açısından sorumluluğun, kusura dayalı bir sorumluluk olması sağlanmak istenmiştir.

6545 sayılı Yasanın yeni düzenlemesinde, önceki maddenin beşinci fıkrasında yer alan, “suçun sonucunda mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması” hâlinde uygulanacak olan ağırlatıcı neden kaldırılmıştır.

Bu değişiklik hakkında yeni maddenin gerekçesinde şu düşüncelere yer verilmiştir: “Maddenin beşinci fıkrasında yer alan “suçun sonucunda mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması halinde, on yıldan az olmamak üzere hapis cezasına hükmolunacağı”na dair suçun neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış hali, bu suç mağdurlarının defalarca hastane veya Adli Tıp Kurumuna gitmelerine, buralarda müşahedeye tabi tutulmalarına ve maruz kaldıkları fiili tekrar tekrar yaşamalarına neden olmaktadır. Esasen, akademik çevrelerde bu suçlara maruz kalanların ruh sağlığının mutlaka bozulmuş olduğu kabul edilmekte ve ruh sağlığının bozulması kavramından neyin anlaşılması gerektiği hususunda da tam bir mutabakat bulunmamaktadır. Yapılan değişiklikle söz konusu artırım nedeninin kaldırılması, buna karşılık maddenin birinci ve ikinci fıkrasında düzenlenen cezaların artırılması öngörülmektedir. Bu düzenlemeyle, şüpheli, sanık veya hükümlüler bakımından lehe sonuç doğmaması amaçlanmaktadır.”

Bu değişikliği değerlendirmeden önce, kitabın önceki basısında yer verdiğim açıklamaları belirtmek uygun olur:

“Yasa koyucu, suç sonucu mağdurun sağlığının bozulmasını ağırlatıcı neden olarak öngörürken, gerek beden sağlığını gerek ruh sağlığını temel almıştır. Yargılama konusu bir olayda, bu sonuçların ortaya çıktığının tespitinde, bilirkişilik kurumu mahkemeye yardımcı olacaktır. Bu sonuçlar, yargıcın kişisel bilgisi ile ortaya koyacağı sonuçlar değildir.

Bu ağırlatıcı nedenin uygulanması açısından, bir noktaya dikkat çekmek uygun olur: Her cinsel saldırı suçunun mağdur üzerinde kötü, sağlığını bozacak etki yapacağında kuşku yoktur. Ancak, kanımca bu ağırlatıcı nedenin uygulanması için, beden ve ruh sağlığı bozukluklarının sürekli olması, suçla bu bozukluklar arasındaki illiyet bağının tespiti de şarttır. Örnek: İrzına geçilen mağdurun suçtan sonra paranoyak olması; kulaklarının sağır olması gibi.

Bu yorumun temeli, yasa koyucunun bu şık için öngördüğü cezanın ağırlığına dayandığını belirtmem uygun olur.”

Bu hüküm uygulanırken uygulama çok zorlandı; bunu kabul etmek gerekir. Ayrıca bazı mahkeme kararlarında yukarıdaki düşüncelere dayanılarak hükümler kurulması da sevindiriciydi.

Ancak yeni düzenlemede bu hükmün uygulanmasının zorluğuna dikkat çekilerek kaldırıldığı ifade edilerek, çözüm olarak cezaların ağırlaştırılmasının tercih edildiği açıklanmıştır.

Bu yaklaşım eleştiriye açıktır. Çağımızın ceza hukuku cezada bireyselleştirme temeline dayanır. Bunun anlamı şudur: Fail, fiili esas alınmak, onun doğurduğu sonuçlar göz önünde bulundurulmak suretiyle, “uygun olan ceza” ile cezalandırılacaktır. Temel amaç budur.

İnceleme konusu olan ve kaldırılan fıkra dikkate alındığında, belirtmem gerekir ki, bir ırza geçme olayının sonunda fail cezalandırılırken, onun filinin tüm sonuçları dikkate alınmak zorundadır. Şayet fiil sonucu mağdurun beden ve ruh sağlığında sürekli bozukluk oluşmuş ise, bu fail, bu sonucu içermeyen bir ırza geçme suçunu işleyen faile oranla daha ağır bir ceza ile cezalandırılmalıdır.

Yasa koyucunun bu konudaki tercihi bu olanağı ortadan kaldırmıştır.

YARGITAY UYGULAMASI :

Daire: 14 Tarih:2014 Esas No: 2013/10526 Karar No: 2014/366

Mağdurenin anlatımlarına, sanığın ikrarına ve tüm dosya içeriğine göre; olay tarihinde sanığın, mağdurenin bulunduğu eve girdikten sonra zorla yere yatırıp vuracakmış gibi yaparak korkuttuktan sonra, rızası hilafına cinsel ilişkiye girdiği ve sonrasında evden çıkarak olay yerinden ayrıldığı anlaşılınca, sanığın cinsel saldırı eylemlerini gerçekleştirdiği zaman zarfı dışında mağdureyi hürriyetinden yoksun kılma şeklinde bir eyleminin bulunmadığı gözetilmeden, atılı suçtan beraati yerine mahkûmiyetine karar verilmesi,Kanuna aykırı, O Yer Cum-

huriyet Savcısı ve sanık müdafinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görüldüğünden, hükmün 5320 sayılı Kanununun 8/1. maddesi gözetilerek CMUK.nın 321. maddesi uyarınca BOZULMASINA, 16.01.2014 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

CGK Tarih:2014 **Esas No:** 2013/14-384 **Karar No:** 2014/2

Sanık Hüseyin Gezer'in çocuğun cinsel istismarı suçundan 2009 yılı Ağustos ayında gerçekleştirilen eylem için 5237 sayılı TCKnun 103/1-a, 103/3, 103/4, 103/6, 31/3 ve 62. maddeleri uyarınca 8 yıl 10 ay 20 gün hapis, 2010 yılı Şubat ayında gerçekleştirilen eylem için ise aynı kanununun 103/1-a, 103/3, 103/6, 31/3 ve 62. maddeleri uyarınca 8 yıl 4 ay hapis cezası ile cezalandırılmasına ilişkin, Boyabat Ağır Ceza Mahkemesince verilen 07.09.2011 gün ve 49-50 sayılı hükmün sanık ve müdafii tarafından temyiz edilmesi üzerine dosyayı inceleyen Yargıtay 14. Ceza Dairesince 02.11.2012 gün ve 11741-10626 sayı ile;

“...Yerinde görülmeyen sair temyiz itirazlarının reddine, ancak;

Dosya kapsamına göre, sanığın kardeşi olan mağdureye yönelik olarak 2009 yılı Ağustos ayı ve 2010 yılı Şubat ayında gerçekleştirdiği cinsel istismar eylemlerini, aynı suç işleme kararı kapsamında değişik zamanlarda gerçekleştirdiği ve her iki eylem arasında hukuki kesinti bulunmadığının anlaşılması karşısında, sanığın eylemlerinin zincirleme biçimde tek suç oluşturduğu gözetilerek tek suçtan tayin edilen cezasının zincirleme suç hükümlerine göre arttırılması yerine, her iki eyleminin ayrı suç oluşturduğunun kabulü ile sanığın iki ayrı suçtan cezalandırılması” isabetsizliğinden bozulmasına karar verilmiştir.

Yerel mahkeme ise 27.02.2013 gün ve 10-16 sayı ile;

“...Yargıtay Ceza Genel Kurulunun konuya ilişkin 2.3.1987 gün ve 341-84 sayılı ve 20.3.1995 gün ve 48-68 sayılı kararlarında; Öğretideki görüşlere yer verdikten sonra, aynı suç işleme kararından, yasanın aynı hükmünü birçok kez ihlal etme hususunda önceden kurulan bir plana yönelik genel bir niyetin an-

laşılması gerektiği, bu bağlamda failin suçu işlemeden önce bir plan yapmasının veya bu suça niyet etmesinin ve fakat fiili bir defada yapmak yerine kısımlara bölmeyi ve o surette gerçekleştirilmeyi daha uygun görmesinin, hareketinin aynı nitelikteki ihlale yönelik öncekinin devamı olmasının ve tüm hareketleri, arasında subjektif bir bağlantı bulunmasının anlaşılması gerektiği kabul edilmiştir.

Aynı suç işleme kararının varlığı, olaysal olarak suçun işlenmesindeki özellikler, suçun işleniş biçimi, fiillerin işlendikleri yer ve işlenme zamanı, fiiller arasında geçen süre, mağdurların farklı olup olmadıkları, ihlal edilen değer ve yarar ile korunan değer ve yarar, olayların oluşum ve gelişimi ile tüm özellikleri değerlendirilerek belirlenecektir.

Yine yargısal kararlarda; suçların işlenme tarihleri arasında az veya çok bir zaman aralığı bulunması ya da suç mağdurlarının birden fazla olması halinde teselsülü reddetmenin adalet ve hakkaniyete uygun bulunmayacağı genel bir kabul görmekte ise de, eylemler arasında 2-3 ay gibi, uzun sayılabilecek ve makul kabul edilemeyecek bir zaman aralığının bulunması halinde, suç işleme kararında birlikten söz edilemeyeceği kabul edilmiş, (CGK'nun, 17.4.1995 gün ve 97-122 sayılı, 17.10.1988 gün ve 303-367 sayılı kararları) öğretide de, aradan geçen uzun sürenin aynı suç işleme kararının değil ortaya çıkan fırsatlardan yararlanma düşüncesinin sonucu olarak yorumlanması gerektiğine, iki ihlal arasında çok uzun bir zaman aralığı bulunmasının suç kararında birlik olmadığını karinesini teşkil edebileceğine değinilmiştir. (Önder- Erem - Danışman - Artuk) şeklinde konu açıklanmıştır" gerekçesiyle direnerek, sanığın ilk hükümdeki gibi, çocuğun cinsel istismarı suçundan iki kez cezalandırılmasına karar vermiştir.

Bu hüküm de sanık müdafii ve Cumhuriyet savcısı tarafından temyiz edilmesi üzerine Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının "bozma" istekli 07.05.2013 gün ve 135066 sayılı tebliğnamesi ile Yargıtay Birinci Başkanlığına gönderilen dosya, Ceza Genel Kurulunca değerlendirilmiş ve açıklanan gerekçelerle karara bağlanmıştır.

TÜRK MİLLETİ ADINA CEZA GENEL KURULU KARARI

İnceleme, sanık Hüseyin Gezer hakkında kurulan hükümlerle sınırlı olarak yapılmıştır.

Eylemlerin sübutu ve nitelendirilmesine ilişkin bir uyuşmazlık ve dosya kapsamı itibarıyla bu kabulde herhangi bir isabetsizlik bulunmayan somut olayda, Özel Daire ile yerel mahkeme arasında oluşan ve Ceza Genel Kurulunca çözümlenmesi gereken uyuşmazlık; katılana karşı 2009 yılı Ağustos ile 2010 yılı Şubat aylarında cinsel istismar suçunu işlemiş olan sanık hakkında 5237 sayılı TCK'nun 43. maddesinde düzenlenmiş olan zincirleme suç hükümlerinin uygulanma şartlarının bulunup bulunmadığının belirlenmesine ilişkindir.

İncelenen dosya kapsamından;

Sanığın, yatılı bölge ilköğretim okulunda 5. sınıf öğrencisi olan kız kardeşi katılana yönelik olarak ilk defa 2009 yılı Ağustos ayında cebir ve şiddet kullanmak suretiyle basit cinsel istismar suçunu işlediği, ikinci olarak da 2010 yılı ara tatilinde eve gelen katılana karşı Şubat ayında basit istismar suçunu işlediği, savcılık ve sorguda suçunu kabul eden sanığın, yargılama aşamasında suçlamayı kabul etmediği, yatılı bölge ilköğretim okulu öğrencisi olan katılanın ayda bir izinli olarak gelip, üç gün evde kaldığı, bunun dışındaki zamanlarda okulda yatılı olarak bulunduğu anlaşılmaktadır.

5237 sayılı TCK'na hakim olan ilke gerçek içtimadır. Bunun sonucu olarak, "kaç fiil varsa o kadar suç, kaç suç varsa o kadar ceza" söz konusu olacaktır. Nitekim bu husus Adalet Komisyonu raporunda da; "Ceza hukukunun temel kurallarından birisi, 'kaç fiil varsa o kadar suç, kaç suç varsa o kadar ceza vardır' şeklinde ifade edilmektedir. Bunun istisnaları, suçların içtimai bölümünde belirlenmiştir. Bu istisnalar dışında, işlenen her bir suçla ilgili olarak ayrı ayrı cezaya hükmedilecektir. Böylece verilen her bir ceza, bağımsızlığını koruyacaktır" şeklinde ifade edilmiştir. Bu kuralın istisnalarına ise, 5237 sayılı TCK'nun "suçların içtimai" bölümünde, 42 (bileşik suç), 43 (zincirleme suç) ve 44. (fikri içtima) maddelerinde yer verilmiştir.

Zincirleme suç, 765 sayılı TCKnun 80. maddesinde; “Bir suç işlemek kararının icrası cümlesinden olarak kanunun aynı hükmünün bir kaç defa ihlal edilmesi, muhtelif zamanlarda vaki olsa bile bir suç sayılır” şeklinde hüküm altına alınmışken, 5237 sayılı TCKnun 43. maddesinin birinci fıkrasının konumuza ilişkin ilk cümlesinde; “Bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda bir kişiye karşı aynı suçun birden fazla işlenmesi durumunda, bir cezaya hükmedilir” biçiminde düzenlenmiştir.

5237 sayılı TCKnun 43/1. maddesinde düzenlenen zincirleme suç hükümlerinin uygulanabilmesi için,

- a- Aynı suçun değişik zamanlarda birden fazla işlenmesi,
- b- İşlenen suçların mağdurlarının aynı kişi olması,

c- Bu suçların aynı suç işleme kararı altında işlenmesi gerekmektedir.

Uyuşmazlığa konu olayda, çocuğun cinsel istismarı suçunu oluşturduğu kabul edilen eylemlerin değişik zamanlarda gerçekleştirilmesi ve suçların mağdurunun aynı olması şartlarının mevcut olduğu konusunda bir tereddüt bulunmaması nedeniyle, zincirleme suç hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağına belirlenmesi açısından, (c) bendinde yer alan “suçların aynı suç işleme kararı altında işlenmesi”ne ilişkin şartın gerçekleşip gerçekleşmediği üzerinde durulmalıdır.

Aynı suç işleme kararı altında suç işlenmesi her biri ayrı ayrı suç teşkil eden fiilleri birbirine bağlayan ve olaya zincirleme suç özelliğini veren subjektif bir bağdır. Sanığın çıkan fırsatlardan yararlanmak suretiyle suç işlediği ya da suç işleme kararının yenilendiği durumlarda aynı suç işleme kararından söz edilemeyeceğinden, zincirleme suç hükümleri uygulanmayacaktır.

Zincirleme suçtan söz edebilmek için failin, başlangıçta genel bir niyet ve suç işleme kararı ile aynı suçu aynı mağdura karşı birden fazla kez işlemesi gerekmektedir. Buna göre “suç

işleme konusunda tek kararı” olmayıp, ikinci eylemde suç işleme kararı yenilenmiş ise her bir fiil bağımsız suç olarak kabul edilecek ve zincirleme suç söz konusu olmayacaktır. Sanığın iç dünyasına ilişkin olan bu gereklilik sübjektif bir şart olup, mahkemelerce denetime imkan sağlayacak şekilde tespit edilerek karara yansıtılması gerekecektir.

Ceza Genel Kurulunun konuya ilişkin 03.12.2013 gün ve 1475-577, 30.05.2006 gün ve 173-145, 08.07.2003 gün ve 189-207, 13.10.1998 gün ve 205-304, 20.03.1995 gün ve 48-68 ile 02.03.1987 gün ve 341-84 sayılı kararlarında “aynı suç işleme kararı” kavramından, kanunun aynı hükmünü birçok kez ihlal etme hususunda önceden kurulan bir plan, genel bir niyetin anlaşılması gerektiği, bu bağlamda failin suçu işlemeyen önce bir plan yapmasının veya bu suça niyet etmesinin, fakat fiili bir defada yapmak yerine, kısımlara bölmeyi ve o surette gerçekleştirmeyi daha uygun görmesinin, hareketinin önceki hareketinin devamı olmasının ve tüm hareketleri arasında sübjektif bir bağlantı bulunmasının anlaşılması gerektiği kabul edilmiş, ilk eylemle ikinci eylem arasında makul sayılamayacak uzunca bir sürenin geçmesinin, sanığın aynı suç işleme kararıyla değil, çıkan fırsatlardan yararlanmak suretiyle suçu işlediğini gösterdiği belirtilmiştir.

Öğretide ise aynı suç işleme kararının, kanunun aynı hükmünü müteaddit defa ihlal etmek hususunda önceden kurulan bir plan ve genel bir niyet anlamında bulunduğu (Sulhi Dönmezer-Sahir Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza hukuku, Beta Basım Yayım, 14. bası, İstanbul, 1997, s.528 vd), çok genel bir birliğin, genel bir saik birliği sonucuna götüreceği, saik birliğinin, kararda birliği meydana getiremeyeceği, suç saiki, niyeti, amacı ile kararın karıştırılmaması gerektiği, yine fırsat çıktığı zaman suç işlemek için verilen genel bir kararın, müteselsil suçun bu sübjektif şartını oluşturmayacağı (Türkan Yalçın Sancar, Mütesessil Suç, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1995, s.70 vd), failin çıkacak her fırsattan yararlanmak hususunda genel ve soyut bir kararının varlığının aynı suç işleme kararının kabulünü gerektirmeyeceği (Kayıhan İçel, Suçların İçtimaı, İstanbul, 1972, s. 136-137; Mahmut Koca-İlhan Üzülmez, Türk Ceza

Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınevi, 6. bası, Ankara, 2013, s. 490), kanunda kullanılan karar tabirinden anlaşılması gerekenin, failin daha baştan itibaren birden fazla suçu kısım kısım işlemeye yönelik tasavvuru olduğu, önceden bir plan yapmış, niyetini oluşturmuş, fakat bunu bir defada gerçekleştireceği yerde, kısımlara bölmeyi ve o suretle gerçekleştirmeyi daha uygun görmüş ve bu plana göre hareket etmiş olduğu için zincirleme suçun kabul edildiği (Hakan Hakeri, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011, s.507), zincirleme suç halinde failin somut fiile ve fiillerin bütününe yönelik olmak üzere iki iradesinden söz edilebileceği, zincirleme suç işlemeye yönelik iradenin, yani bir suç işleme kararının her bir suça ilişkin kasıttan önce geldiği (Hamide Zafer, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Beta Yayıncılık, 3. Bası, İstanbul, 2013, s. 475), zincirleme suçun sübjektif şartının bir suç işleme kararının icrası kapsamında işlenen suçlar arasında manevi bir bağ bulunması olduğu (İzzet Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınevi, 9. bası, Ankara, 2013, s. 553), suçların işleniş biçimindeki benzerlik, aynı türden fırsatları değerlendirme, suçla korunan hukuki değer, hareketin yöneldiği maddi konunun nitelik ve başkalıkları ve suçlar arasındaki zaman aralığı gibi dışa yansıyan veri ve davranışlardan yararlanılarak tespit edilecek olan bir suç işleme kararının kanunun aynı hükmünü ihlal etmek hususundaki failin genel planı olduğu (Mehmet Emin Artuk-Ahmet Gökçen-Caner Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, 7. Bası, Ankara, 2013, s. 645-646) görüşleri ileri sürülmüştür.

Suç kastından daha geniş bir anlamı içeren suç işleme kararı, suç kastından daha önce gelen genel bir karar ve niyeti ifade eder. Önce suç işleme kararı verilir ve bundan sonra bu genel kararın icrası farklı zamanlardaki suçlarla gerçekleştirilir. Kararın gerçekleştirilmesi için gerekli suçların herbirinde ayrı suç kastları, bir başka deyişle bir suç için gerekli olan maddi ve manevi unsurlar ayrı ayrı yer alır. Böylece suç işleme kararı denilen genel plan, niyet veya karar, zinciri oluşturan ve her biri birbirinden bağımsız olan suçları birbirine bağlayan ortak bir zemini oluşturur.

Suç işleme kararının yenilenip yenilenmediği, birden çok suçun aynı karara dayanıp dayanmadığı, aynı zamanda suçlar arasındaki süre ile de ilgilidir. İşlenen suçların arasında kısa zaman aralıklarının olması suç işleme kararında birlik olduğuna; uzun zaman aralıklarının olması ise suç işleme kararında birlik olmadığına karine teşkil edebilir. Yine de çeşitli suçlar arasında az veya çok uzun zaman aralığının var olması, bu suçların aynı suç işleme kararının etkisi altında işlendiğini ya da işlenmediğini her zaman göstermez. Diğer bir anlatımla, sürenin uzunluğu kararın yenilendiğini düşündürebileceği gibi, kısalığı da her zaman kararın yürürlükte olduğunu göstermeyebilir. Diğer taraftan, hukuki veya fiili kesintiler olduğunda farklı değerlendirmeler yapılacaktır. Ancak bu değerlendirme her olayda ayrı ayrı ve diğer şartlar da dikkate alınarak yapılmalıdır. Bu nedenle, başlangıçta belirli bir süre geçince suç işleme kararı yenilenmiş ya da değişmiş olur demek, soyut ve delillerden kopuk bir değerlendirme olacaktır. Failin iç dünyasını ilgilendiren bu kararın varlığının her olayın özelliğine göre suçun işleniş biçimi, suçun işlenmesindeki özellikler, fiillerin işlendikleri yer ve işlenme zamanı, fiiller arasında geçen süre, korunan değer ve yarar, hareketin yöneldiği maddi konunun niteliği, olayların oluşum ve gelişimi ile dış dünyaya yansıyan diğer tüm özellikler değerlendirilerek belirlenmesi gerekecektir.

Görüldüğü üzere, zincirleme suçun oluşumu için işlenen suçlar arasında ne kadar zaman geçmesi gerektiği konusunda genel ve mutlak bir kural koymak mümkün olmadığından, hangi süre içerisinde işlenirse işlensin, işlenen suç başlangıçtaki genel niyete veya suç işleme konusundaki tek karara dayanıyor ise zincirleme suç hükümleri uygulanacak, ancak işlenen suç failin yeni bir suç işleme kararına dayanıyorsa artık zincirleme suç söz konusu olmayacaktır.

Bu açıklamalar ışığında uyuşmazlık konusu değerlendirildiğinde;

Sanığın, yatılı bölge ilköğretim okulunda 5. sınıf öğrencisi olan ve ayda bir defa üç gün süreyle izinli olarak eve gelip kalan kız kardeşi katılana yönelik olarak ilk defa 2009 yılı

Ağustos ayında cebir ve şiddet kullanmak suretiyle basit cinsel istismar suçunu işlediği, ikinci olarak da 2010 yılı ara tatilinde Şubat ayında basit istismar suçunu işlediği sabit olan somut olayda, ilk eylemle ikinci eylem arasında geçen ve makul sayılamayacak olan yaklaşık 6 aylık uzunca bir süre, sanığın aynı suç işleme kararıyla değil, çıkan fırsatlardan yararlanmak suretiyle ikinci suçu işlediğini göstermektedir. Zira iki eylem arasında geçen 6 aylık sürede birden fazla kez eve gelerek kalan katılana karşı, sanığın herhangi bir eylem gerçekleştirmemiş olması, aynı suç işleme kararı altında hareket etmediği anlamına gelmektedir.

Bu itibarla, sanığın aynı suç işleme kararıyla eylemleri gerçekleştirmedini ve somut olayda zincirleme suç hükümlerinin uygulanma şartlarının bulunmadığını kabul eden yerel mahkeme direnme kararı isabetli olup, onanmasına karar verilmelidir.

Çoğunluk görüşüne katılmayan on üç Genel Kurul Üyesi; “sanığın aynı suç işleme kararı altında eylemlerini gerçekleştirdiği, dolayısıyla yerel mahkeme direnme kararının bozulması gerektiği” görüşüyle karşı oy kullanmışlardır.

SONUÇ :

Açıklanan nedenlerle;

1- Usul ve kanuna uygun bulunan Boyabat Ağır Ceza Mahkemesinin 27.02.2013 gün ve 10-16 sayılı direnme hükmünün ONANMASINA,

2-Dosyanın, mahalline gönderilmek üzere Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına TEVDİNE, 24.12.2013 günü yapılan birinci müzakerede yeterli çoğunluk sağlanamadığından, 14.01.2014 günü yapılan ikinci müzakerede oyçokluğuyla karar verildi.

Daire: 14 Tarih:2013 Esas No: 2012/13058 Karar No: 2013/8916

Olayın intikalinin katılanın işten çıkartılmasından yakla-

şık 3 ay sonra olması, katılanın beyanını doğrulayan tanıkların mevcut iş yerinden çıkartılanlar olması ve aynı zamanda sanık aleyhine benzer iddialarla açılan kamu davasının müştekileri olmaları, tanıklar venin iddia edilen eylemlere şahit olmadıklarını ifade etmeleri, tarafların çalıştıkları iş yerlerinin bölge müdürü olan sanığın atanmasından sonra ilgili kişilerin işine son verilmesi nedeniyle taraflar arasında husumetin bulunması karşısında sanığın isnat edilen eylemleri gerçekleştirdiğine dair şüphe olduğu, şüphe sanık lehine değerlendirilerek atılı suçtan beraati yerine yazılı şekilde mahkûmiyetine karar verilmesi,

Kanuna aykırı, sanık müdafinin ve katılan vekilinin temyiz itirazları bu bakımdan yerinde görüldüğünden, hükmün 5320 sayılı Kanununun 8/1. maddesi gözetilerek CMUK.nın 321. maddesi uyarınca BOZULMASINA, 10.09.2013 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

Daire: 14 Tarih:2012 Esas No: 2012/11328 Karar No: 2012/9412

Sanık hakkında nitelikli cinsel saldırı suçlarından kurulan hükümlerin incelenmesine gelince;

Tarikat lideri olduğunu iddia ederek dergah açan sanığın, mağdurları cinsel organını ağzına alarak ve erekte ettikten sonra çıkan meniye yutarak badelenmeleri, daha da mertebelerinin yükselmelerini istiyorlarsa, sır odası denilen kapalı mekanda kapıyı kilitledikten sonra mağdurelerle vajinal, mağdurlarla anal yoldan ilişkiye girmelerini ve kendisine bu şekilde tabi olmalarını, bunun Allah'a yaklaşmak amacıyla yapılmasının gerekli olduğunu anlatarak ve içeriğinin ne olduğu anlaşılabilen bir sudan mağdurların rızaları ile içmemeleri halinde zorla ağızlarından akıtarak içmelerini sağlayarak, mağdurların bir kısmının nişanlı ya da eşlerini badelenme tabir edilen eylem ve cinsel ilişki için dergaha getirecek kadar sanığa inanıp aldanmaları gözetildiğinde, sanığın dini duyguları istismar ederek mağdurların iradelerini fesada uğratıp, hile kullanmak

suretiyle elde etmiş olması sebebiyle itibar edilemeyecek olan irade açıklamaları niteliğindeki ifsad edilmiş rızaları ile gerçekleştirdiği oral, vajinal ve anal yollardan cinsel ilişkiye girme eylemlerinin, mağdurlar Murat, Metin, Çetin, A.Rıza, Ümüt, Mustafa, İsmail, Ahmet, İlyas, Mesut ve A.Can ile mağdureler Aysun, Emine, Gamze ve Birgül'e yönelen birden fazla nitelikli cinsel saldırı eylemleri nedeniyle TCK'nun 102/2 ve 43. maddeleri, mağdurlar Yılmaz ve Ercan ile mağdureler Ayşe ve Nigar'a yönelik birer defa gerçekleşen eylemleri nedeniyle TCK'nun 102/2. maddesi uyarınca ayrı ayrı cezalandırılması gerekirken, mağdurların cinsel ilişkiye rızalarının geçerli olduğu biçimindeki yerinde olmayan gerekçeyle beraat kararları verilmesi,

Kanuna aykırı, sanık müdafii ve o yer Cumhuriyet Savcılarının temyiz itirazları bu itibarla yerinde görüldüğünden, hükümlerin 5320 sayılı Kanun'un 8/1. maddesi gözetilerek CMUK'nun 321. maddesi gereğince (BOZULMASINA), 03.10.2012 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

Daire: 5 **Tarih:**2010 **Esas No:** 2010/3186 **Karar No:** 2010/5869

Aynı zaman ve mekanda birbirlerini takiben nitelikli cinsel saldırı eylemlerini gerçekleştirirken mağduru birlikte darp etmek suretiyle direncini kırıp birbirlerine yardımcı olan sanıklardan her birinin bizzat gerçekleştirdiği eylemle birlikte diğer sanığın eylemine TCK.nun 37. maddesi kapsamında fail olarak katılmış olmasından dolayı haklarında bu suçun nitelikli hali olan 102/3-(d) maddesi ile birlikte aynı Yasanın 43. maddesinin de uygulanması gerektiğinin gözetilmemesi karşı temyiz bulunmadığından bozma nedeni yapılmamıştır.

Delillerle iddia ve savunmalar duruşma gözönünde tutularak tahlil ve takdir edilmiş sübutu kabul olunan fiilin unsurlarına uygun şekilde tavsif ve tatbikatı yapılmış bulunduğu sanıklar müdafilerin yerinde görülmeyen temyiz itirazlarının reddiyle hükümlerin ONANMASINA, 01.07.2010 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

Daire:1 **Tarih:**2010 **Esas No:** 2010/2194 **Karar No:** 2010/7114

Sanığın cinsel saldırı suçunu silahla işlemesi nedeniyle 5237 sayılı TCK.nun 102/3.maddesi uyarınca yarı oranında artırılması gerektiğinin gözetilmemesi, aleyhe temyiz bulunmadığından bozma nedeni yapılmamıştır.

Daire:5 **Tarih:**2009 **Esas No:** 2009/4922 **Karar No:** 2009/7337

Cinsel davranışla müştekiyi kolundan tutan sanığın basit cinsel saldırı eylemi tamamlandığı halde, bu suça teşebbüsten hüküm kurulması karşı temyiz olmadığından bozma nedeni yapılmamıştır... ONANMASINA..

Daire:5 **Tarih:**2009 **Esas No:** 2009/2540 **Karar No:** 2009/4415

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan kurulan hükme yönelik temyiz itirazlarının incelenmesinde;

Sanıklar hakkında müşterek failliğin özel iştirak şekli olan TCKnın 109/3-b maddesi uygulandığı halde, ayrıca genel nitelikteki 37/1. maddesine yollama yapılması sonuca etkili görülmediğinden bozma nedeni yapılmamıştır.

Nitelikli cinsel saldırı suçundan kurulan hükümlere yönelik temyiz itirazlarına gelince;

Yapılan yargılamaya, toplanıp karar yerinde gösterilen delillere, mahkemenin soruşturma sonuçlarına uygun olarak oluşan kanaat ve takdirine, incelenen dosya içeriğine göre sair temyiz itirazlarının reddine,

Ancak;

Aynı zaman ve mekanda birbirlerini takiben nitelikli cinsel saldırı eylemlerini gerçekleştirirken mağdurenin kollarından tutmak suretiyle direncini kırıp, birbirlerine yardımcı olan sanıklardan her birinin, bizzat gerçekleştirdiği eylemle birlikte, diğer sanığın eylemine TCKnın 37. maddesi kapsamında fail olarak katılmış olmasından dolayı haklarında bu suçun nitelikli hali olan 102/3-d maddesi ile birlikte aynı Yasanın 43/1. maddesinin de uygulanması gerektiğinin gözetilmemesi,

Kanuna aykırı, katılan, katılan vekili, sanık Cemil ve sanıklar müda-filerinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görül-müş olduğundan, hükmün 5320 sayılı Yasanın 8/1. maddesi de gözetilerek CMUK'nın 321 ve 326. maddesi uyarınca (BO-ZULMASINA), 08.04.2009 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

“Özet :

Cinsel istismar suçlarında, mağdurun ruh sağlığının bozulması, bağımsız ve müstakil ceza belirlenmesini gerektiren bir suç tipini oluşturmayıp, suçun temel şekline nazaran cezanın daha ağır belirlenmesini gerektiren bir artırım nedenini oluşturmaktadır. Zincirleme suç hükümlerinin uygulanacağı hallerde, TCY'nin 43. maddesi uyarınca artırım, diğer artırım nedenleri uygulanarak bulunan ceza üzerinden yapılmalı ve artırım miktarı, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç nedeniyle TCY'nin 103/6. maddesi uyarınca yapılacak artırım ile bulunan ceza miktarına eklenerek sonuç ceza belirlenmelidir.

“İçtihat Metni”

Sanık Sinan'ın, vücuda organ sokmak suretiyle cinsel istismar suçundan 5237 sayılı TCY'nin 103/2-6, 43/1, 62. maddeleri uyarınca 15 yıl 7 ay 15 gün hapis cezasıyla cezalandırılmasına, hakkında 53. maddenin uygulanmasına; özgürlüğü sınırlama suçundan 5237 sayılı TCY'nin 109/1, 109/3-f, 109/5, 43/1, 62. maddeleri uyarınca 3 yıl 1 ay 15 gün hapis cezasıyla cezalandırılmasına, hakkında 53. maddenin uygulanmasına ilişkin (Bolvadin Ağır Ceza Mahkemesi önce 02.08.2006 gün ve 110-140 sayı ile cinsel istismar suçundan verilen kararın kendiliğinden temyize tabi olması ve sanık müdafii tarafından da temyiz edilmesi üzerine, dosyayı inceleyen Yargıtay Beşinci Ceza Dairesi'nce 10.04.2007 gün ve 13262-2760 sayı ile özgürlüğü sınırlama suçundan kurulan hükmün onanmasına, cinsel istismar suçu yönünden yapılan incelemede ise;

“Sanığın, mağdurun kaçmasına engel olup, yere yatırması ve eliyle ağzını kapatarak vücuduna organ sokmak suretiyle cinsel istismarda bulunması, 9 yaşındaki mağdura karşı cebir oluşturduğu halde sanık hakkında TCK'nın 103/4. maddesinin uygulanmaması,

Sanığın zincirleme biçimde kasten işlediği cinsel istismar suçlarının neticesi sonucu gerçekleşen ve sorumluluğu için en az taksir derecesinde bir kusurunun bulunması gereken TCK'nın 103. maddesinin 6. fıkrasındaki suçun ağırlaşmış halinin teselsül edemeyeceği zincirleme biçiminde gerçekleşen eylemlerin 103/6. maddeden önceki fıkralardaki hallerin oluşumunda 43. maddesi uyarınca yapılacak arttırmanın 103/6. madde ile tayin edilen ceza üzerinden değil, bu maddenin tatbikinden önce bulunan ceza miktarı üzerinden yapılması ve 103/6. maddesiyle belirlenen cezaya eklenmesi gerektiği gözetilmeyerek fazla ceza tayini" isabetsizliğinden hükmün bozulmasına karar verilmiştir.

Yargıtay C.Başsavcılığı ise 05.06.2007 gün ve 270416 sayı ve özetle;

5237 sayılı TCK'nın 103. maddesinin 6. fıkrasında ceza, alt sınırı gösterilmek suretiyle suçun temel şekil imiş gibi belirlenmiş olup, bu durumda, 61. maddenin dördüncü fıkrasında kabul edilen yöntemin izlenmesine gerek olmadığı, suçun temel şekline ilişkin unsurlarla nitelikli şekline ilişkin unsurların birlikte değerlendirilerek temel cezanın bu fıkra gereğince belirlenmesi gerektiği anlaşılmaktadır. Yüksek Yargıtay Beşinci Ceza Dairesinin 16.04.2007 gün ve 2007/136 esas, 2007/2915 karar sayılı Hamı da bu görüşü doğrulamaktadır.

Teselsüle (zincirleme suç) ilişkin uyumsuzluk konusuna gelince;

Mahkeme 103/6. maddeye teselsülü uygulayarak, Daire ise 103/6. maddesine teselsülün mümkün olmayıp, temel ceza üzerine teselsülün uygulanmasını ve burada tespit edilecek ceza miktarının 103/6. maddesine eklenmesi gerektiğini kabul etmiş ise de, öncelikle yukarıda belirtildiği gibi cinsel istismar sonucunda beden veya ruh sağlığında bozulma olması halinde ceza, 61. maddenin dördüncü fıkrasında belirlenen yöntemin izlenmesine gerek olmaksızın, suçun temel şekline ilişkin unsurlarla nitelikli şekline ilişkin unsurlar birlikte değerlendirilerek belirlenmelidir. Bu maddenin düzenlenmesindeki amaç,

kanun gerekçesinde de belirtildiği gibi suç faillerinin daha fazla ceza almasını sağlamaktır. Cezanın bu şekilde belirlenmesi sırasında ceza alt haddinin 15 yıl olarak gösterilmiş olması ve üst haddin gösterilmemesi nedeniyle de cezanın TCK'nın 49. maddesi gereğince 20 yıl olacağı, ancak suçun temel şekli, teselsül ve ağırlaştırıcı nedenlerin birlikte olaya uygulanması sonucunda 20 yılın üzerinde bir cezaya hükmetmenin de mümkün olduğu, bu durumda artık neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçun nazara alınamayacağı izahtan varestedir. Yüksek Ceza Genel Kurulu'nun 30.05.2006 tarih ve 2006/5-147 esas 2006/149 karar sayılı Hamı ile Yüksek Yargıtay Beşinci Ceza Dairesi'nin 13.04.2006 gün ve 2006/3419 esas, 2006/3124 karar sayılı ilamı da bu görüşümüzü doğrulamaktadır.

Ayrıca, 103/6. maddenin neticesi sebebiyle ağırlaşmış hal olması ve Adli Tıp Kurumu'nun yerleşmiş uygulamalarına göre ruh sağlığında meydana gelen kalıcı bozulmaların 103/6. maddesi kapsamında değerlendirilmesi karşısında bu hale teselsül uygulanması mümkün değildir.

Bu nedenle hükmün, 5237 sayılı Kanun'un 103/6. maddesi gereğince temel cezanın teselsül ve diğer artırım nedenleri de dikkate alınarak tespiti ve bunun üzerinden 62. maddenin uygulanması gerektiği nedenine dayanılarak bozulması gerekir^ görüşüyle itiraz yasa yoluna başvurarak. Öze! Daire'nin sanık hakkında cinsel istismar suçundan yerel mahkeme hükmünün bozulmasına ilişkin kararının kaldırılmasına ve yerel mahkeme hükmünün itirazda açıklanan nedenlerle bozulmasına karar verilmesini talep etmiştir.

Dosya Yargıtay Birinci Başkanlığı'na gönderilmekle, Ceza Genel Kurulu'nca okundu, gereği konuşulup düşünüldü.

Sanığın cinsel istismar suçundan 5237 sayılı TCY'nin 103/2-6, 43/1, 62. maddeleri uyarınca 15 yıl 7 ay 15 gün hapis cezasıyla cezalandırılmasına, hakkında 53. maddenin uygulanmasına ilişkin karar verilen olayda, sanığın birden fazla kez vücuda organ sokmak suretiyle cinsel istismar eyleminin sabit olduğu ve eylemin cebir kullanılarak gerçekleştirildiği husus-

larında bir uyumsuzluk bulunmamaktadır. Özel Daire ile Yargıtay C.Başsavcılığı arasındaki hukuki uyumsuzluk, mağdurun ruh sağlığının bozulması nedeniyle 5237 sayılı TCY'nin 103/6. maddesinin uygulanması gereken hallerde cezanın ne şekilde hesaplanacağına, buna bağlı olarak da zincirleme suç koşullarının varlığı halinde yapılacak ceza uygulamasının belirlenmesi noktalarında toplanmaktadır.

Uyumsuzluk konusuna uygulanacak yasa kuralları incelendiğinde;

5237 sayılı TCY'nin "Çocukların Cinsel İstismarı" başlığını taşıyan 103. maddesi;

"(1) Çocuğu cinsel yönden istismar eden kişi, üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. 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.

(2)Cinsel istismarın vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi durumunda, sekiz yıldan onbeş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

(3) (Değişik: 29.06.2005-5377/12 md.) Cinsel istismarın üstsoy, ikinci veya üçüncü derecede kan hışmı, üvey baba, evlat edinen, vasi, eğitici, öğretici, bakıcı, sağlık hizmeti veren veya koruma ve gözetim yükümlülüğü bulunan diğer kişiler tarafından ya da hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle veya birden fazla kişi tarafından birlikte gerçekleştirilmesi halinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza yarı oranında artırılır.

(4) Cinsel istismarın, birinci fıkranın (a) bendindeki çocuklara karşı cebir veya tehdit kullanmak suretiyle gerçekleştirilmesi halinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza yarısında artırılır.

(5) Cinsel istismar için başvuru olan cebir ve şiddetin kasten yaralama suçunun ağır neticelerine neden olması halinde, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır.

(6) Suçun sonucunda mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması halinde, onbeş yıldan az olmamak üzere hapis cezasına hükmolunur.

(7) Suçun mağdurun bitkisel hayata girmesine veya ölümüne neden olması durumunda, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükmolunur.” hükmünü taşımaktadır.

Görüldüğü gibi, maddenin ilk fıkrasında suçun temel şekli, iki, üç, dört ve beşinci fıkralarında suçun nitelikli halleri ve altıncı ve yedinci fıkralarında ise netice sebebiyle ağırlaştırılmış halleri düzenlenmiştir.

Somut olayda, eylemin vücuda organ sokulmak suretiyle gerçekleştirilmiş olması ve eylem neticesinde mağdurun ruh sağlığının bozulmuş olması nedenleriyle, cinsel istismar suçunun hem nitelikli halinin hem de neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış halinin birarada gerçekleştiği görülmektedir. Neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suç kavramı incelendiğinde; bu kavram, 765 sayılı TCY’den farklı olarak, 5237 sayılı TCY sisteminde objektif sorumluluk esasının terk edilmesi sonucunda ceza hukukumuzda girmiştir. Failin gerçekleştirdiği eylemde, kastettiği neticeden daha ağır veya başka bir neticenin meydana gelmesi halinde, 5237 sayılı TCY’nin 23. maddesi uyarınca, meydana gelen bu neticeden sorumlu tutulabilmesi için, netice bakımından en azından taksirle hareket etmiş olması gerekmektedir.

Öğretide, neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçun, gerçek neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suç ve görünüşte ya da gerçek olmayan neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suç olarak iki farklı şeklinin bulunduğu kabul edilmektedir. Gerçek neticesi sebebiyle ağır-

laşmış suçlarda, failin hareketi sonucunda kastettiğinden daha ağır bir netice ortaya çıkmakta olup, gerçekleşen aşırı netice dolayısıyla bağımsız bir suç tipi ortaya çıkmaktadır. Örneğin, yaralama suçunda mağdurun ölmesi, gerçek neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç halidir. Görünüşte neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda ise, failin hareketi sonucunda suçun oluşması için aranan neticeden başka, niteliği de farklı olan daha ağır bir netice ortaya çıkmakta olup, gerçekleşen aşırı netice dolayısıyla temel suç niteliği aynı kalmakla beraber yalnızca ceza ağırlaştırılmaktadır. Örneğin, cinsel istismar suçunda mağdurun ruh veya beden sağlığının bozulması, görünüşte neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç halidir. (Prof. Dr. Nur CENTEL, Doç. Dr. Hamide ZAFER, Yrd. Doç. Dr. Özlem ÇAKMUT; Türk Ceza Hukukuna Giriş, 3. Bası, sh. 415 vd.; Prof. Dr. Mehmet Emin ARTUK, Doç. Dr. Ahmet GÖKÇEN, Yrd. Doç. Dr. A.Caner YENİDÜNYA; Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2. Bası, sh. 611 vd.)

Bu açıklamalar ışığında cezanın ne şekilde hesaplanacağı sorununa gelince;

Cinsel istismar suçlarında, görünüşte neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç halinin söz konusu olduğu ve gerek uygulamada gerekse öğretilerde kabul edildiği üzere ortada bağımsız bir suç bulunmayıp, meydana gelen ağır neticeden dolayı cezanın ağırlaştırıldığı kabul edilmektedir. Mağdurun ruh sağlığının bozulması halinde, bağımsız ve müstakil ceza belirlenmesini gerektiren bir suç hali bulunmayıp, suçun temel şekline nazaran cezanın daha ağır belirlenmesini gerektiren bir artırım nedeni söz konusudur. Cezanın hesaplanmasında bu hal diğer artırım nedeniyle birlikte gözetilecektir.

Zincirleme suç halinin varlığı halinde, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç bakımından uygulamanın ne şekilde yapılacağı sorununa gelince;

Mağdurun ruh veya beden sağlığının bozulmasının artırım nedeni olabilmesi için, kalıcı bir hasarın varlığı gerekmektedir. Kalıcı hasarın varlığı ise, doktor raporu ile belirlenecektir. Mağdurda oluşan bu kalıcı hasar ise, ancak bir kez oluşacaktır.

Örneğin mağdurun ruh sağlığının kalıcı şekilde bozulması bir kez meydana gelir, gerçekleşen her eylemde ruh sağlığının yeniden bozulması söz konusu değildir. Bu nedenle, suçun temel şeklinin zincirleme şekilde gerçekleştirildiği hallerde, mağdurun ruh sağlığının bozulması halinde, bu bozulmanın bir kez gerçekleştiği nazara alınarak, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç haline zincirleme suç hükümlerinin uygulanmasına olanak bulunmamaktadır. Aksi halde sanık hakkında fazla ceza tayin edilmesi söz konusu olur.

O halde ceza uygulaması yapılırken, zincirleme suç hükümlerinin uygulanacağı hallerde, TCY'nin 43. maddesi uyarınca artırım, diğer artırım nedenleri uygulanarak bulunan ceza üzerinden yapılacak ve artırım miktarı, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç nedeniyle TCY'nin 103/6. maddesi uyarınca yapılacak artırımla bulunan ceza miktarı üzerine eklenerek sonuç ceza miktarı belirlenecektir.

Ceza Genel Kurulu'nca ulaşılan sonuç;

Somut olayda sanığın, aynı suç işleme kararı ile hareket ederek, mağdurun birden fazla kez vücuduna organ sokmak suretiyle ve ruh sağlığının bozulmasına yol açacak şekilde istismar eylemi nedeniyle uygulanacak yaptırım lehe uygulama önerileri esas alınarak şu şekilde saptanacaktır:

Vücuda organ sokmak suretiyle cinsel istismar eylemi nedeniyle 5237 sayılı TCY'nin 103/2. maddesi uyarınca 8 yıl hapis cezasıyla cezalandırılmasına,

Eylemin cebir kullanılarak gerçekleştirilmesi nedeniyle TCY'nin 103/4. maddesi uyarınca cezası 1/2 oranında artırılarak 12 yıl hapis cezasıyla cezalandırılmasına,

Mağdurun ruh sağlığının bozulmuş olması nedeniyle TCY'nin 103/6. maddesi uyarınca 15 yıldan aşağıya ceza tayin edilemeyeceğinden 15 yıl hapis cezasıyla cezalandırılmasına,

İstismar eyleminin zincirleme şekilde gerçekleştirilmesi nedeniyle TCY'nin 43. maddesi uyarınca cezası 1/4 oranın-

da artırılarak ve bu artırım 103/4. maddesiyle belirlenen ceza miktarı olan 12 yıl hapis üzerinden yapılmak suretiyle bulunan 3 yıl sonucunun, 103/6. madde ile belirlenen ceza miktarı üzerine eklenmesi sonucunda 18 yıl hapis cezasıyla cezalandırılmasına,

Takdiren indirim nedeni uygulanmak suretiyle TCY'nin 62. maddesi uyarınca 1/6 oranında indirim yapılarak, sonuçta sanığın 15 yıl hapis cezasıyla cezalandırılmasına karar verilmiştir.

Yerel mahkemece suçun zincirleme şekilde işlenmesi nedeniyle cezanın artırılmasında TCY'nin 43. maddesindeki artırım oranının, 103/6. maddenin uygulanması suretiyle bulunan ceza miktarı üzerinden uygulanması ve sanık hakkında fazla ceza tayin edilmesi yasaya aykırı olup, Özel Daire'ce hükmün bu nedenle bozulmasına karar verilmesinde bir isabetsizlik bulunmamaktadır.

Bu itibarla. Özel Daire bozma kararı usul ve yasaya uygun bulunduğundan Yargıtay C.Başsavcılığı itirazının reddine karar verilmelidir.

Sonuç: Açıklanan nedenlerle;

- 1- Yargıtay C.Başsavcılığı itirazının REDDİNE/
- 2- Dosyanın mahalline gönderilmek üzere Yargıtay C. Başsavcılığı'na

tevdiine, 20.11.2007 günü oybirliğiyle karar verildi. "(CGK, 20.10. 2007, 5-142/240) (www.adalet.org)

"**5237 sayılı TCK'nın** 102/1 inci maddesinde düzenlenen cinsel saldırı suçunun basit hali şikayete tabi ise de, aynı maddenin 102/3-d maddesinde düzenlenen nitalikli hali şikayete bağlı bulunmadığından, anılan suç şikayete bağlı olmaması nedeniyle, 19.12.2006 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 5560 sayılı Yasa hükümlerinden önce de uzlaşma kapsamında yer almamaktadır. "(Yar. CGK, 20.11.2007, 6-250/239) (YKD, 9/2008)

“**Irza geçme eyleminde**, teşebbüs hükümlerinin uygulanabilmesi için, sanığın irza geçme kastıyla icra hareketlerine başlaması, ancak harici ve ciddi bir engel nedeniyle fiilin tamamlanamaması gerekir. Dıştan bir engelin bulunmaması halinde, TCK’nın 61/son maddesi(yeni TCK, md. 36) gereği tamamlanan eylem, ırz ve namusa tasaddi suçunu oluşturur.” (Yar. 5CD, 18.10.2004, 6770/6740) (YKD, 3/2005)

Bafra Ağır Ceza Mahkemesinin Kararı:

“**Bafra Cumhuriyet Başsavcılığı’na** ait 13.09.2006 tarih ve 2006/93 Sayılı İddianame ile; Şikayetçilerden Y.D. ile sanık A.B.’nin akraba ve aynı köyde komşu oldukları, şikayetçi Y.D.’nin çalışmak üzere Ç. iline gittiği, Y.D.’nin eşi şikayetçi N.’nin ise evlerinde 10 yaşından küçük çocukları ile birlikte kaldığı, olay tarihinde gece saatlerinde sanık A.B.’nin kırık olan pencere camından elini uzatarak pencereyi açtığı, evin içerisine girdiği, konutun salon kısmında bulunan şikayetçiye cinsel ilişki teklifinde bulunduğu, şikayetçi N.’nin bu teklifi kabul etmediği ve sanığı evden kovduğu, buna rağmen evden gitmeyen sanık A.B.’nin şikayetçi N.’ye saldırdığı, eliyle N.’nin ağzını kapattığı ve N. ile zorla cinsel ilişkiye girdiği, bu olaydan 3-4 gün sonra benzer şekilde yine gece saatlerinde sanık A.B.’nin iki kere daha N.’nin evine girerek şikayetçi N.’nin ırzına zorla geçtiği, şikayetçi Y.D.’nin Ç. ilinden dönmesi üzerine, N.’nin durumu eşine anlattığı ve olayın ortaya çıktığı, N.’nin cinsel saldırı suçuna karşı beden ve ruh sağlığı bakımından kendisini savunabilecek durumda olduğu, ayrıca suç tarihinden sonra beden ve ruh sağlığında bir bozulmanın meydana gelmediği iddia edilerek, sanık A.B.’nin şikayetçi N.’ye yönelik cinsel saldırıda bulunmak suçundan dolayı 5237 Sayılı TCK nun 102/2 ve 43/1 maddeleri gereğince, Sanık A.B.’nin şikayetçilere yönelik geceleyin konut dokunulmazlığını bozmak suçundan dolayı ise 5237 Sayılı TCK nun 116/4 ve 43/1 maddeleri gereğince cezalandırılmasına karar verilmesi talep edilmiştir.

Sanık A.B.’nin soruşturma aşamasında kolluk tarafından alınan ilk savunmasında; Üzerine atılan suçlamaları kabul etmediğini, şikayetçilerin evine gece gitmediğini ve N.’ye cin-

sel saldırıda bulunmadığını belirtmiş olmasına rağmen Sanık A.B. soruşturma aşamasında Cumhuriyet Savcısı huzurunda, tutuklanma talebi ile sevk edildiği Sulh Ceza Hakimi önünde ve Kovuşturma aşamasında Mahkememiz huzurundaki anlatımlarında; Üzerine yüklenen şikayetçi N.D.'ye yönelik zorla cinsel saldırı suçunu kabul etmediğini, ancak Y.D.'ye yönelik geceleyin konut dokunulmazlığını ihlal suçunu kabul ettiğini, şikayetçi N.'nin eşi olan Y.D. ile akraba olduklarını, Y.D.'nin ve kendi evinin aynı bahçe içerisinde bulunduğunu, Y.D.'nin fakir ve gariban bir kişi olduğunu, bu nedenle Yaman'a sık sık para ve harçlık verdiğini, bu yılın Haziran ayı başlarında Y.'ye Ç. ili K. ilçesinde limanda iş bulduğunu, Y.'yi S.'a kadar kendisinin götürdüğünü, burada Y.'ye 500,00 YTL para verdiğini ve S.'dan Y.'yi K. Beldesine gönderdiğini, Y.'nin Ç. iline gitmesinden önce N.'nin kendisinin etrafında dolaştığını, bahçede çalıştığı sıralarda, sabah erken saatlerinde N.'nin ben bakkala gidiyorum, sigara alacağım, çay alacağım gibi sözler söyleyerek kendisinin yanından geçmekte olduğunu, N.'nin Yaman'ın Ç.'ye gitmesinden sonra da bu şekildeki hareketlerine devam ettiğini, kendisinden evindeki ocak, fırın gibi eşyaların bozulduğunu belirterek yardım istediğini, yanına eşi S.'yi ya da çocuklarının birini alarak N.'nin evine gidip eşyaları tamir ettiğini, hatta bu sıralarda eşi S.'nin kendisine N.'nin evine fazla gidip gelmemesini, N.'nin kocasının olmadığını, laf söz olur diye ikazda bulunduğunu, Y.'nin Ç.'ye gitmesinden yaklaşık 2 hafta kadar sonra, Haziran ayının son günlerinde olay tarihinde N.'nin kendisine çocukların erken uyduğunu, gece 22:00 den sonra oturup çay içtiğini söylediğini, o gün ayrıca N.'nin kendisinden evdeki lambanın bozuk olduğunu söyleyerek yardım istediğini, bu yardım isteği üzerine gece saat 22:00 den sonra N.'nin evine gittiğini (soruşturma aşamasında Cumhuriyet Savcısı huzurunda ve Sulh Ceza Hakimi huzurunda sanık A.B. Mahkememiz huzurundaki beyanından farklı olarak, N.D.'nin evine bozulan lambanın tamiri için gittiğinden bahsetmemiş olup, o gün sabah saatlerinde N.'nin kendisinin yanına geldiğini ve N.'nin kendisini sevdiğini ilişkiye girmek istediğini söylediğini, çocuklarının gece saat 22:00 de uyduğunu,

o saatten sonra eve gelmesini kendisinden istediğini, erkek kişi olduğundan dolayı bu teklife hayır diyemediğini ve geceleyin eve bu şekilde gittiğini), tıklaması üzerine kapıyı N.'nin açtığını ve içeriye girdiğini, içeriye girdikten sonra evdeki seyyar olan lambayı tamir ettiğini, o saatte N.'nin kendisine çay içme teklifinde bulunduğunu, çay içtikleri sırada tahrik olduğunu, N.'nin de isteği ile N. ile birlikte yatak odasına gittiklerini, yatak odasında çocukları yerde uyurken gördüğünü, ancak uyuyan çocukların kendilerini görmediğini, yatağa N.'nin kendi rızasıyla girdiğini, N.'nin kendi rızasıyla üzerini soyduğunu ve N. ile rızasıyla burada ilişkiye girdiğini, bugünden sonra birkaç gün arayla yine N.'nin daveti üzerine N.'nin evine gittiğini ve böylece toplam N. ile üç kez cinsel ilişkiye girdiğini, daha sonra N. ile aralarındaki ilişkiyi evli olduğundan dolayı yuvasının yıkılmasının korktuğundan ötürü bitirdiğini belirtmiştir. Ayrıca sanık A.B, N.'nin kendisi ile ilişkiye girmesini Y. ve N.'nin birlikte planladığını tahmin ettiğini belirtmiştir.

Şikayetçi N.D. aşamalardaki anlatımlarında; Y.D. ile evli olduklarını, eşinin akrabası olan A.B.'nin evi ile kendi evlerinin aynı bahçede bulunduğunu, olay tarihinde eşi Y.'nin çalışmaya Ç. iline gittiğini, eşi Ç.'ye gittikten sonra A.B.'nin birkaç kez yardım amacıyla kendi evlerine geldiğini, eşi Y.'nin Ç.'ye gitmesinden 3-5 gün sonra 2006 yılının Temmuz ayının başlarında gece saat 22;00 yi geçtikten sonra, 9 , 5 ve 3 yaşlarında bulunan çocuklarının diğer oda da uyudukları esnada, evinin salon bölümünde bulunduğu sırada, evin mutfak kısmının camının tıkrıdığını duyduğunu, mutfığa doğru gittiğinde, daha önce oğlu A. tarafından küçük bir kısmı kırılan mutfak camının kırık kısmından A.B.'nin elini sokup camı açtığını ve içeriye girdiğini gördüğünü, A.B.'ye evden çıkmasını söylediğini, buna rağmen A.B.'nin kendisine cinsel ilişkiye girme teklifi ettiğini, A.B.'nin teklifini kabul etmediğini ve A.B.'yi evden kovduğunu, buna rağmen A.B.'nin kendisinin üzerine geldiğini, eliyle ağzını kapattığını ve kendisini çekyatın üzerine yatırdığını, diğer eliyle üzerindeki eteği yukarıya doğru topladığını ve A.B.'nin burada kendisinin ırzına geçtiğini, A.B.'ye karşı koymaya çalıştığını, A.B.'yi iteklediğini, ancak gücünün

yetmediğini, evde bulunan üç çocuğunun kendisini tecavüze uğrarken görmelerinden çekindiğinden dolayı bağırmadığını, tecavüzdən sonra A.B.'nin evden çıkıp gittiğini, bu olaydan üç dört gün arayla A.B.'nin yine aynı şekilde iki kez daha evine zorla girerek kendisine zorla tecavüz ettiğini, eşinin ve çevresinin tepkisinden korktuğundan dolayı olayı kimseye anlatamadığını, eşi Ç.'den döndükten sonra kendisinin durgun halinin sebebini sorduğunu, bunun üzerine A.B.'nin yaptıklarını eşine anlattığını, sanıktan şikayetçi olduğunu belirtmiştir.

Şikayetçi Y.D. aşamalarda anlatımlarında; N.D. ile evli olduklarını, halasının oğlu olan A.B. ile evlerinin aynı bahçe içerisinde yan yana bulunduğunu, Haziran ayı başında A.B.'nin kendisini gemide çalışmak üzere Ç. iline gönderdiğini, Ağustos ayı başlarında Ç. ilindeki işten ayrılarak Alaçam ilçesindeki köyüne döndüğünü, köye geldiğinde eşinin hareketlerinden ve donukluğundan şüphelendiğini, hareketlerindeki durgunluğun sebebini eşinden sorduğunu, ilk anda eşinin zorlandığını, ancak daha sonra A.'nın, kendisinin Ç.'ye gitmesinden sonra çocukların uyku saati geçtikten sonra, birkaç kez zorla eve girdiğini ve kendisine zorla tecavüz ettiğini söylediğini, bunun üzerine durumu Jandarmaya gidip ihbar ettiğini, sanık hakkında şikayetçi olduğunu belirtmiştir.

Savunma tanıkları A.Y., L.O., O.Ö., G.Ö. ve S.B.'nin anlatımlarının incelenmesinden; Sanık A.B.'nin olay tarihlerinde şikayetçilerin evine girmesi ve şikayetçi N.D.'ye cinsel saldırıda bulunmasıyla ilgili görgüye dayalı bilgilerinin bulunmadığı anlaşılmıştır.

B. Devlet Hastanesi Baştabipliği tarafından tanzim edilmiş bulunan 29.08.2006 tarih ve 3202 Sayılı Uzman Doktor raporu ile 12.09.2006 tarih ve 3427 Sayılı Uzman Doktor Raporunun İncelenmesinden; Şikayetçi N.D.'de çocukluktan itibaren var olan hafif düzeyde zeka geriliği tespit edilmekle birlikte, N.D.'nin suç tarihi itibarıyla cinsel saldırı suçuna karşı koyma gücünün bulunduğu ve bu duruma bağlı olarak halen belirgin bir ruhsal rahatsızlığının olmadığını mahkememize bildirildiği anlaşılmıştır.

Sanığın tevilli ikrarı, şikayetçilerin beyanları, tanık anlatımları, hekim raporları ile tüm dosya kapsamı birlikte değerlendirildiğinde;

Sanık A.B.'nin, şikayetçi Y.D.'nin çalışmak için Ç. ilinde bulunduğu bir sırada, Haziran ayının son günleri ve Temmuz ayının ilk günlerinde, gece saat 22:00 den sonra, 3-4 gün arayla üç ayrı kez, meşru bir amaca yönelik olmaksızın, şikayetçi Y.D.'nin konutuna, konut dokunulmazlığını ihlal suçunu oluşturacak nitelikte girdiğinde sanığın ve şikayetçilerin beyanlarının arasında herhangi bir ihtilafın bulunmadığı anlaşılmaktadır.

İddia makamı esas hakkındaki mütalaasında özetle; Sanık A.B.'nin sabit olan N.D.'ye karşı cinsel saldırı suçlarından dolayı 5237 Sayılı TCK nun 102/2 ve 43/1 maddeleri gereğince, sanık A.B.'nin şikayetçilere yönelik geceleyin konut dokunulmazlığını bozmak suçundan dolayı 5237 Sayılı TCK nun 106/4 ve 43/1 maddeleri gereğince cezalandırılmasına karar verilmesi kamu adına talep ve mütalaa edilmiştir.

Sanık A.B.'nin savunması ile N.D.'nin şikayetini içerir beyanları arasındaki ihtilaf ise, A.B.'nin şikayetçi N.D. ile cinsel ilişkiye rızayla mı girdiği yoksa, sanık A.B.'nin N.D.'ye yönelik organ sokmak suretiyle vücut dokunulmazlığını ihlal suçunu mu işlediği yönündedir. Şikayetçinin kendi rızası ile A.B. ile cinsel ilişkiye girdiği kabul edilmesi halinde, yörenin sosyal ve kültürel yapısı karşısında, evli ve çocuk sahibi namuslu bir kadının başkaca kimse tarafından görülmeyen ve bilinmeyen rızası ile girdiği cinsel ilişkiyi, olaydan daha sonra, eşine anlatmasını gerektirecek herhangi bir olgu yaşanmadığı halde, eşi Y.D.'ye anlatması hayatın olağan akışı ile örtüşmemektedir. Şikayetçi N.D.'nin ilişkiye rızayla girdiği kabul edilmesi halinde bunun herhangi bir sebep olmadığı halde çevreninde duyacağı aşikar olacak nitelikte eşine anlatmasında bir menfaat ya da beklentisi de bulunmamaktadır. Bu nedenlerle şikayetçinin beyanlarına itibar etmek olayların oluşuna, hayatın olağan akışına, yörenin sosyal ve kültürel yapısına, hak ve nesafete uygun düşeceği anlaşılmıştır.

Sanık A.B. savunmalarda, olaydan önce, şikayetçi N.'nin kendisinin etrafında dolaştığını, sabahın erken saatlerinde dahi bahçede çalıştığında bakkala giderken N.'nin sigara almaya, çay almaya gidiyorum diyerek kendisinin yanından geçtiğini söylediği, sanığın bu beyanlarından da, N.'nin eşi Y.'nin Ç.'ye gitmesinden öncede, şikayetçi N.'ye yönelik meşru olmayan düşünceler içerisinde olduğu görülmektedir. Ayrıca sanığın bu düşünceler ile Y. Y.'yi birlikte yaşadıkları köyden uzaklaştırmak amacıyla Ç. iline, S.'a götürüp, cebine 500,00 YTL para vererek otobüse bindirecek şekilde çaba ve gayreti göstererek gönderdiği anlaşılmaktadır. Ayrıca sanığın olay tarihinde şikayetçi N.'nin evine elektrik lambasının tamiri için gittiğini, tamirden sonra N. ile çay içtikleri sırasında tahrik olarak N.'nin rızasıyla N. ile cinsel ilişkiye girdiğini savunmasına rağmen, soruşturma aşamasındaki olay günü sabah saatlerinde N.'nin kendisinin yanına geldiği ve kendisini sevdiğini, ilişkiye girmek istediğini, saat 22:00 de çocuklarının uyuduğunu, bu saatten sonra kendisinden eve gelmesini istediğini, erkek kişi olarak bu teklife hayır diyemediğini belirttiği görülmüştür. Sanığın N.'nin rızayla cinsel ilişkiye girdiği yönündeki anlatımları da kendi aralarında birbiri ile çelişkili ve tutarsızdır, bu nedenlerle de sanığın rızayla cinsel ilişkiye girdiği yönündeki savunmalarına itibar edilmemesi gerektiği anlaşılmıştır.

Bu itibarla, sanık A.B.'nin, 2006 yılı Haziran ayı sonlarında ve Temmuz ayı başlarında, şikayetçi N.'nin eşi Y.D.'yi, Ç. iline çalışması bahanesiyle göndererek Y.D.'yi birlikte yaşadıkları köyden uzaklaştırdığı, Y.D.'nin Ç. iline gitmesinden birkaç gün sonra, Sanık A.B.'nin aynı bahçede evleri bulunan şikayetçi N.D.'nin konutuna kırık olan pencere camından elini uzatarak cam çerçevesini açmak suretiyle girdiği, sanığın bu esnada salonda bulunan mutfak camının açılma sesi üzerine mutfaka gelen ve cinsel ilişki teklifine rıza göstermeyen şikayetçi N.D.'nin ağzını bir eliyle kapadığı, N.D.'yi mutfaktaki çekyatın üzerine yatırdığı, diğer eliyle N.D.'nin eteğini yukarıya kaldırdığı, N.D.'nin karşı koymasına, iteklemesine rağmen, sanığın N.D.'nin vücut dokunulmazlığını organ sokmak suretiyle ihlal ettiği, sanığın iki üç gün arayla bu fiilini iki kez daha

gerçekleştirdiği anlaşılmuş olmakla, sanık A.B.'nin sabit olan üç kez şikayetçi N.D.'ye yönelik vücuda organ sokmak suretiyle cinsel saldırı suçundan dolayı 5237 Sayılı TCK nun 102/2 ve 43/1 maddeleri gereğince cezalandırılmasına, ayrıca Sanık A.B.'nin sabit olan şikayetçilere yönelik üç kez geceleyin konut dokunulmazlığını ihlal suçundan dolayı 5237 Sayılı TCK nun 116/4 ve 43/1 maddeleri gereğince cezalandırılmasına karar vermek gerektiği sonuç ve kanaatine oybirliği ile varılmıştır.

Bu cihetle aşağıdaki hüküm kurulmuştur.

HÜKÜM : Tavsilatı yukarıdaki gerekçede ve aşağıdaki gerekçeli kararda ayrıntıları ile açıklandığı üzere;

1-Sanık A.B.'nin sabit olan şikayetçi N.D.'ye yönelik vücuda organ sokulması suretiyle cinsel saldırı suçundan eylemine uyan fiil ve hareketinden dolayı 5237 Sayılı TCK nun 102/2 maddesi gereğince; suçun işleniş biçimi, suçun işlendiği zaman ve yer, meydana gelen zararın ağırlığı, failin kastındaki yoğunluk göz önüne alınarak, sanığın takdiren ve teşdiden 8 yıl hapis cezası ile cezalandırılmasına,

Sanık A.B.'in mağdur N.D.'ye yönelik cinsel saldırı suçunu bir suç işleme kararının icrası kapsamında aynı suçu kısa aralıklarla birden fazla işlenmiş olduğu ve sanık hakkında bir cezaya hükmetmek gerektiği anlaşılmuş olmakla, sanığa verilen cezada suçun 3 kez işlenmesi de göz önünde bulundurularak 5237 Sayılı TCK nun 43.maddesi gereğince takdiren ½ (2/4) oranında artırım yapılmasına, böylece sanık A.B.'nin 12 yıl hapis cezası ile cezalandırılmasına,

Sanık hakkında verilen cezada başkaca kanuni ve takdiri indirim yada artırıma yer olmadığına,

Sanık hakkında verilen hapis cezasında, sanığın sosyal ve ekonomik durumu , suçun işleniş şekli ile oluşa ve ceza miktar ve nevine göre 5237 Sayılı Yasanın 50 ve 51. ile 62.maddelerinin lehe uygulanmasına yer olmadığına,

5237 Sayılı Yasanın 53.maddesinin 1.fıkrasının a, b, c, d ve e bendlerinde belirtilen haklardan sanığın hapis cezasının infazı tamamlanuncaya kadar yoksun bırakılmasına,

Sanığın gözetim altında ve tutuklulukta geçen süresinin 5237 Sayılı TCK nun 63 maddesi gereğince hükmolunan cezasından mahsubuna

2-Sanık A.B.'nin sabit olan şikayetçiler N.D. ve Y.D.'ye yönelik geceleyin konut dokunulmazlığını ihlal suçundan eylemine uyan fiil ve hareketinden dolayı 5237 Sayılı TCK nun 116/4 maddesi gereğince; suçun işleniş biçimi, suçun işlendiği zaman ve yer, meydana gelen zararın ağırlığı, failin kastındaki yoğunluk göz önüne alınarak, sanığın takdirenen ve teşdiden 2 yıl hapis cezası ile cezalandırılmasına,

Sanık A.B.'in şikayetçiler N.D. ve Y.D.'ye yönelik konut dokunulmazlığını ihlal suçunu bir suç işleme kararının icrası kapsamında aynı suçu kısa aralıklarla birden fazla işlenmiş olduğu ve sanık hakkında bir cezaya hükmetmek gerektiği anlaşılmış olmakla, sanığa verilen cezada suçun 3 kez işlenmesi de göz önünde bulundurularak 5237 Sayılı TCK nun 43.maddesi gereğince takdirenen $\frac{1}{2}$ (2/4) oranında artırım yapılmasına, böylece sanık A.B.'in 3 yıl hapis cezası ile cezalandırılmasına,

Sanık hakkında verilen cezada başkaca kanuni ve takdiri indirim yada artırıma yer olmadığına,

Sanık hakkında verilen hapis cezasında, sanığın sosyal ve ekonomik durumu , suçun işleniş şekli ile oluşa ve ceza miktar ve nevine göre 5237 Sayılı Yasanın 50 ve 51. ile 62.maddelerinin lehe uygulanmasına yer olmadığına,

5237 Sayılı Yasanın 53.maddesinin 1.fıkrasının a, b, c, d ve e bendlerinde belirtilen haklardan sanığın hapis cezasının infazı tamamlanıncaya kadar yoksun bırakılmasına,

3-Sanığa verilen cezaların miktarı, sanığın tutuklulukta geçirdiği süreler göz önüne alınarak hükümle birlikte tutukluluk halinin devamına, hüküm özetinin gereğinin yerine getirilmesi için Cumhuriyet Başsavcılığına tevdiine,

4 adet davetiye gideri olan 16,00 YTL den ibaret yargılama giderinin sanıktan tahsili ile hazineye irat kaydına,

Mahkememizce verilen karara karşı tarafların yüze karşı olması halinde tefhim tarihinden yokluklarında karar verilmesi halinde ise tebliğ tarihinden itibaren (7) gün içinde mahkememize verilecek veya gönderilecek dilekçe veya tutanağa geçirilmek üzere zabıt katibine beyanda bulunmak suretiyle Yargıtay'ca incelenmek üzere temyiz yoluna başvuru hakkının bulunduğu ihtarına,

Temyizi kabil olmak üzere sanık A.B. ile sanık müdafinin yüzlerine karşı C.Savcısıhuzuru ile talebe uygun oybirliğiyle verilen karar açıkça okunup usulen tefhim kılındı. (Bafra Ağır Ceza Mahkemesi,13.10.2006, 189/220) (www.adalet.org)

Konu ile ilgili Yargıtay kararı

“**Nitelikli cinsel saldırı** ve geceleyin konut dokunulmazlığını ilal suçlarından sanık A.B.’nin yapılan yargılanması sonunda; atılı suçlardan mahkumiyetine dair Bafra Ağır Ceza Mahkemesinden verilen 13.10.2006 gün ve 2006/189 Esas, 2006/220 Karar sayılı hükmün süresi içinde Yargıtay’ca incelenmesi sanık müdafii tarafından istenilmiş olduğundan dava evrakı C.Başsavcılığından tebliğname ile daireye gönderilmekle incelenerek gereği düşünüldü:

Konut dokunulmazlığını bozma suçundan kurulan hükümde 5237 sayılı TCK.nın 53/1 maddesinin (c) fıkrasında belirtilen hak yoksunluğunun koşullu salıverme tarihine kadar hükmedilebileceği gözetilmeden, infaz tamamlanuncaya kadar uygulanmasına karar verilmesi,

Kanuna aykırı, 5237 Sayılı TCK.nın 7/2 maddesi ile 5320 Sayılı Yasanın 8/1. maddesi de gözetilmek suretiyle hükmün CMUK.nın 321. maddesi gereğince BOZULMASINA, ancak bu cihetin yeniden yargılama yapılmaksızın düzeltilmesi mümkün olduğundan aynı yasanın 322 maddesinin verdiği yetkiye dayanarak, hüküm fıkrasında yer alan “5237 Sayılı TCK.nın 53/1. maddesinin a-b-c-d-e bentlerinde belirtilen haklardan hapis cezasının infazı tamamlanuncaya kadar yoksun bı-

rakılmasına" ibaresinin 5237 Sayılı Yasanın 53/1. maddesinin (c) bendinde düzenlenen güvenlik tedbirinin (hak yoksunluğunun) koşullu salıvermeye, hükmolunan diğer güvenlik tedbirlerinin (hak yoksunluklarının) ise cezanın infazı tamamlanuncaya kadar uygulanmasına; biçiminde DÜZELTİLEREK ONANMASINA,

Nitelikli cinsel saldırı suçundan kurulan hükmün incelenmesinde ise;

Evinde çocukları bulunan mağdurenin ırza geçme eyleminin gerçekleştirildiği zamanlarda bağırıp çevreden yardım istememiş olması, eylemin birden çok değişik zamanlarda tekrarlanmasına rağmen hiç kimseye anlatmaması ve şikayetçi olmaması, durgun halinden şüphelenen eşine olaydan yaklaşık iki ay sonra açıklama yapması gözetildiğinde: ırza geçmenin cebir şiddet kullanarak yapıldığına dair iddiasının durumunu çevresine mazur gösterme düşüncesinden kaynaklandığı ırza geçmenin zorla yapıldığı hususunda mağdurenin anlatımı dışında sanığın cezalandırılması için kesin ve inandırıcı başkaca da delil elde edilemediği, dolayısıyla eylemin rızaya dayalı olarak işlendiğinin kabulü yerine, oluşa uygun düşmeyen gerekçelerle yazılı şekilde hüküm kurulması,

Kanuna aykırı sanık müdafinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görüldüğünden hükmün 5320 Sayılı Yasanın 8/1. maddesi gözetilerek CMUK.nın 321. maddesi uyarınca BOZULMASINA, bozmanın mahiyetine göre sanığın bi hakkın TAHLİYESİNE, başka suçtan tutuklu veya hükümlü değilse salıverilme hususunun mahalline telle bildirilmesi için Yargıtay C.Başsavcılığına müzekkere yazılmasına, 19.03.2007 tarihinde oybirliğiyle karar verildi. "(www.adalet.org)

"**Reşit olmayan kimseyi** rızasıyla kaçırıp alıkoyma ve ırza geçme suçlarından hükümlü Nedim Harem hakkında 5237 sayılı TCK'nın uygulanıp uygulanmayacağı ile ilgili olarak Bakırköy 7. Ağır ceza mahkemesinden verilen 04.10.2006 gün ve 2006/196 esas, 2006/225 ek karar sayılı hükmün süresi içinde Yargıtay'ca incelenmesi o yer C.Savcısı tarafından istenilmiş

olduğundan dava evrakı C.Başsavcılığından tebliğname ile daireye gönderilmekle incelenerek gereği düşünöldü;

Suç tarihinde mağdurenin 14 yaşında olduğu kabul edilerek sanığın mahkumiyetine dair verilen karar temyiz edilmeyerek kesinleşmesini müteakip uyarılama yargılaması sırasında yalnızca sanığın lehine olan yasa hükümleri olaya uygulanarak ortaya çıkan sonuçlardan birbiriyle karşılaştırılması suretiyle belirlenmesi gerekirken, ancak yargılanmanın yenilenmesine konu teşkil edebilecek yeni kanıt niteliğinde olan ve ibraz edilen Bakırköy Devlet Hastanesinin raporuna dayanılarak yazılı şekilde hüküm kurulması,

Kanuna aykırı o yer C.Savcısının temyiz itirazları bu itibarla yerinde göröldüğünden hükmün 5320 sayılı yasanın 8/1 maddesi gözetilerek CMUK. nun 321 maddesi uyarınca BOZULMASINA, 02.04.2007 tarihinde oy birliğiyle karar verildi. “(Yar. 5CD, 2.4.2007, 2126/2471) (www.adalet.org)

“**Sanığın** olay günü evinde temizlik yapan müştekiye arkasından kollarını tutmak suretiyle sarılarak birlikte olmak istediğini söylemesi şeklindeki iddia karşısında, eylemin cinsel saldırı suçunu oluşturup oluşturmadığı hususunda delillerin araştırılması ve tartışılması görevinin üst dereceli Asliye Ceza Mahkemesine ait bulunduğu nazara alınarak görevsizlik kararı verilmesi gerektiği gözetilmeyerek duruşmaya devamla yazılı şekilde hüküm kurulması, bozmayı gerektirmiştir. “(Yar. 5.CD, 28.06.2007, 7053/5427) (www.adalet.org)

“**Tanık olarak** dinlenilmeyen ve beyanı tek başına hükme esas alınmayan mağdurenin psikoloji, psikiyatri, tıp veya eğitim alanında uzman bir kişi bulundurulmadan dinlenilmesinin telafisi mümkün olmadığından tebliğnamedeki bozma isteyen düşünceye iştirak edilmemiştir. Hükümün onanmasına karar verildi. “(Yar. 5CD, 2007, 5003/5984) (www.adalet.org)

Sanığın yolda yürümekte olan müştekinin kalçasını elleme şeklinde gerçekleşen eyleminin cinsel saldırı suçunu oluşturup oluşturmadığının takdir ve değerlendirmesi asliye ceza mahkemesinin görevine girer.

“İçtihat Metni”

Sarkıntılık suçundan sanık Yusuf’un bozma üzerine yapılan yargılanması sonunda; atılı suçtan mahkumiyetine dair (Trabzon İkinci Sulh Ceza Mahkemesi)’nden verilen 01.12.2005 gün ve 2005/314 Esas/ 2005/500 Karar sayılı hükmün süresi içinde Yargıtay’ca incelenmesi sanık müdafii tarafından istenilmiş olduğundan dava evrakı C.Başsavcılığından tebliğname ile Daireye gönderilmekle incelendi.

Sanığın olay günü yolda yürümekte olan müştekinin yanına yaklaşarak kalçasını ellemek suretiyle vücut temasını içeren ve mahkemece de oluşu kabul edilen eyleminin cinsel saldırı suçunu oluşturup oluşturmadığı hususunda delillerin araştırılması ve tartışılması görevinin üst dereceli Asliye Ceza Mahkemesine ait bulunduğu nazara alınarak, görevsizlik kararı verilmesi gerektiği gözetilmeyerek duruşmaya devamlı yazılı şekilde hüküm kurulması,

Bozmayı gerektirmiş, sanık müdafinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görüldüğünden 5320 sayılı Kanun’un 8/1. maddesi gözetilerek hükmün kazanılmış hak saklı kalmak üzere CMUK’nın 321-326. maddeleri uyarınca (BOZULMASINA), 28.06.2007 tarihinde oybirliğiyle karar verildi. “(Yar. 5CD, 28.6.2007, 7056/5422) (www.adalet.org)

“**Sarkıntılık suçundan** hükümlü Ferhat’ın hakkında 5237 sayılı TCK.nun uygulanıp uygulanamayacağı ile ilgili olarak (Ayancık Sulh Ceza Mahkemesinden verilen 13.06.2005 gün ve 2004/142 Esas, 2005/63 Karar sayılı Ek kararın süresi içinde Yargıtay’ca incelenmesi hükümlü tarafından istenilmiş olduğundan dava evrakı C.Başsavcılığından tebliğname ile daireye gönderilmekle incelenerek gereği düşünüldü:

Oluş ve kabule göre; hükümlünün olay günü evlerine gelen mağdurenin belinden tutarak sarıldığı, onun da karşı koyup tekme atması üzerine bıraktığı anlaşılmakla, hükümlünün fiilinin 5237 sayılı TCK.nun 102/1. maddesinde düzenlenen vücut dokunulmazlığını ihlal eden cinsel saldırı suçu niteliğinin

de olduğu ve bu suça ilişkin yargılama yapmak ve 5252 sayılı Kanununun 9/3. maddesine göre lehe olan yasayı belirleme görevinin üst dereceli Asliye Ceza Mahkemesine ait bulunduğu gözetilmeyerek eylemin 105/1. maddesine uyan cinsel taciz suçu kapsamında olduğunun kabulü ile yazılı şekilde uygulama yapılması,

Kanuna aykırı, temyiz itirazları da bu itibarla yerinde görülmuş olduğundan hükmün bu sebeplerden dolayı 5320 sayılı Yasanın 8/1. maddesi de gözetilerek CMUK.nun 321. maddesi uyarınca (BOZULMASINA), 16.02.2006 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.” (Yar. 5 CD, 2007, 306/901) (www.adalet.org)

“**Reşit olmayan mağdureyi** rızasıyla kaçırıp alıkoyma ve ırza geçme suçlarından hükümlü Ö.P.’ın hakkında 5237 sayılı TCK.nun uygulanıp uygulanamayacağı ile ilgili olarak Bergama Ağır Ceza Mahkemesinden verilen 18.11.2005 gün ve 2003/178 Esas, 2003/167 sayılı ek kararın süresi içinde Yargıtay’ca incelenmesi hükümlü tarafından istenilmiş olduğundan dava evrakı C.Başsavcılığından tebliğname ile daireye gönderilmekle incelenerek gereği düşünüldü:

5252 sayılı Yasanın 9/1. maddesi; 1 Haziran 2005 tarihinden önce kesinleşmiş hükümlerle ilgili olarak TCK.nun lehe olan hükümlerinin derhal uygulanabileceği hallerde duruşma yapılmaksızın da karar verilebileceğini öngörmüşse de; sonradan yürürlüğe giren kanunla suçun unsurlarında, sair cezalandırılabilirle şartlarında, suçun karşılığında öngörülen ceza yaptırımlarında ve bir cezaya mahkum olmaya bağlı kanuni neticelerindeki değişikliklerin ve bunların uygulama olanaklarının değerlendirilebilmesi, olaya tatbik imkanı bulunan yasanın belirlenebilmesi, değişen temel ceza ve artırım indirim oranları belirlenirken taktir hakkının isabetli kullanılabilmesi, her iki yasayla ilgili değerlendirme sonuçlarının denetime olanak verecek biçimde kararda gösterilmesi ve gerektiğinde kesinleşen önceki hükümde değişiklik yapılabilmesi için duruşma açılıp tüm bunların neden ve gerekçeleri de gösterilerek hüküm kurulması, gerektiği gözetilmeden dosya üzerinden yazılı şekilde karar verilmesi,

On beş yaşını bitirmeyen mağdurenin rızası fiili hukuka uygun hale getirmeyeceğinden, kaçırılıp alıkonulmasının 5237 sayılı Yasanın 109/1,3-f,5. maddelerine uyan suçu oluşturacağı da dikkate alınarak önceki ve sonraki kanun hükümleri ırza geçme ve alıkoyma suçları için ayrı ayrı uygulanarak lehe yasanın belirlenmesi yerine, içtima edilen cezanın karşılaştırılması ve ayrıca yeni yasaya göre alıkoyma eyleminin suç oluşturmayacağı kabul edildiği halde, bu suçla ilgili kesinleşen hükmün aynen infazına karar verilerek çelişkiye düşülmesi,

Bozmayı gerektirmiş, hükümlü müdafinin temyiz itirazları bu bakımdan yerinde görülüş olduğundan hükmün 5320 sayılı yasanın 8/1 maddesi gözetilerek CMUK.nun 321 .maddesi uyarınca (BOZULMASINA), 8.5.2006 tarihinde oybirliğiyle karar verildi. **“(Yar. 5CD, 8.5.2006, 4315/3933) (www.adalet.org)**

“Olmuş ve delillere göre; sanığın resmi nikahlı eşinin kardeşi olan mağdureyi telefon almak bahanesi ile tanık V.’nin evine götürdüğü, tanığın bir bahaneyle evden ayrılmasını müteakip “... benim olacaksın, buradan ölü çıkar dirin çıkmaz, boşuna debelenme” diyerek kucaklayıp yatak odasına taşıdığı, bu sırada mağdurenin komşuların duymasını sağlamak için oda kapısının camını kırıp yüksek sesle yardım istediği sanığın mağdureyi yatağa yatırıp üzerine çıktığı ve kendi fermuarını açtığı, müştekinin ciddi olarak direnmesi ve kapıya gelen komşuların bağırması üzerine eylemini tamamlayamadan bırakmak zorunda kaldığı anlaşılan sanığın, söz ve davranışları ile açığa vurduğu kastına ve tıbbi raporlara göre; eyleminin vücuda organ sokmak suretiyle cinsel saldırı suçuna kalkışma niteliğinde bulunduğu gözetilmeden basit cinsel saldırı suçu olarak kabulü ile yazılı şekilde hüküm kurulması,

Mağdurenin dosya içinde mevcut Eğitim ve Araştırma Hastanesince verilen 02/11/2006 tarihli raporu da değerlendirilerek söz konusu raporda zikredilen depresif anksiyöz duygulanımların meydana gelen cinsel saldırı olayına bağlı olup olmadığı, 5237 TCK’nın 102/5. maddesinde belirtilen beden veya ruh sağlığının bozulmasını ihtiva edip etmediği hususunun Adli Tıp Kurumunun ilgili İhtisas Kurulana sorularak, sonucuna göre hüküm tesis edilmesi gerektiğinin gözetilmemesi,

Kanuna aykırı o yer Cumhuriyet Savcısı ve sanık müdafii- nin temyiz itirazları bu nedenle yerinde görüldüğünden hük- mün 5320 Sayılı Yasanın 8/1. maddesi gözetilerek CMUK'nun 321.maddesi gereğince bozulmasına 22/01/2008 tarihinde oy birliğiyle karar verildi." (Yar. 5CD, 22.1.2008, 11586/161) (www.adalet.org)

"**İrz ve namusa tasaddi** suçundan sanık (ŞA)nın yapılan yargılaması sonunda; beraetine dair Kırklareli Asliye Ceza Mahkemesinden verilen 16.03.2004 gün ve 2003/454 Esas, 2004/74 Karar sayılı hükmün süresi içinde Yargıtay'ca incelen- mesi katılan vekili tarafından istenilmiş olduğundan,dava ev- rakı C.Başsavcılığından tebliğname ile Daireye gönderilmekle incelenerek gereği düşünüldü:

Şeref ve namusunu doğrudan ilgilendiren bir konuda,sanığa iftira etmesi için ciddi bir neden bulunmayan mağdurenin aş- malarındaki samimi ve tutarlı anlatımlarına,Leyla Yaman'ın bun- ları doğrulayan soruşturma aşamasındaki beyanı ile dosya içe- riğine göre,sanığın sübuta eren ırz ve namusa tasaddi suçundan mahkûmiyeti yerine yazılı şekilde beraetine karar verilmesi,

Kanuna aykırı,katılan vekilinin temyiz itirazları bu itibar- la yerinde görülmüş olduğundan hükmün bu sebepten dola- yı 5320 sayılı Kanunun 8/1. maddesi gözetilerek CMUK.nun 321. maddesi uyarınca BOZULMASINA, 13.02.2008 tarihinde oybirliğiyle karar verildi." (Yar. 5CD, 13.2.2008, 15337/840) (www.adalet.org)

"**Eşe karşı nitelikli cinsel saldırı** suçundan sanık Hida- yet.....ın yapılan yargılaması sonunda atılı suçtan mahku- miyetine dair Antalya 3. Ağır Ceza Mahkemesinden verilen 05/07/2007 gün ve 2006/299 esas, 2007/261 karar sayılı hük- mün süresi içinde Yargıtay'ca incelenmesi sanık müdafii tara- fından istenilmiş olduğundan dava evrakı C.Başsavcılığından tebliğname ile daireye gönderilmekle incelendi:

Yapılan yargılamaya, toplanıp karar yerinde gösterilen de- lillere, mahkemenin soruşturma sonuçlarına uygun olarak olu- şan kanaat ve takdirine, incelenen dosya içeriğine göre sanık müdafii yerinde görülmeyen sair temyiz itirazlarının reddine,

Ancak;

Yargıtay CGK.nun Dairemizce de benimsenen 20/11/2007 gün ve 2007/5-142 Esas, 2007/240 sayılı kararında belirtildiği üzere sanığın zincirleme biçimde kasten işlediği nitelikli cinsel saldırı suçlarının neticesi sonucu gerçekleşen ve sorumluluğu için en az taksir derecesinde bir kusurunun bulunması gereken TCK. nun 102.maddesinin 5.fıkrasındaki suçun ağırlaşmış halinin teselsül edemeyeceği, zincirleme biçimde gerçekleşen eylemlerin 102/5.maddeden öncekilerin olması nedeniyle TCK. NUN 43.maddesi uyarınca 102/5.madde ile tayin edilen ceza üzerinden değil bu maddenin tatbikinden önce bulunan ceza miktarı üzerinden yapılması ve 102/5.maddeyle belirlenen cezaya eklenmesi gerektiği gözetilmeyerek fazla ceza tayini, Kanuna aykırı ve sanık müdafinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülmuş olduğundan hükmün bu sebepten dolayı 5320 Sayılı yasanın 8/1.maddesi de gözetilerek CMUK.nun 321. maddesi uyarınca BOZULMASINA,31/03/2008 tarihinde oybirliği ile karar verildi.” (Yar. 5CD, 31.3.2008, 329/2957) (www.adalet.org)

“Cinsel amaçla kişiyi hürriyetinden yoksun bırakmak ve nitelikli cinsel saldırı suçlarından şüpheli Hakan hakkında yapılan soruşturma sonunda Antalya Cumhuriyet Başsavcılığınca düzenlenen 18/10/2007 tarihli ve 2007/55277 soruşturma, 2007/718 esas sayılı iddianamenin 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 170maddesine uygun bulunmadığından bahisle aynı Kanun’un 174.maddesi gereğince iadesine ilişkin Antalya 2.Ağır Ceza Mahkemesinin 26/10/2007 tarihli ve 2007/8 iddianame değerlendirme sayılı kararına yönelik itirazın reddine dair Antalya 3. Ağır Ceza Mahkemesinin 07/11/2007 tarihli ve 2007/1066 müteferrik sayılı kararını kapsayan dosya incelenerek, 5271 sayılı CMK’nun 170/3.maddesinde, iddianamede nelerin gösterileceği, aynı kanun’un 174/1.maddesinde ise iddianamenin hangi hallerde iadesine karar verileceğinin belirtildiği, iddianamenin iadesi sebepleri arasında soruşturma konusu olayla ilgili olarak alınan rapor hakkında ayrıca Adli Tıp Kurumundan rapor alınarak bu ra-

porların iddianameye eklenmesi hususları yer almadığı gibi mahkeme tarafından iade sebebi olarak belirtilen 5237 sayılı TCK'nun 102/5.maddesi gereğince Cumhuriyet Başsavcılığınca Antalya Adli Tıp Şubesinden 10/09/2007 günlü rapor alındığı, yargılama aşamasında davayı gören mahkeme tarafından Adli Tıp Kurumundan görüş alınabileceği gözetilmeksizin, itirazın kabulü yerine yazılı şekilde reddine karar verilmesinde isabet görülmediğinden bahisle CMK.nun 309.maddesi gereğince bozulması lüzumu Yüksek Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü ifadeli 04/02/2008 gün ve 6962 sayılı yazılı istemine atfen C.Başsavcılığından tebliğname ile daireye ihbar ve dava evrakı birlikte tevdi kılınmakla gereği düşünüldü:

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 174/1.maddesine dayanılarak 5237 sayılı TCK'nun 102/5.maddesi gereğince suçun sonucunda mağdurenin beden veya ruh sağlığının bozulup bozulmadığı hususunda Adli Tıp Kurumundan rapor alınmadığı gerekçesiyle iddianamenin iade edilemeyeceği, Antalya Adli Tıp Şube Müdürlüğünün düzenlediği raporun kovuşturma aşamasında toplanan diğer kanıtlarla birlikte ele alınıp, yetersiz görülmesi halinde mahkemesince Adli Tıp Kurumundan suçun mağdure üzerindeki etkisine göre mütalaa alınmasının mahkemenin görevi olduğu nazara alınarak itirazın kabulü yerine yazılı şekilde reddine karar verilmesi,

Kanuna aykırı ve bu itibarla kanun yararına bozma istemine dayanan ihbarname münderecatı yerinde görüldüğünden Antalya 3.Ağır Ceza Mahkemesinden kesin olarak verilen 07/11/2007 gün ve 2007/1066 müteferrik sayılı kararın CMK.nun 309.maddesi uyarınca BOZULMASINA, müteakip işlemlerin mahkemesince yapılmasına ve dosyanın mahal-line gönderilmesi için Yargıtay C.Başsavcılığına TEVDİİNE, 10/04/2008 tarihinde oybirliğiyle karar verildi." (Yar. 5CD, 10.4.2008, 3616/3408) (www.adalet.org)

"Zorla ırza geçme suçundan sanık Olgun 'in yapılan yargılanması sonunda; atılı suçtan mahkumiyetine dair Trabzon Ağır Ceza Mahkemesinden verilen 7.9.2006 gün ve 2005/376 Esas, 2006/403 Karar sayılı hükmün süresi içinde Yargıtay'ca

incelenmesi re'sen ve C.Savcısı tarafından istenilmiş olduğundan dava evrakı C.Başsavcılığından tebliğname ile daireye gönderilmekle incelenerek gereği düşünöldü:

5271 sayılı CMK'nun 236/3.maddesi mağdur çocukların tanık olarak dinlenmesi sırasında psikoloji,psikiyatri,tıp veya eğitim alanında uzman bir kişinin bulundurulmasını öngörmekte ise de; mağdurenin bu yasadan önce yürürlükte bulunan CMUK'nun hükümlerine uygun olarak 18.08.2004 günü istinabe yoluyla olayla ilgili beyanın alındığı, yargılama işlemlerinin yapıldığı sırada yürürlükte bulunan usul kurallarına tabi olduğu ve buna uygun yapılması halinde geçerliliğini koruyacağı ve yasa değişikliğinden dolayı yenilenmesinin gerekmediğı, 5271 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesinden ve 18 yaşını tamamlamasından sonra 01.12.2005 tarihli oturumda mağdureye sadece şikayetçi olup olmadığının ve davaya katılmak isteyip istemediğinin sorulduğu, tanık olarak dinlenmediğinden CMK'nun 236/3.maddesinde belirtilen nitelikte bir uzmanın yanında bulundurulmasının zorunlu olmadığı anlaşıldığından tebliğnamedeki bu yöndeki bozma isteyen düşünceye iştirak edilmemiştir.

Yapılan duruşmaya, toplanan delillere, mahkemenin soruşturma sonuçlarına uygun olarak oluşan kanaat ve takdirine göre sair temyiz itirazları yerinde görölmemiştir.

Ancak;

765 sayılı ve 5237 sayılı Yasalara göre hüküm kurulurken orantılılık ilkesi gereğı temel ceza üzerinden aynı oranda artırım uygulanarak lehe yasa değerlendirmesinin yapılması gerektiğinin gözetilmemesi,

Oluşa uygun olarak sanığın kızına karşı işlediğı kabul edilen müteselsil nitelikli cinsel istismar suçuna uyan 5237 sayılı TCK'nun 103/2 ve 103/3 maddeleri uyarınca verilen temel cezanın teşdiden belirlenmesinden dolayı 15 yılı geçse dahi, suçun sonucunda beden ve ruh sağlığının bozulması nedeniyle, neticenin ağırlığına göre tayin edilen cezanın 103/6. maddesi

gereğince bir miktar daha artırılması, zincirleme biçimde kasten işlediği cinsel istismar eylemi neticesi gerçekleşen ve sorumluluğu için en az taksir derecesinde bir kusurunun bulunması gereken TCK.nun 103. maddesinin 6. fıkrasındaki suçun ağırlaşmış halinin teselsül edemeyeceği, zincirleme biçiminde gerçekleşen eylemlerin 103/6. maddeden öncekilerin olması nedeniyle 43. maddesi uyarınca yapılacak arttırmanın 103/6 madde ile tayin edilen ceza üzerinden değil bu maddenin tatbikinden önceki fıkralara göre bulunan ceza miktarı üzerinden yapılarak elde edilen artırım tutarının cezaya eklenmesi ve bu sıraya uyularak belirlenecek sonuç cezanın karşılaştırılması yerine 103/6.maddenin uygulama dışı bırakılması,

Kanuna aykırı, C Savcısı ve re'sen temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülümüş olduğundan hükmün bu sebeplerden dolayı 5320 Sayılı Kanunun 8/1. maddesi de gözetilerek CMUK.nun 321.maddesi uyarınca BOZULMASINA, 16.04.2007 tarihinde oybirliğiyle karar verildi. **“(Yar. 5CD, 16.4.2007, 136/2915) (www.adalet.org)**

“Irza geçme suçundan sanık Bahaettin T.’un yapılan yargılanması sonunda; 2004 yılı Ağustos ayı içerisindeki eyleminden beraetine, diğer eyleminden ötürü çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçundan mahkumiyetine dair, Ünye Ağır Ceza Mahkemesinden verilen 11.10.2005 gün ve 2005/67 Esas, 2005/361 Karar sayılı hükmün süresi içinde Yargıtay’ca incelenmesi katılan ve sanık müdafii tarafından istenilmiş olduğundan dava evrakı C.Başsavcılığından tebliğname ile daireye gönderilmekle incelenerek gereği düşünüldü:

Sanık Bahaettin T. hakkında 765 sayılı TCK hükümlerinin en lehe uygulanması durumunda dahi 5237 sayılı TCK.na göre kurulan hüküm sanık lehine olduğundan tebliğnamedeki bozma isteyen düşünceye iştirak edilmemiştir.

Taraflar arasında sanığa iftira etmelerini gerektirecek dosyaya yansıyan bir husumetin bulunmadığı, mağdurun ifadesinin alınması sırasında yaşı nedeniyle beyanlarının çok açık ve net olarak tespit edilemediği, livataya ilişkin bulguların olay

tarihlerinden çok sonra Fatsa Devlet Hastanesince düzenlenen 25.03.2005 günlü raporda belirtildiği gözetilerek, mevcut bulguların olaya bağlı olup olmadığı ile fiili livata yoluyla ırza geçmeye delalet edip etmediği ve mağdurun beyanlarına itibar edilip edilmeyeceği, fiile ruhsal yönden mukavemete muktedir olup olmadığı hususlarında Adli Tıp Kurumu ilgili İhtisas Kurulundan mütalaa alınması ve sonucuna göre sanığın hukuki durumunun tayin ve takdiri yerine eksik tahkikatla yazılı şekilde hüküm kurulması,

Kanuna aykırı katılan ve sanık müdafinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülmuş olduğundan hükümlerin 5320 sayılı Yasanın 8/1. maddesi de gözetilerek CMUK.nun 321. maddesi uyarınca BOZULMASINA, 28.10.2008 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.” (Yar. 5CD, 28.10.2008, 19521/9018) (www.adalet.org)

“**Oluşvekabule göre**, sanıkların suç tarihi itibarıyla 15 yaşını bitirmemiş mağdureler..... fuhsate şvikederek parakarşılığında temin ettikleri erkekler ve yer deteminet meksuretiyle cinsel ilişki de bulunmalarına sağladıkları, böylece sanıkların 3. şahısların ırza geçmesi suçuna katıldıklarının anlaşılmasına göre, eylemlerinin 765 sayılı TCK'nin 79. maddesi delaletiyle aynı yasanın 414/1. maddesine uyduğu, bu suçtan dolayı yargılamayapmak delilleri naktadır ve değerlendirilmesi ile 5237 sayılı TCK hükümlerindeird elenerek bir karar vermek görevinin üst dereceli Ağır Ceza Mahkemesine ait bulunduğu halde görevsizlik kararı verilmesi gerektiği gözetilmeyerek yargılamayadevamlı yazılı şekilde hüküm kurulması.... BOZULMASINA 27/11/2008 tarihinde oybirliği ile karar verildi.” (Yar. 5CD, 27.11.2008, 2217/10402) (www.adalet.org)

“**Gündüzleyin tek başına** olduğu sırada sanığın eve girip mağdureye sarıldığına göre, bedensel teması içeren fiilin cinsel saldırı suçunu oluşturup oluşturmayacağı ve bu suçtan yargılama yapma görevinin asliye ceza mahkemesine ait olduğu gözetilerek görevsizlik kararı verilmelidir.” (Yar. 5CD, 23.01.2008, 13856/336) (YKD, 6/2008)

“**Sanığın birlikte** alkol aldığı müştekinin vücudunu okşamaktan ibaret eylemi, takibi şikayete bağlı basit cinsel saldırı suçunu oluşturur. “(Yar. 5CD, 7.5.2008, 3696/4127) (YKD, 8/2008)

“**Sanıkların** katılanları kaçırdıktan sonra, sanıklardan birinin mağdureye yönelik ırza geçme eylemini gerçekleştirdiği sırada, on metre mesafede araç içerisinde bulunan diğer sanığın mağdurenin eşi olan katılanın araçtan inmesine engel olduğunun anlaşılması karşısında, bu sanığın müşterek fail olarak nitelikli cinsel saldırı suçunu katıldığı kabulü gerekir. “(Yar. 5CD, 15.4.2008, 650/3485) (YKD, 9/2008)

“**Mağdurun** maruz kaldığı ırza tasaddi suçu ile cinsel istismar suçu arasında uzun bir süre geçmesi ve ilk olaydan sonra muayene edilmemiş olması nazara alınarak, mağdurun dosya ile birlikte Adli Tıp Genel Kuruluna sevk edilerek nitelikli rapor aldırılması gerekir. “(Yar. 5CD, 17.9.2008, 8204/7822) (YKD, 12/2008)

“**Sanığın**, askeri koğuşta yatmakta olan mağdurun bacaklarını, kalçasını ve cinsel organını okşama şeklinde gerçekleşen eyleminin basit cinsel saldırı niteliğinde olup olmadığının değerlendirilmesi görevi asliye ceza mahkemesine aittir. “(Yar. 5CD, 15.3.2007, 2134/1979) (YKD, 6/2007)

“**Sanığın** yolda yürümekte olan müştekinin kalçasını elleme şeklinde gerçekleşen eyleminin cinsel saldırı suçunu oluşturup oluşturmadığının takdir ve değerlendirmesi asliye ceza mahkemesinin görevine girer. “(Yar. 5CD, 28.6.2007, 7056/5422) (YKD, 11/2007)

Önceki TCK'daki maddeler :

Madde 414 – Her kim 15 yaşını bitirmiyen bir küçüğün ırzına geçerse, beş seneden aşağı olmamak üzere ağır hapis cezasına mahkûm olur.

Eğer fiil cebir ve şiddet veya tehdit kullanılmak suretiyle veya akıl veya beden hastalığından veya failin fiilinden başka bir sebepten dola-

yı veya failin kullandığı hileli vasıtalarla fiile mukavemet edemiyecek bir halde bulunan bir küçüğe karşı işlenmiş olursa ağır hapis cezası on seneden aşağı olamaz.

Madde 416 – *On beş yaşını bitiren bir kimsenin cebir ve şiddet veya tehdit kullanmak suretiyle ırzına geçen veyahut akıl veya beden hastalığından veya kendi fiilinden başka bir sebepten veya kullandığı hileli vasıtalarla dolaylı fiile muka-ve-met edemiyecek bir halde bulunan bir kimseye karşı bu fiili işliyen kimse yedi seneden aşağı olmamak üzere ağır hapis cezası ile cezalandırılır.*

Yine bu suretle ırs ve namusa tasaddiyi tazammun eden diğer bir fiil ve hare-kette bulunursa üç seneden beş seneye kadar hapsolunur.

GEREKÇE:

Cinsel dokunulmazlık, kişilerin vücudu üzerinde cinsel davranışlarda bulunulması suretiyle ihlâl edilir. Bu bölümde yer alan suçlarla korunan ortak hukukî değer, kişilerin cinsel dokunulmazlığıdır. Bu Bölümde yer alan suçlar, esasen kişiye karşı işlenmiş olan suçlar olması itibarıyla, İkinci Kitabın “Kişilere Karşı Suçlar” başlıklı İkinci Kısım altında düzenlenmişlerdir.

Maddenin birinci fıkrasında, cinsel saldırı suçunun temel şekli tanımlanmıştır. Bu suçun oluşabilmesi için, cinsel arzuları tatmin amacına yönelik davranışlarla kişinin vücut dokunulmazlığının ihlâl edilmesi gerekir.

Suçun temel şekline ilişkin maddî unsur, kişinin vücudu üzerinde gerçekleştirilen, cinsel arzuları tatmin amacına yönelik ve fakat cinsel ilişkiye varmayan cinsel davranışlar oluşturmaktadır. Suçun oluşması için, gerçekleştirilen hareketlerin objektif olarak şehvî nitelikte bulunmaları yeterlidir; failin şehvi arzularının fiilen tatmin edilmiş olması gerekmez.

Söz konusu suç, farklı cinsten kişiye karşı işlenebileceği gibi, aynı cinsten kişiye karşı da işlenebilir.

Suçun temel şekline ilişkin olarak soruşturma ve kovuşturmanın yapılması, mağdurun şikâyetine bağlı tutulmuştur.

Maddenin ikinci fıkrasında, cinsel saldırının vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi, bu suçun nitelikli hâli olarak tanımlanmıştır. Suçun bu nitelikli hâli için, vücuda vajinal, anal veya oral yoldan organ veya sair bir cismin ithal edilmesi gerekir. Bu bakımdan vücuda penis ithal edilebileceği gibi, vajinal veya anal yoldan cop gibi sair bir cisim de ithal edilebilir. Bu bakımdan, söz konusu suçun temel şeklinin aksine, bu fıkra tanımlanan nitelikli hâlinin oluşabilmesi için, gerçekleştirilen davranışın cinsel arzuların tatmini amacına yönelik olması şart değildir.

Cinsel saldırı suçunun nitelikli hâlini oluşturan bu fiiller, eşe karşı da işlenebilir. Evlilik birliği, eşlere sadakat yükümlülüğünün yanı sıra, karşılıklı olarak birbirlerinin cinsel arzularını tatmin yükümlülüğü de yüklemektedir. Buna karşılık, evlilik birliği içinde bile, cinsel arzuların tatminine yönelik talepler açısından tıbbi ve hukukî sınırların olduğu muhakkaktır. Bu sınırların ihlâli suretiyle eş üzerinde gerçekleştirilen ve cinsel saldırı suçunun nitelikli hâlini oluşturan davranışlar, ceza yaptırımını gerekli kılmaktadır. Ancak, bu durum-da soruşturma ve kovuşturmanın yapılması, mağdur eşin şikâyetine bağlı tutulmuştur.

Üçüncü fıkra, bu suçun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli unsurları tanımlanmıştır. Buna göre, suçun, a) beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı, b) kamu görevinin veya hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle, c) üçüncü derece dahil kan veya kayın hısımlığı ilişkisi içinde bulunan bir kişiye karşı, d) silahla veya birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi, bu suçun icra hare-ketlerinin müşterek fail olarak sorumluluğu gerektirecek şekilde gerçekleştirilmesini ifade etmektedir. Bu bakımdan, söz konusu suçun örneğin bir başkası tarafından azmettiren veya yardım eden sıfatıyla iştirak ederek işlenmesi halinde, sadece bu nedenle (d) bendi hükmüne istinaden cezada artırım yapılmayacaktır.

Cinsel saldırı suçunun özelliği, bu suçu oluşturan fiillerin mağdurun iradesi dışında gerçekleştirilmesidir. Mağdura karşı cebir veya tehdit ya da hile kullanılabileceği gibi, örneğin bilincinin yitirilmesine neden olmak veya örneğin uyku hâli dolayısıyla bilincinin kapalı olmasından yararlanmak suretiyle de bu suçlar işlenebilirler. Maddenin dördüncü fıkrasına göre, bu suçun işlenmesi sırasında mağdurun direncinin kırılmasını sağlayacak ölçünün öte-sinde cebir kullanılması durumunda, ayrıca kasten yaralama suçundan dolayı cezaya hükmetmek gerekecektir.

Beş ve altıncı fıkralarda cinsel saldırı suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hâlleri düzenlenmiştir. Bu itibarla, cinsel saldırı suçunun işlenmesi suretiyle mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulmasına neden olunması, daha ağır ceza ile cezalandırılmayı gerektirmektedir. Keza, cinsel saldırı sonucunda mağdurun ölümü hâlinde, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükmolunacaktır. Ancak, bu durumlarda, netice sebebiyle ağırlaşmış suçlar dolayısıyla sorumluluk için aranan koşulların gerçekleşmesi gerekir.

6545 sayılı Yasanın Gerekçesi:

Maddeyle, Türk Ceza Kanununun 102 nci maddesinde değişiklik yapılmaktadır.

Söz konusu maddenin uygulamasında, bir takım sorunların ortaya çıktığı tespit edilmiş olup, yapılması öngörülen değişikliklerle bunların giderilmesi amaçlanmaktadır.

Maddenin beşinci fıkrasında yer alan “suçun sonucunda mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması halinde, on yıldan az olmamak üzere hapis cezasına hükmolunacağı”na dair suçun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hali, bu suç mağdurlarının defalarca hastane veya Adli Tıp Kurumuna gitmelerine, buralarda müşahedeye tabi tutulmalarına ve maruz kaldıkları fiili tekrar yaşamalarına neden olmaktadır. Esasen, akademik çevrelerde bu suçlara maruz kalanların ruh sağlığının mutlaka bozulmuş olduğu kabul edilmekte ve ruh sağ-

lığının bozulması kavramından neyin anlaşılması gerektiği hususunda da tam bir mutabakat bulunmamaktadır. Yapılan değişiklikle söz konusu artırım nedeninin kaldırılması, buna karşılık maddenin birinci ve ikinci fıkrasında düzenlenen cezaların artırılması öngörülmektedir. Bu düzenlemeyle, şüpheli, sanık veya hükümlüler bakımından lehe sonuç doğması 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 artırılması 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. Fiilin vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi durumunda, verilecek ceza artırılmaktadır.

Maddenin üçüncü fıkrasıyla, bazı özel ilişkiler veya sıfatlar nedeniyle söz konusu suçun

işlenmesi hali de bu suç bakımından daha ağır cezayı gerektiren nitelikli unsur olarak kabul edilmektedir. Bu kapsamda, vesayet, üvey baba, üvey ana, üvey kardeş, evlat edinen veya evlatlık ilişkisi nedeniyle söz konusu suçların işlenmesi hâlinde verilecek cezalar artırılacaktır.

Ayrıca, üçüncü fıkraya eklenen (e) bendiyle, insanların toplu olarak bir arada yaşamasının

zorunlu olduğu kışla, ceza infaz kurumu, öğrenci yurdu, okul pansiyonu ve hastane gibi yerlerde bu suçların işlenmesi de artırım nedeni olarak kabul edilmektedir.

Maddenin birinci fıkrasında tanımlanan suçun temel şekli, yürürlükteki hükümde olduğu gibi şikâyete tabi bir suç olarak düzenlenmektedir. Kanunda açıkça belirtilen hallerde soruşturma ve kovuşturmanın şikâyete tabi olduğu, temel şekli şikâyete bağlı olan suçun nitelikli hallerinin gerçekleşmesi durumunda artık şikâyet aranmaksızın soruşturma ve kovuşturma yapılabileceği ilkesi karşısında, suçun maddenin birinci fıkrasında düzenlenen temel şekliyle üçüncü fıkrasında tanımlanan nitelikli hallerinin birlikte gerçekleşmesi durumunda, soruşturma ve kovuşturma yapılabilmesi şikâyete bağlı olmayacaktır.

Ayrıca, söz konusu suç nedeniyle mağdurun beden sağlığının bozulabileceği durumlarla karşılaşılabilir. Örneğin cinsel saldırı suçunun işlenmesiyle mağdur yaralanabilmekte, mağdura bir hastalık bulaştırılabilmekte ve hatta bu suçun işlenmesi sonucunda mağdur üreme yeteneğini kaybedebilmektedir. Bu gibi durumlarda, maddenin dördüncü fıkrası hükmüne göre, cinsel saldırı için başvuru cebir ve şiddetin kasten yaralama suçunun ağır neticelerine neden olması halinde, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanacaktır. Böylelikle Kanunun 103 üncü maddesinin beşinci fıkrasıyla da uyum sağlanmış olmaktadır.

ÇOCUKLARIN CİNSEL İSTİSMARI (6545 sayılı Yasayla değişik)

“MADDE 103- (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 gerçekteşirilen her türlü cinsel davranış,
- b) Diğer çocuklara karşı sadece cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekteşirilen cinsel davranışlar,

anlaşılır.

(2) Cinsel istismarın vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekteşirilmesi durumunda, on altı yıldan aşağı olmamak üzere hapis cezasına hükmlenir.

(3) Suçun;

- a) Birden fazla kişi tarafından birlikte,

- b) İnsanların toplu olarak bir arada yaşama zorunluluğunda bulunduğu ortamların sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle,
- c) Üçüncü derece dâhil kan veya kayın hısımlığı ilişkisi içinde bulunan bir kişiye karşı ya da üvey baba, üvey ana, üvey kardeş veya evlat edinen tarafından,
- d) Vasi, eğitici, öğretici, bakıcı, koruyucu aile veya sağlık hizmeti veren ya da koruma, bakım veya gözetim yükümlülüğü bulunan kişiler tarafından,
- e) Kamu görevinin veya hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle,

işlenmesi hâlinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza yarı oranında artırılır.

(4) Cinsel istismarın, birinci fıkranın (a) bendindeki çocuklara karşı cebir veya tehditle ya da (b) bendindeki çocuklara karşı silah kullanmak suretiyle gerçekleştirilmesi hâlinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza yarı oranında artırılır.

(5) Cinsel istismar için başvuru olan cebir ve şiddetin kasten yaralama suçunun ağır neticelerine neden olması hâlinde, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır.

6) Suçun mağdurun bitkisel hayata girmesine veya ölümüne neden olması durumunda, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükmolunur.

MADDENİN YORUMU :

Bazı yasaların tercihini yeni yasa da kabul etmiş ve çocuklara karşı işlenebilen cinsel suçlara, çocukların cinsel istismarı adını vermiştir.

Çocuk deyimi için yasanın 6 ncı maddesindeki tanım geçerlidir. Bu tanıma göre, 18 yaşını bitirmemiş kişiler bu kapsamda yer alır.

Maddede cinsel istismar tanımlanmıştır. Bu tanımlama içinde, iki değişik yaş grubu dikkati çekmektedir. Bunlar, 0-15 ile 15-18 yaş gruplarıdır. Bu gruplarla ilgili olarak yasa koyucu farklı sonuçlar öngörmüştür.

0-15 yaş grubu için her türlü cinsel davranış, cinsel istismar olarak değerlendirilir.

15-18 yaş grubu için ise, cebir, tehdit, hile gibi iradeyi etkileyen nedenlerle işlenen cinsel fiiller, cinsel istismar oluşturur. Bunun istisnası vardır : 15 yaşını tamamlamış olmakla birlikte, fiilin anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan çocuklara karşı davranışlarda, iradeyi etkileyen nedenler olmasa bile, cinsel istismar vardır. Yasanın bu sonucu, belirttiği kavramla uyum içindedir, çünkü bu kişilerin algılama yeteneği gelişmediği içindir ki, cebir ve şiddet ya da hile gibi etkenleri anlamaktan uzaktırlar.

Konuyla ilgili olarak, maddede, fiilin “hukuki “anlam “ını algılamadan söz edilmesi doğru değildir. Çocuk, fiilin hukuki anlamını algılamaz, fiilin cinsel nitelik ve amacını algılayabilir ya da yetenek eksikliği nedeniyle algılayamaz.

6545 sayılı Yasa birinci fıkraya iki hüküm eklemiştir.Bunlar şunlardır:

1. Cinsel istismarın sarkıntılık düzeyinde kalması hâlinde üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası verilir.

Bu cümlede ifade edilen fiil sarkıntılıktır. Sarkıntılık, önceki TCK'nın 421 inci maddesinde suç olarak düzenlenmişti. Yeni TCK bu suçu kaldırmıştı. Yeni 103 üncü madde bu suçta yer vermektedir. Yasa koyucunun yaklaşımına göre, yukarıda yer verdiğim cümlede sarkıntılık kişinin cinsel özgürlüğüne bir saldırı olarak kabul edilmekte ve cezalandırılmaktadır. Sarkıntılık, cinsel davranışlarla bir kimsenin vücut dokunulmazlığını ihlâl etmeye oranla daha hafif bir fiildir. Ancak yine de bir saldırıdır.

Öte yandan önceki TCK'da sarkıntılık ayrı bir maddede (m.421) suç olarak düzenlendiğinde, Türk pozitif hukukunda

cinsel taciz suçu yoktu. Yeni TCK 105 nci maddede bu suçu düzenledi(bu hüküm ilgili bölümde incelenmektedir). Durum böyle olunca, cinsel suçlar sistematüğinde suçlar ağırdan hafife doğru şöyle sıralanmaktaydı. Irza geçme-ırza tasaddi-cinsel taciz. Son değışiklikle ırza tasaddi ile cinsel taciz arasına sarkıntılık girmiş oldu. Son skala şöyle oluştu: ırza geçme-ırza tasaddi-sarkıntılık-cinsel taciz.

103 üncü madde çocuk istismarına sarkıntılık kavramını getirince, sarkıntılık ile çocuk istismarı kavramlarını temellendirmek ve bunlara açıklık getirmek hemen hemen imkansız olacaktır.

Bu nedenlerle yasa koyucunun yeni 103 üncü maddenin 1 inci fıkrasında sarkıntılık suçunu düzenlemesi doğru bir tercih değildir. Türk uygulaması yeni TCK'nın 2005 yılında yürürlüğe girmesinden sonra, çocuk istismarı kavramını oturtmaya zorlanırken, araya bir de sarkıntılık kavramının konulması, yargılama sırasında fiillerin nitelenmesinde büyük bir zorluk yaratacaktır. Bu kez olayları çocuk istismarı-çocuğa sarkıntılık- cinsel taciz üçgeninde değerlendirmek kolay olmayacaktır.

Ayrıca sarkıntılık için maddede öngörülen hapis cezası 3-8 yıldır. Oysa 105 nci maddede cinsel tacizin cezası 3 ay-2 yıl haptir. Ayrıca 105 nci maddenin uygulaması şikayete tabidir. Bu sonuçlar dikkate alındığında, bu açıdan da maddedeki düzenin ve temelin bozulduğı ortaya çıkmaktadır.

Bu yorumları incelerken okuyucunun 105 nci maddede yaptığım açıklamaları, bu maddedeki açıklamalarla birlikte değerlendirmesinin faydalı olacağını belirtmek isterim.

Bu konudaki son sözüm şudur: Yasa koyucu 102 nci maddede sarkıntılık suçunu eklemekle hatalı davranmıştır. Hukukta iyi norm uygulamanın önünü açar, kötü norm ise iyi çözümlere engel olur.

Maddenin 1 inci fıkrasına eklenen diğerk hüküm şöyledir:

2. Sarkıntılık düzeyinde kalmış suçun failinin çocuk ol-

ması hâlinde soruşturma ve kovuşturma yapılması mağdurun, velisinin veya vasisinin şikâyetine bağlıdır.

Yasa koyucu bu varsayımda sarkıntılık suçunun failinin çocuk olması halinde, suçu takibi şikâyete tabi bir suç olarak öngörmektedir. Bu sonuç, çocuk failler için bir atfet olarak nitelenebilir.

Maddenin ikinci fıkrasında sözü edilen çocuklara karşı irza tecavüz halleri için, vücuda organ ya da sair cisim sokulması konusunda, 102 nci maddede yaptığım eleştiriler, burada da geçerlidir. 6545 sayılı yasa suçun cezasını artırmıştır.

Üçüncü fıkra6545 sayılı yasayla yeniden düzenlenmiştir. Bazı kavramlar, ağırlatıcı neden olarak eklenmiştir.

Fıkranın bütünü ile dikkate alındığında, yeni 102 nci madde ile paralellik taşımaktadır. Bu nedenle o madde altında yaptığım ilgili açıklamalara atıf yapmakla yetiniyorum.

Dördüncü fıkrada, cinsel istismarın, birinci fıkranın (a) bendindeki çocuklara karşı cebir veya tehdit kullanmak suretiyle gerçekleştirilmesi hâlinde, ayrı bir ağırlatıcı neden olarak düzenlenmiştir. Yasa koyucu, 0-15 yaş grubu içindeki çocuklara karşı her türlü cinsel davranışı cinsel istismar olarak kabul ettiği için, bu varsayımda failin fiilinde cebir veya tehdit söz konusu olduğunda, faili daha ağır biçimde cezalandırmak, suç ve ceza politikasına uygundur. Failin fiilinde cebir ve tehdidin birlikte bulunması aranmayacaktır. Yasa koyucu bunu “veya” sözcüğü ile açıklığa kavuşturmuştur.

6545 sayılı yasa fıkraya ek yapmıştır. Buna göre, (b) bendindeki çocuklara karşı silah kullanmak suretiyle gerçekleştirilmesi hâlinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza yarı oranında artırılacaktır. Silah terimini TCK'nın 6 ncı maddesi tanımlamıştır. Buna göre, silâh deyiminden;

1. Ateşli silâhlar,
2. Patlayıcı maddeler,

3. Saldırı ve savunmada kullanılmak üzere yapılmış her türlü kesici, delici veya bereleyici alet,
4. Saldırı ve savunma amacıyla yapılmış olmasa bile fiilen saldırı ve savunmada kullanılmaya elverişli diğer şeyler,
5. Yakıcı, aşındırıcı, yaralayıcı, boğucu, zehirleyici, sürekli hastalığa yol açıcı nükleer, radyoaktif, kimyasal, biyolojik maddeler,

Anlaşılır.

Maddeye konu suç bu araçlarla işlendiğinde, sözü geçen ağırlatıcı neden uygulanır.

Beşinci fıkrada yer alan, “Cinsel istismar için başvuru alan cebir ve şiddetin kasten yaralama suçunun ağır neticelerine neden olması hâlinde, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır. “biçimindeki düzenleme, cinsel saldırı suçlarına konu olan 102 nci maddedeki düzenleme ile paralellik taşımaktadır. 102 nci maddedeki açıklamalar ve yorumlar okunmalıdır.

Altıncı fıkrada, suçun sonucunda mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması hâli, bir ağırlatıcı neden olarak düzenlenmiştir. Bu fıkranın yorumu ile ilgili olarak, 102 nci maddedeki açıklamalar geçerlidir.

Altıncı fıkrada, suçun mağdurun bitkisel hayata girmesine veya ölümüne neden olması da bir ağırlatıcı nedendir. Teknik ceza hukuku yaklaşımı ile bu şıkta netice sebebiyle ağırlaşmış suç söz konusudur. Bu nedenle bu kavramın sonuçlarına tabidir. Bu kavram da 102 nci maddede işlenmiştir.

6545 sayılı Yasa, önceki yasanın 6 ncı fıkrasında yer alan, suçun sonucunda mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması hâlini kapsayan ağırlatıcı nedenikaldır. Bu hükmün yorumu ile ilgili olarak, 102 nci maddede açıklamalar yapmıştım; yollama yapmakla yetiniyorum.

YARGITAY UYGULAMASI :

Daire:14 **Tarih:**2015 **Esas No:**2015/2261 **Karar No:**2015/6685

....

Dosyada bulunan CD içerisindeki görüntüler ile bu görüntülere ilişkin düzenlenen görüntü inceleme tutanağı, bilirkişi raporu, tanıklar Mesut, Mustafa ve Ergin'in beyanları ve tüm dosya kapsamından; sanığın olay tarihinde parkta oturdukları sırada mağdurlara sarılmak, yüzlerini ve dudaklarını okşamak-öpmek, mağdurları omzuna yatırmak suretiyle gerçekleştirdiği cinsel istismar eylemlerinin sarkıntılık düzeyini aştığı, sanığın eylemlerinin ani ve kesik hareketler şeklinde olmayıp devamlılık arz eden eylemler niteliğinde olduğu ve bu haliyle sanığın mağdurlar Yusuf ve Samet'e yönelik eylemlerinin 6545 sayılı Kanunla değişik TCK'nın 103/1-1. cümlesinde düzenlenen çocuğun basit cinsel istismarı suçu kapsamında kaldığı gözetilmeden suç vasfının tayininde hataya düşülerek yazılı şekilde sarkıntılık suçundan hüküm kurulması,

Kanuna aykırı, sanık müdafii O Yer Cumhuriyet Savcısı ile katılan mağdurlar Yusuf ve Samet vekillerinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görüldüğünden, hükümlerin 5320 sayılı Kanununun 8/1. maddesi gözetilerek 1412 sayılı CMUK'nın 321. maddesi uyarınca BOZULMASINA, 25.05.2015 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

Daire:CGK **Tarih:**2014 **Esas No:** 2013/14-384 **Karar No:** 2014/2

Sanık Hüseyin Gezerin çocuğun cinsel istismarı suçundan 2009 yılı Ağustos ayında gerçekleştirilen eylem için 5237 sayılı TCKnun 103/1-a, 103/3, 103/4, 103/6, 31/3 ve 62. maddeleri uyarınca 8 yıl 10 ay 20 gün hapis, 2010 yılı Şubat ayında gerçekleştirilen eylem için ise aynı kanunun 103/1-a, 103/3, 103/6, 31/3 ve 62. maddeleri uyarınca 8 yıl 4 ay hapis cezası ile cezalandırılmasına ilişkin, Boyabat Ağır Ceza Mahkemesince verilen 07.09.2011 gün ve 49-50 sayılı hükmün sanık ve müdafii tarafından temyiz edilmesi üzerine dosyayı inceleyen Yargıtay 14. Ceza Dairesince 02.11.2012 gün ve 11741-10626 sayı ile;

“...Yerinde görülmeyen sair temyiz itirazlarının reddine, ancak;

Dosya kapsamına göre, sanığın kardeşi olan mağdureye yönelik olarak 2009 yılı Ağustos ayı ve 2010 yılı Şubat ayında gerçekleştirdiği cinsel istismar eylemlerini, aynı suç işleme kararı kapsamında değişik zamanlarda gerçekleştirdiği ve her iki eylem arasında hukuki kesinti bulunmadığının anlaşılması karşısında, sanığın eylemlerinin zincirleme biçimde tek suç oluşturduğu gözetilerek tek suçtan tayin edilen cezasının zincirleme suç hükümlerine göre arttırılması yerine, her iki eyleminin ayrı suç oluşturduğunun kabulü ile sanığın iki ayrı suçtan cezalandırılması” isabetsizliğinden bozulmasına karar verilmiştir.

Yerel mahkeme ise 27.02.2013 gün ve 10-16 sayı ile;

“...Yargıtay Ceza Genel Kurulunun konuya ilişkin 2.3.1987 gün ve 341-84 sayılı ve 20.3.1995 gün ve 48-68 sayılı kararlarında; Öğretideki görüşlere yer verildikten sonra, aynı suç işleme kararından, yasanın aynı hükmünü birçok kez ihlal etme hususunda önceden kurulan bir plana yönelik genel bir niyetin anlaşılması gerektiği, bu bağlamda failin suçu işlemeyen önce bir plan yapmasının veya bu suça niyet etmesinin ve fakat fiili bir defada yapmak yerine kısımlara bölmeyi ve o surette gerçekleştirmeyi daha uygun görmesinin, hareketinin aynı nitelikteki ihlale yönelik öncekinin devamı olmasının ve tüm hareketleri, arasında subjektif bir bağlantı bulunmasının anlaşılması gerektiği kabul edilmiştir.

Aynı suç işleme kararının varlığı, olaysal olarak suçun işlenmesindeki özellikler, suçun işleniş biçimi, fiillerin işlendikleri yer ve işlenme zamanı, fiiller arasında geçen süre, mağdurların farklı olup olmadıkları, ihlal edilen değer ve yarar ile korunan değer ve yarar, olayların oluşum ve gelişimi ile tüm özellikleri değerlendirilerek belirlenecektir.

Yine yargısal kararlarda; suçların işlenme tarihleri arasında az veya çok bir zaman aralığı bulunması ya da suç mağdurları

rının birden fazla olması halinde teselsülü reddetmenin adalet ve hakkaniyete uygun bulunmayacağı genel bir kabul görmekte ise de, eylemler arasında 2-3 ay gibi, uzun sayılabilecek ve makul kabul edilemeyecek bir zaman aralığının bulunması halinde, suç işleme kararında birlikten söz edilemeyeceği kabul edilmiş, (CGKnun, 17.4.1995 gün ve 97-122 sayılı, 17.10.1988 gün ve 303-367 sayılı kararları) öğretide de, aradan geçen uzun sürenin aynı suç işleme kararının değil ortaya çıkan fırsatlardan yararlanma düşüncesinin sonucu olarak yorumlanması gerektiğine, iki ihlal arasında çok uzun bir zaman aralığı bulunmasının suç kararında birlik olmadığının karinesini teşkil edebileceğine değinilmiştir. (Önder- Erem - Danışman - Artuk) şeklinde konu açıklanmıştır” gerekçesiyle direnerek, sanığın ilk hükümdeki gibi, çocuğun cinsel istismarı suçundan iki kez cezalandırılmasına karar vermiştir.

Bu hüküm de sanık müdafii ve Cumhuriyet savcısı tarafından temyiz edilmesi üzerine Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının “bozma” istekli 07.05.2013 gün ve 135066 sayılı tebliğnamesi ile Yargıtay Birinci Başkanlığına gönderilen dosya, Ceza Genel Kurulunca değerlendirilmiş ve açıklanan gerekçelerle karara bağlanmıştır.

TÜRK MİLLETİ ADINA CEZA GENEL KURULU KARARI

İnceleme, sanık Hüseyin Gezer hakkında kurulan hükümlerle sınırlı olarak yapılmıştır.

Eylemlerin sübutu ve nitelendirilmesine ilişkin bir uyuşmazlık ve dosya kapsamı itibariyle bu kabulde herhangi bir isabetsizlik bulunmayan somut olayda, Özel Daire ile yerel mahkeme arasında oluşan ve Ceza Genel Kurulunca çözümlenmesi gereken uyuşmazlık; katılana karşı 2009 yılı Ağustos ile 2010 yılı Şubat aylarında cinsel istismar suçunu işlemiş olan sanık hakkında 5237 sayılı TCKnun 43. maddesinde düzenlenmiş olan zincirleme suç hükümlerinin uygulanma şartlarının bulunup bulunmadığının belirlenmesine ilişkindir.

İncelenen dosya kapsamından;

Sanığın, yatılı bölge ilköğretim okulunda 5. sınıf öğrencisi olan kız kardeşi katılana yönelik olarak ilk defa 2009 yılı Ağustos ayında cebir ve şiddet kullanmak suretiyle basit cinsel istismar suçunu işlediği, ikinci olarak da 2010 yılı ara tatilinde eve gelen katılana karşı Şubat ayında basit istismar suçunu işlediği, savcılık ve sorguda suçunu kabul eden sanığın, yargılama aşamasında suçlamayı kabul etmediği, yatılı bölge ilköğretim okulu öğrencisi olan katılanın ayda bir izinli olarak gelip, üç gün evde kaldığı, bunun dışındaki zamanlarda okulda yatılı olarak bulunduğu anlaşılmaktadır.

5237 sayılı TCK'na hakim olan ilke gerçek içtimadır. Bunun sonucu olarak, "kaç fiil varsa o kadar suç, kaç suç varsa o kadar ceza" söz konusu olacaktır. Nitekim bu husus Adalet Komisyonu raporunda da; "Ceza hukukunun temel kurallarından birisi, 'kaç fiil varsa o kadar suç, kaç suç varsa o kadar ceza vardır' şeklinde ifade edilmektedir. Bunun istisnaları, suçların içtimaı bölümünde belirlenmiştir. Bu istisnalar dışında, işlenen her bir suçla ilgili olarak ayrı ayrı cezaya hükmedilecektir. Böylece verilen her bir ceza, bağımsızlığını koruyacaktır" şeklinde ifade edilmiştir. Bu kuralın istisnalarına ise, 5237 sayılı TCK'nun "suçların içtimaı" bölümünde, 42 (bileşik suç), 43 (zincirleme suç) ve 44. (fikri içtima) maddelerinde yer verilmiştir.

Zincirleme suç, 765 sayılı TCKnun 80. maddesinde; "Bir suç işlemek kararının icrası cümlesinden olarak kanunun aynı hükmünün bir kaç defa ihlal edilmesi, muhtelif zamanlarda vaki olsa bile bir suç sayılır" şeklinde hüküm altına alınmışken, 5237 sayılı TCKnun 43. maddesinin birinci fıkrasının konumuza ilişkin ilk cümlesinde; "Bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda bir kişiye karşı aynı suçun birden fazla işlenmesi durumunda, bir cezaya hükmedilir" biçiminde düzenlenmiştir.

5237 sayılı TCKnun 43/1. maddesinde düzenlenen zincirleme suç hükümlerinin uygulanabilmesi için,

- a- Aynı suçun değişik zamanlarda birden fazla işlenmesi,
- b- İşlenen suçların mağdurlarının aynı kişi olması,
- c- Bu suçların aynı suç işleme kararı altında işlenmesi gerekmektedir.

Uyuşmazlığa konu olayda, çocuğun cinsel istismarı suçunu oluşturduğu kabul edilen eylemlerin değişik zamanlarda gerçekleştirilmesi ve suçların mağdurunun aynı olması şartlarının mevcut olduğu konusunda bir tereddüt bulunmaması nedeniyle, zincirleme suç hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağına belirlenmesi açısından, (c) bendinde yer alan “suçların aynı suç işleme kararı altında işlenmesi”ne ilişkin şartın gerçekleşip gerçekleşmediği üzerinde durulmalıdır.

Aynı suç işleme kararı altında suç işlenmesi her biri ayrı ayrı suç teşkil eden fiilleri birbirine bağlayan ve olaya zincirleme suç özelliğini veren subjektif bir bağdır. Sanığın çıkan fırsatlardan yararlanmak suretiyle suç işlediği ya da suç işleme kararının yenilendiği durumlarda aynı suç işleme kararından söz edilemeyeceğinden, zincirleme suç hükümleri uygulanmayacaktır.

Zincirleme suçtan söz edebilmek için failin, başlangıçta genel bir niyet ve suç işleme kararı ile aynı suçu aynı mağdura karşı birden fazla kez işlemesi gerekmektedir. Buna göre “suç işleme konusunda tek kararı” olmayıp, ikinci eylemde suç işleme kararı yenilenmiş ise her bir fiil bağımsız suç olarak kabul edilecek ve zincirleme suç söz konusu olmayacaktır. Sanığın iç dünyasına ilişkin olan bu gereklilik subjektif bir şart olup, mahkemelerce denetime imkan sağlayacak şekilde tespit edilerek karara yansıtılması gerekecektir.

Ceza Genel Kurulunun konuya ilişkin 03.12.2013 gün ve 1475-577, 30.05.2006 gün ve 173-145, 08.07.2003 gün ve 189-207, 13.10.1998 gün ve 205-304, 20.03.1995 gün ve 48-68 ile 02.03.1987 gün ve 341-84 sayılı kararlarında “aynı suç işleme kararı” kavramından, kanunun aynı hükmünü birçok kez ihlal etme hususunda önceden kurulan bir plan, genel bir niyetin

anlaşılması gerektiği, bu bağlamda failin suçu işlemeyen önce bir plan yapmasının veya bu suça niyet etmesinin, fakat fiili bir defada yapmak yerine, kısımlara bölmeyi ve o surette gerçekleştirmeyi daha uygun görmesinin, hareketinin önceki hareketinin devamı olmasının ve tüm hareketleri arasında subjektif bir bağlantı bulunmasının anlaşılması gerektiği kabul edilmiş, ilk eylemle ikinci eylem arasında makul sayılamayacak uzunca bir sürenin geçmesinin, sanığın aynı suç işleme kararıyla değil, çıkan fırsatlardan yararlanmak suretiyle suçu işlediğini gösterdiği belirtilmiştir.

Öğretide ise aynı suç işleme kararının, kanunun aynı hükmünü müteaddit defa ihlal etmek hususunda önceden kurulan bir plan ve genel bir niyet anlamında bulunduğu (Sulhi Dönmezer-Sahir Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza hukuku, Beta Basım Yayım, 14. bası, İstanbul, 1997, s.528 vd), çok genel bir birliğin, genel bir saik birliği sonucuna götüreceği, saik birliğinin, kararda birliği meydana getiremeyeceği, suç saiki, niyeti, amacı ile kararının karıştırılmaması gerektiği, yine fırsat çıktığı zaman suç işlemek için verilen genel bir kararın, müteselsil suçun bu subjektif şartını oluşturmayacağı (Türkan Yalçın Sancar, Mütesessil Suç, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1995, s.70 vd), failin çıkacak her fırsattan yararlanmak hususunda genel ve soyut bir kararının varlığının aynı suç işleme kararının kabulünü gerektirmeyeceği (Kayıhan İçel, Suçların İçtimai, İstanbul, 1972, s. 136-137; Mahmut Koca-İlhan Üzülmöz, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınevi, 6. bası, Ankara, 2013, s. 490), kanunda kullanılan karar tabirinden anlaşılması gerekenin, failin daha baştan itibaren birden fazla suçu kısım kısım işlemeye yönelik tasavvuru olduğu, önceden bir plan yapmış, niyetini oluşturmuş, fakat bunu bir defada gerçekleştireceği yerde, kısımlara bölmeyi ve o suretle gerçekleştirmeyi daha uygun görmüş ve bu plana göre hareket etmiş olduğu için zincirleme suçun kabul edildiği (Hakan Hakeri, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011, s.507), zincirleme suç halinde failin somut fiile ve fiillerin bütününe yönelik olmak üzere iki iradesinden söz edilebileceği, zincirleme suç işlemeye yönelik iradenin, yani bir suç işleme kararının

her bir suçla ilişkin kasıttan önce geldiği (Hamide Zafer, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Beta Yayıncılık, 3. Bası, İstanbul, 2013, s. 475), zincirleme suçun sübjektif şartının bir suç işleme kararının icrası kapsamında işlenen suçlar arasında manevi bir bağ bulunması olduğu (İzzet Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınevi, 9. bası, Ankara, 2013, s. 553), suçların işleniş biçimindeki benzerlik, aynı türden fırsatları değerlendirme, suçla korunan hukuki değer, hareketin yöneldiği maddi konunun nitelik ve başkalıkları ve suçlar arasındaki zaman aralığı gibi dışa yansıyan veri ve davranışlardan yararlanılarak tespit edilecek olan bir suç işleme kararının kanunun aynı hükmünü ihlal etmek hususundaki failin genel planı olduğu (Mehmet Emin Artuk-Ahmet Gökçen-Caner Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, 7. Bası, Ankara, 2013, s. 645-646) görüşleri ileri sürülmüştür.

Suç kastından daha geniş bir anlamı içeren suç işleme kararı, suç kastından daha önce gelen genel bir karar ve niyeti ifade eder. Önce suç işleme kararı verilir ve bundan sonra bu genel kararın icrası farklı zamanlardaki suçlarla gerçekleştirilir. Kararın gerçekleştirilmesi için gerekli suçların herbirinde ayrı suç kastları, bir başka deyişle bir suç için gerekli olan maddi ve manevi unsurlar ayrı ayrı yer alır. Böylece suç işleme kararı denilen genel plan, niyet veya karar, zinciri oluşturan ve her biri birbirinden bağımsız olan suçları birbirine bağlayan ortak bir zemini oluşturur.

Suç işleme kararının yenilenip yenilenmediği, birden çok suçun aynı karara dayanıp dayanmadığı, aynı zamanda suçlar arasındaki süre ile de ilgilidir. İşlenen suçların arasında kısa zaman aralıklarının olması suç işleme kararında birlik olduğuna; uzun zaman aralıklarının olması ise suç işleme kararında birlik olmadığına karine teşkil edebilir. Yine de çeşitli suçlar arasında az veya çok uzun zaman aralığının var olması, bu suçların aynı suç işleme kararının etkisi altında işlendiğini ya da işlenmediğini her zaman göstermez. Diğer bir anlatımla, sürenin uzunluğu kararın yenilendiğini düşündürebileceği gibi, kısalığı da her zaman kararın yürürlükte olduğunu göstermeyebilir. Diğer

tarafından, hukuki veya fiili kesintiler olduğunda farklı değerlendirilmeler yapılacaktır. Ancak bu değerlendirme her olayda ayrı ayrı ve diğer şartlar da dikkate alınarak yapılmalıdır. Bu nedenle, başlangıçta belirli bir süre geçince suç işleme kararı yenilenmiş ya da değişmiş olur demek, soyut ve delillerden kopuk bir değerlendirme olacaktır. Failin iç dünyasını ilgilendiren bu kararın varlığının her olayın özelliğine göre suçun işleniş biçimi, suçun işlenmesindeki özellikler, fiillerin işlendikleri yer ve işlenme zamanı, fiiller arasında geçen süre, korunan değer ve yarar, hareketin yöneldiği maddi konunun niteliği, olayların oluşum ve gelişimi ile dış dünyaya yansıyan diğer tüm özellikler değerlendirilerek belirlenmesi gerekecektir.

Görüldüğü üzere, zincirleme suçun oluşumu için işlenen suçlar arasında ne kadar zaman geçmesi gerektiği konusunda genel ve mutlak bir kural koymak mümkün olmadığından, hangi süre içerisinde işlenirse işlensin, işlenen suç başlangıçtaki genel niyete veya suç işleme konusundaki tek karara dayanıyor ise zincirleme suç hükümleri uygulanacak, ancak işlenen suç failin yeni bir suç işleme kararına dayanıyorsa artık zincirleme suç söz konusu olmayacaktır.

Bu açıklamalar ışığında uyuşmazlık konusu değerlendirildiğinde;

Sanığın, yatılı bölge ilköğretim okulunda 5. sınıf öğrencisi olan ve ayda bir defa üç gün süreyle izinli olarak eve gelip kalan kız kardeşi katılana yönelik olarak ilk defa 2009 yılı Ağustos ayında cebir ve şiddet kullanmak suretiyle basit cinsel istismar suçunu işlediği, ikinci olarak da 2010 yılı ara tatilinde Şubat ayında basit istismar suçunu işlediği sabit olan somut olayda, ilk eylemle ikinci eylem arasında geçen ve makul sayılamayacak olan yaklaşık 6 aylık uzunca bir süre, sanığın aynı suç işleme kararıyla değil, çıkan fırsatlardan yararlanmak suretiyle ikinci suçu işlediğini göstermektedir. Zira iki eylem arasında geçen 6 aylık sürede birden fazla kez eve gelerek kalan katılana karşı, sanığın herhangi bir eylem gerçekleştirmediği olması, aynı suç işleme kararı altında hareket etmediği anlamına gelmektedir.

Bu itibarla, sanığın aynı suç işleme kararıyla eylemleri gerçekleştirmedeğini ve somut olayda zincirleme suç hükümlerinin uygulanma şartlarının bulunmadığını kabul eden yerel mahkeme direnme kararı isabetli olup, onanmasına karar verilmelidir.

Çoğunluk görüşüne katılmayan on üç Genel Kurul Üyesi; “sanığın aynı suç işleme kararı altında eylemlerini gerçekleştirdiği, dolayısıyla yerel mahkeme direnme kararının bozulması gerektiği” görüşüyle karşı oy kullanmışlardır.

SONUÇ :

Açıklanan nedenlerle;

- 1- Usul ve kanuna uygun bulunan Boyabat Ağır Ceza Mahkemesinin 27.02.2013 gün ve 10-16 sayılı direnme hükmünün ONANMASINA,
- 2- Dosyanın, mahalline gönderilmek üzere Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına TEVDİNE, 24.12.2013 günü yapılan birinci müzakerede yeterli çoğunluk sağlanamadığından, 14.01.2014 günü yapılan ikinci müzakerede oyçokluğuyla karar verildi.

Daire: CGK Tarih: 2014 Esas No: 2013/14-812 Karar No: 2014/130

Sanık Y.S.’nin çocuğun cinsel istismarı suçundan 5237 sayılı TCK’nun 103/2, 43 ve 62. maddeleri uyarınca 8 yıl 4 ay hapis, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan ise aynı kanunun 109/1, 109/3-f, 109/5 ve 62. maddeleri uyarınca 2 yıl 6 ay hapis cezası ile cezalandırılmasına ilişkin, Çanakkale Ağır Ceza Mahkemesince verilen 10.02.2009 gün ve 428-39 sayılı hükmün sanık müdafii tarafından temyiz edilmesi üzerine dosyayı inceleyen Yargıtay 14. Ceza Dairesince 16.04.2013 gün ve 10590-4554 sayı ile;

“Nüfus kaydına göre 25.12.1991 doğumlu olup suç tarihinde 15 yaş içerisinde olan ve henüz bu yaşı ikmal etmeyen

mağdure ile sanığın anlaşarak birlikte kaçıp sanığın Çanakkale ilindeki evinde yaklaşık 5 gün birlikte yaşadıkları, burada sanık ile mağdurenin kendi istekleri ile sanıkla birden fazla ilişkiye girdikleri, daha sonra resmi olarak evlendikleri, iki tane çocuklarının olduğu ve evliliğin de halen devam ettiği olayda; sanığın, mağdurenin kendisine 17 yaşında olduğunu söylediğini ve bu nedenle onu 17 yaşında bildiğini, mağdurenin annesi müştekinin de kızının gerçekte 17 yaşında olduğunu, ancak nüfusa küçük yazdırıldığını beyan etmeleri, Adli Tıp Kurumunun kimi raporlarında bazen hormon gelişimi ve beslenme gibi nedenlerle kemik yaşının kayıtlı yaşından farklılık gösterebileceği belirtilmesi karşısında, TCK'nun 30. maddesi hükümlerine göre hata halinin mevcut olup olmadığının tespiti için mağdurenin suç tarihi itibarıyla görünüm olarak 15 yaşından küçük olduğunun anlaşılıp anlaşılamayacağı, içinde buldukları sosyal ve kültürel durumları da dikkate alınarak sanığın mağdurenin yaşı konusunda hataya düşmesinin mümkün olup olmadığı araştırılarak mahkemenin dosyadaki tüm verilerle birlikte kendi gözlemini de tespit edip, gerekirse bu konuda bilirkişi incelemesi de yaptırılmak suretiyle tüm deliller birlikte değerlendirilerek sonucuna göre sanığın hukuki durumunun tayin ve takdiri gerekirken eksik incelemeyle yazılı şekilde hüküm kurulması" isabetsizliğinden bozulmasına karar verilmiştir.

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı ise 20.06.2013 gün ve 158380 sayılı ile;

"...Sanığın mağdurenin yaşını 17 olarak bildiğine ilişkin savunmasının, mağdurenin yaşına itiraz olarak değerlendirilebileceği, ancak mağdurenin 15 yaşını doldurmadığı ve kaçınılmaz bir hatanın da söz konusu olmadığı olayda TCK'nun 30. maddesindeki hata hallerinin mevcut olmadığı, Yüksek 14. Ceza Dairesinin uygulamaları incelendiğinde; 15 yaşından küçük mağdureler ile rızasıyla cinsel ilişkide bulunan ancak bilahare mağdure ile resmi evlilik yapan veya birlikte yaşamaya devam eden ve ortak çocukları olan sanıklar ile alakalı davalarda, mağdurenin görünüm itibarıyla 15 yaşından küçük ol-

duğunun anlaşılıp anlaşılamayacağı hususunun, TCK'nun 30. maddesi bağlamında değerlendirilmesi gerektiğinden bahisle bozma kararları verildiği görülmektedir. 765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunundaki 434. madde benzeri bir düzenlemenin 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda bulunmaması karşısında, aile birliğini sağlamaya matuf bir uygulamanın hukuki olmaktan ziyade vicdani olarak değerlendirildiği kanaati uyandırmaktadır. Aynı durumda olup da resmi evlilik gerçekleştirmeyen sanıklar yönünden haksızlık oluşturabilecek bu uygulama, cinsel saldırı veya çocukların cinsel istismarı suçunu cebir veya tehdit ile gerçekleştiren sanıklar açısından da uygulanabilirliği düşünüldüğünde, bu nitelikteki suçları işleyenlerin daha az ceza almaları veya eylemlerinin şikayete bağlı suça dönüşme ihtimali karşısında, adaletsiz ve kamu vicdanını zedeleyen kararların verilmesine yol açabileceği düşünülmektedir" görüşüyle itiraz kanun yoluna başvurmuştur.

5271 sayılı CMK'nun 308. maddesi uyarınca inceleme yapan Yargıtay 14. Ceza Dairesince 23.10.2013 gün ve 7149-10541 sayı ile, itiraz nedenlerinin yerinde görülmediğinden bahisle Yargıtay Birinci Başkanlığına gönderilen dosya, Ceza Genel Kurulunca değerlendirilmiş ve açıklanan gerekçelerle karara bağlanmıştır.

TÜRK MİLLETİ ADINA CEZA GENEL KURULU KARARI

Özel Daire ile Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı arasında oluşan ve Ceza Genel Kurulunca çözümlenmesi gereken uyuşmazlık; sanık hakkında 5237 sayılı TCK'nun 30. maddesinde düzenlenmiş olan hata halinin uygulanma imkânının bulunup bulunmadığı ve bu bağlamda eksik araştırma ile hüküm kurulup kurulmadığının belirlenmesine ilişkindir.

İncelenen dosya kapsamından;

Nüfus kayıtlarına göre mağdurenin 25.12.1991 doğumlu olduğu,

Adli Tıp Kurumu 6. İhtisas Kurulunun 21.05.2008 günlü raporunda, mağdurenin 11.03.2006 olan suç tarihi itibariyle on beş yaş içerisinde olduğu ve on beş yaşını bitirmediği görüşüne yer verildiği,

Mahkeme heyetince 09.11.2006 günlü duruşmada gözlemlenen mağdurenin, görünüş itibariyle 15-16 yaşlarında olduğunun belirtildiği,

Sanığın aşamalarda özetle; mağdure ile arkadaşlıklarının iki yıldır devam ettiğini, evlenmeyi düşündükleri için birlikte kaçtıklarını, mağdurenin rızası ile cinsel ilişkiye girdiklerini, daha sonra düğün yaparak evlendiklerini, ancak mağdurenin yaşı küçük olduğu için nikah yapamadıklarını, aslında mağdurenin on yedi yaşında olduğunu, ailesinin nüfusa geç yazdırıldığını savunduğu,

Anlaşılmaktadır.

1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı TCK'nun "Hata" başlıklı 30. maddesi üç fıkra halinde;

"Fiilin icrası sırasında suçun kanunî tanımındaki maddî unsurları bilmeyen bir kimse, kasten hareket etmiş olmaz. Bu hata dolayısıyla taksirli sorumluluk hâli saklıdır.

Bir suçun daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli hâllerinin gerçekleştiği hususunda hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır.

Ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır" şeklinde düzenlenmiş iken, 08.07.2005 tarih ve 25869 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 5377 sayılı Kanununun 4. maddesi ile eklenen, "İşlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, cezalandırılmaz" biçimindeki dördüncü fıkra ile son halini almıştır.

Maddede çeşitli hata halleri düzenlenmiş olup, maddenin birinci fıkrasında suçun maddi unsurlarında hataya ilişkin hükme yer verilmiştir.

İkinci fıkra ile kişinin, suçun daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli hallerinin gerçekleştiği hususundaki hatasından yararlanması öngörülmüş, buna göre, kardeşi olduğunu bilmediği bir kişiyi öldüren fail, kasten öldürme suçunun nitelikli hallerinden olan kardeşini öldürmekten değil, kasten öldürmenin temel şeklinden sorumlu olacak, değersiz zannederek değerli bir kolyeyi çalan fail hakkında ise değer azlığı hükmü uygulanacaktır.

Üçüncü fıkrada, ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ait şartların gerçekleştiği konusunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişinin, bu hatasından yararlanacağı hüküm altına alınmış olup, fıkrada hem hukuka uygunluk sebebinin maddi şartlarında hata, hem de kusurluluğu etkileyen hata halleri düzenlenmiştir. Failin bu fıkra hükmünden yararlanabilmesi için, bulunduğu şartlar bakımından hatasının kaçınılmaz olması gerekmektedir.

Maddeye 5377 sayılı Kanun ile eklenen dördüncü fıkrada ise, kişinin işlediği fiilden dolayı kusurlu ve sorumlu tutulabilmesi için, bu fiilin bir haksızlık oluşturduğunu bilmesi gerektiği vurgulanmıştır. Buna göre fail, işlediği fiilin haksızlık oluşturduğu konusunda kaçınılmaz bir hataya düşmüşse, diğer bir ifadeyle, eyleminin hukuka aykırı olmadığı, haksızlık oluşturmadığı, meşru olduğu düşüncesiyle hareket etmişse ve bu yanılışı içinde bulunduğu şartlar bakımından kaçınılmaz nitelikte ise artık cezalandırılmayacaktır. Hatanın kaçınılmaz olduğunun belirlenmesinde, kişinin bilgi düzeyi, gördüğü eğitim, içinde bulunduğu sosyal ve kültürel çevre şartları göz önünde bulundurulacaktır.

Üçüncü ve dördüncü fıkraların uygulanması yönüyle kişinin kaçınılmaz bir hataya düşmesi şartı aranmakta olup, hatanın kaçınılabılır olması durumunda kişi kusurlu sayılacak, diğer bir ifadeyle fiilden dolayı sorumlu tutulacak, ancak bu hata temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınacaktır.

Uyuşmazlığa ilişkin olarak maddenin birinci fıkrasının daha ayrıntılı ele alınmasında fayda bulunmaktadır.

Maddenin birinci fıkrasının gerekçesinde; “Kast, suçun kanuni tanımındaki maddî unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir. Bu unsurlara ilişkin bilgisizlik, eksik veya yanlış bilgi sahibi olunması durumu ise, maddî unsurlarda hata olarak adlandırılır. Böyle bir hata kastın varlığına engel olur. Örneğin, kişi vestiyerden kendisinininki zannederek başkasının paltosunu alır. Keza, kişi gece karanlığında vahşi bir hayvan zannıyla hareketli bir cisme ateş eder. Ancak, gerçekte bu hareket eden cisim bir insandır ve dolayısıyla; bu insan ölür veya yaralanır. Örnek olarak verilen bu olaylarda failin bilgisi gerçeğe uysaydı; işlediği fiil haksızlık teşkil etmeyecekti. Bu nedenle hata hâlinde kasten işlenmiş bir suçtan söz etmek mümkün değildir.

Fıkırada ayrıca, maddî unsurlarda hata hâlinde, taksirle sorumluluğa ilişkin hükme yer verilmiştir. Buna göre, meydana gelen neticeye ilişkin olarak gerekli dikkat ve özen gösterilmiş olsaydı böyle bir netice ile karşılaşılmazdı şeklinde bir yargıya ulaşılabiliyorsa; taksirle işlenmiş bir suç söz konusu olur. Ancak bu durumda neticenin taksirle gerçekleştirilmesinin kanunda suç olarak tanımlanmış olması gerekir. Bu nedenle, kendisinin sanarak başkasının çantasını alan kişinin yanılığında taksirin varlığı kabul edilse bile; kanunda hırsızlık fiilinin ancak yararlanma kasdıyla işlenebileceği belirtildiği için; böyle bir olay dolayısıyla ceza sorumluluğu doğmayacaktır. Buna karşılık, av hayvanı zannederek gerçekte bir insana ateş edip onun ölümüne neden olan kişinin bu hatasında taksiri varsa, adam öldürme kanunda taksirle işlenen bir suç olarak da tanımlandığı için, böyle bir olayda fail, taksirle adam öldürme suçundan dolayı sorumlu tutulacaktır...” açıklamalarına yer verilmiştir.

Kast, suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesi olup, bu unsurlara ilişkin bilgisizlik, eksik ya da hatalı bilgi, maddi unsurlara ilişkin bir hatadır. Bu hatanın kastın varlığına engel olacak düzeyde bulunması halinde sanığa ceza verilmeyecektir. Suçun maddi unsurlarına ilişkin hata, eylemin suç teşkil etmesi için bulunması zorunlu

hususlara ilişkin bir yanılmadır. Maddenin birinci fıkrasının ikinci cümlesinde, hata dolayısıyla taksirli sorumluluk halinin saklı olduğu belirtildiğinden taksirle de işlenebilen bir suçun maddi unsurlarında tedbirsizlik ve dikkatsizlik sonucu hataya düşülmesi kusurluluğu ortadan kaldırmayacaktır. Örneğin, gerekli dikkat ve özeni göstermeden gece gördüğü karartıya av hayvanı olduğunu düşünerek ateş eden ve bir kişinin ölümüne neden olan fail, taksirle öldürmeden sorumlu olacaktır.

Öğretide bu konuya ilişkin olarak; “Şu halde suçun maddi unsurlarına ilişkin hata, eylemin suç teşkil etmesi için bulunması zorunlu hususlara ilişkin bir yanılmadır. Örneğin, arkadaşını ziyarete giden bir kimsenin, arkadaşının olduğu düşüncesiyle bir başkasının konutuna girmesi veyahut onbeş yaşını bitirmiş olan çocukla rızaen cinsel ilişkide bulunanın, mağdurun reşit olduğunu düşünerek bu eylemi gerçekleştirmesi.” (Artuk/Gökçen/Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, 7. Baskı, s. 522), “Failin suç tipindeki bir unsurda yanılması, bu suçun kasten işlenmesini engeller. Bu takdirde suç taksirle işlendiği takdirde cezalandırılabilen bir suç ise, sorumluluk taksirli suçtan dolayıcıdır.” (Hakan Hakeri, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, 12. Baskı, s. 362) şeklinde görüşlere yer verilmiştir.

Uyuşmazlığa konu olan “çocukların cinsel istismarı” suçu 5237 sayılı TCK’nun 103. maddesinde düzenlenmiş olup, maddenin ilk iki fıkrası;

“(1) Çocuğu cinsel yönden istismar eden kişi, üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Cinsel istismar deyiminden;

- a) Onbeş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukukî 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.

- (2) Cinsel istismarın vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi durumunda, sekiz yıldan onbeş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur." şeklindedir.

Suçun maddi unsurlarından birisi de mağdur olup, kanun koyucu 5237 sayılı TCK'nun 103. maddesinde üç grup mağdura yer vermiştir. Birincisi onbeş yaşını tamamlamamış olan çocuklar, ikincisi onbeş yaşını tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan çocuklar, üçüncüsü ise onbeş yaşını tamamlayıp onsekiz yaşını tamamlamamış olan çocuklardır. Birinci ve ikinci grupta yer alan çocuklara karşı cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir neden olmaksızın dahi gerçekleştirilen her türlü cinsel davranış istismar suçunu oluşturmakta, eylemin bu kişilere karşı cebir veya tehdit kullanılmak suretiyle gerçekleştirilmesi ise anılan maddenin dördüncü fıkrası uyarınca cezanın yarı oranında artırılmasını gerektirmektedir. Üçüncü grupta yer alan çocuklar yönüyle eylemin suç oluşturması için gerçekleştirilen cinsel davranışların cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Nitekim cebir, tehdit ve hile olmaksızın onbeş yaşını bitirmiş olan çocukla cinsel ilişkide bulunan kişi, anılan kanunun 103. maddesinde düzenlenmiş olan çocukların cinsel istismarı suçundan değil, şikayet üzerine 104. maddede düzenlenen reşit olmayanla cinsel ilişki suçundan cezalandırılacaktır.

Fail, cinsel ilişkide bulunduğu mağdurenin 15 yaşını doldurmadığı halde, 15 yaşını doldurduğu düşüncesiyle mağdure ile rızasıyla cinsel ilişkide bulunur ve şikayetçi olmayan mağdurenin yaşı konusundaki hatası esaslı, diğer bir ifadeyle kabul edilebilir bir hata olursa, bu takdirde fail 5237 sayılı TCK'nun 30. maddesinin birinci fıkrası uyarınca suçun maddi unsurlarından olan mağdurenin yaşına ilişkin bu hatasından yaralanacak, bunun sonucu olarak yüklenen suç açısından kasten hareket etmiş sayılmayacağından ve bu suçun taksirle işlenmesi hali kanunda cezalandırılmadığından 5271 sayılı CMK'nun 223. maddesinin ikinci fıkrasının (c) bendi gereğince beraatına karar verilmesi gerekecektir.

Suçun maddi unsurlarında hata hali faile ilişkin bir durum olduğundan, bu hususun fail veya müdafii tarafından ileri sürülmesi gerekmekte olup, kural olarak mahkemece suçun maddi unsurlarında hataya düşülüp düşülmediğine ilişkin bir araştırma yapılmayacaktır.

Bu bilgiler ışığında uyumsuzluk konusu değerlendirildiğinde;

Sanık aşamalarındaki savunmasında mağdurenin nüfusa küçük yazıldığını, normalde 17 yaşında olduğunu belirtmiş ise de, Adli Tıp Kurumunca düzenlenen raporda mağdurenin suç tarihi itibarıyla on beş yaşını bitirmediğinin ifade edilmiş olması ve mağdureyi gözlemleyen mahkemece de bu hususun teyit edilmiş bulunması karşısında, sanığın mağdurenin suç tarihinde on beş yaşından büyük olduğu yönündeki savunmasının kabulü mümkün değildir. Kaldı ki yaklaşık iki yıl süreyle mağdure ile arkadaşlık yapan sanığın mağdurenin gerçek yaşını bilmemesi hayatın olağan akışına da uygun değildir. Dolayısıyla mahkemece kendiliğinden araştırılması gereken bir husus olmadığı gibi, 5237 sayılı TCK'nun 30. maddesinde düzenlenmiş olan hata halinin uygulanma şartları da mevcut değildir.

Bu nedenle, yerel mahkemece, onbeş yaşını tamamlamamış olan mağdure ile rızasıyla cinsel ilişkide bulunan sanığın çocuğun cinsel istismarı ve kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçlarından cezalandırılmasına karar verilmesi isabetlidir.

Çoğunluk görüşüne katılmayan iki Genel Kurul Üyesi; itirazın reddine karar verilmesi gerektiği düşüncesiyle karşı oy kullanmışlardır.

SONUÇ:

Açıklanan nedenlerle;

- 1- Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı itirazının KABULÜNE,
- 2- Yargıtay 14. Ceza Dairesinin 16.04.2013 gün ve 10590-4554 sayılı bozma kararının KALDIRILMASINA,

- 3- Usul ve kanuna uygun olan Çanakkale Ağır Ceza Mahkemesinin 10.02.2009 gün ve 428-39 sayılı kararının ONANMASINA,
- 4- Dosyanın, mahalline gönderilmek üzere Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına TEVDİİNE, 11.03.2014 günü yapılan müzakerede oyçokluğuyla karar verildi.

Daire:2 Tarih:2014 Esas No:2013/37109 Karar No:2014/18594

Dosya incelenerek gereği düşünöldü:

- I- Konut dokunulmazlığını bozma suçundan kurulan hükme yönelik temyiz itirazlarının incelenmesinde;

Bozma sonrası yapılan duruşmaya, toplanan delillere, gerekçeye, hakimin kanaat ve takdirine göre temyiz itirazları yerinde olmadığından reddiyle hükmün istem gibi ONANMASINA,

- II- Cinsel taciz suçundan kurulan hükme yönelik temyiz itirazlarına gelince;

Bozma sonrası yapılan duruşmaya, toplanan delillere göre diğer temyiz itirazları yerinde görülmemiştir. Ancak;

İddia ve dosya içeriğine, katılan’ın aşamalarda anlatımlarına, oluşa ve kabule göre; suç tarihinde 17 yaşında olan katılan’den çok hoşlandığını söyleyerek, elini katılan’in omzuna atıp, sarılmaya teşebbüs eden sanığın eyleminin 5237 sayılı TCK.nun 103. maddesindeki cinsel istismar suçuna uyduğu gözetilmeden, suç vasfında yanılığa düşölerek sanığın cinsel taciz suçundan aynı Yasa’nın 105/1 maddesi uyarınca cezalandırılmasına karar verilmesi,

Bozmayı gerektirmiş, sanığın temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülmiş olduğundan hükmün bu sebeplerden dolayı 1412 sayılı CMUK.nun 326/son maddesi uyarınca önceki kazanılmış hak teşkil eden ceza miktarı gözetilmek suretiyle istem gibi BOZULMASINA, 01.07.2014 gününde oybirliğiyle karar verildi.

Daire:14 Tarih:2014 Esas No:2012/13510 Karar No:
2014/9894

Mağdureyi takip eden sanığın, mağdurenin peşinden apartmandan içeri girdikten sonra mağdurenin kafasını sağ kolunun altına alarak yanağından öpmesi, mağdurenin direnmesi ve annesinin gelmesi üzerine mağdureyi bırakarak olay yerinden kaçması şeklindeki ani nitelikteki, devamı bulunmayan, kesik biçimde gerçekleştirilen eyleminin hükümden sonra 28.06.2014 tarihinde yayımlanarak yürürlüğe giren 6545 sayılı Kanunla değişik 5237 sayılı TCK.nun 103/1. maddesi 2.cümlesindeki sarkıntılık düzeyinde kalan basit cinsel istismar suçunu oluşturduğunun anlaşılması karşısında 5237 sayılı TCK.nun 7/2. madde-fıkrasındaki “Suçun işlendiği 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 ve her iki kanuna ilgili uygulamanın, denetime imkan verecek şekilde kararda gösterilmesi suretiyle yeniden değerlendirilmesinde zorunluluk bulunması,

Daire:CGK Tarih:2014 Esas No:2013/14-797 Karar No:
2014/408

ÖZET : Sanık hakkında görülen dava çocuğun cinsel istismarı suçuna ilişkindir. 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. Bu sebeplerden dolayı mahkemece verilen karar doğru olmamıştır.

YARGITAY CEZA GENEL KURULU KARARI

Çocuğun cinsel istismarı suçundan sanık H. G.`ın 5237 sayılı TCK`nun 103/1-6, 62, 53 ve 63. maddeleri uyarınca 12 yıl 6 ay hapis cezası ile cezalandırılmasına, hak yoksunluğuna ve mahsuba ilişkin, Ankara 3. Ağır Ceza Mahkemesince verilen 07.12.2012 gün ve 80-529 sayılı hükmün, sanık müdafii tarafından temyiz edilmesi üzerine dosyayı inceleyen Yargıtay 14. Ceza Dairesince 04.07.2013 gün ve 2455-8564 sayı ile;

“... Sair temyiz itirazlarının reddine,

Ancak;

Mağdurenin ruh sağlığı yönünden Hacettepe Üniversitesi Çocuk Ruh Sağlığı ve Hastalıkları Anabilim Dalı tarafından 22.10.2012 tarihinde düzenlenen raporda, mağdurenin hangi suç nedeniyle ruh sağlığının bozulduğuna dair yeterince açıklık bulunmadığından TCK`nun 103/1. maddesine mümas çocuğun bacağına okşanması eyleminden dolayı mağdurenin ruh sağlığının bozulup bozulmadığına ilişkin olarak Adli Tıp Kurumunun ilgili ihtisas kurulundan görüş alınarak, sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken eksik tahkikatla yazılı şekilde hüküm kurulması...”,

İsabetsizliğinden bozulmasına karar verilmiştir.

Ankara 3. Ağır Ceza Mahkemesi ise 17.09.2013 gün ve 317-312 sayı ile;

“... Hacettepe Üniversitesi Tıp Fakültesi Hastanesine yazılan 19.04.2012 tarihli yazıda mağdurenin beden ve ruh sağlığının bozulup bozulmadığı hakkında rapor verilmesinin istenildiği, bu yazı ekinde dosya fotokopisinin gönderildiği, Hacettepe Üniversitesi Tıp fakültesi Hastanesi tarafından tanzim edilen 22.10.2012 tarihli raporun 3. paragrafında olayın `sanık H. G.`ın arabada mağdurenin bacağına okşadığı, kendisini baraja çay içmeye götüreceğini söylediği, bunun üzerine cep telefonu ile babasını aramasından şüphelinin rahatsız olup kendisini yolda bıraktığı, yakındaki bir evden yardım isteyip

babasına yerini tarif ettiği bilgisi alındığı` şeklinde tarif edildiği, yani raporun 15 yaşından küçük mağdurenin bacağına okşanması nedeniyle verildiğinin rapor içeriğinden anlaşıldığı, bu nedenle Yargıtay bozma ilamında belirtilen çocuğun bacağına okşanması eyleminden olayı mağdurenin ruh sağlığının bozulup bozulmadığına ilişkin Adli Tıp Kurumu İlgili İhtisas Kurulu`ndan görüş alınmasını gerektirecek bir nedenin bulunmadığı...”,

Gerekçesiyle direnerek sanığın ilk hükümdeki gibi cezalandırılmasına karar vermiştir.

Bu hükmün de sanık müdafii tarafından temyiz edilmesi üzerine Yargıtay C. Başsavcılığının 21.11.2013 gün ve 351328 sayılı “onama” istekli tebliğnamesi ile Yargıtay Birinci Başkanlığına gönderilen dosya, Ceza Genel Kurulunca değerlendirilmiş ve açıklanan gerekçelerle karara bağlanmıştır:

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan yerel mahkemece kurulan mahkumiyet hükmü Özel Dairece onanmak suretiyle kesinleştiğinden inceleme, çocuğun cinsel istismarı suçuyla sınırlı olarak yapılmıştır.

Sanığın çocuğun cinsel istismarı suçundan cezalandırılmasına karar verilen somut olayda Özel Daire ile yerel mahkeme arasında oluşan ve Ceza Genel Kurulunca çözümlenmesi gereken uyuşmazlık; mağdurenin ruh sağlığı yönünden Hacettepe Üniversitesi Çocuk Ruh Sağlığı ve Hastalıkları Anabilim Dalı tarafından 22.10.2012 tarihinde düzenlenen raporun hüküm kurmak açısından yeterli olup olmadığı, bu bağlamda mağdurenin ruh sağlığının bozulup bozulmadığı ile ilgili olarak Adli Tıp Kurumunun ilgili ihtisas kurulundan görüş alınmasına gerek olup olmadığının belirlenmesine ilişkin ise de, yerel mahkeme direnme kararından sonra 5237 sayılı TCK`nun 103. maddesinde 6545 sayılı Kanunla yapılan değişikliğin öncelikle değerlendirilmesi gerekmektedir.

18.12.1998 doğumlu olan katılan D. B.`ın babasıyla birlikte iş yapması ve olaydan önce zaman zaman evlerine gelmesi

nedeniyle sanığı tanıdığı, 07.01.2011 tarihinde markete gitmek üzere evden çıkan katılanın yolda yalnız yürüdüğü sırada sanığın aracıyla yanında durup “seni baban çağırıyor, seni babanın yanına götüreceğim” dediği, sanığın daha önce evlerine bir kaç kez gelip gitmesi nedeniyle sanığı tanıyan katılan Derya`nın araca bindiği, bir süre gittikten sonra aracın farklı bir istikamete gittiğini gören katılanın nereye gittiklerini sorduğu, sanığın aracın gazının bittiğini söylediği, katılanın sanığın verdiği sigarayı almadığı ve cep telefonu ile babasını aramak istediği, ancak sanığın onun elindeki telefonu alıp, babasını aramasını engellediği ve akabinde katılanın bacaklarını okşadığı, daha sonra bir fırsatını bulan katılanın araçtan indiği ve yakında bulunan S. D. isimli kadının evine sığındığı, buradan babasını arayarak sanığın kendisini kaçırdığını söylediği, bu durum üzerine katılanın babası Yusuf ve tanık olarak dinlenen O. A.`ün katılan Derya`nın bulunduğu yere gittikleri ve kendisini aldıkları, tanık ve katılan Yusuf`un sanığın evine giderek olayı sorduklarında sanığın gülerek “ne olmuş yani Çubuk Barajına çay içmeye götürüyordum” dediği,

Dr. Sami Ulus Kadın Doğum, Çocuk Sağlığı ve Hastalıkları Hastanesinde görevli üç çocuk ve ergen psikiyatrisi tarafından 19.01.2011 tarihinde düzenlenen raporda ise; mağdurenin yapılan değerlendirmeler ve psikiyatrik muayenesi neticesinde zihinsel ve duygusal gelişiminin olumsuz etkilendiği (ruh sağlığının bozulduğu) kanaatine varıldığı belirtilmiştir,

Hacettepe Üniversitesi Tıp Fakültesi Çocuk Ruh Sağlığı ve Hastalıkları Anabilim Dalı tarafından düzenlenen 22.10.2012 tarihli raporda ise; psikiyatrik ve psikometrik değerlendirmeler sonucunda mağdureye hafif dereceli zeka geriliği tanısı konulduğu, yaşadığı olay sonrası gelişen travma sonrası stres bozukluğu belirtilerinin bir kısmının halen devam ettiği, dolayısıyla yaşadığı olaydan dolayı ruh sağlığının bozulduğu tıbbi kanaatine varıldığı tespitine yer verildiği,

Anlaşılmaktadır.

5237 sayılı TCK`nın “Çocukların cinsel istismarı” başlıklı 103. maddesi;

“(1) Çocuğu cinsel yönden istismar eden kişi, üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. 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.

- (2) Cinsel istismarın vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi durumunda, sekiz yıldan onbeş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.
- (3) Cinsel istismarın üstsoy, ikinci veya üçüncü derecede kan hısmı, üvey baba, evlat edinen, vasi, eğitici, öğretici, bakıcı, sağlık hizmeti veren veya koruma ve gözetim yükümlülüğü bulunan diğer kişiler tarafından ya da hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle veya birden fazla kişi tarafından birlikte gerçekleştirilmesi hâlinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza yarı oranında artırılır.
- (4) Cinsel istismarın, birinci fıkranın (a) bendindeki çocuklara karşı cebir veya tehdit kullanmak suretiyle gerçekleştirilmesi halinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza yarı oranında artırılır.
- (5) Cinsel istismar için başvuru alan cebir ve şiddetin kasten yaralama suçunun ağır neticelerine neden olması halinde, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır.
- (6) Suçun sonucunda mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması halinde, onbeş yıldan az olmamak üzere hapis cezasına hükmolunur.
- (7) Suçun mağdurun bitkisel hayata girmesine veya ölümüne neden olması durumunda, ağırlaştırılmış müebbet hapis

cezasına hükmolunur” şeklinde iken, yerel mahkemenin direnme kararından sonra 28.06.2014 tarihli Resmi Gazete-
de yayımlanarak yürürlüğe giren 6545 sayılı Kanununun 59.
maddesi ile yapılan değişiklik sonucu;

“(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.

(2) Cinsel istismarın vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi durumunda, on altı yıldan aşağı olmamak üzere hapis cezasına hükmolunur.

(3) Suçun;

- a) Birden fazla kişi tarafından birlikte,
- b) İnsanların toplu olarak bir arada yaşama zorunluluğunda bulunduğu ortamların sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle,
- c) Üçüncü derece dâhil kan veya kayın hısımlığı ilişkisi içinde bulunan bir kişiye karşı ya da üvey baba, üvey ana, üvey kardeş veya evlat edinen tarafından,
- d) Vasi, eğitici, öğretici, bakıcı, koruyucu aile veya sağlık hiz-

meti veren ya da koruma, bakım veya gözetim yükümlülüğü bulunan kişiler tarafından,

- e) Kamu görevinin veya hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle,

işlenmesi hâlinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza yarı oranında artırılır.

- (4) Cinsel istismarın, birinci fıkranın (a) bendindeki çocuklara karşı cebir veya tehditle ya da (b) bendindeki çocuklara karşı silah kullanmak suretiyle gerçekleştirilmesi hâlinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza yarı oranında artırılır.

- (5) Cinsel istismar için başvuru alan cebir ve şiddetin kasten yaralama suçunun ağır neticelerine neden olması hâlinde, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır.

- (6) Suç sonucu mağdurun bitkisel hayata girmesi veya ölümü hâlinde, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükümlenir” biçiminde değiştirilmiştir.

Bu değişikliğe göre maddenin;

Birinci fıkrasında çocuğun cinsel istismarının müeyyidesi 3 yıldan 8 yıla kadar hapis iken bu ceza 8 yıldan 15 yıla kadar hapis cezasına çıkartılmış, fıkraya; “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” şeklinde bir bölüm ilave edilerek, cinsel istismarın sarkıntılık düzeyinde kalması halinde faile daha az ceza verilmesi öngörülmüş,

İkinci fıkrasında nitelikli cinsel istismar suçunun cezası 8 yıldan 15 yıla kadar hapis iken alt sınırı 16 yıldan az olmamak üzere artırılmış,

Üçüncü fıkrasında cezayı artıran nedenler tekrar 5 bend halinde düzenlenerek genişletilmiş,

Dördüncü fıkrası; “Cinsel istismarın, birinci fıkranın (a) bendindeki çocuklara karşı cebir veya tehditle ya da (b) bendindeki çocuklara karşı silah kullanmak suretiyle gerçekleştirilmesi hâlinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza yarı oranında artırılır” şeklinde değiştirilmiş,

Suçun sonucunda mağdurun ruh veya beden sağlığının bozulması halinde artırım öngören düzenleme yürürlükten kaldırılmıştır.

Bu açıklamalar ışığında önsorun değerlendirildiğinde;

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.

Bu itibarla; yerel mahkeme direnme hükmünün, 5237 sayılı TCK'nun 103. maddesinde karar tarihinden sonra yapılan kanuni değişikliğin değerlendirilmesi ve sonucuna göre sanığın hukuki durumunun yeniden belirlenmesi amacıyla diğer yönleri incelenmeksizin bozulmasına karar verilmelidir.

SONUÇ : Açıklanan nedenlerle;

- 1-) Ankara 3. Ağır Ceza Mahkemesinin 17.09.2013 gün ve 317-312 sayılı direnme hükmünün, karar tarihinden sonra 5237 sayılı TCK'nun 103. maddesinde yapılan değişikliğin değerlendirilmesi ve sonucuna göre sanığın hukuki durumunun yeniden belirlenmesi amacıyla diğer yönleri incelenmeksizin BOZULMASINA,
- 2-) Dosyanın, mahalline gönderilmek üzere Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına TEVDİİNE, 30.09.2014 tarihinde yapılan müzakerede oybirliğiyle karar verildi.

Daire:14 Tarih:2014 Esas No:2012/13556 Karar
No:2014/10229

Sanık ile arasında herhangi bir husumet bulunmayan mağdurenin aşamalarda değişmeyen istikrarlı anlatımları, mağdurenin anlatımlarını doğrulayan tanıklar Esra ve Yasemin'in beyanları, katılanlar Semra ve İbrahim Taşgin'in ifadeleri, mağdurenin ruh sağlığının bozulduğuna dair Adli Tıp 6. İhtisas Kurulunca düzenlenmiş rapor ve tüm dosya içeriğine göre, sanığın, mağdurenin okuluna yakın yerde işlettiği bakkal dükkanına zaman zaman mağdure ve arkadaşlarının uğradığı, mağdurenin yalnız gittiği bir günde sanığın, mağdureyi omzundan çekerek öpmeye çalıştığı, başka bir gün tanık Esra'nın da bulunduğu ortamda kapıyı kapatarak "size tecavüz edeceğiz" dediği, mağdurenin ve tanığın sanığı ittirerek dükkandan kaçtıkları, sonraki zamanlarda sanığın okul değiştiren mağdurenin evine telefon açtığı, yerini öğrenmek amacıyla tesadüfen yolda gördüğü mağdurenin ablası Yasemin'e mağdurenin kaldığı evi sorduğu, en son eyleminde ise parkta bulunan mağdurenin yanına gidip "çok güzelsin seninle bir şey konuşmak istiyorum" şeklindeki sözler söylediğinin sabit olması karşısında, sanığın mağdureyi omzundan 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, mağdureyi telefonla araması, "size tecavüz edeceğiz" ve başka bir gün de parkta oturan mağdurenin yanına gidip "çok güzelsin" şeklindeki bedensel temas içermeyen eylemlerinin ise TCK.nın 105. maddesindeki zincirleme şekilde cinsel taciz suçunu oluşturduğu gözetilmeksizin mahkûmiyeti yerine yazılı şekilde beraatine karar verilmesi,

Kanuna aykırı, katılanlar vekilinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görüldüğünden, hükmün 5320 sayılı Kanunun 8/1. maddesi gözetilerek 1412 sayılı CMUK.nın 321. maddesi uyarınca BOZULMASINA, 22.09.2014 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

Daire: 14 Tarih: 2014 Esas No: 2012/15220 Karar No: 2014/

Mağdurenin soruşturma aşamasındaki anlatımları, sanığın aşamalardaki tevilli beyanları, olayın ortaya çıkış biçimi ve tüm dosya kapsamı birlikte değerlendirildiğinde, sanığın 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,

Kanuna aykırı, O Yer Cumhuriyet Savcısı ve katılan vekilinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülmüş olduğundan hükmün 1412 sayılı CMUK.nın 321. maddesi uyarınca BOZULMASINA, 17.09.2014 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

Daire: 14 Tarih: 2014 Esas No: 2011/22640 Karar No: 2013/6623

Sanık hakkında kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan kurulan hükmün incelenmesine gelince;

Yargıtay Ceza Genel Kurulunun Dairemizce de benimsenen 19.02.2013 gün ve 1012/6-1477 Esas, 2013/63 sayılı Kararında vurgulandığı gibi, bir olayın açıklanması sırasında başka bir eylemden söz edilmesinin o eylem hakkında da dava açıldığını göstermeyeceği ve eylemin iddianamede açıklıkla ve bağımsız olarak gösterilmesi gerektiği, buna karşılık 10.07.2008 tarihli iddianame ile sanık hakkında sadece çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçundan dava açıldığı, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan usulüne uygun açılmış bir dava bulunmadığı, CMK.nın 226/1. maddesi uyarınca bir suçun hukuki niteliğinin değişmesi nedeniyle ek savunma verilerek o suçtan hüküm kurulabileceği gözetilmeden cinsel istismar suçundan açılan davada bir vasıf değişikliği olmadığı ve mahkûmiyet kararı verildiği halde ayrıca kamu davası bulunmayan kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan ek savunma verilerek mahkûmiyet hükmü kurulması,

Kanuna aykırı, sanık müdafinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görüldüğünden, hükmün 5320 sayılı Kanunun 8/1.

maddesi gözetilerek CMUK.nun 321. maddesi uyarınca BOZULMASINA, 27.05.2013 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

Daire: CGK Tarih: 2014 Esas No: 2014/14-8 Karar No: 2014/186

Sanık A. Y.'nin çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçuna teşebbüsten 5237 sayılı TCK'nun 103/2, 103/3, 103/4, 35, 103/6, 43/1, 62 ve 53. maddeleri uyarınca 14 yıl 4 ay 15 gün, hapis, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan aynı kanunun 109/2, 109/3-f, 109/5, 43/1, 62 ve 53. maddeleri gereğince 6 yıl 3 ay hapis cezası ile cezalandırılmasına ve hak yoksunluğuna ilişkin, Bakırköy 11. Ağır Ceza Mahkemesince verilen 17.04.2012 gün ve 284-90 sayılı hükmün, sanık müdafii tarafından temyiz edilmesi üzerine dosyayı inceleyen Yargıtay 14. Ceza Dairesince 12.02.2013 gün ve 13770-1150 sayı ile;

“Yerinde görülmeyen temyiz itirazlarının reddiyle cinsel amaçla kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan kurulan hükmün onanmasına,

Sanık hakkında beden veya ruh sağlığını bozacak şekilde çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçundan kurulan hükmün incelenmesine gelince;...

Yerinde görülmeyen sair temyiz itirazlarının reddine,

Ancak;

Mağdurenin değişmeyen istikrarlı beyanlarında, öz amcası olan sanığın evde kimsenin bulunmadığı farklı zamanlarda pantolonunu indirerek cinsel organını okşadığını, kendi cinsel organını cinsel organına sürttüğünü, son olayda da üzerindeki pantolonunu ve külotlu çorabını çıkartıp ellerini ve ayaklarını külotlu çorapla koltuğa bağladıktan sonra sırtüstü yatırıp bacaklarını ayırıp elleriyle göğüslerini okşadıktan sonra cinsel organını cinsel organına sürttürüp sokmak istediğini, canının acıdığını söylemesi üzerine sanığın engel neden yokken eylemini tamamlamadan kendisini bıraktığını belirtmesi karşısında, sanığın kanıtlanan eyleminin çocuğun basit cinsel istismarı

niteliğinde olduğu gözetilmeden, TCK'nun 103/1. maddesi yerine 103/2, 35/1-2. maddeleri ile cezalandırılmasına karar verilmesi" isabetsizliğinden bozulmasına karar verilmiştir.

Yerel mahkeme ise 13.06.2013 gün ve 122-211 sayı ile;

"Somut olayda sanığın, mağdureye 3 kez cinsel istismarda bulunduğu, son olayda sanığın mağdureyi külotlu çorapla bağlayarak sırt üstü yatırıp bacaklarını ayırarak cinsel organını mağdurenin önce cinsel organına sürttüğü, sonra cinsel organına sokmak istediğinde de gerek mağdurenin karşı koyması, yan dönmesi, gerekse de cinsel organının anatomik yapısı gereğince duhulü sağlayamadığı, eylemini bu engel nedenden dolayı tamamlayamadığı, kendi isteğiyle eyleminden vazgeçmediği, sanığın bundan 2-3 sene önceki olayında da benzer şekilde davrandığı, bu suretle sanığın birden fazla tekrarlanan eyleminin zincirleme biçimde organ sokmak sureti ile cinsel istismara teşebbüs suçunu oluşturduğu" şeklindeki gerekçeyle direnerek, sanığın ilk hükümdeki gibi çocuğun nitelikli cinsel istismarına teşebbüs suçundan cezalandırılmasına karar vermiştir.

Bu hükmün de sanık müdafii tarafından temyiz edilmesi üzerine, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının 31.12.2013 gün ve 351586 sayılı "bozma" istemli tebliğnamesi ile Yargıtay Birinci Başkanlığına gönderilen dosya, Ceza Genel Kurulunca değerlendirilmiş ve açıklanan gerekçelerle karara bağlanmıştır.

TÜRK MİLLETİ ADINA CEZA GENEL KURULU KARARI

Özel Daire ile yerel mahkeme arasında oluşan ve Ceza Genel Kurulunca çözümlenmesi gereken uyuşmazlık; sanığın eyleminin, çocuğa karşı işlenen basit cinsel istismar suçunu mu, yoksa nitelikli cinsel istismar suçuna teşebbüsü mü oluşturacağını belirlenmesine ilişkindir.

İncelenen dosya kapsamından;

28.08.2009 tarihli tutanağa göre; saat 20.00 sıralarında sokakta üç kişinin tartıştıklarının görülmesi üzerine yanlarına gidildiğinde, mağdurenin anne ve babası olan katılanların sanık Ayhan'ın küçük kızları Damla'ya cinsel tacizde bulunduğunu, şikayetçi olduklarını beyan etmeleri üzerine soruşturmaya başlandı, 01.09.2009 günlü Adli Tıp Şube Müdürlüğü raporuna göre, en son 2005 yılında cinsel tacize maruz kalan mağdurenin yapılan muayenesinde eski ve yeni yırtık saptanmadığı ve halen bakire olduğu, Adli Tıp 6. İhtisas Kurulunun 20.04.2011 tarihli raporunda mağdurenin olay nedeni ile ruh sağlığının bozulduğunun bildirildiği,

Mağdure soruşturma aşamasında; 5,5-6 yaşlarında dedesinin evindeyken su değirmeninden su almaya gittiklerini, amcası olan sanığın yaklaşınca kendisinden korktuğunu, eve geldikten sonra gece yatarken uyandığında iç çamaşırının üzerinde olmadığını, amcasının eliyle cinsel organını okşadığını, ağlamaya başlayınca amcasının uzaklaştığını, ilkokul ikinci sınıfa giderken İstanbul Güneşli'de ikamet ederken okuldaki kutlamadan sonra eve geldiğini, amcasının da evde olduğunu, amcası ile şakalaşmaya başladıklarını, biraz oyun oynadıktan sonra amcasının kendisine saldırdığını, yatağın üzerine yatırıp zorla üzerindeki kıyafetlerini çıkartarak cinsel organını ellemeğe başladığını, kendisine tekme atınca bıraktığını, ertesi gün yine amcasının yanına geldiğini daha önce yaptığı gibi yine zorla üzerinde bulunan kıyafetlerini çıkardığını, arkasına geçerek cinsel organını kendi cinsel organına sürtmeye başladığını, bir müddet bu şekilde devam ettikten sonra "kimseye anlatırsan seni öldürürüm" dediğini, ilkokul beşinci sınıfa giderken okuldan iki arkadaşı ile beraber evde buldukları sırada amcasının geldiğini, sürekli odaları gezmeye başlayınca arkadaşlarının evden gittiklerini, amcasıyla biraz konuştuklarını, daha önce yaptıklarından dolayı korkmaya başladığını, saat 10.00 gibi amcasına "beni sinemaya götür" dediğini, evde kendisi ile yalnız kalmak istemediğini, birlikte sinemaya gittiklerini, salonun büyük çoğunluğunun boş olduğunu, film başlayıp ışıklar sönmeye amcasının kendisini öpmeye çalıştığını bu sırada içeriye sinema görevlisi girince geri çekildiğini, sinemadan

çıktıktan sonra biraz dolaştıklarını, eve gitmek istemediğini, oyalamaya çalıştığını ancak eve döndüklerini, amcasının aldığı oyun seti ile bir süre oynadıktan sonra amcasının yere yatırarak üzerine çıktığını, kıyafetinin üzerinden göğüslerini öpmeye başladığını, kendisinin su içme bahanesiyle tuvalete kaçtığını ve kapıyı kilitletiğini, biraz bekledikten sonra lavabodan çıkıp evin dış kapısına doğru gizlice gittiğini, evden kaçmak istediğini, fakat kapı kilitli olduğu için tekrar lavaboya giderek kapıyı üzerine kilitletiğini, bir süre bekledikten sonra amcasının kapının önüne gelerek “Güneşlide yaptık bir şey olmadı kapıyı aç” dediğini, bir müddet bekledikten sonra amcasının gittiğini düşünerek lavabodan çıktığını, ancak amcasının saklandığı yerden çıkararak kendisini yakaladığını ve zorla misafir odasına götürdüğünü, pantolonunu çıkararak külotlu çorabıyla ellerinden koltuğa bağladığını, sırt üstü yatırarak bacaklarını ayırıp üzerine çıktığını, cinsel organını cinsel organına sürtmeye başladığını, eli ile de göğüslerini okşadığını, cinsel organında çok büyük acı hissettiğini ve ağlamaya başladığını, ağlayınca tekrardan kendisini ölümle tehdit ettiğini, bir süre daha cinsel organını cinsel organına sürttüğünü ve göğüslerini okşadığını, daha sonra ellerini çözerek “kimseye bir şey söylersem seni öldürürüm” dediğini,

Mahkemede; soruşturma aşamasında olduğu gibi ayrıntılı olarak olayı anlattığı, ikinci bahsettiği eylem sırasında da sanığın, cinsel organını cinsel organına sokmaya çalıştığını, ancak direnince kendisini bıraktığını, üçüncü eylemde de cinsel organı acıyınca yan döndüğünü, sanığın kendisini düzelterek vücuduna dokunmaya devam ettiğini, daha sonra ellerini çözdüğünü ve tehdit ederek gittiğini, daha sonra sanığı bir daha görmediğini beyan ettiği,

Mağdurenin annesi aşamalarda; kızının kendilerine bu olayları ilk defa 4 yıl önce 11 yaşındayken anlattığını, ilkokul 3. sınıfa gidene kadar bir tedirginlik veya bu olaylara ilişkin bir şüpheli durum görmediklerini, 3. sınıfa başladığında sanığın evde sürekli kalmaya başlayınca o zaman kızının “anne amcamı istemiyorum bu evde” dediğini, nedenini sorduğunda

söylemediğini, en son 11 yaşındayken bir iş dönüşünde eve geldiğinde kızını ağlar vaziyette bulunca bu olayları ilk defa kızının o zaman anlattığını, sanıktan şikayetçi olduğunu, kızının anlattığı kadarıyla sanığın cinsel organını kendisine soktuğu şeklinde bahsetmediğini, sadece amcasının cinsel organını çıkartıp kendi cinsel organına sürttüğünden bahsettiğini, diğer olayları anlatmadığını söylediği,

Sanık aşamalarda; suçlamayı kabul etmediğini, 4 yıldır mağdure ve ailesiyle görüşmediğini, mağdure ve ailesiyle herhangi bir husumeti ve kavgası olmadığını, iftiraya uğradığını savunduğu,

Anlaşılmaktadır.

5237 sayılı TCK.nun 103. maddesinde çocukların cinsel istismarı suçu;

- “1) Çocuğu cinsel yönden istismar eden kişi, üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Cinsel istismar deyiminden;
- a) Onbeş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukukî 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.
- 2) Cinsel istismarın vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi durumunda, sekiz yıldan onbeş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.
- 3) Cinsel istismarın üstsoy, ikinci veya üçüncü derecede kan hısmı, üvey baba, evlat edinen, vasi, eğitici, öğretici, bakıcı, sağlık hizmeti veren veya koruma ve gözetim yükümlülüğü bulunan diğer kişiler tarafından ya da hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle veya birden

fazla kişi tarafından birlikte gerçekleştirilmesi hâlinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza yarı oranında artırılır.

- 4) Cinsel istismarın, birinci fıkranın (a) bendindeki çocuklara karşı cebir veya tehdit kullanmak suretiyle gerçekleştirilmesi hâlinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza yarı oranında artırılır.
- 5) Cinsel istismar için başvurulmuş cebir ve şiddetin kasten yaralama suçunun ağır neticelerine neden olması hâlinde, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır.
- 6) Suçun sonucunda mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması hâlinde, onbeş yıldan az olmamak üzere hapis cezasına hükmolunur.
- 7) Suçun mağdurun bitkisel hayata girmesine veya ölümüne neden olması durumunda, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükmolunur”,

Şeklinde düzenlenmiştir.

103. maddede çocuğun cinsel istismarı tanımlanmış olup, birinci fıkraya göre cinsel istismar deyiminden; onbeş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılaya yeteneği gelişmemiş olan çocuklara karşı gerçekleştirilen her türlü cinsel davranış ile diğer çocuklara karşı cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen bir başka nedene dayalı olarak gerçekleştirilen cinsel davranışlar anlaşılmaktadır.

Maddenin ilk fıkrasında çocuğun cinsel istismarı suçunun temel şekli, ikinci fıkrasında ise cinsel istismarın vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi, suçun temel şekline nazaran daha ağır cezayı gerektiren nitelikli bir hal olarak yaptırıma bağlanmıştır.

Bu suçun, maddenin birinci fıkrasında düzenlenen basit hali, çocuğa karşı gerçekleştirilen cinsel davranışın organ ya da sair bir cisim sokulmadan vücut dokunulmazlığının ihlali

şeklinde işlenmesi ve kastın da cinsel arzuları tatmin amacına yönelmesi bakımından ikinci fıkrada hüküm altına alınan nitelikli halinden ayrılır. İkinci fıkradaki nitelikli halde maddi unsur, vücuda organ ya da sair bir cisim sokulması olup, failin kastının da bu tür bir eylemin gerçekleştirilmesine yönelik olması gerekmektedir.

Basit cinsel istismar suçunun oluşabilmesi için eylemin cinsel ilişki boyutuna ulaşmaması gerekir. Eylem, vücuda organ veya sair bir cisim sokmaya yönelikse veya fiil de işlenmişse, basit cinsel istismar değil, ikinci fıkrada düzenlenen nitelikli cinsel istismar suçu söz konusu olacaktır. Bu ayırımın yapılabilmesi için failin kastının ve gerçekleştirdiği davranışların hangi fiile yönelik olduğunun belirlenmesi gerekir. Failin amacı ve davranışları vücuda organ veya sair bir cisim sokmak olmaksızın cinsel duyguları tatmine yönelik ise basit cinsel istismar, amacı ve davranışları vücuda organ veya sair bir cisim sokmaya yönelik olmakla birlikte eylemin elinde bulunmayan nedenlerle gerçekleştirilememesi halinde ise ikinci fıkrada düzenlenen nitelikli cinsel istismar suçuna teşebbüs söz konusu olacaktır. Madde metninde “sair bir cisim” ibaresine yer verilmesi karşısında suçun temel şeklinin aksine, ikinci fıkrada tanımlanan nitelikli hâlinin oluşabilmesi için eylemin cinsel arzularının tatmini amacına yönelik olması şart değildir.

Uyuşmazlık konusunda sağlıklı bir hukuki sonuca ulaşılabilmesi bakımından suça teşebbüs kavramı üzerinde de durulmalıdır.

TCK'nun 35. maddesinin birinci fıkrasında; “Kişi, işleme-yi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaz ise teşebbüsten dolayı sorumlu tutulur” şeklinde tanımlanan teşebbüsün varlığından sözedilebilmesi için;

- 1- Kasıtlı bir suç işleme kararı olmalı,
- 2- Elverişli hareketlerle suçun doğrudan doğruya icrasına başlanmalı,

3- Failin elinde bulunmayan nedenlerle suç tamamlanamalı ya da amaçlanan sonuç gerçekleşmemelidir.

Suçta teşebbüste fail, suçu tamamlamak amacıyla hareket etmesine karşın, elinde olmayan nedenlerden dolayı fiilini gerçekleştirememekte, bu durumda kişiye tamamlanmış suça oranla daha az ceza verilmektedir. Teşebbüs halinde hâkim önce cezanın belirlenmesindeki ölçülere göre temel cezayı tayin edecek, ardından hükümdeki sırayı takip ederek teşebbüs hükümlerini uygulayacaktır. Teşebbüs hükümleri uygulanırken de somut olayda ortaya çıkan zarar veya tehlikenin ağırlığı göz önünde bulundurularak teşebbüse ilişkin kanun maddesinde belirtilen sınırlar arasında bir ceza belirlenecektir.

Sanığın fiilinin çocuğun basit cinsel istismarı suçunu mu, yoksa nitelikli cinsel istismar suçuna teşebbüsü mü oluşturacağıнын belirlenmesi açısından “elverişli hareketlerle suçun doğrudan doğruya icrasına başlama” şartı da değerlendirilmelidir.

5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 35. maddesinin gerekçesinde; 765 sayılı Kanundaki “eksik - tam teşebbüs” ayırımına son verildiği, bu ayırımın objektif bir ölçütünün bulunmadığı ve uygulamada bir takım tereddütlere yol açtığı belirtildikten sonra, getirilen diğer bir yeniliğin icra hareketlerinin başlangıcına ilişkin olduğu, “failin kastının şüpheye yer bırakmayacak şekilde ortaya çıkmasıyla icranın başlayacağı” yolundaki subjektif ölçütün kabul edilmesi durumunda kişinin düşüncesi ve yaşam tarzı dolayısıyla cezalandırılmasına varabilecek bir uygulamaya yol açılacağı, çünkü hazırlık hareketleri aşamasında da kastın varlığının şüpheye yer vermeyecek biçimde tespit edilebilmesinin mümkün bulunduğu, suçun icrasıyla ilgisiz davranışların dahi suç kastını ortaya koyduğu gerekçeyle cezalandırılabileceği, o nedenle tasarıdaki “kastı şüpheye yer bırakmayacak” kriterinin madde metninden çıkartılarak “doğrudan doğruya icraya başlama” ölçütünün kabul edildiği, böylece işlenmek istenen suç tipiyle belirli bir yakınlık ve bağlantı içindeki hareketlerin yapılması halinde suçun icrasına başlanılmış sayılacağı açıklanmış; ayrıca kullanılan aracın suçun kanuni tanımında öngörülen fiili meydana getirmeye elve-

rişli olması gerektiği, ancak elverişliliğin sadece kullanılan araç bakımından değil, suçun konusu da dâhil olmak üzere bütün fiil yönünden bulunması gerektiği, bu nedenle maddeye, suça teşebbüsün bu unsurunu tam anlamıyla ifade eden “uygun hareketler” kavramının dâhil edildiği belirtilmiştir.

Görüldüğü gibi 765 sayılı Kanunda icra hareketlerinin başlangıcı konusunda açık bir ifadeye yer verilmezken, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda doğrudan doğruya icraya başlama ölçütü kabul edilmiştir. Ancak soyut olan bu kavramın nasıl anlaşılması gerektiği konusu açık olmayıp, cezalandırılabilen davranışın ne zaman başladığını belirlemek her zaman kolay değildir.

Genel olarak suçun dış dünyada oluşmaya başladığı süreç; “hazırlık hareketleri” ve “icra hareketleri” olmak üzere birbirinden farklı iki aşamaya ayrılmaktadır. Suçu işlemek için kullanılacak âletlerin üretilmesi ya da temin edilmesi, eylem yerinin araştırılması veya gözetlenmesi gibi fiiller hazırlık hareketleri olup, suç tipini oluşturan icra hareketlerinden önce gerçekleştirilen ve cezalandırılmayan davranışlardır.

Teşebbüs ise, suçun tamamlanmasından önce, fakat hazırlık hareketleri aşamasından sonra gelen, başlanmış ancak bitirilememiş bir eylemli aşamayı ifade eder. Bu kapsamda cezalandırılabilir davranışların, yani suça teşebbüsün sınırlarının saptanması, diğer bir ifadeyle suç yolunda ilerleyen sanıkla ilgili olarak hangi andan itibaren ceza hukukunun devreye gireceği sorununun çözülmesi gerekmektedir.

Öğretide 5237 sayılı TCK'nun 35. maddesinde düzenlenen teşebbüs açısından, “doğrudan doğruya icraya başlama” ölçütünün kabul edilmesiyle “objektif teori”nin benimsendiği, suçun kanuni tanımında unsur veya nitelikli hal olarak belirtilmiş hareketlerin gerçekleştirilmesi halinde icra hareketlerinin başladığının kabul edilmesi, örneğin öldürmek için silahını hasmına doğrultarak nişan alınmasının icra hareketleri sayılması gerektiği, ancak öldürmek için silah veya zehir satın alınmasının belirleyici bir niteliğe sahip bulunmaması nedeniyle

hazırlık hareketi sayılabileceği belirtilmiştir. (Mahmut Koca-İlhan Üzülmöz; Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2013, Seçkin Yayınları, 6. Baskı, s. 393)

Özetle; bir kimsenin suça teşebbüsten dolayı cezalandırılabilmesi için, yapılan hareketlerin objektif olarak suçun kanunî tanımında öngörülen sonucu meydana getirmeye elverişli olmasıyla birlikte, aracın fail tarafından bu sonucu gerçekleştirmeye uygun biçimde kullanılması, ancak failin elinde olmayan nedenlerle icra hareketlerinin tamamlanamaması ya da tamamlanmasına karşın sonucun gerçekleşmemesi gerekir.

Somut olay bu açıklamalar ışığında değerlendirildiğinde;

Yeğeni olan mağdureye karşı daha önce iki kez nitelikli olmayacak şekilde cinsel istismarda bulunan sanığın, son olayda da evde kimsenin bulunmadığı sırada kapıyı kilitleyip mağdurenin kıyafetlerini çıkartarak ellerini bağladığı, cinsel organını okşadığı, kendi cinsel organını mağdurenin cinsel organına sürttüğü, daha sonra mağdurenin cinsel organına kendi cinsel organını sokmaya çalıştığı, ancak mağdurenin sanığı iteklemesi ve yan dönmesi üzerine mağdureyi tekrar düzelterek cinsel organını okşamaya devam ettiği, sonrasında eylemini kendiliğinden sonlandırarak mağdurenin ellerini çözüp evden ayrıldığı sabit olup, engel neden bulunmadığından eylemine devam etme imkanı varken sanığın eylemine kendiliğinden son verdiği ve eylemin o ana kadarki gerçekleşme şekli dikkate alındığında, eylemin bir bütün halinde 5237 sayılı TCK'nun 103/1. maddesinde düzenlenen çocuğun basit cinsel istismarı niteliğinde olduğunun kabulü gerekmektedir.

Bu itibarla, isabetsiz bulunan yerel mahkeme direnme hükmünün bozulmasına karar verilmelidir.

SONUÇ:

Açıklanan nedenlerle;

- 1) Bakırköy 11. Ağır Ceza Mahkemesinin 13.06.2013 gün ve 122-211 sayılı direnme hükmünün, sanığın eyleminin çocu-

ğa karşı basit cinsel istismar niteliğinde bulunduğu gözetilmeden, suç vasfında yanılıya düşülerek çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçuna teşebbüsten hüküm kurulması isabetsizliğinden BOZULMASINA,

- 2) Dosyanın, mahalline gönderilmesi için Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına TEVDİİNE, 15.04.2014 günü yapılan müzakerede oybirliğiyle karar verildi.

Daire: 14 Tarih: 2014 Esas No: 2013/4482 Karar No: 2014/13455

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, 5237 sayılı TCK.nın 7/2. madde-fıkrasındaki "Suçun işlendiği 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 ve her iki kanunla ilgili uygulamanın, denetime imkân verecek şekilde kararda gösterilmesi suretiyle yeniden değerlendirilmesinde zorunluluk bulunması,

Daire:14 Tarih:2014 Esas No:2013/2546 Karar No:2014/12625

Mağdurun ruh sağlığının Tokat Dr. Cevdet Aykan Devlet Hastanesinde psikiyatri uzmanı tarafından düzenlenen 11.04.2008 ve yine Gaziosmanpaşa Üniversitesi Araştırma ve Uygulama Hastanesi Adli Tıp Anabilim Dalı Başkanlığının

12.06.2008 tarihli raporlarında bozulduğunun bildirildiği, mağdur hakkında Adli Tıp Kurumu 6. İhtisas Kurulunca 24.09.2010 tarihinde düzenlenen raporda ise, mağduru bulunduğu olay nedeniyle ruh sağlığının bozulmadığının belirtilmiş olmakla birlikte, söz konusu raporun çocuk psikiyatrisi uzmanı ve bir hekimin mağdurun ruh sağlığının bozulduğuna ilişkin muhalefeti nedeniyle oybirliği ile karara bağlanamamış olması karşısında, Adli Tıp Kurumu Kanununun 15/b maddesi uyarınca Adli Tıp Kurumu Genel Kurulundan rapor alındıktan sonra sanık hakkında TCK.nın 103/6. maddesinin uygulanıp uygulanmayacağına değerlendirilmesi gereğince eksik araştırmayla yazılı şekilde hüküm kurulması,

Sanığın adli sicil kaydındaki ilamlar getirtilerek hakkında tekerrür hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağına değerlendirilmemesi,

Kanuna aykırı, sanık müdafii ve katılan mağdur vekilinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görüldüğünden, hükümlerin 5320 sayılı Kanunun 8/1. maddesi gözetilerek 1412 sayılı CMUK.nın 321. maddesi uyarınca BOZULMASINA, 13.11.2014 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.

YARGITAY

5. Ceza Dairesi

Esas No : 2009/655

Karar No : 2009/4894

Sanık hakkında kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçlarından kurulan mahkûmiyet hükümlerinin temyiz incelemesine gelince;

Yargıtay Ceza Genel Kurulunun dairemizce de benimsenen 12.03.1990 gün ve 1990/8-3-70, 09.10.2007 gün ve 2007/11-44-200 sayılı kararlarında vurgulandığı gibi, bir olayın açıklanması sırasında başka bir hadiseden söz edilmesi o hadise hakkında da dava açıldığını göstermeyeceği ve dava konusu yapılan

eylemin açıklıkla ve bağımsız olarak gösterilmesi gerektiği, buna karşılık sanık hakkında düzenlenen 17.10.2005 tarihli iddianamede suçların 'çocukların basit cinsel istismarı' olarak gösterildiği, cinsel amaçla kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan açılmış bir davanın bulunmadığı ve bu hususta dava açtırmaksızın ek savunma verilip yargılamaya devamla yazılı şekilde hüküm tesis edilmesi suretiyle CMK.nun 225. maddesine aykırı davranılması,

Kanuna aykırı, sanık müdafinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülümüş olduğundan hükümlerin 5320 sayılı Kanununun 8/1. maddesi de gözetilerek CMUK.nun 321. maddesi uyarınca BOZULMASINA, 27.04.2009 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

Daire: 5 Tarih: 2011 Esas No: 2009/4782 Karar No: 2009/5912

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan dolayı dava zamanlaşımı süresi içerisinde dava açılması mümkün görülümüştür.

Sanığın oluşa uygun olarak işlediği kabul edilen zorla ve ruh sağlığını bozacak biçimde çocuğun müteselsilen nitelikli cinsel istismarı suçuna uyan 5237 sayılı TCK.nun 103/2, 103/4 ve 43. maddeleri uyarınca verilen ceza 15 yıla ulaşsa veya geçse dahi, suçun sonucunda ruh sağlığının bozulmasından dolayı neticenin ağırlığına göre tayin edilen cezanın 49/1 ve 103/6. maddeler gereğince yirmi yıla kadar artırılmasının olanaklı bulunduğu nazara alınarak hakkaniyet gereği ve anılan maddeye işlerlik kazandırabilmesi için cezada bir miktar daha artırım yapılması gerektiği gözetilmeden 103/6. maddenin uygulama dışı bırakılması karşı temyiz bulunmadığından bozma nedeni yapılmamış.

Delillerle iddia ve savunma duruşma gözönünde tutularak tahlil ve takdir edilmiş sübutu kabul olunan fiilin unsurlarına uygun şekilde tavsif ve tatbikatı yapılmış olduğundan yerinde görülümeyen sanık müdafinin ve resen temyiz itirazlarının reddiyle hükmün ONANMASINA, 18.05.2009 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

Daire: 11 **Tarih:** 2011 **Esas No:** 2011/32 **Karar No:** 2011/107

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun Dairemizce de benimsemiş 05.04.2011 gün ve 2011/56 Esas 2011/76 sayılı kararında da açıklandığı üzere; mağdurenin suç nedeniyle ruh sağlığının bozulduğuna dair raporun, 2659 sayılı Adli Tıp Kurumu Kanununun 7, 23 ve 31. maddelerine uygun olarak ... Üniversitesi Adli Tıp Anabilim Dalı bünyesinde teşekkül ettirilmiş bir heyet tarafından verildiğinin anlaşılması karşısında tebliğname-deki bu hususta bozma isteyen düşünceye iştirak edilmemiş, mağdureye yönelik eylemlerini değişik zamanlarda birden fazla gerçekleştiren sanık hakkında TCK.nun 43/1. maddesinin uygulanmaması da karşı temyiz bulunmadığından bozma nedeni yapılmamıştır.

Daire: 5 **Tarih:** 2011 **Esas No:** 2010/7223 **Karar No:** 2011/382

Dosya içeriği ve oluşa göre sanıkların aynı yerde sırayla mağdureye organ sokmak suretiyle cinsel istismarda bulunmalarına göre kendi eylemleri yanında diğer sanığın eylemine de iştirak etmiş olmaları karşısında haklarında tayin olunan cezanın teselsül nedeniyle TCK.nun 43. maddesi ile artırılması gerektiğinin gözetilmemesi,

Adli Tıp Kurumu Kanununun 7 ve 23. maddeleri gereğince usulüne uygun olarak teşekkül etmeyen ihtisas kurulu raporuna dayanılarak karar verilmesi,

Kanuna aykırı, O Yer C.Savcısı, katılan vekili ve sanıklar müdafilerin temyiz itirazları yerinde görülmüş olduğundan hükmün bu sebeplerden dolayı 5320 sayılı Yasanın 8/1. maddesi de gözetilerek CMUK.nun 321. maddesi uyarınca BOZULMASINA, 27.01.2011 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

Daire: 14 **Tarih:**2011 **Esas No:** 2011/13955 **Karar No:** 2011/4996

Nüfus kaydına göre 28.08.1992 doğumlu olan mağdurenin 19 yaşlarında görüldüğüne ilişkin sanıknin aşamalarda beyanı nazara alınarak, sanıklara isnat olunan suçun oluşu-

muna ve unsurlarına etkisi bakımından mağdurenin bağlı bulunduğu nüfus idaresinden onaylı aile nüfus kaydı ve doğum tutanağı getirtilip, resmi bir sağlık kuruluşunda doğmadığının anlaşılması halinde, yaş tespitine esas olacak kemik grafipleri çektilirip sağlık kurulundan rapor alınması ve gerektiğinde Adli Tıp Kurumu ilgili ihtisas kurulundan görüş sorulmak suretiyle gerçek yaşının bilimsel biçimde saptanmasından sonra, sonucuna göre iddia, savunma ve tüm dosya kapsamı birlikte değerlendirilerek sanıkların hukuki durumlarının tayin ve takdiri yerine eksik soruşturma ile yazılı şekilde hüküm kurulması,

Kabule göre de;

Adli Tıp Kurumu 6. İhtisas Kurulunun 28.05.2010 tarihli raporunda mağdurenin ruh sağlığının bozulduğu belirtilmiş ise de; rapordan ruh sağlığının her iki sanığın eylemlerinden mi, yoksa hangi sanığın eyleminden dolayı bozulduğu anlamadığından, bu hususta ek mütalaa alındıktan sonra hüküm kurulması gerekirken eksik inceleme ile karar verilmesi,

Kanuna aykırı, sanıklar müdafilerinin temyiz itirazları yerinde görülmüş olduğundan, kısmen resen de temyize tabi hükümlerin 5320 sayılı Kanununun 8/1. maddesi de gözetilerek CMUK.nun 321. maddesi uyarınca BOZULMASINA, 14.12.2011 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

Daire: 14 **Tarih:**2011 **Esas No:** 2011/27 **Karar No:** 2011/60

Ancak;

Dairemizce de benimsenen Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 11.05.2010 gün ve 2010/4-110 sayılı kararına ve Adli Tıp Kurumu Kanununun 7 ve 23. maddelerine göre, suç tarihinde çocuk olduğu anlaşılan mağdurenin muayenesi ve hakkındaki raporun düzenlenmesi sırasında, inceleme konusunun uzmanı olan çocuk psikiyatristi bulundurulması gerektiği gözetilmeden, usulüne uygun teşekkül etmeyen İhtisas Kurulu raporuna itibar edilerek TCK.nun 103/6. maddesinin uygulanmasına karar verilmesi,

Daire: 14 **Tarih:**2011 **Esas No:** 2011/581 **Karar No:** 2011/4835

Adli Tıp Kurumunun bilinen istikrarlı uygulamalarına göre de, mağdurun ruh sağlığındaki bozulmanın cezada artırım nedeni olabilmesi için eylem sonucunda mağdurun ruh sağlığının bozulup bozulmadığına ilişkin tespiti, suç tarihinden itibaren en az 6 ay süre geçtikten sonra yapılması gerektiği, ayrıca Yargıtay Ceza Genel Kurulunun Dairemizce de benimsemiş 03.05.2011 tarih, 2011/5-56 Esas, 2011/76 sayılı Kararında da ayrıntısı açıklandığı üzere; Adli Tıp Kurumu Kanununun 7, 23 ve 31. maddeleri gereği usulüne uygun teşekkül etmeyen Kocaeli Üniversitesi Tıp Fakültesi Ana Bilim Dalı Başkanlığının raporuna dayanılarak, 30.06.2006 tarihinde gerçekleşen olay nedeniyle mağdurun ruh sağlığının bozulduğuna dair söz konusu süreden önce yapılan muayeneye istinaden 28.07.2006 tarihinde düzenlenen rapora dayanılarak verilen cezanın TCK.nun 103/6. maddesiyle artırımı tabi tutulması,

Daire: 14 **Tarih:**2011 **Esas No:** 2011/8414 **Karar No:** 2011/8414

Oluşa göre, kayden 01.06.1992 doğumlu olup suç tarihinde 14 yaş 4 ay 26 günlük olan mağdure ile sanığın anlaşarak ailesinin karşı çıkmasına rağmen rıza göstermezlerse sanığa kaçacağını söyleyerek ikna etmek suretiyle, 27.10.2006 tarihinde gayri resmi olarak evlenerek birlikte yaşamaya başladıkları, sanıkla mağdurenin birden fazla ilişkiye girerek mağdurenin hamile kaldığı, hükümden önce de resmi olarak mağdure ile evlenen sanığın aşamalarda, mağdurenin fizik olarak 17-18 yaş görünümünde olduğunu ve gerçek yaşının 15ten küçük olduğunu bilmediğini savunması karşısında; TCK.nun 30. maddesi hükümlerine göre hata halinin mevcut olup olmadığının tespiti için mağdurenin suç tarihi itibarıyla görünüm olarak 15 yaşından küçük olduğunun anlaşılıp anlaşılamayacağı, içinde buldukları sosyal ve kültürel durumları da dikkate alınarak sanığın mağdurenin yaşı konusunda hataya düşmesinin mümkün olup olmadığı araştırılarak, mahkemenin dosyadaki tüm verilerle birlikte kendi gözlemine de tespit edip, gerekirse bu konuda bilirkişi incelemesi de yaptırılmak suretiyle tüm de-

liller birlikte değerlendirilerek sonucuna göre sanığın hukuki durumunun tayin ve takdiri gerekirken eksik incelemeyle yazılı şekilde hüküm kurulması,

Kanuna aykırı, sanık müdafinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülmuş olduğundan, hükmün bu sebepten dolayı 5320 sayılı Kanunun 8/1. maddesi gözetilerek CMUK'nun 321. maddesi uyarınca BOZULMASINA, 28.01.2013 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

Daire: 14 Tarih:2011 Esas No: 2011/6460 Karar No: 2011/6460

Sanığın, kasık bölgesindeki ağrı şikayeti nedeniyle gelen mağdurenin kalça ve bacaklarını okşayıp sıkma, elini apış arasından sokarak cinsel organını okşama şeklindeki eylemlerinin bedensel temas içermesi ve muayene gereklerini aşması nedeniyle, 5237 sayılı TCK'nun 103/1. maddesi kapsamında yer alan çocuğun basit cinsel istismarı suçunu oluşturacağı gözetilmeden, suç niteliğinde yanılıya düşülerek yazılı biçimde cinsel taciz suçundan mahkumiyetine karar verilmesi,

Kanuna aykırı, sanık müdafii, katılanlar vekili ve Üst Cumhuriyet Savcısının temyiz itirazları bu itibarla yerinde görüldüğünden, hükmün 5320 sayılı Kanun'un 8/1. maddesi de gözetilerek CMUK'nun 321. maddesi uyarınca (BOZULMASINA), 05.04.2012 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

Daire:CGK Tarih:2011 Esas No: 2011/5-447 Karar No: 2011/5-447

Her ne kadar sanık hakkında ayrıca mağdure Sa karşı cebir, tehdit ve hile kullanarak hürriyetinden yoksun kılma suçundan cezalandırılması için kamu davası açılmış ise de, mağdure, bakkal dükkanı işleten sanığın yanına kendiliğinden geldiği, sanık, ancak cinsel ilişki süresince mağdureyi alıkoyduğu, böylece sanığın amaç ve kastının hürriyeti yoksun kılma suçuna yönelik olmadığı, mağdurenin dükkanda kalma süresinin de kısalığı itibarıyla bu suçun yasal unsurları oluşmadığı" şeklindeki gerekçeyle direnerek, sanığın yüklenen suçtan beraatına karar vermiştir.

Bu hükmün de katılan vekili tarafından temyiz edilmesi üzerine dosya, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının “bozma” istekli 31.10.2011 gün ve 54668 sayılı tebliğnamesi ile Yargıtay Birinci Başkanlığına gönderilmekle, Ceza Genel Kurulunca değerlendirilmiş ve açıklanan gerekçelerle karara bağlanmıştır.

TÜRK MİLLETİ ADINA
CEZA GENEL KURULU KARARI

Sanık hakkında nitelikli cinsel istismar suçundan kurulan mahkumiyet hükmü Özel Dairece onanmak suretiyle kesinleşmiş olup, inceleme kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan kurulan hükümlerle sınırlı olarak yapılmıştır.

Özel Daire ile yerel mahkeme arasında oluşan ve Ceza Genel Kurulunca çözümlenmesi gereken uyuşmazlık; sanığa yüklenen kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun sübuta erip ermediğinin belirlenmesine ilişkindir.

İncelenen dosya içeriğinden; Adli Tıp Kurumu 6. İhtisas Kurulunun 07.12.2007 gün ve 5281 sayılı raporunda, “orta ile hafif derece sınırında zeka geriliği bulunan mağdurenin, olayın hukuki anlam ve sonuçlarını algılayabilme ve davranışlarını yönlendirebilme ve bu eyleme karşı koyabilme yeteneğine haiz olmadığı ve beden ve ruh sağlığının bozulmadığı” yönünde görüş bildirildiği, adı geçen kurumun 04.04.2008 gün ve 1540 sayılı raporunda ise, mağdurenin olay tarihinde 16 yaşında olduğunun belirtildiği anlaşılmaktadır.

Mağdure S F kollukta; “yaklaşık 10 gün kadar önce okulların olmadığı bir zamanda sabahleyin kardeşim Muhammetle birlikte mahallemizde bulunan M Ö ve babası tarafından işletilen Ö Bakkaliyesine gittik, burada M Ö dükkanda yalnız idi. Mehmet, kardeşim Muhammet’e sen git ablan burada kalacak, işi var, gitmezsen seni döverim dedi. Kardeşim Muhammet dükkandan çıktı ve kapıyı sert şekilde çarptı, Mehmet sağ kolumdan eliyle kavrayarak beni dışarıdan görülmeyecek şekilde bir yerde çekti, ben şahsa eve gideceğim, kolumu bırak neden çekiyorsun dedim, şahıs benim üzerimde bulunan

eteğimi diğer eliyle yukarıda kaldırdı, kolumu çekmiş olduğu elini bırakarak o eliyle de kilodumu indirdi, kendi pantolonunun fermuarını indirerek cinsel organını çıkarttı ve benim vajinama sokup çıkarttı, benim vajinamdan herhangi bir kan gelmedi, ancak acıdı. Şahsın menisinin benim vajinamın içine aktığını hissettim, şahıs penisini çıkartarak tekrar pantolonunun içerisine soktu, olayı kimseye söyleme diyerek bana bir tane çikolata vererek evime gönderdi. Kardeşim Muhammet'te gittiğimde evimizde bulunuyordu, ben bu şahıstan korktuğum için bu güne kadar olayı kimseye söylemedim, olay esnasında da şahıstan korktuğum için imdat diye bağırmadım" şeklinde,

Mahkemede; "Ben kardeşim Muhammed ile bizim evin bitişiğindeki M Öm bakkalına gittim, kardeşime buradan git, gitmezsen seni döverim dedi, kapı dışarıya etti, ablanın işi var burada dedi, kolumu tuttu, bırak eve gideceğim dedim, bırakmadı, kapıyı hızla çarptı, pantolonunu çıkarttı, bana tecavüz etti, beni tehdit etti, ailene söyleme, seni döverim, öldürürüm, dedi, ben de korktuğumdan aileme söyleyemedim" biçiminde,

Tanık M F ise; "Ben tarihten 10 gün kadar önce ablam Serap ile birlikte mahallemizde bulunan komşumuzun çalıştığı bakkala bir şeyler almak için gittik, dükkanda M Ö isimli şahıs vardı, bu şahıs bana sen evine git, benim ablanla işim var, gitmezsen seni döverim dedi. Ben de buradan çıkarak evimize gittim" şeklinde anlatımda bulunmuştur.

Mağdure ve üç kardeşinin özürlü olduğunu bildiğini belirten sanık aşamalarda özetle; "Kesinlikle ben bu suçu işlemedim, 31 Mayıs günü İstanbula gittim, 14 Haziranda da geri geldim, ben bir buçuk yıldır mağdurenin iddia ettiği dükkanın dışında aşağıda bulunan dükkana bakmaktayım, mağdure ise anne, baba ve kız kardeşimin baktığı dükkanda olayın meydana geldiğini söylemiştir, 7-8 aydır mağdureyi görmüyorum, kendisi bizim dükkana da gelmemektedir, ben sürekli aşağı dükkanda bulunurum, herkes de buna şahittir, sabah 07.00 da gider akşam 23.00 da dönerim, bu suçu işlemedim, bu kıızı bana yamamak ve para koparmak amacıyla bu suçu üstüme yüklemişlerdir" biçiminde savunma yapmıştır.

5237 sayılı TCY'nın "kişiyi hürriyetinden yoksun kılma" başlıklı 109. maddesi;

"(1) Bir kimseyi hukuka aykırı olarak bir yere gitmek veya bir yerde kalmak hürriyetinden yoksun bırakan kişiye, bir yıldan beş yıla kadar hapis cezası verilir.

(2) Kişi, fiili işlemek için veya işlediği sırada cebir, tehdit veya hile kullanırsa, iki yıldan yedi yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

(3) Bu suçun;

a) Silahla,

b) Birden fazla kişi tarafından birlikte,

c) Kişinin yerine getirdiği kamu görevi nedeniyle,

d) Kamu görevinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle,

e) Üstsoy, altsoy veya eşe karşı,

f) Çocuğa ya da beden veya ruh bakımından kendini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı,

İşlenmesi halinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza bir kat artırılır.

(4) Bu suçun mağdurun ekonomik bakımdan önemli bir kaybına neden olması halinde, ayrıca bin güne kadar adli para cezasına hükmolunur.

(5) Suçun cinsel amaçla işlenmesi halinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek cezalar yarı oranında artırılır.

(6) Bu suçun işlenmesi amacıyla veya sırasında kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerinin gerçekleşmesi durumunda, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır." şeklinde düzenlenmiştir.

Altı fıkra halinde düzenlenen maddenin birinci fıkrasında; kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun temel şekli, ikinci

fıkrasında; suçun cebir, tehdit veya hile ile işlenmesi nitelikli hal olarak, üçüncü fıkrasında ise; altı bend halinde, suçun silahla, birden fazla kişi ile birlikte, kişinin yerine getirdiği kamu görevi nedeniyle, kamu görevinin sağladığı nüfuz kötüye kullanmak suretiyle, üstsoy, altsoy veya eşe karşı, çocuğa ya da beden veya ruh bakımından kendini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı işlenmesi nitelikli haller olarak yaptırma bağlanmış, dördüncü fıkrasında; suçun netice sebebiyle ağırlaşmış haline, beşinci fıkrasında; cinsel amaçla işlenen özgürlüğü kısıtlama suçuna yer verilmiş, altıncı fıkrasında ise; suçun işlenmesi amacıyla veya sırasında kasten yaralama suçunun sonucu itibarıyla ağırlaşmış hallerinin gerçekleşmesi halinde, ayrıca bu suça ilişkin hükümlerin de uygulanacağı belirtilmiştir.

Bu suç ile cezalandırılmak istenen husus, bireylerin hareket özgürlüğünün hukuka aykırı biçimde kaldırılması ve kısıtlanmasıdır. Nitekim bu husus madde gerekçesinde; “bu suç ile korunan hukuki değer, kişilerin kendi arzusu ve iradesi çerçevesinde hareket edebilme hürriyetidir” şeklinde belirtilmiştir. Bu fiil, failin doğrudan doğruya veya dolaylı hareketleriyle ve çeşitli araçlar kullanılarak gerçekleştirilebilir. Sonuç ise, mağdurun bir yere gitme veya bir yerde kalma özgürlüğünün kaldırılması biçiminde kendini gösterir. Serbest hareketli bir suç olduğundan, bir yere gitme yada bir yerde kalma özgürlüğün kaldırılması sonucunu doğurabilecek her türlü hareket ile işlenebilir.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun manevi unsuru, failin, mağduru kişisel özgürlüğünden yoksun bırakmaya yönelik hareketleri gerçekleştirmeyi istemesini ve bilmesini içeren genel kasttır. Yasanın metninden ve ruhundan da anlaşılacağı üzere, suçun oluşumu için saik (özel kast) aranmaz. Bu görüş öğretilde (Erman-Özek, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, İst-1994, sy. 130, Prof. Dr. Ayhan Önder, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 4. Bası, İst-1994, sy.31; Prof. Dr. Durmuş Tezcan - Doç. Dr. Mustafa Ruhan Erdem - Yrd. Doç. Dr. Murat Önok, Teorik-Pratik Ceza Hukuku, Ankara-2008, sy. 363 vd.;

Prof. Dr. Mehmet Emin Artuk, Prof. Dr. Ahmet Gökçen, Doç. Dr. A.Caner Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara-2009, cilt:3, s.2830 vd.; Dr. Recep Gülşen, Hürriyeti Tahdit Suçları, Ankara-2002, sy. 87) ve yargısal kararlarda da (CGK'nun 29.06.2010 gün ve 110-161, 23.01.2007 gün ve 275-9, 03.12.2002 gün ve 288-419 sayılı kararları) benimsenmiştir.

Öte yandan, hürriyetten yoksun kılma suçunun oluşabilmesi açısından geçmesi gereken süre konusunda 5237 sayılı TCY'nda herhangi bir açıklama bulunmamaktadır. Ancak, hürriyetten yoksun bırakma kavramı, anlık olmayan bir süreyi zorunlu olarak içerir ve fiil ile sonucun hukuken kabul edilebilecek bir zaman müddetince sürmesini gerektirir. Bu bakımdan, her olayda sürenin, hem fail hem mağdur açısından kişiyi hürriyetinden yoksun kılma niteliğini taşıyıp taşımadığının, hareketin ağırlığı, önemi ve ciddiyeti ile birlikte hakim tarafından değerlendirilerek belirlenmesi gerekir. Dolayısıyla suçun oluşumu açısından önceden bir zaman uzunluğunun belirlenmesi olanaklı değildir.

Hürriyetten yoksun kılma süresi konusunda öğretide de; "Türk Hukukunda kişiyi hürriyetinden yoksun kılmanın süresinin kısa veya uzun olmasının suça etkisi yoktur. Mağdurun bir yere gitmek veya bir yerde kalmak serbestisi ortadan kaldırıldığında, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu oluşur. Bununla birlikte failin gerçekleştirdiği eylemin belirli bir önemi olması gerekir. Sürenin çok kısa olup olmadığını somut olayın durumuna göre hakim takdir eder" (Artuk- Gökçen- Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara-2009, Cilt 3, s.2813) şeklinde görüş yer almaktadır.

Bu bilgiler ışığında somut olay değerlendirildiğinde;

Mağdure S'ın kardeşi M ile birlikte sanığın işletmekte olduğu bakkal dükkanına alışveriş için geldiği, ancak sanığın, ablası ile işi olduğu, ablasının dükkanda kalacağı, gitmediği takdirde döveceği tehdidi ile mağdurenin kardeşini zorla dükkandan gönderdiği ve sonrasında mağdureye karşı nitelikli cinsel istismar suçunu işlediği sabit olup, Adli Tıp Kurumu 6. İhtisas Ku-

rulu raporuna göre orta ile hafif derece sınırında zeka geriliği bulunan mağdurenin, kardeşini dövmele tehdit ederek dükkandan gönderen ve kardeşini gönderirken “ablası ile işi olduğu ve ablasının dükkanda kalacağı” şeklinde söylemde bulunan sanıktan korktuğu ve sanığa herhangi bir müdahalede bulunamadığı, nitekim mağdurenin istikrarlı bir şekilde aşamalarındaki anlatımlarında sanıktan korktuğu için olayı bir süre kimseye anlatamadığını belirtmiş olması karşısında; ablası ile işi olduğu, ablasının dükkanda kalacağı, gitmediği takdirde döveceği tehdidi ile kardeşini zorla dükkandan gönderdiği andan itibaren sanığın, mağdurenin hareket özgürlüğünü sınırladığı, dolayısıyla kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun o andan itibaren gerçekleştiğinin kabulü gerekmektedir. Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun gerçekleştirildiği zaman aralığının bir bölümünde sanığın mağdureye karşı ayrıca cinsel istismar suçunu da işlemiş olması bu suçun oluşumuna engel olmayacaktır. Kaldı ki cinsel istismar suçunun işlenmeye başlandığı ana kadar kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu açısından yeterli süre geçmiştir.

Bu itibarla, kanıtlara ve dosya kapsamına uygun olmayan gerekçelerle, sanığın kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan beraatına ilişkin yerel mahkeme direnme hükmü isabetsiz olup, bozulmasına karar verilmelidir.

Çoğunluk görüşüne katılmayan Genel Kurul üyesi A. Kınacı; “Çocuğun cinsel istismarı suçunun basit biçimi TCKnın 103. maddesinin 1. fıkrasında, nitelikli biçimi ise 2. fıkrasında düzenlenmiştir.

2. fıkraya göre, cinsel istismarın vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi durumunda, sekiz yıldan onbeş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

Çocukların cinsel istismarı suçunun 2. fıkra düzenleneni nitelikli biçiminin oluşabilmesi için, mağdurun vücutuna organ veya sair bir cisim sokulması için gerekli süre kadar mağdurun hürriyetinden yoksun kılınması zorunludur. Başka bir anlatımla, hürriyetinden yoksun kılınmadan, mağdurun vücu-

duna organ veya sair bir cisim sokulması mümkün değildir. Bu nedenle, çocuğun hürriyetinden yoksun kılınması, 2. fıkrada düzenlenen suçun zorunlu bir unsurudur.

TCKnın 42. maddesine göre, biri diğerinin unsurunu veya ağırlaştırıcı nedenini oluşturması dolayısıyla tek fiil sayılan suça bileşik suç denir. Bu tür suçlarda içtima hükümleri uygulanmaz.

Vücuduna organ veya sair bir cisim sokulması için gerekli süre kadar mağdurun hürriyetinden yoksun bırakılması durumunda, TCKnın 109. maddesinde yer alan kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu, aynı Kanunun 103. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenen çocuğun nitelikli olarak cinsel istismarı suçunun unsuru olduğundan, bileşik suçla ilgili hüküm gereğince fail sadece çocuğun nitelikli olarak cinsel istismarı suçundan cezalandırılmalıdır. Ayrıca kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan cezalandırılabilmesi için, mağdurun vücuduna organ veya sair bir cisim sokulması için gerekli süreden fazla bir süre onu hürriyetinden yoksun kılması gerekir.

Somut olayda sanık, mağdurun vücuduna organını sokarak, TCKnın 103. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenen çocuğun nitelikli olarak cinsel istismarı suçunu işlemiştir. Bu suçun işlenmesi için gerekli süre kadar hürriyetinden yoksun bıraktığı mağduru, suçun tamamlanması ile birlikte serbest bırakmıştır. Bu olayda, mağdurun hürriyetinden yoksun kılınması suçu, mağdurun nitelikli olarak cinsel istismarı suçunun unsuru olduğundan bileşik suç söz konusudur. Yerel mahkeme, sanık hakkında bileşik suç durumundaki çocuğun nitelikli olarak cinsel istismarı suçundan mahkûmiyet hükmü kurduğundan, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan beraat kararı vermesi ve bu kararda direnmesi doğrudur.

Sonuç olarak; direnme hükmünün onanması gerektiğini düşündüğümden, çoğunluğun bozma görüşüne katılmıyorum” görüşüyle,

Üç Genel Kurul üyesi de, benzer düşüncelerle yerel mahkeme direnme hükmünün isabetli olduğu ve onanması gerektiği yönünde karşı oy kullanmıştır.

SONUÇ :

Açıklanan nedenlerle,

- 1- Malatya 2. Ağır Ceza Mahkemesinin 14.09.2009 gün ve 248-259 sayılı direnme hükmünün, sanığın, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan cezalandırılması yerine berati-na karar verilmesi isabetsizliğinden BOZULMASINA,
- 2- Dosyanın mahalline gönderilmek üzere Yargıtay C.Başsavcılığına TEVDİİNE, 25.09.2012 günü yapılan müzakerede tebliğnamedeki isteme uygun olarak oyçokluğuyla karar verildi.

Daire: 5 **Tarih:**2010 **Esas No:** 2010/2369 **Karar No:** 2010/6073

Dosya içeriğine göre, mağdurenin ruh sağlığının bozulup bozulmadığı hususunda herhangi bir iddia, tespit ve itiraz bulunmaması karşısında tebliğnamedeki bu hususta bozma isteyen düşünceye iştirak edilmemiştir.

Delillerle iddia ve savunma duruşma gözönünde tutularak tahlil ve takdir edilmiş sübutu kabul olunan fiilin unsurlarına uygun şekilde tavsif ve tatbikatı yapılmış bulunduğundan katılan vekili ve sanık müdafinin yerinde görülmeyen temyiz itirazlarının reddiyle hükmün ONANMASINA, 08.07.2010 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

Daire: 5 **Tarih:**2009 **Esas No:** 2009/934 **Karar No:** 2009/14532

Psikiyatri uzmanı tarafından mental retardasyon tanısı ile eyleme akli yönden karşı koyacak gücü olmadığı belirlenen, Adli Tıp 6. İhtisas Kurulu muayene kaydında da orta derecede zeka geriliği tespit edilen mağdurenin dava dosyası ile birlikte Adli Tıp Kuruluna gönderilerek kendisinde maruz kaldığı fiile mukavemet edemeyecek derecede zeka geriliği veya akıl hastalığı bulunup bulunmadığı, mevcutsa beyanlarına başlı başına veya yan delillerle desteklendiği takdirde itibar edilip edilmeyeceği hususlarında açıklayıcı mütalaa alınmadan eksik tahkikatla yazılı şekilde hüküm kurulması, kanuna aykırı....bozulmasına..17/12/2009

Daire: 5 Tarih:2009 Esas No: 2008/11053 Karar No: 2009/10499

CMK.nun emredici nitelikteki 216. maddesi uyarınca, hükümün tefhim edildiği oturumda, son sözün sanıklar müdafileri yerine mağdur vekiline verilmesi suretiyle savunma haklarının kısıtlanması,

Kabule göre de;

Dosyada bulunan nüfus kaydına, doğum tutanağına ve doğumuna ait hastane kayıtlarına göre suç tarihinde 15 yaşından küçük olduğu anlaşılan mağdurenin rızasının, kendisine yönelik kaçırma ve alıkoyma eylemlerini 5237 ve 765 sayılı Kanunların her ikisi bakımından da hukuka uygun hale getirmeyeceği nazara alınmadan, hükmün gerekçesinde mağdurenin rızasından dolayı suçun oluşmadığı sonucuna varılması ve ayrıca duruşma tutanağında yer alıp hükmün esasını oluşturan kısa kararda ve gerekçeli kararın hüküm kısmında bu suçla ilgili hüküm kurulması lüzumuna uyulmaması,

Kanuna aykırı ve katılan vekili ile sanıklar müdafilerinin temyiz itirazları bu bakımdan yerinde görülmuş olduğundan, hükmün belirtilen nedenle 5320 sayılı Yasanın 8/1. maddesi de gözetilerek CMUK.nun 321. maddesi uyarınca (BOZULMASINA), 28.09.2009 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.

YARGITAY

5. Ceza Dairesi

Esas No : 2009/655

Karar No : 2009/4894

Sanık hakkında kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçlarından kurulan mahkûmiyet hükümlerinin temyiz incelemesine gelince;

Yargıtay Ceza Genel Kurulunun dairesimizce de benimsenen 12.03.1990 gün ve 1990/8-3-70, 09.10.2007 gün ve 2007/11-44-

200 sayılı kararlarında vurgulandığı gibi, bir olayın açıklanması sırasında başka bir hadiseden söz edilmesi o hadise hakkında da dava açıldığını göstermeyeceği ve dava konusu yapılan eylemin açıklıkla ve bağımsız olarak gösterilmesi gerektiği, buna karşılık sanık hakkında düzenlenen 17.10.2005 tarihli iddianamede suçların ‘çocukların basit cinsel istismarı’ olarak gösterildiği, cinsel amaçla kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan açılmış bir davanın bulunmadığı ve bu hususta dava açılmaksızın ek savunma verilip yargılamaya devamla yazılı şekilde hüküm tesis edilmesi suretiyle CMK.nun 225. maddesine aykırı davranılması,

Kanuna aykırı, sanık müdafinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülmemiş olduğundan hükümlerin 5320 sayılı Kanununun 8/1. maddesi de gözetilerek CMUK.nun 321. maddesi uyarınca BOZULMASINA, 27.04.2009 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

CGK Tarih:2014 Esas No: 2013/14-384 Karar No: 2014/2

Sanık Hüseyin Gezer’in çocuğun cinsel istismarı suçundan 2009 yılı Ağustos ayında gerçekleştirilen eylem için 5237 sayılı TCKnun 103/1-a, 103/3, 103/4, 103/6, 31/3 ve 62. maddeleri uyarınca 8 yıl 10 ay 20 gün hapis, 2010 yılı Şubat ayında gerçekleştirilen eylem için ise aynı kanunun 103/1-a, 103/3, 103/6, 31/3 ve 62. maddeleri uyarınca 8 yıl 4 ay hapis cezası ile cezalandırılmasına ilişkin, Boyabat Ağır Ceza Mahkemesince verilen 07.09.2011 gün ve 49-50 sayılı hükmün sanık ve müdafii tarafından temyiz edilmesi üzerine dosyayı inceleyen Yargıtay 14. Ceza Dairesince 02.11.2012 gün ve 11741-10626 sayı ile;

“...Yerinde görülmeyen sair temyiz itirazlarının reddine, ancak;

Dosya kapsamına göre, sanığın kardeşi olan mağdureye yönelik olarak 2009 yılı Ağustos ayı ve 2010 yılı Şubat ayında gerçekleştirdiği cinsel istismar eylemlerini, aynı suç işleme kararı kapsamında değişik zamanlarda gerçekleştirdiği ve her iki eylem arasında hukuki kesinti bulunmadığının anlaşıl-

ması karşısında, sanığın eylemlerinin zincirleme biçimde tek suç oluşturduğu gözetilerek tek suçtan tayin edilen cezasının zincirleme suç hükümlerine göre arttırılması yerine, her iki eyleminin ayrı suç oluşturduğunun kabulü ile sanığın iki ayrı suçtan cezalandırılması” isabetsizliğinden bozulmasına karar verilmiştir.

Yerel mahkeme ise 27.02.2013 gün ve 10-16 sayı ile;

“...Yargıtay Ceza Genel Kurulunun konuya ilişkin 2.3.1987 gün ve 341-84 sayılı ve 20.3.1995 gün ve 48-68 sayılı kararlarında; Öğretideki görüşlere yer verildikten sonra, aynı suç işleme kararından, yasanın aynı hükmünü birçok kez ihlal etme hususunda önceden kurulan bir plana yönelik genel bir niyetin anlaşılması gerektiği, bu bağlamda failin suçu işlemeden önce bir plan yapmasının veya bu suça niyet etmesinin ve fakat fiili bir defada yapmak yerine kısımlara bölmeyi ve o surette gerçekleştirmeyi daha uygun görmesinin, hareketinin aynı nitelikteki ihlale yönelik öncekinin devamı olmasının ve tüm hareketleri, arasında subjektif bir bağlantı bulunmasının anlaşılması gerektiği kabul edilmiştir.

Aynı suç işleme kararının varlığı, olaysal olarak suçun işlenmesindeki özellikler, suçun işleniş biçimi, fiillerin işlendikleri yer ve işlenme zamanı, fiiller arasında geçen süre, mağdurların farklı olup olmadıkları, ihlal edilen değer ve yarar ile korunan değer ve yarar, olayların oluşum ve gelişimi ile tüm özellikleri değerlendirilerek belirlenecektir.

Yine yargısal kararlarda; suçların işlenme tarihleri arasında az veya çok bir zaman aralığı bulunması ya da suç mağdurlarının birden fazla olması halinde teselsülü reddetmenin adalet ve hakkaniyete uygun bulunmayacağı genel bir kabul görmekte ise de, eylemler arasında 2-3 ay gibi, uzun sayılabilecek ve makul kabul edilemeyecek bir zaman aralığının bulunması halinde, suç işleme kararında birlikten söz edilemeyeceği kabul edilmiş, (CGKnun, 17.4.1995 gün ve 97-122 sayılı, 17.10.1988 gün ve 303-367 sayılı kararları) öğretide de, aradan geçen uzun sürenin aynı suç işleme kararının değil ortaya çıkan fırsatlar-

dan yararlanma düşüncesinin sonucu olarak yorumlanması gerektiğine, iki ihlal arasında çok uzun bir zaman aralığı bulunmasının suç kararında birlik olmadığının karinesini teşkil edebileceğine değinilmiştir. (Önder- Erem - Danışman - Artuk) şeklinde konu açıklanmıştır” gerekçesiyle direnerek, sanığın ilk hükümdeki gibi, çocuğun cinsel istismarı suçundan iki kez cezalandırılmasına karar vermiştir.

Bu hüküm de sanık müdafii ve Cumhuriyet savcısı tarafından temyiz edilmesi üzerine Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının “bozma” istekli 07.05.2013 gün ve 135066 sayılı tebliğnamesi ile Yargıtay Birinci Başkanlığına gönderilen dosya, Ceza Genel Kurulunca değerlendirilmiş ve açıklanan gerekçelerle karara bağlanmıştır.

TÜRK MİLLETİ ADINA CEZA GENEL KURULU KARARI

İnceleme, sanık Hüseyin Gezer hakkında kurulan hükümlerle sınırlı olarak yapılmıştır.

Eylemlerin sübutu ve nitelendirilmesine ilişkin bir uyuşmazlık ve dosya kapsamı itibariyle bu kabulde herhangi bir isabetsizlik bulunmayan somut olayda, Özel Daire ile yerel mahkeme arasında oluşan ve Ceza Genel Kurulunca çözümlenmesi gereken uyuşmazlık; katılana karşı 2009 yılı Ağustos ile 2010 yılı Şubat aylarında cinsel istismar suçunu işlemiş olan sanık hakkında 5237 sayılı TCKnun 43. maddesinde düzenlenmiş olan zincirleme suç hükümlerinin uygulanma şartlarının bulunup bulunmadığının belirlenmesine ilişkindir.

İncelenen dosya kapsamından;

Sanığın, yatılı bölge ilköğretim okulunda 5. sınıf öğrencisi olan kız kardeşi katılana yönelik olarak ilk defa 2009 yılı Ağustos ayında cebir ve şiddet kullanmak suretiyle basit cinsel istismar suçunu işlediği, ikinci olarak da 2010 yılı ara tatilinde eve gelen katılana karşı Şubat ayında basit istismar suçunu işlediği, savcılık ve sorguda suçunu kabul eden sanığın, yargılama aşamasında suçlamayı kabul etmediği, yatılı bölge ilköğretim

okulu öğrencisi olan katılanın ayda bir izinli olarak gelip, üç gün evde kaldığı, bunun dışındaki zamanlarda okulda yatılı olarak bulunduğu anlaşılmaktadır.

5237 sayılı TCK'na hakim olan ilke gerçek içtimadır. Bunun sonucu olarak, "kaç fiil varsa o kadar suç, kaç suç varsa o kadar ceza" söz konusu olacaktır. Nitekim bu husus Adalet Komisyonu raporunda da; "Ceza hukukunun temel kurallarından birisi, 'kaç fiil varsa o kadar suç, kaç suç varsa o kadar ceza vardır' şeklinde ifade edilmektedir. Bunun istisnaları, suçların içtimai bölümünde belirlenmiştir. Bu istisnalar dışında, işlenen her bir suçla ilgili olarak ayrı ayrı cezaya hükmedilecektir. Böylece verilen her bir ceza, bağımsızlığını koruyacaktır" şeklinde ifade edilmiştir. Bu kuralın istisnalarına ise, 5237 sayılı TCK'nun "suçların içtimai" bölümünde, 42 (bileşik suç), 43 (zincirleme suç) ve 44. (fikri içtima) maddelerinde yer verilmiştir.

Zincirleme suç, 765 sayılı TCKnun 80. maddesinde; "Bir suç işlemek kararının icrası cümlesinden olarak kanunun aynı hükmünün bir kaç defa ihlal edilmesi, muhtelif zamanlarda vaki olsa bile bir suç sayılır" şeklinde hüküm altına alınmışken, 5237 sayılı TCKnun 43. maddesinin birinci fıkrasının konumuza ilişkin ilk cümlesinde; "Bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda bir kişiye karşı aynı suçun birden fazla işlenmesi durumunda, bir cezaya hükmedilir" biçiminde düzenlenmiştir.

5237 sayılı TCKnun 43/1. maddesinde düzenlenen zincirleme suç hükümlerinin uygulanabilmesi için,

- a- Aynı suçun değişik zamanlarda birden fazla işlenmesi,
- b- İşlenen suçların mağdurlarının aynı kişi olması,
- c- Bu suçların aynı suç işleme kararı altında işlenmesi gerekmektedir.

Uyuşmazlığa konu olayda, çocuğun cinsel istismarı suçunu oluşturduğu kabul edilen eylemlerin değişik zamanlarda gerçekleştirilmesi ve suçların mağdurunun aynı olması şartlarının

mevcut olduğu konusunda bir tereddüt bulunmaması nedeniyle, zincirleme suç hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağına belirlenmesi açısından, (c) bendinde yer alan “suçların aynı suç işleme kararı altında işlenmesi”ne ilişkin şartın gerçekleşip gerçekleşmediği üzerinde durulmalıdır.

Aynı suç işleme kararı altında suç işlenmesi her biri ayrı ayrı suç teşkil eden fiilleri birbirine bağlayan ve olaya zincirleme suç özelliğini veren subjektif bir bağdır. Sanığın çıkan fırsatlardan yararlanmak suretiyle suç işlediği ya da suç işleme kararının yenilendiği durumlarda aynı suç işleme kararından söz edilemeyeceğinden, zincirleme suç hükümleri uygulanmayacaktır.

Zincirleme suçtan söz edebilmek için failin, başlangıçta genel bir niyet ve suç işleme kararı ile aynı suçu aynı mağdura karşı birden fazla kez işlemesi gerekmektedir. Buna göre “suç işleme konusunda tek kararı” olmayıp, ikinci eylemde suç işleme kararı yenilenmiş ise her bir fiil bağımsız suç olarak kabul edilecek ve zincirleme suç söz konusu olmayacaktır. Sanığın iç dünyasına ilişkin olan bu gereklilik subjektif bir şart olup, mahkemelerce denetime imkan sağlayacak şekilde tespit edilerek karara yansıtılması gerekecektir.

Ceza Genel Kurulunun konuya ilişkin 03.12.2013 gün ve 1475-577, 30.05.2006 gün ve 173-145, 08.07.2003 gün ve 189-207, 13.10.1998 gün ve 205-304, 20.03.1995 gün ve 48-68 ile 02.03.1987 gün ve 341-84 sayılı kararlarında “aynı suç işleme kararı” kavramından, kanunun aynı hükmünü birçok kez ihlal etme hususunda önceden kurulan bir plan, genel bir niyetin anlaşılması gerektiği, bu bağlamda failin suçu işlemeyen önce bir plan yapmasının veya bu suça niyet etmesinin, fakat fiili bir defada yapmak yerine, kısımlara bölmeyi ve o surette gerçekleştirmeyi daha uygun görmesinin, hareketinin önceki hareketinin devamı olmasının ve tüm hareketleri arasında subjektif bir bağlantı bulunmasının anlaşılması gerektiği kabul edilmiş, ilk eylemle ikinci eylem arasında makul sayılamayacak uzunca bir sürenin geçmesinin, sanığın aynı suç işleme kararıyla değil, çıkan fırsatlardan yararlanmak suretiyle suçu işlediğini gösterdiği belirtilmiştir.

Öğretide ise aynı suç işleme kararının, kanunun aynı hükmünü müteaddit defa ihlal etmek hususunda önceden kurulan bir plan ve genel bir niyet anlamında bulunduğu (Sulhi Dönmezer-Sahir Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza hukuku, Beta Basım Yayım, 14. bası, İstanbul, 1997, s.528 vd), çok genel bir birliğin, genel bir saik birliği sonucuna götüreceği, saik birliğinin, kararda birliği meydana getiremeyeceği, suç saiki, niyeti, amacı ile kararının karıştırılmaması gerektiği, yine fırsat çıktığı zaman suç işlemek için verilen genel bir kararın, müteselsil suçun bu sübjektif şartını oluşturmayacağı (Türkan Yalçın Sancar, Mütesessil Suç, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1995, s.70 vd), failin çıkacak her fırsattan yararlanmak hususunda genel ve soyut bir kararının varlığının aynı suç işleme kararının kabulünü gerektirmeyeceği (Kayıhan İçel, Suçların İçtimai, İstanbul, 1972, s. 136-137; Mahmut Koca-İlhan Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınevi, 6. bası, Ankara, 2013, s. 490), kanunda kullanılan karar tabirinden anlaşılması gerekenin, failin daha baştan itibaren birden fazla suçu kısım kısım işlemeye yönelik tasavvuru olduğu, önceden bir plan yapmış, niyetini oluşturmuş, fakat bunu bir defada gerçekleştireceği yerde, kısımlara bölmeyi ve o suretle gerçekleştirmeyi daha uygun görmüş ve bu plana göre hareket etmiş olduğu için zincirleme suçun kabul edildiği (Hakan Hakeri, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011, s.507), zincirleme suç halinde failin somut fiile ve fiillerin bütününe yönelik olmak üzere iki iradesinden söz edilebileceği, zincirleme suç işlemeye yönelik iradenin, yani bir suç işleme kararının her bir suça ilişkin kasıttan önce geldiği (Hamide Zafer, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Beta Yayıncılık, 3. Bası, İstanbul, 2013, s. 475), zincirleme suçun sübjektif şartının bir suç işleme kararının icrası kapsamında işlenen suçlar arasında manevi bir bağ bulunması olduğu (İzzet Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınevi, 9. bası, Ankara, 2013, s. 553), suçların işleniş biçimindeki benzerlik, aynı türden fırsatları değerlendirme, suçla korunan hukuki değer, hareketin yöneldiği maddi konunun nitelik ve başkalıkları ve suçlar arasındaki zaman aralığı gibi dışa yansıyan veri ve davranışlardan yararlan-

nılarak tespit edilecek olan bir suç işleme kararının kanunun aynı hükmünü ihlal etmek hususundaki failin genel planı olduğu (Mehmet Emin Artuk-Ahmet Gökçen-Caner Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, 7. Bası, Ankara, 2013, s. 645-646) görüşleri ileri sürülmüştür.

Suç kastından daha geniş bir anlamı içeren suç işleme kararı, suç kastından daha önce gelen genel bir karar ve niyeti ifade eder. Önce suç işleme kararı verilir ve bundan sonra bu genel kararın icrası farklı zamanlardaki suçlarla gerçekleştirilir. Kararın gerçekleştirilmesi için gerekli suçların herbirinde ayrı suç kastları, bir başka deyişle bir suç için gerekli olan maddi ve manevi unsurlar ayrı ayrı yer alır. Böylece suç işleme kararı denilen genel plan, niyet veya karar, zinciri oluşturan ve her biri birbirinden bağımsız olan suçları birbirine bağlayan ortak bir zemini oluşturur.

Suç işleme kararının yenilenip yenilenmediği, birden çok suçun aynı karara dayanıp dayanmadığı, aynı zamanda suçlar arasındaki süre ile de ilgilidir. İşlenen suçların arasında kısa zaman aralıklarının olması suç işleme kararında birlik olduğuna; uzun zaman aralıklarının olması ise suç işleme kararında birlik olmadığına karine teşkil edebilir. Yine de çeşitli suçlar arasında az veya çok uzun zaman aralığının var olması, bu suçların aynı suç işleme kararının etkisi altında işlendiğini ya da işlenmediğini her zaman göstermez. Diğer bir anlatımla, sürenin uzunluğu kararın yenilendiğini düşündürebileceği gibi, kısalığı da her zaman kararın yürürlükte olduğunu göstermeyebilir. Diğer taraftan, hukuki veya fiili kesintiler olduğunda farklı değerlendirmeler yapılacaktır. Ancak bu değerlendirme her olayda ayrı ayrı ve diğer şartlar da dikkate alınarak yapılmalıdır. Bu nedenle, başlangıçta belirli bir süre geçince suç işleme kararı yenilenmiş ya da değişmiş olur demek, soyut ve delillerden kopuk bir değerlendirme olacaktır. Failin iç dünyasını ilgilendiren bu kararın varlığının her olayın özelliğine göre suçun işleniş biçimi, suçun işlenmesindeki özellikler, fiillerin işlendikleri yer ve işlenme zamanı, fiiller arasında geçen süre, korunan değer ve yarar, hareketin yöneldiği maddi konunun niteliği, olayların

oluşum ve gelişimi ile dış dünyaya yansıyan diğer tüm özellikler değerlendirilerek belirlenmesi gerekecektir.

Görüldüğü üzere, zincirleme suçun oluşumu için işlenen suçlar arasında ne kadar zaman geçmesi gerektiği konusunda genel ve mutlak bir kural koymak mümkün olmadığından, hangi süre içerisinde işlenirse işlensin, işlenen suç başlangıçtaki genel niyete veya suç işleme konusundaki tek karara dayanıyor ise zincirleme suç hükümleri uygulanacak, ancak işlenen suç failin yeni bir suç işleme kararına dayanıyorsa artık zincirleme suç söz konusu olmayacaktır.

Bu açıklamalar ışığında uyuşmazlık konusu değerlendirildiğinde;

Sanığın, yatılı bölge ilköğretim okulunda 5. sınıf öğrencisi olan ve ayda bir defa üç gün süreyle izinli olarak eve gelip kalan kız kardeşi katılana yönelik olarak ilk defa 2009 yılı Ağustos ayında cebir ve şiddet kullanmak suretiyle basit cinsel istismar suçunu işlediği, ikinci olarak da 2010 yılı ara tatilinde Şubat ayında basit istismar suçunu işlediği sabit olan somut olayda, ilk eylemle ikinci eylem arasında geçen ve makul sayılamayacak olan yaklaşık 6 aylık uzunca bir süre, sanığın aynı suç işleme kararıyla değil, çıkan fırsatlardan yararlanmak suretiyle ikinci suçu işlediğini göstermektedir. Zira iki eylem arasında geçen 6 aylık sürede birden fazla kez eve gelerek kalan katılana karşı, sanığın herhangi bir eylem gerçekleştirmemiş olması, aynı suç işleme kararı altında hareket etmediği anlamına gelmektedir.

Bu itibarla, sanığın aynı suç işleme kararıyla eylemleri gerçekleştirmediğini ve somut olayda zincirleme suç hükümlerinin uygulanma şartlarının bulunmadığını kabul eden yerel mahkeme direnme kararı isabetli olup, onanmasına karar verilmelidir.

Çoğunluk görüşüne katılmayan on üç Genel Kurul Üyesi; “sanığın aynı suç işleme kararı altında eylemlerini gerçekleştirdiği, dolayısıyla yerel mahkeme direnme kararının bozulması gerektiği” görüşüyle karşı oy kullanmışlardır.

SONUÇ :

Açıklanan nedenlerle;

- 1- Usul ve kanuna uygun bulunan Boyabat Ağır Ceza Mahkemesinin 27.02.2013 gün ve 10-16 sayılı direnme hükmünün ONANMASINA,
- 2- Dosyanın, mahalline gönderilmek üzere Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına TEVDİNE, 24.12.2013 günü yapılan birinci müzakerede yeterli çoğunluk sağlanamadığından, 14.01.2014 günü yapılan ikinci müzakerede oyçokluğuyla karar verildi.

CGK Tarih:2014 Esas No:2013/14-812 Karar No:2014/130

Sanık Y.S.'nin çocuğun cinsel istismarı suçundan 5237 sayılı TCK'nun 103/2, 43 ve 62. maddeleri uyarınca 8 yıl 4 ay hapis, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan ise aynı kanunun 109/1, 109/3-f, 109/5 ve 62. maddeleri uyarınca 2 yıl 6 ay hapis cezası ile cezalandırılmasına ilişkin, Çanakkale Ağır Ceza Mahkemesince verilen 10.02.2009 gün ve 428-39 sayılı hükmün sanık müdafii tarafından temyiz edilmesi üzerine dosyayı inceleyen Yargıtay 14. Ceza Dairesince 16.04.2013 gün ve 10590-4554 sayı ile;

"Nüfus kaydına göre 25.12.1991 doğumlu olup suç tarihinde 15 yaş içerisinde olan ve henüz bu yaşı ikmal etmeyen mağdure ile sanığın anlaşarak birlikte kaçıp sanığın Çanakkale ilindeki evinde yaklaşık 5 gün birlikte yaşadıkları, burada sanık ile mağdurenin kendi istekleri ile sanıkla birden fazla ilişkiye girdikleri, daha sonra resmi olarak evlendikleri, iki tane çocuklarının olduğu ve evliliğin de halen devam ettiği olayda; sanığın, mağdurenin kendisine 17 yaşında olduğunu söylediğini ve bu nedenle onu 17 yaşında bildiğini, mağdurenin annesi müştekinin de kızının gerçekte 17 yaşında olduğunu, ancak nüfusa küçük yazdırıldığını beyan etmeleri, Adli Tıp Kurumunun kimi raporlarında bazen hormon gelişimi ve beslenme gibi nedenlerle kemik yaşının kayıtlı yaşından farklılık gösterebileceği belirtilmesi karşısında, TCK'nın 30. maddesi

hükümlerine göre hata halinin mevcut olup olmadığının tespiti için mağdurenin suç tarihi itibarıyla görünüm olarak 15 yaşından küçük olduğunun anlaşılıp anlaşılamayacağı, içinde buldukları sosyal ve kültürel durumları da dikkate alınarak sanığın mağdurenin yaşı konusunda hataya düşmesinin mümkün olup olmadığı araştırılarak mahkemenin dosyadaki tüm verilerle birlikte kendi gözlemini de tespit edip, gerekirse bu konuda bilirkişi incelemesi de yaptırılmak suretiyle tüm deliller birlikte değerlendirilerek sonucuna göre sanığın hukuki durumunun tayin ve takdiri gerekirken eksik incelemeyle yazılı şekilde hüküm kurulması” isabetsizliğinden bozulmasına karar verilmiştir.

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı ise 20.06.2013 gün ve 158380 sayılı ile;

“...Sanığın mağdurenin yaşını 17 olarak bildiğine ilişkin savunmasının, mağdurenin yaşına itiraz olarak değerlendirilebileceği, ancak mağdurenin 15 yaşını doldurmadığı ve kaçınılmaz bir hatanın da söz konusu olmadığı olayda TCK'nun 30. maddesindeki hata hallerinin mevcut olmadığı, Yüksek 14. Ceza Dairesinin uygulamaları incelendiğinde; 15 yaşından küçük mağdureler ile rızasıyla cinsel ilişkide bulunan ancak bilahare mağdure ile resmi evlilik yapan veya birlikte yaşamaya devam eden ve ortak çocukları olan sanıklar ile alakalı davalarda, mağdurenin görünüm itibarıyla 15 yaşından küçük olduğunun anlaşılıp anlaşılamayacağı hususunun, TCK'nun 30. maddesi bağlamında değerlendirilmesi gerektiğinden bahisle bozma kararları verildiği görülmektedir. 765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunundaki 434. madde benzeri bir düzenlemenin 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda bulunmaması karşısında, aile birliğini sağlamaya matuf bir uygulamanın hukuki olmaktan ziyade vicdani olarak değerlendirildiği kanaati uyandırmaktadır. Aynı durumda olup da resmi evlilik gerçekleştirmeyen sanıklar yönünden haksızlık oluşturabilecek bu uygulama, cinsel saldırı veya çocukların cinsel istismarı suçunu cebir veya tehdit ile gerçekleştiren sanıklar açısından da uygulanabilirliği düşünüldüğünde, bu nitelikteki suçları işleyenlerin daha az ceza almaları veya eylemlerinin şikayete bağlı suça dönüşme ihtimali

karşısında, adaletsiz ve kamu vicdanını zedeleyen kararların verilmesine yol açabileceği düşünülmektedir” görüşüyle itiraz kanun yoluna başvurmuştur.

5271 sayılı CMK'nun 308. maddesi uyarınca inceleme yapan Yargıtay 14. Ceza Dairesince 23.10.2013 gün ve 7149-10541 sayı ile, itiraz nedenlerinin yerinde görülmediğinden bahisle Yargıtay Birinci Başkanlığına gönderilen dosya, Ceza Genel Kurulunca değerlendirilmiş ve açıklanan gerekçelerle karara bağlanmıştır.

TÜRK MİLLETİ ADINA CEZA GENEL KURULU KARARI

Özel Daire ile Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı arasında oluşan ve Ceza Genel Kurulunca çözümlenmesi gereken uyumsuzluk; sanık hakkında 5237 sayılı TCK'nun 30. maddesinde düzenlenmiş olan hata halinin uygulanma imkânının bulunup bulunmadığı ve bu bağlamda eksik araştırma ile hüküm kurulup kurulmadığının belirlenmesine ilişkindir.

İncelenen dosya kapsamından;

Nüfus kayıtlarına göre mağdurenin 25.12.1991 doğumlu olduğu,

Adli Tıp Kurumu 6. İhtisas Kurulunun 21.05.2008 günlü raporunda, mağdurenin 11.03.2006 olan suç tarihi itibarıyla on beş yaşında olduğu ve on beş yaşını bitirmediği görüşüne yer verildiği,

Mahkeme heyetince 09.11.2006 günlü duruşmada gözlemlenen mağdurenin, görünüş itibarıyla 15-16 yaşlarında olduğunun belirtildiği,

Sanığın aşamalarda özetle; mağdure ile arkadaşlıklarının iki yıldır devam ettiğini, evlenmeyi düşündükleri için birlikte kaçtıklarını, mağdurenin rızası ile cinsel ilişkiye girdiklerini, daha sonra düğün yaparak evlendiklerini, ancak mağdurenin yaşı küçük olduğu için nikah yapamadıklarını, aslında mağdurenin on yedi yaşında olduğunu, ailesinin nüfusa geç yazdırdığını savunduğu,

Anlaşılmaktadır.

1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı TCK'nun "Hata" başlıklı 30. maddesi üç fıkra halinde;

"Fiilin icrası sırasında suçun kanunî tanımındaki maddî unsurları bilmeyen bir kimse, kasten hareket etmiş olmaz. Bu hata dolayısıyla taksirli sorumluluk hâli saklıdır.

Bir suçun daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli hâllerinin gerçekleştiği hususunda hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır.

Ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır" şeklinde düzenlenmiş iken, 08.07.2005 tarih ve 25869 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 5377 sayılı Kanunun 4. maddesi ile eklenen, "İşlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, cezalandırılmaz" biçimindeki dördüncü fıkra ile son halini almıştır.

Maddede çeşitli hata halleri düzenlenmiş olup, maddenin birinci fıkrasında suçun maddi unsurlarında hataya ilişkin hükme yer verilmiştir.

İkinci fıkra ile kişinin, suçun daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli hallerinin gerçekleştiği hususundaki hatasından yararlanması öngörülmüş, buna göre, kardeşi olduğunu bilmediği bir kişiyi öldüren fail, kasten öldürme suçunun nitelikli hallerinden olan kardeşini öldürmekten değil, kasten öldürmenin temel şeklinden sorumlu olacak, değersiz zannederek değerli bir kolyeyi çalan fail hakkında ise değer azlığı hükmü uygulanacaktır.

Üçüncü fıkrada, ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ait şartların gerçekleştiği konusunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişinin, bu hatasından yararlanacağı hüküm altına alınmış olup, fıkrada hem hukuka uygunluk sebebinin maddi şartlarında hata, hem de kusurluluğu etkileyen hata halleri düzenlenmiştir. Failin bu fıkra hükmünden yararlanana-

bilmesi için, bulunduğu şartlar bakımından hatasının kaçınılmaz olması gerekmektedir.

Maddeye 5377 sayılı Kanun ile eklenen dördüncü fıkrada ise, kişinin işlediği fiilden dolayı kusurlu ve sorumlu tutulabilmesi için, bu fiilin bir haksızlık oluşturduğunu bilmesi gerektiği vurgulanmıştır. Buna göre fail, işlediği fiilin haksızlık oluşturduğu konusunda kaçınılmaz bir hataya düşmüşse, diğer bir ifadeyle, eyleminin hukuka aykırı olmadığı, haksızlık oluşturmadığı, meşru olduğu düşüncesiyle hareket etmişse ve bu yanılışı içinde bulunduğu şartlar bakımından kaçınılmaz nitelikte ise artık cezalandırılmayacaktır. Hatanın kaçınılmaz olduğunun belirlenmesinde, kişinin bilgi düzeyi, gördüğü eğitim, içinde bulunduğu sosyal ve kültürel çevre şartları göz önünde bulundurulacaktır.

Üçüncü ve dördüncü fıkraların uygulanması yönüyle kişinin kaçınılmaz bir hataya düşmesi şartı aranmakta olup, hatanın kaçınılabılır olması durumunda kişi kusurlu sayılacak, diğer bir ifadeyle fiilden dolayı sorumlu tutulacak, ancak bu hata temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınacaktır.

Uyuşmazlığa ilişkin olarak maddenin birinci fıkrasının daha ayrıntılı ele alınmasında fayda bulunmaktadır.

Maddenin birinci fıkrasının gerekçesinde; “Kast, suçun kanuni tanımındaki maddî unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir. Bu unsurlara ilişkin bilgisizlik, eksik veya yanlış bilgi sahibi olunması durumu ise, maddî unsurlarda hata olarak adlandırılır. Böyle bir hata kastın varlığına engel olur. Örneğin, kişi vestiyerden kendisinininki zannederek başkasının paltosunu alır. Keza, kişi gece karanlığında vahşi bir hayvan zannıyla hareketli bir cisme ateş eder. Ancak, gerçekte bu hareket eden cisim bir insandır ve dolayısıyla; bu insan ölür veya yaralanır. Örnek olarak verilen bu olaylarda failin bilgisi gerçeğe uysaydı; işlediği fiil haksızlık teşkil etmeyecekti. Bu nedenle hata hâlinde kasten işlenmiş bir suçtan söz etmek mümkün değildir.

Fıkırada ayrıca, maddi unsurlarda hata hâlinde, taksirle sorumluluğa ilişkin hükme yer verilmiştir. Buna göre, meydana gelen neticeye ilişkin olarak gerekli dikkat ve özen gösterilmiş olsaydı böyle bir netice ile karşılaşılmazdı şeklinde bir yargıya ulaşılabiliriyorsa; taksirle işlenmiş bir suç söz konusu olur. Ancak bu durumda neticenin taksirle gerçekleştirilmesinin kanunda suç olarak tanımlanmış olması gerekir. Bu nedenle, kendisinin sanarak başkasının çantasını alan kişinin yanılığında taksirin varlığı kabul edilse bile; kanunda hırsızlık fiilinin ancak yararlanma kasdıyla işlenebileceği belirtildiği için; böyle bir olay dolayısıyla ceza sorumluluğu doğmayacaktır. Buna karşılık, av hayvanı zannederek gerçekte bir insana ateş edip onun ölümüne neden olan kişinin bu hatasında taksiri varsa, adam öldürme kanunda taksirle işlenen bir suç olarak da tanımlandığı için, böyle bir olayda fail, taksirle adam öldürme suçundan dolayı sorumlu tutulacaktır..." açıklamalarına yer verilmiştir.

Kast, suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesi olup, bu unsurlara ilişkin bilgisizlik, eksik ya da hatalı bilgi, maddi unsurlara ilişkin bir hatadır. Bu hatanın kastın varlığına engel olacak düzeyde bulunması halinde sanığa ceza verilmeyecektir. Suçun maddi unsurlarına ilişkin hata, eylemin suç teşkil etmesi için bulunması zorunlu hususlara ilişkin bir yanılmadır. Maddenin birinci fıkrasının ikinci cümlesinde, hata dolayısıyla taksirli sorumluluk halinin saklı olduğu belirtildiğinden taksirle de işlenebilen bir suçun maddi unsurlarında tedbirsizlik ve dikkatsizlik sonucu hataya düşülmesi kusurluluğu ortadan kaldırmayacaktır. Örneğin, gerekli dikkat ve özeni göstermeden gece gördüğü karartıya av hayvanı olduğunu düşünerek ateş eden ve bir kişinin ölümüne neden olan fail, taksirle öldürmeden sorumlu olacaktır.

Öğretide bu konuya ilişkin olarak; "Şu halde suçun maddi unsurlarına ilişkin hata, eylemin suç teşkil etmesi için bulunması zorunlu hususlara ilişkin bir yanılmadır. Örneğin, arkadaşını ziyarete giden bir kimsenin, arkadaşının olduğu düşünmesiyle bir başkasının konutuna girmesi veyahut onbeş yaşını

bitirmiş olan çocukla rızaen cinsel ilişkide bulunanın, mağdurun reşit olduğunu düşünerek bu eylemi gerçekleştirmesi.” (Artuk/Gökçen/Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, 7. Baskı, s. 522), “Failin suç tipindeki bir unsurda yanılması, bu suçun kasten işlenmesini engeller. Bu takdirde suç taksirle işlendiği takdirde cezalandırılabilen bir suç ise, sorumluluk taksirli suçtan dolayıcıdır.” (Hakan Hakeri, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, 12. Baskı, s. 362) şeklinde görüşlere yer verilmiştir.

Uyuşmazlığa konu olan “çocukların cinsel istismarı” suçu 5237 sayılı TCK’nun 103. maddesinde düzenlenmiş olup, maddenin ilk iki fıkrası;

“(1) Çocuğu cinsel yönden istismar eden kişi, üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Cinsel istismar deyiminden;

- a) Onbeş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukukî 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.

(2) Cinsel istismarın vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi durumunda, sekiz yıldan onbeş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.” şeklindedir.

Suçun maddi unsurlarından birisi de mağdur olup, kanun koyucu 5237 sayılı TCK’nun 103. maddesinde üç grup mağdura yer vermiştir. Birincisi onbeş yaşını tamamlamamış olan çocuklar, ikincisi onbeş yaşını tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan çocuklar, üçüncüsü ise onbeş yaşını tamamlayıp onsekiz yaşını tamamlamamış olan çocuklardır. Birinci ve ikinci grupta yer alan çocuklara karşı cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir neden olmaksızın dahi gerçekleştirilen her türlü

cinsel davranış istismar suçunu oluşturmakta, eylemin bu kişilere karşı cebir veya tehdit kullanılmak suretiyle gerçekleştirilmesi ise anılan maddenin dördüncü fıkrası uyarınca cezanın yarı oranında artırılmasını gerektirmektedir. Üçüncü grupta yer alan çocuklar yönüyle eylemin suç oluşturması için gerçekleştirilen cinsel davranışların cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Nitekim cebir, tehdit ve hile olmaksızın onbeş yaşını bitirmiş olan çocukla cinsel ilişkide bulunan kişi, anılan kanunun 103. maddesinde düzenlenmiş olan çocukların cinsel istismarı suçundan değil, şikayet üzerine 104. maddede düzenlenen reşit olmayanla cinsel ilişki suçundan cezalandırılacaktır.

Fail, cinsel ilişkide bulunduğu mağdurenin 15 yaşını doldurmadığı halde, 15 yaşını doldurduğu düşüncesiyle mağdure ile rızasıyla cinsel ilişkide bulunur ve şikayetçi olmayan mağdurenin yaşı konusundaki hatası esaslı, diğer bir ifadeyle kabul edilebilir bir hata olursa, bu takdirde fail 5237 sayılı TCK'nun 30. maddesinin birinci fıkrası uyarınca suçun maddi unsurlarından olan mağdurenin yaşına ilişkin bu hatasından yaralanacak, bunun sonucu olarak yüklenen suç açısından kasten hareket etmiş sayılmayacağından ve bu suçun taksirle işlenmesi hali kanunda cezalandırılmadığından 5271 sayılı CMK'nun 223. maddesinin ikinci fıkrasının (c) bendi gereğince beraatına karar verilmesi gerekecektir.

Suçun maddi unsurlarında hata hali faile ilişkin bir durum olduğundan, bu hususun fail veya müdafii tarafından ileri sürülmesi gerekmekte olup, kural olarak mahkemece suçun maddi unsurlarında hataya düşülüp düşülmediğine ilişkin bir araştırma yapılmayacaktır.

Bu bilgiler ışığında uyumsuzluk konusu değerlendirildiğinde;

Sanık aşamalarındaki savunmasında mağdurenin nüfusa küçük yazıldığını, normalde 17 yaşında olduğunu belirtmiş ise de, Adli Tıp Kurumunca düzenlenen raporda mağdurenin suç tarihi itibarıyla on beş yaşını bitirmediğinin ifade edilmiş olması ve mağdureyi gözlemleyen mahkemece de bu hususun

teyit edilmiş bulunması karşısında, sanığın mağdurenin suç tarihinde on beş yaşından büyük olduğu yönündeki savunmasının kabulü mümkün değildir. Kaldı ki yaklaşık iki yıl süreyle mağdure ile arkadaşlık yapan sanığın mağdurenin gerçek yaşını bilmemesi hayatın olağan akışına da uygun değildir. Dolayısıyla mahkemece kendiliğinden araştırılması gereken bir husus olmadığı gibi, 5237 sayılı TCK'nun 30. maddesinde düzenlenmiş olan hata halinin uygulanma şartları da mevcut değildir.

Bu nedenle, yerel mahkemece, onbeş yaşını tamamlamamış olan mağdure ile rızasıyla cinsel ilişkide bulunan sanığın çocuğun cinsel istismarı ve kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçlarından cezalandırılmasına karar verilmesi isabetlidir.

Çoğunluk görüşüne katılmayan iki Genel Kurul Üyesi; itirazın reddine karar verilmesi gerektiği düşüncesiyle karşı oy kullanmışlardır.

SONUÇ:

Açıklanan nedenlerle;

- 1- Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı itirazının KABULÜNE,
- 2- Yargıtay 14. Ceza Dairesinin 16.04.2013 gün ve 10590-4554 sayılı bozma kararının KALDIRILMASINA,
- 3- Usul ve kanuna uygun olan Çanakkale Ağır Ceza Mahkemesinin 10.02.2009 gün ve 428-39 sayılı kararının ONANMASINA,
- 4- Dosyanın, mahalline gönderilmek üzere Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına TEVDİİNE, 11.03.2014 günü yapılan müzakerede oyçokluğuyla karar verildi.

Daire: 14 Tarih:2012 Esas No: 2012/7295 Karar No: 2012/7311

Dava: Çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçundan sanıklar A. K. ve H. B. G., çocuğun nitelikli cinsel istismarı ve kişiyi

hürriyetinden yoksun kılma suçundan sanık E. K., çocuğun nitelikli cinsel istismarı, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma ve fuhuş suçlarından sanık F. P., kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan sanık A. S. ve ırza geçme, reşit olmayan kimseyi zorla kaçırıp alıkoyma ve fuhşa özendirme suçlarından sanık R. Ç.nun yapılan yargılamaları sonunda; sanıklar A., H. B., E., F. ve A.in atılı suçlardan mahkumiyetlerine, sanık R.ın fuhşa özendirme suçuyla lehine sonuç doğurduğu kabul edilen 5237 sayılı TCK. nın hükümlerine göre çocuğun nitelikli cinsel istismarı ve kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçlarından mahkumiyetine dair Denizli 2. Ağır Ceza Mahkemesinden verilen 22.07.2009 gün ve 2007/5 Esas, 2009/315 Karar sayılı hükümlerin süresi içinde Yargıtay'ca incelenmesi sanıklar müdafileri tarafından istenilmiş olduğundan, dava evrakı Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığından tebliğnameyle Daireye gönderilmekle incelendi;

Karar: Hükmolunan cezaların miktarlarına göre sanık E. müdafii duruşmalı inceleme isteminin 5320 s. Kanununun 8/1 inci maddesi gözetilerek CMUK. nın 318 inci maddesi uyarınca reddiyle, incelemenin duruşmasız yapılmasına karar verildikten sonra gereği düşünüldü:

Mağdurenin 06.12.2006 tarihinde kollukta vekili ve sosyal hizmet uzmanı huzurunda alınan ifadesinde; 2005 yılı kış aylarında ilk olarak sanık R.ın zorla ırzına geçtiğini ve kızlığını bozduğunu, bir süre başka erkeklerle para karşılığı cinsel ilişkiye girmeye zorladığını, daha sonra kendisini sanık F.a teslim ettiğini, bu sanığın kendisini aldıktan sonra Karakurt ilçesine götürüp burada ikamet eden kimlik bilgilerini bilmediği Hançer lakaplı şahsın evinde kendisine zorla tecavüz ettiğini, burada Hançer lakaplı şahsın da kendisine tecavüz etmesinden sonra kendisini alarak sanık A.in evine yerleştirdiğini ve sanık F.un tanımadığı insanlarla para karşılığı ilişkiye girmeye zorladığını, bu sırada öldürmekle ve hırsızlıkla suçlamakla tehdit ettiğini, son olarak da 15 gün kadar önce ismini A. ya da H. olarak bildiği bir şahısla ilişkiye girdiğini belirttiği; 07.12.2006 tarihinde kollukta vekili huzurunda alınan ek ifadesinde ise;

sanık R.ın zorla ırzına geçip kızlığını bozduğunu, önceki ifadesinde söylemediği sanık F.un yanında çalışan sanıklar A. ve E.nin de F.a para vererek kendisiyle birden fazla ve zorla cinsel ilişkiye girdiklerini; 11.12.2006 tarihinde Cumhuriyet Savcılığında alınan ifadesinde; sanık A. ile 5 ay kadar önce rızasıyla cinsel ilişkiye girdiğini, sanık R.ın 2005 yılı Ocak - Şubat aylarında Karakurt kasabasında bir evde zorla ırzına geçip kızlığını bozduğunu ve 5 ay başka erkeklere para karşılığı sattığını, daha sonra sanık F.a teslim ettiğini, ifade tarihinden bir ay kadar önce sanık H.in Muratdere mahallesindeki evinde para karşılığında kendi isteğiyle bir kez cinsel ilişkiye girdiğini, sanık F.un da kendisini birçok kişiye para karşılığı pazarladığını, sanık A.le hiçbir zaman ilişkiye girmediğini, A.in kendisini rızasıyla bir ay kadar alıkoymadığını, tüm sanıklar hakkındaki şikayetinden vazgeçtiğini; 14.04.2007 ve 15.04.2007 tarihlerinde kollukta alınan ifadelerinde; 2005 yılından 2006 yılının sonuna kadar sanıklar F., A., E., A., H. ve R.la H. K. ve H. Z. isimli şahıslarla cinsel ilişkiye girdiğini, çocuğunun babasının bu şahıslardan biri olabileceğini; 08.05.2007 tarihinde duruşmada alınan beyanında; sanık A.in rızasıyla iki kez ırzına geçtiğini, bir yıl kadar önce ilk olarak sanık R.ın Karakurt köyünde Hançer lakaplı şahsın evinde kendisine bıçak çekerek zorla ırzına geçtiğini ve kendisini para karşılığı başka şahıslarla ilişkiye girmeye zorladığını, daha sonra da pek çok kez ırzına geçmeye devam ettiğini, sanık F.la dükkanına gidip gelirken kendisinin tanıştığını, sanık F.un sanık R.ın eyleminden bir iki ay kadar sonra iki kez rızasıyla ırzına geçtiğini, bu olaydan iki hafta sonra da sanık A. ile iki kez rızasıyla cinsel ilişkiye girdiğini, sanık A. ile hiç cinsel ilişkiye girmediğini ve kendisini alıkoymadığını, sanık E.nin A.ten bir ay kadar sonra ırzına geçtiğini, H. B. G. diye birisini tanımadığını, bir kez rızasıyla ırzına geçen şahsın H. B. G.çe olduğunu, kendisine gösterilen H. B. G.e ait nüfus cüzdanındaki fotoğrafın ırzına geçen şahsa ait olmadığını söylemiş, daha önce emniyette verilen ifadeler okunarak sorulduğunda bu ifadeleri kendisinin bu şekilde vermediğini ve yarısından çoğunun doğru olmadığını, sanık A.in ırzına geçtiği hususunun doğru olmadığını, sanıklar A., F., R., H. B. G.çe

ve E.nin ise ırzına geçtiklerini; sanık E. hakkında görülmekte iken sonradan birleştirilen davanın 08.05.2007 tarihli celsesinde alınan ifadesinde; sanık E.nin kendisini bir eve götürerek zorla saldırıp ırzına geçtiğini, sanık F.un ırzına geçip geçmediği konusunda beyanda bulunmak istemediğini, okunan kolluk ifadelerinin yarısından çoğunun kendisinin söylemediği şeyler olduğunu, bu ifadelerdeki imzalar kendisine ait olmakla birlikte, sanıklardan şikayetçi olduğunu söylemediğini, sanıklarla ilişkiye girdiğini söylediğini, ancak cinsel ilişkiye girdiğini söylemediğini, buna karşın çocuğunun bunlardan birinin çocuğu olması gerektiğini; 03.08.2007 tarihli celsede; sanıklar F. ve A.in kendisine hırsızlık suçunu isnat edecekleri düşüncesiyle iftira attığını, bu sanıklarla hiçbir zaman ilişkiye girmediğini, bu konuda önceki verdiği ifadelerin doğru olmadığını, sanık E. ile bir kez rızasıyla beraber olduğunu, sanık R. ile de kendi rızasıyla birkaç kez beraber olduğuna ilişkin önceki beyanlarının doğru olduğunu, sanık A.le hiçbir zaman cinsel ilişkiye girmediğini, H. B. G. isimli şahısla ise bir kez rızasıyla cinsel ilişkiye girdiğini söylediği, daha sonra sorulduğunda ise; sanık R.la rızasıyla ilişkiye girmediğini, sanığın kendisine zorla tecavüz ettiğini, ancak arkadaşları vasıtasıyla tehdit ettiği için o şekilde beyanda bulunduğunu, bu şahsın ayrıca kendisini zorla sattığını, E. ve H. B. G. ile ise rızasıyla birlikte olduğunu beyan ettiği; mağdurun 11.12.2006 ve 06.06.2007 tarihli hakim havaleli dilekçelerinde ise; sanıklardan şikayetçi olmadığını, para karşılığı rızasıyla cinsel ilişkiye girdiğini, sanık F.un kendisini satmadığını, sanıklar F. ve A.in kendisini hırsızlıkla suçlamaları nedeniyle iftira attığını beyan etmiş bulunması; 07.12.2006 tarihli tutanakla tespit edilen ve mağdurenin 05..... numaralı cep telefonundan sanık F.un kullandığı 05..... numaralı telefona 01.12.2006 tarihinde gönderdiği anlaşılan “şikayetini bekliyorum F., şikayet edemezsen ben seni şikayet etcem, bana zorla tecavüz etti diye. Sen beni önce şikayet etmeye bak derim, yoksa o gençli” “iki gün cezaevinde geçecek yazık olur sana F. mesaj yaz telefona cevap vermem” şeklindeki mesaj içerikleri; Adli Tıp Kurumu İzmir Grup Başkanlığının 25.06.2008 tarihli, cinsel istismar suçu sanıkları H. B. G., R., A., E. veya F.un mağ-

durenin bebeğinin biyolojik babası olmadıklarına dair raporu, sanıkların aşamalarda mağdureyle hiçbir şekilde cinsel ilişkiye girmedikleri ve onu alıkoymadıklarına dair savunmaları ile bu savunmaları doğrular nitelikteki tanıklar Ü. A., İ. K., O. O., C. A., H. K. ve M. K.ın beyanları içeriği karşısında; mağdurenin tutarsız ve çelişkili beyanları dışında sanıkların savunmalarının aksine, atılı suçları işlediklerine dair kesin ve inandırıcı herhangi bir delil bulunmadığı gözetilmeyerek, tüm sanıkların beraatlerine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde mahkumiyetlerine hükmedilmesi,

Sonuç: Kanuna aykırı, sanıklar müdafilerinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görüldüğünden, hükümlerin 5320 s. Kanununun 8/1 inci maddesi gözetilerek CMUK. nın 321 inci maddesi uyarınca BOZULMASINA, 26.06.2012 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

Daire: 14 **Tarih:**2012 **Esas No:** 2011/9056 **Karar No:** 2012/3661

Sanığın yolda gördüğü mağdureye cinsel içerikli sözler söyledikten sonra kolundan tutup motosiklete bindirmek istediği, yürümeye devam eden mağdureyi tacizli sözlerle takip ettiği olayda, cinsel taciz içerikli sözlerle birlikte bedensel temas bulunması nedeniyle sanığın eyleminin çocuğun basit cinsel istismarı suçunu oluşturacağı, bu suçla ilgili yargılama yapma görevinin asliye ceza mahkemesine ait olduğu nazara alınarak görevsizlik kararı verilmesi gerektiğinin gözetilmemesi,

Bozmayı gerektirmiş, O Yer Cumhuriyet Savcısının temyiz itirazları bu nedenle yerinde görülüş olduğundan, sair yönleri incelenmeyen hükmün 5320 sayılı Kanununun 8/1. maddesi de gözetilerek CMUK.nın 321. maddesi uyarınca BOZULMASINA, 29.03.2012 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

Daire: 5 **Tarih:**2011 **Esas No:** 2009/4782 **Karar No:** 2009/5912

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan dolayı dava zaman aşımı süresi içerisinde dava açılması mümkün görülmüştür.

Sanığın oluŖa uygun olarak iŖlediđi kabul edilen zorla ve ruh sağlığını bozacak biçimde çocuğun müteselsilen nitelikli cinsel istismarı suçuna uyan 5237 sayılı TCK.nun 103/2, 103/4 ve 43. maddeleri uyarınca verilen ceza 15 yıla ulaŖsa veya geçse dahi, suçun sonucunda ruh sağlığının bozulmasından dolayı neticenin ağırlığına göre tayin edilen cezanın 49/1 ve 103/6. maddeler gereğince yirmi yıla kadar artırılmasının olanaklı bulunduğu nazara alınarak hakkaniyet gereği ve anılan maddeye iŖlerlik kazandınlabilmesi için cezada bir miktar daha artırım yapılması gerektiği gözetilmeden 103/6. maddenin uygulama dıŖı bırakılması karŖı temyiz bulunmadığından bozma nedeni yapılmamıŖ.

Delillerle iddia ve savunma duruŖma gözönünde tutularak tahlil ve takdir edilmiŖ sübutu kabul olunan fiilin unsurlarına uygun Ŗekilde tavsif ve tatbikatı yapılmıŖ bulunduğundan yerinde görölmeyen sanık müdafinin ve resen temyiz itirazlarının reddiyle hükmün ONANMASINA, 18.05.2009 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

Daire: 5 **Tarih:**2011 **Esas No:** 2010/7223 **Karar No:** 2011/382

Dosya içeriği ve oluŖa göre sanıkların aynı yerde sırayla mağdureye organ sokmak suretiyle cinsel istismarda bulunmalarına göre kendi eylemleri yanında diğer sanığın eylemine de iŖtirak etmiŖ olmaları karŖısında haklarında tayin olunan cezanın teselsül nedeniyle TCK.nun 43. maddesi ile artırılması gerektiğinin gözetilmemesi,

Adli Tıp Kurumu Kanununun 7 ve 23. maddeleri gereğince usulüne uygun olarak teŖekkül etmeyen ihtisas kurulu raporuna dayanılarak karar verilmesi,

Kanuna aykırı, O Yer C.Savcısı, katılan vekili ve sanıklar müdafilerin temyiz itirazları yerinde görölmüŖ olduğundan hükmün bu sebeplerden dolayı 5320 sayılı Yasanın 8/1. maddesi de gözetilerek CMUK.nun 321. maddesi uyarınca BOZULMASINA, 27.01.2011 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

Daire: 14 Tarih:2011 Esas No: 2011/13955 Karar No: 2011/4996

Nüfus kaydına göre 28.08.1992 doğumlu olan mağdurenin 19 yaşlarında görüldüğüne ilişkin sanıknin aşamalarda beyanı nazara alınarak, sanıklara isnat olunan suçun oluşumuna ve unsurlarına etkisi bakımından mağdurenin bağlı bulunduğu nüfus idaresinden onaylı aile nüfus kaydı ve doğum tutanağı getirtilip, resmi bir sağlık kuruluşunda doğmadığının anlaşılması halinde, yaş tespitine esas olacak kemik grafileri çektilirip sağlık kurulundan rapor alınması ve gerektiğinde Adli Tıp Kurumu ilgili ihtisas kurulundan görüş sorulmak suretiyle gerçek yaşının bilimsel biçimde saptanmasından sonra, sonucuna göre iddia, savunma ve tüm dosya kapsamı birlikte değerlendirilerek sanıkların hukuki durumlarının tayin ve takdiri yerine eksik soruşturma ile yazılı şekilde hüküm kurulması,

Kabule göre de;

Adli Tıp Kurumu 6. İhtisas Kurulunun 28.05.2010 tarihli raporunda mağdurenin ruh sağlığının bozulduğu belirtilmiş ise de; rapordan ruh sağlığının her iki sanığın eylemlerinden mi, yoksa hangi sanığın eyleminden dolayı bozulduğu anlaşılamadığından, bu hususta ek mütalaa alındıktan sonra hüküm kurulması gerekirken eksik inceleme ile karar verilmesi,

Kanuna aykırı, sanıklar müdafilerinin temyiz itirazları yerinde görülüş olduğundan, kısmen resen de temyize tabi hükümlerin 5320 sayılı Kanunun 8/1. maddesi de gözetilerek CMUK.nun 321. maddesi uyarınca BOZULMASINA, 14.12.2011 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

Daire: 14 Tarih:2011 Esas No: 2011/8414 Karar No: 2011/8414

Oluşa göre, kayden 01.06.1992 doğumlu olup suç tarihinde 14 yaş 4 ay 26 günlük olan mağdure ile sanığın anlaşarak ailesinin karşı çıkmasına rağmen rıza göstermezlerse sanığa kaçacağını söyleyerek ikna etmek suretiyle, 27.10.2006 tarihinden

de gayri resmi olarak evlenerek birlikte yaşamaya başladıkları, sanıkla mağdurenin birden fazla ilişkiye girerek mağdurenin hamile kaldığı, hükümden önce de resmi olarak mağdure ile evlenen sanığın aşamalarda, mağdurenin fizik olarak 17-18 yaş görünümünde olduğunu ve gerçek yaşının 15ten küçük olduğunu bilmediğini savunması karşısında; TCK.nın 30. maddesi hükümlerine göre hata halinin mevcut olup olmadığının tespiti için mağdurenin suç tarihi itibarıyla görünüm olarak 15 yaşından küçük olduğunun anlaşılıp anlaşılamayacağı, içinde buldukları sosyal ve kültürel durumları da dikkate alınarak sanığın mağdurenin yaşı konusunda hataya düşmesinin mümkün olup olmadığı araştırılarak, mahkemenin dosyadaki tüm verilerle birlikte kendi gözlemini de tespit edip, gerekirse bu konuda bilirkişi incelemesi de yaptırılmak suretiyle tüm deliller birlikte değerlendirilerek sonucuna göre sanığın hukuki durumunun tayin ve takdiri gerekirken eksik incelemeyle yazılı şekilde hüküm kurulması,

Kanuna aykırı, sanık müdafinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülüş olduğundan, hükmün bu sebepten dolayı 5320 sayılı Kanunun 8/1. maddesi gözetilerek CMUK.nın 321. maddesi uyarınca BOZULMASINA, 28.01.2013 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

Daire: 14 Tarih:2011 Esas No: 2011/6460 Karar No: 2011/6460

Sanığın, kasık bölgesindeki ağrı şikayeti nedeniyle gelen mağdurenin kalça ve bacaklarını okşayıp sıkma, elini apış arasından sokarak cinsel organını okşama şeklindeki eylemlerinin bedensel temas içermesi ve muayene gereklerini aşması nedeniyle, 5237 sayılı TCK'nın 103/1. maddesi kapsamında yer alan çocuğun basit cinsel istismarı suçunu oluşturacağı gözetilmeden, suç niteliğinde yanlıya düşülerek yazılı biçimde cinsel taciz suçundan mahkumiyetine karar verilmesi,

Kanuna aykırı, sanık müdafii, katılanlar vekili ve Üst Cumhuriyet Savcısının temyiz itirazları bu itibarla yerinde görüldüğünden, hükmün 5320 sayılı Kanun'un 8/1. maddesi de göze-

tilerek CMUK'nın 321. maddesi uyarınca (BOZULMASINA), 05.04.2012 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

CGK Tarih:2011 **Esas No:** 2011/5-447 **Karar No:** 2011/5-447

Her ne kadar sanık hakkında ayrıca mağdure Sa karşı cebir, tehdit ve hile kullanarak hürriyetinden yoksun kılma suçundan cezalandırılması için kamu davası açılmış ise de, mağdure, bakkal dükkanı işleten sanığın yanına kendiliğinden geldiği, sanık, ancak cinsel ilişki süresince mağdureyi alıkoyduğu, böylece sanığın amaç ve kastının hürriyeti yoksun kılma suçuna yönelik olmadığı, mağdurenin dükkanda kalma süresinin de kısıtlılığı itibarıyla bu suçun yasal unsurları oluşmadığı" şeklindeki gerekçeyle direnerek, sanığın yüklenen suçtan beraatına karar vermiştir.

Bu hükmün de katılan vekili tarafından temyiz edilmesi üzerine dosya, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının "bozma" istekli 31.10.2011 gün ve 54668 sayılı tebliğnamesi ile Yargıtay Birinci Başkanlığına gönderilmekle, Ceza Genel Kurulunca değerlendirilmiş ve açıklanan gerekçelerle karara bağlanmıştır.

TÜRK MİLLETİ ADINA

CEZA GENEL KURULU KARARI

Sanık hakkında nitelikli cinsel istismar suçundan kurulan mahkumiyet hükmü Özel Dairece onanmak suretiyle kesinleşmiş olup, inceleme kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan kurulan hükümle sınırlı olarak yapılmıştır.

Özel Daire ile yerel mahkeme arasında oluşan ve Ceza Genel Kurulunca çözümlenmesi gereken uyuşmazlık; sanığa yüklenen kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun sübuta erip ermediğinin belirlenmesine ilişkindir.

İncelenen dosya içeriğinden; Adli Tıp Kurumu 6. İhtisas Kurulunun 07.12.2007 gün ve 5281 sayılı raporunda, "orta ile hafif derece sınırında zeka geriliği bulunan mağdurenin, olayın hukuki anlam ve sonuçlarını algılayabilme ve davranışlarını yönlendirebilme ve bu eyleme karşı koyabilme yetene-

ğine haiz olmadığı ve beden ve ruh sağlığının bozulmadığı” yönünde görüş bildirildiği, adı geçen kurumun 04.04.2008 gün ve 1540 sayılı raporunda ise, mağdurenin olay tarihinde 16 yaş içerisinde olduğunun belirtildiği anlaşılmaktadır.

Mağdure S F kollukta; “yaklaşık 10 gün kadar önce okulların olmadığı bir zamanda sabahleyin kardeşim Muhammetle birlikte mahallemizde bulunan M Ö ve babası tarafından işletilen Ö Bakkaliyesine gittik, burada M Ö dükkanda yalnız idi. Mehmet, kardeşim Muhammet’e sen git ablan burada kalacak, işi var, gitmezsen seni döverim dedi. Kardeşim Muhammet dükkandan çıktı ve kapıyı sert şekilde çarptı, Mehmet sağ kolumdan eliyle kavrayarak beni dışarıdan görülmeyecek şekilde bir yerde çekti, ben şahsa eve gideceğim, kolumu bırak neden çekiyorsun dedim, şahıs benim üzerimde bulunan eteğimi diğer eliyle yukarıda kaldırdı, kolumu çekmiş olduğu elini bırakarak o eliyle de kilodumu indirdi, kendi pantolonunun fermuarını indirerek cinsel organını çıkarttı ve benim vajinama sokup çıkarttı, benim vajinamdan herhangi bir kan gelmedi, ancak acıdı. Şahsın menisinin benim vajinamın içine aktığını hissettim, şahıs penisini çıkartarak tekrar pantolonunun içerisine soktu, olayı kimseye söyleme diyerek bana bir tane çikolata vererek evime gönderdi. Kardeşim Muhammet’te gittiğimde evimizde bulunuyordu, ben bu şahıstan korktuğum için bu güne kadar olayı kimseye söylemedim, olay esnasında da şahıstan korktuğum için imdat diye bağırmadım” şeklinde,

Mahkemede; “Ben kardeşim Muhammed ile bizim evin bitişiğindeki M Ö’nün bakkalına gittim, kardeşime buradan git, gitmezsen seni döverim dedi, kapı dışarıya etti, ablanın işi var burada dedi, kolumu tuttu, bırak eve gideceğim dedim, bırakmadı, kapıyı hızla çarptı, pantolonunu çıkarttı, bana tecavüz etti, beni tehdit etti, ailene söyleme, seni döverim, öldürürüm, dedi, ben de korktuğumdan aileme söyleyemedim” biçiminde,

Tanık M F ise; “Ben tarihten 10 gün kadar önce ablam Serap ile birlikte mahallemizde bulunan komşumuzun çalıştığı bakkala bir şeyler almak için gittik, dükkanda M Ö isimli

şahıs vardı, bu şahıs bana sen evine git, benim ablanla ilişim var, gitmezsen seni döverim dedi. Ben de buradan çıkarak evimize gittim” şeklinde anlatımda bulunmuştur.

Mağdure ve üç kardeşinin özürlü olduğunu bildiğini belirten sanık aşamalarda özetle; “Kesinlikle ben bu suçu işlemedim, 31 Mayıs günü İstanbula gittim, 14 Haziranda da geri geldim, ben bir buçuk yıldır mağdurenin iddia ettiği dükkanın dışında aşağıda bulunan dükkana bakmaktayım, mağdure ise anne, baba ve kız kardeşimin baktığı dükkanda olayın meydana geldiğini söylemiştir, 7-8 aydır mağdureyi görmüyorum, kendisi bizim dükkana da gelmemektedir, ben sürekli aşağı dükkanda bulunurum, herkes de buna şahittir, sabah 07.00 da gider akşam 23.00 da dönerim, bu suçu işlemedim, bu kızı bana yamamak ve para koparmak amacıyla bu suçu üstüme yüklemişlerdir” biçiminde savunma yapmıştır.

5237 sayılı TCY’nın “kişiyi hürriyetinden yoksun kılma” başlıklı 109. maddesi;

“(1) Bir kimseyi hukuka aykırı olarak bir yere gitmek veya bir yerde kalmak hürriyetinden yoksun bırakan kişiye, bir yıldan beş yıla kadar hapis cezası verilir.

(2) Kişi, fiili işlemek için veya işlediği sırada cebir, tehdit veya hile kullanırsa, iki yıldan yedi yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

(3) Bu suçun;

- a) Silahla,
- b) Birden fazla kişi tarafından birlikte,
- c) Kişinin yerine getirdiği kamu görevi nedeniyle,
- d) Kamu görevinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle,
- e) Üstsoy, altsoy veya eşe karşı,

- f) Çocuğa ya da beden veya ruh bakımından kendini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı,

İşlenmesi halinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza bir kat artırılır.

- (4) Bu suçun mağdurun ekonomik bakımdan önemli bir kaybına neden olması halinde, ayrıca bin güne kadar adli para cezasına hükmolunur.
- (5) Suçun cinsel amaçla işlenmesi halinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek cezalar yarı oranında artırılır.
- (6) Bu suçun işlenmesi amacıyla veya sırasında kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerinin gerçekleşmesi durumunda, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır." şeklinde düzenlenmiştir.

Altı fıkra halinde düzenlenen maddenin birinci fıkrasında; kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun temel şekli, ikinci fıkrasında; suçun cebir, tehdit veya hile ile işlenmesi nitelikli hal olarak, üçüncü fıkrasında ise; altı bend halinde, suçun silahla, birden fazla kişi ile birlikte, kişinin yerine getirdiği kamu görevi nedeniyle, kamu görevinin sağladığı nüfuz kötüye kullanmak suretiyle, üstsoy, altsoy veya eşe karşı, çocuğa ya da beden veya ruh bakımından kendini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı işlenmesi nitelikli haller olarak yaptırma bağlanmış, dördüncü fıkrasında; suçun netice sebebiyle ağırlaşmış haline, beşinci fıkrasında; cinsel amaçla işlenen özgürlüğü kısıtlama suçuna yer verilmiş, altıncı fıkrasında ise; suçun işlenmesi amacıyla veya sırasında kasten yaralama suçunun sonucu itibarıyla ağırlaşmış hallerinin gerçekleşmesi halinde, ayrıca bu suçla ilişkin hükümlerin de uygulanacağı belirtilmiştir.

Bu suç ile cezalandırılmak istenen husus, bireylerin hareket özgürlüğünün hukuka aykırı biçimde kaldırılması ve kısıtlanmasıdır. Nitekim bu husus madde gerekçesinde; "bu suç ile korunan hukuki değer, kişilerin kendi arzusu ve iradesi çerçevesinde hareket edebilme hürriyetidir" şeklinde belirtilmiştir. Bu fiil, failin doğrudan doğruya veya dolaylı hareketleriyle ve

çeşitli araçlar kullanılarak gerçekleştirilebilir. Sonuç ise, mağdurun bir yere gitme veya bir yerde kalma özgürlüğünün kaldırılması biçiminde kendini gösterir. Serbest hareketli bir suç olduğundan, bir yere gitme yada bir yerde kalma özgürlüğün kaldırılması sonucunu doğurabilecek her türlü hareket ile işlenebilir.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun manevi unsuru, failin, mağduru kişisel özgürlüğünden yoksun bırakmaya yönelik hareketleri gerçekleştirmeyi istemesini ve bilmesini içeren genel kasttır. Yasanın metninden ve ruhundan da anlaşılacağı üzere, suçun oluşumu için saik (özel kast) aranmaz. Bu görüş öğretide (Erman-Özek, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, İst-1994, sy. 130, Prof. Dr. Ayhan Önder, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 4. Bası, İst-1994, sy.31; Prof. Dr. Durmuş Tezcan - Doç. Dr. Mustafa Ruhan Erdem - Yrd. Doç. Dr. Murat Önok, Teorik-Pratik Ceza Hukuku, Ankara-2008, sy. 363 vd.; Prof. Dr. Mehmet Emin Artuk, Prof. Dr. Ahmet Gökçen, Doç. Dr. A.Caner Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara-2009, cilt:3, s.2830 vd.; Dr. Recep Gülşen, Hürriyeti Tahdit Suçları, Ankara-2002, sy. 87) ve yargısal kararlarda da (CGK'nun 29.06.2010 gün ve 110-161, 23.01.2007 gün ve 275-9, 03.12.2002 gün ve 288-419 sayılı kararları) benimsenmiştir.

Öte yandan, hürriyetten yoksun kılma suçunun oluşabilmesi açısından geçmesi gereken süre konusunda 5237 sayılı TCY'nda herhangi bir açıklama bulunmamaktadır. Ancak, hürriyetten yoksun bırakma kavramı, anlık olmayan bir süreyi zorunlu olarak içerir ve fiil ile sonucun hukuken kabul edilebilecek bir zaman müddetince sürmesini gerektirir. Bu bakımdan, her olayda sürenin, hem fail hem mağdur açısından kişiyi hürriyetinden yoksun kılma niteliğini taşıyıp taşımadığının, hareketin ağırlığı, önemi ve ciddiyeti ile birlikte hakim tarafından değerlendirilerek belirlenmesi gerekir. Dolayısıyla suçun oluşumu açısından önceden bir zaman uzunluğunun belirlenmesi olanaklı değildir.

Hürriyetten yoksun kılma süresi konusunda öğretide de; "Türk Hukukunda kişiyi hürriyetinden yoksun kılmanın süre-

sinin kısa veya uzun olmasının suça etkisi yoktur. Mağdurun bir yere gitmek veya bir yerde kalmak serbestisi ortadan kaldırıldığında, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu oluşur. Bununla birlikte failin gerçekleştirdiği eylemin belirli bir önemi olması gerekir. Sürenin çok kısa olup olmadığını somut olayın durumuna göre hakim takdir eder” (Artuk- Gökçen- Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara-2009, Cilt 3, s.2813) şeklinde görüş yer almaktadır.

Bu bilgiler ışığında somut olay değerlendirildiğinde;

Mağdure S’in kardeşi M ile birlikte sanığın işletmekte olduğu bakkal dükkanına alışveriş için geldiği, ancak sanığın, ablası ile işi olduğu, ablasının dükkanda kalacağı, gitmediği takdirde döveceği tehdidi ile mağdurenin kardeşini zorla dükkandan gönderdiği ve sonrasında mağdureye karşı nitelikli cinsel istismar suçunu işlediği sabit olup, Adli Tıp Kurumu 6. İhtisas Kurulu raporuna göre orta ile hafif derece sınırında zeka geriliği bulunan mağdurenin, kardeşini dövmekle tehdit ederek dükkandan gönderen ve kardeşini gönderirken “ablası ile işi olduğu ve ablasının dükkanda kalacağı” şeklinde söylemde bulunan sanıktan korktuğu ve sanığa herhangi bir müdahalede bulunamadığı, nitekim mağdurenin istikrarlı bir şekilde aşamalarındaki anlatımlarında sanıktan korktuğu için olayı bir süre kimseye anlatamadığını belirtmiş olması karşısında; ablası ile işi olduğu, ablasının dükkanda kalacağı, gitmediği takdirde döveceği tehdidi ile kardeşini zorla dükkandan gönderdiği andan itibaren sanığın, mağdurenin hareket özgürlüğünü sınırlandırdığı, dolayısıyla kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun o andan itibaren gerçekleştiğinin kabulü gerekmektedir. Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun gerçekleştirildiği zaman aralığının bir bölümünde sanığın mağdureye karşı ayrıca cinsel istismar suçunu da işlemiş olması bu suçun oluşumuna engel olmayacaktır. Kaldı ki cinsel istismar suçunun işlenmeye başlandığı ana kadar kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu açısından yeterli süre geçmiştir.

Bu itibarla, kanıtlara ve dosya kapsamına uygun olmayan gerekçelerle, sanığın kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçun-

dan beraatına ilişkin yerel mahkeme direnme hükmü isabetsiz olup, bozulmasına karar verilmelidir.

Çoğunluk görüşüne katılmayan Genel Kurul üyesi A. Kınacı; “Çocuğun cinsel istismarı suçunun basit biçimi TCKnın 103. maddesinin 1. fıkrasında, nitelikli biçimi ise 2. fıkrasında düzenlenmiştir.

2. fıkraya göre, cinsel istismarın vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi durumunda, sekiz yıldan onbeş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

Çocukların cinsel istismarı suçunun 2. fıkra da düzenlenen nitelikli biçiminin oluşabilmesi için, mağdurun vücutuna organ veya sair bir cisim sokulması için gerekli süre kadar mağdurun hürriyetinden yoksun kılınması zorunludur. Başka bir anlatımla, hürriyetinden yoksun kılınmadan, mağdurun vücutuna organ veya sair bir cisim sokulması mümkün değildir. Bu nedenle, çocuğun hürriyetinden yoksun kılınması, 2. fıkra da düzenlenen suçun zorunlu bir unsurudur.

TCKnın 42. maddesine göre, biri diğerinin unsurunu veya ağırlaştırıcı nedenini oluşturması dolayısıyla tek fiil sayılan suçta bileşik suç denir. Bu tür suçlarda içtima hükümleri uygulanmaz.

Vücutuna organ veya sair bir cisim sokulması için gerekli süre kadar mağdurun hürriyetinden yoksun bırakılması durumunda, TCKnın 109. maddesinde yer alan kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu, aynı Kanununun 103. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenen çocuğun nitelikli olarak cinsel istismarı suçunun unsuru olduğundan, bileşik suçla ilgili hüküm gereğince fail sadece çocuğun nitelikli olarak cinsel istismarı suçundan cezalandırılmalıdır. Ayrıca kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan cezalandırılabilmesi için, mağdurun vücutuna organ veya sair bir cisim sokulması için gerekli süreden fazla bir süre onu hürriyetinden yoksun kılması gerekir.

Somut olayda sanık, mağdurun vücutuna organını sokarak, TCKnın 103. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenen çocuğun nitelikli olarak cinsel istismarı suçunu işlemiştir. Bu

suçun işlenmesi için gerekli süre kadar hürriyetinden yoksun bıraktığı mağduru, suçun tamamlanması ile birlikte serbest bırakmıştır. Bu olayda, mağdurun hürriyetinden yoksun kılması suçu, mağdurun nitelikli olarak cinsel istismarı suçunun unsuru olduğundan bileşik suç söz konusudur. Yerel mahkeme, sanık hakkında bileşik suç durumundaki çocuğun nitelikli olarak cinsel istismarı suçundan mahkûmiyet hükmü kurduğundan, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan beraat kararı vermesi ve bu kararda direnmesi doğrudur.

Sonuç olarak; direnme hükmünün onanması gerektiğini düşündüğümden, çoğunluğun bozma görüşüne katılmıyorum” görüşüyle,

Üç Genel Kurul üyesi de, benzer düşüncelerle yerel mahkeme direnme hükmünün isabetli olduğu ve onanması gerektiği yönünde karşı oy kullanmıştır.

SONUÇ :

Açıklanan nedenlerle,

- 1- Malatya 2. Ağır Ceza Mahkemesinin 14.09.2009 gün ve 248-259 sayılı direnme hükmünün, sanığın, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan cezalandırılması yerine beratına karar verilmesi isabetsizliğinden BOZULMASINA,
- 2- Dosyanın mahalline gönderilmek üzere Yargıtay C.Başsavcılığına TEVDİİNE, 25.09.2012 günü yapılan müzakerede tebliğnamedeki isteme uygun olarak oyçokluğuyla karar verildi.

Daire:5 Tarih:2009 Esas No: 2009/934 Karar No: 2009/14532

Psikiyatri uzmanı tarafından mental retardasyon tanısı ile eyleme akli yönden karşı koyacak gücü olmadığı belirlenen, Adli Tıp 6.İhtisas Kurulu muayene kaydında da orta derecede zeka geriliği tespit edilen mağdurenin dava dosyası ile birlikte Adli Tıp Kuruluna gönderilerek kendisinde maruz kaldığı fiile mukavemet edemeyecek derecede zeka geriliği

veya akıl hastalığı bulunup bulunmadığı, mevcutsa beyanlarına başlı başına veya yan delillerle desteklendiği takdirde itibar edilip edilmeyeceği hususlarında açıklayıcı mütalaa alınmadan eksik tahkikatla yazılı şekilde hüküm kurulması, kanuna aykırı...bozulmasına..17/12/2009

Daire: 5 Tarih: 2009 Esas No: 2008/11053 Karar No: 2009/10499

CMK.nun emredici nitelikteki 216. maddesi uyarınca, hükmün tefhim edildiği oturumda, son sözün sanıklar müdafileri yerine mağdur vekiline verilmesi suretiyle savunma haklarının kısıtlanması,

Kabule göre de;

Dosyada bulunan nüfus kaydına, doğum tutanağına ve doğumuna ait hastane kayıtlarına göre suç tarihinde 15 yaşından küçük olduğu anlaşılan mağdurenin rızasının, kendisine yönelik kaçırma ve alıkoyma eylemlerini 5237 ve 765 sayılı Kanunların her ikisi bakımından da hukuka uygun hale getirmeyeceği nazara alınmadan, hükmün gerekçesinde mağdurenin rızasından dolayı suçun oluşmadığı sonucuna varılması ve ayrıca duruşma tutanağında yer alıp hükmün esasını oluşturan kısa kararda ve gerekçeli kararın hüküm kısmında bu suçla ilgili hüküm kurulması lüzumuna uyulmaması,

Kanuna aykırı ve katılan vekili ile sanıklar müdafilerinin temyiz itirazları bu bakımdan yerinde görülüş olduğundan, hükmün belirtilen nedenle 5320 sayılı Yasanın 8/1. maddesi de gözetilerek CMUK.nun 321. maddesi uyarınca (BOZULMASINA), 28.09.2009 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

“Irza geçmek suçundan sanık A’ın yapılan yargılanması sonunda; mahkumiyetine dair (T.) Ağır Ceza Mahkemesinden verilen 5.7.2005 gün ve 2004/352 esas, 2005/146 karar sayılı hükmün süresi içinde Yargıtay’ca incelenmesi sanık vekili tarafından istenilmiş olduğundan dava evrakı C.Başsavcılığından tebliğname ile daireye gönderilmekle incelenerek gereği düşünüldü:

Yapılan yargılamaya, toplanıp karar yerinde gösterilen delillere, mahkemenin soruşturma sonuçlarına uygun olarak oluşan kanaat ve takdirine, incelenen dosya içeriğine göre yerinde görülmeyen sair temyiz itirazlarının reddine,

Ancak;

5252 Sayılı Kanunun 9/3 ve CMK.nun 34 ve 320. maddelerine aykırı olarak lehe olan hükmün önceki ve sonraki kanunların bütün hükümlerinin olaya uygulanarak, ortaya çıkan sonuçların birbiriyle karşılaştırılması suretiyle belirlenmesi ve her iki kanunla ilgili uygulamanın denetime olanak verecek şekilde kararda gösterilmeden, soyut gerekçelerle 5237 Sayılı Kanunun lehi olduğunun kabulü,

9 yaşındaki mağdureye nitelikli cinsel istismarda bulunan sanığın eyleminde yer aldığı kabul edilen şiddet unsurlarının nelerden ibaret olduğunun belirtilmeden, cezasının 5237 sayılı Kanunun 103/4. maddesi gereğince arttırılması,

Aynı yasanın 103/6. maddesinin uygulanma olasılığı nazara alınarak suçun sonucunda mağdurenin beden ve ruh sağlığında bozulma olup olmadığının Adli Tıp Kurumundan görüş alınarak saptanmadan eksik soruşturma sonucu yazılı şekilde hüküm kurulması,

Kanuna aykırı, temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülmüş olduğundan hükmün bu sebepten dolayı 5320 sayılı Kanunun 8/1. maddesi gözetilerek CMUK.nun 321. maddesi uyarınca (BOZULMASINA), 17/11/2005 tarihinde oy birliğiyle karar verildi. “(Yar. 5CD, 17.11.2005, 15766 /22224)(www.adalet.org)

“**Irza tasaddi suçundan** sanıkyapılan yargılaması sonucunda mahkumiyetine dair Kocaeli 3.Asliye Ceza Mahkemesinin 16.06.2005 gün ve 2005/411 esas 2005/624 karar sayılı hükmün süresi içerisinde incelenmesi sanık vekili tarafından istenilmiş olmakla dava evrakı tebliğname ile daireye gönderilerek incelenmiş olmakla gereği düşünüldü.

Dosya içeriğine göre sanığın parmağını 6 yaşındaki mağdurenin cinsel organına sokmak suretiyle tasaddide bulunma olarak kabul edilen eyleminin vücuda organ sokma niteliğinde olması nedeniyle 5237 Sayılı yasanın 103/2 maddesinde düzenlenen nitelikli cinsel istismar suçunu oluşturacağı ve bu suçla ilgili yargılama ve uyarılama yapma görevinin Ağır ceza Mahkemesine ait olduğu nazara alınarak 5235 sayılı yasanın geçici 1. maddesi gereğince görevsizlik kararı verilmesi gerektiğinin

gözetilmemesi, kanuna aykırı..... BOZULMASINA 27.10.2005 tarihinde oybirliği ile karar verildi. “(Yar. 5CD, 2005, 15761/21713) (www.adalet.org)

“Zorla kaçırıp alıkoyma, ırza geçme ve bu suçlara fer’i iştirak suçlarından sanıklar T.D.,R.D., F.A.,H.D. ve R.K. ‘nın yapılan yargılanmaları sonunda; R.’nin zorla kaçırıp alıkoymaya iştirakten, kaçırıp alıkoyma ve ırza geçme, H. ve R.’in zorla kaçırıp alıkoyma ve ırza geçme suçlarına iştirak etmekten mahkumiyetlerine sanık F.A.’ın hakkındaki davanın tefrikine dair Bafra Ağır Ceza Mahkemesinden verilen 8.7.2005 gün ve 2003/1 13 Esas, 2005/73 Karar sayılı hükmün süresi içinde Yargıtay’ca incelenmesi sanık F.,T. ,R., H. ve R. müdafileri tarafından istenilmiş olduğundan dava evrakı C. Başsavcılığından tebliğname ile daireye gönderilmekle incelenerek gereği düşünüldü:

Sanık F.A.ın hakkındaki davanın tefrikine dair kararın temyiz yeteneği bulunmadığından müdafininin bu sanıkla ilgili temyiz isteğinin CMUK.nun 317. maddesi gereğince reddiyle,incelemenin diğer sanıklar hakkında kurulan hükümlerle sınırlı olarak yapılmasına karar verildikten sonra gereği düşünüldü;

5252 Sayılı Yasanın 9/3 ve CMK.nun 34 ve 230. maddelerinin amir hükümleri uyarınca, lehe olan hükmün önceki ve sonraki kanunların bütün hükümlerinin olaya uygulanarak ortaya çıkan sonuçlarının birbiriyle karşılaştırılması suretiyle belirlenmesi ve her iki kanunla ilgili uygulamanın gerekçeleriyle birlikte denetime olanak verecek şekilde kararda gösterilmesi gerektiğinin gözetilmemesi,

5237 Sayılı Yasanın 103/6.maddesinin olaya uygulanıp uygulanmamasının lehe olan yasanının saptanmasına etkisi nazara alınarak; kızılığı bozulan mağdurenin suçun sonucunda beden veya ruh sağlığında bozulma olup olmadığının belirlenmesi için Adli Tıp, Kurumu ilgili İhtisas Dairesinden görüş alınması yerine eksik incelemeyle yazılı şekilde hüküm kurulması,

Kabule göre de;

CMK.nun 324.maddesine göre yargılama yargılama giderlerinin miktar ve dökümünün hükmün esasını oluşturan kısa kararda gösterilmemesi,

Sanık R.K. hakkında ırza geçme suçuna iştirakten hüküm kurulurken 765 sayılı yasanın 29 maddesindeki sıralamaya aykırı olarak 65/3. maddenin aynı ve 418. maddelerinden sonra uygulanması

Bozmayı gerektirdiğinden ve sanıklar müdafilerin temyiz itirazları bu nedenle yerinde görülüş olduğundan hükmün 5320 sayılı Kanununun 8/1.maddesi gözetilerek CMUK.nun 321. maddesi uyarınca (BOZULMASINA), 26.01.2006 tarihinde oybirliğiyle karar verildi. “(Yar. 5CD, 26.01.2006, 17325/262) (www.adalet.org)

“Özet :

5237 sayılı TCK.nun 103/1-a maddelerinde mefruz cebrin unsur olarak yer almasına ve aynı yasanın 103/4 maddesinin ise, yalnızca maddi cebri ifade etmesine göre; olayda maddi cebrin gerçekleşip gerçekleşmediğinin gerekçeleri, karar yerinde tartışılmalıdır.

Zorla kaçırap alıkoyma ve ırza geçme suçlarından hükümlü Turgay hakkında 5237 sayılı TCK.nun uygulanıp uygulanmayacağı ile ilgili olarak (Malatya Birinci Ağır Ceza Mahkemesi) nden verilen 16.09.2005 gün ve 2005/283 Esas, 2005/602 Karar sayılı hükmün süresi içinde Yargıtay’ca incelenmesi hükümlü müdafii ve katılan vekili tarafından istenilmiş olduğundan dava evrakı C. Başsavcılığından tebliğname ile Daireye gönderilmekle incelenerek gereği düşünöldü:

Yapılan yargılamaya toplanan delillere, hükmün dayandığı gerekçe ve takdire göre hürriyetten yoksun kılma suçundan kurulan hüküm usul ve yasaya uygun olduğundan müdahil vekilinin temyiz itirazlarının reddiyle bu suçtan kurulan hüküm (ONANMASINA),

Hükümlü hakkında nitelikli cinsel istismar suçundan kurulan hükümün temyiz incelenmesine gelince;

Yapılan yargılamaya toplanıp karar yerinde gösterilen delillere, mahkemenin soruşturma sonuçlarına uygun olarak oluşan kanaat ve takdirine, incelenen dosya içeriğine göre yerinde görülmeyen sair temyiz itirazlarının reddine,

Ancak;

5237 sayılı TCK.nun 103/1-a maddelerinde mefruz cebirin unsur olarak yer almasına ve aynı Yasanın 103/4. maddesinin ise yalnızca maddi cebiri ifade etmesine göre; olayda maddi cebirin gerçekleşip gerçekleşmediğinin gerekçeleri karar yerinde gösterilip tartışılmadan TCK.nun 103/4. maddesi ile artırım yapılması,

Kanuna aykırı, hükümlü müdafinin temyiz itirazları bu bakımdan yerinde görülüş olduğundan hükmün bu sebeplerden dolayı 5320 sayılı Kanununun 8/1. maddesi gözetilerek CMUK.nun 321. maddesi gereğince (BOZULMASINA), 03.01.2006 tarihinde oybirliğiyle karar verildi. “(Yar. 5CD, 03.01.2006, 19127/39) (www.adalet.org)

“5237 Sayılı TCK’nun 103/1-a maddesinde mefruz cebirin unsur olarak yer almasına ve aynı yasanın 103/4. maddesinin ise yalnızca madde cebiri ifade etmesine göre; olayda maddi cebirin gerçekleşip gerçekleşmediğinin gerekçeleri karar yerinde gösterilip tartışılmadan TCK’nun 103/4. maddesi ile artırım yapılması,

Sanık hakkında ilk hükümde 765 Sayılı TCK’nun 418. maddesinin uygulanmış olması karşısında, kızlık bozmanın 5237 Sayılı TCK’nun 103/6. maddesinin uygulanmasını gerektirir nedenler olup olmadığı hususunda Adli Tıp Kurumunun ilgili

ihhtisas dairesinden görüş alınıp, sonucuna göre karar verilmesinin gözetilmemesi, bozmayı gerektirmiştir. “(Yar. 5CD, 2005, 16915/21683) (www.adalet.org)

“**Irza geçme** suçundan hükümlü’ın hakkında 5237 sayılı TCK.nun uygulanıp uygulanamayacağı ile ilgili olarak, (ANKARA) 2.Çocuk Mahkemesinden verilen 16.06.2005 gün ve 2003/223 Esas, 2003/182 sayılı Ek Kararın Yargıtay’ca incelenmesi hükümlü müdafii tarafından istenilmiş olduğundan dava evrakı C.Başsavcılığından tebliğname ile daireye gönderilmekle incelenerek gereği düşünüldü:

Davanın esasını çözen veya bunda değişiklik yapan sonuç kararlar duruşma dışında verilmiş olsalar bile temyiz edilebileceği ve bu nedenle hükümlü müdafinin isteminin temyiz niteliğinde olduğu kabul edilerek yapılan incelemede;

5237 sayılı TCK.nun 103/1-a maddelerinde mefruz cebirin unsur olarak yer almasına ve aynı yasanın 103/4.maddesinin ise yalnızca maddi cebiri ifade etmesine göre; olayda maddi cebirin veya tehditin gerçekleştiğini gösterir deliller ortaya konmadan TCK.nun 103/4.maddesi ile artırım yapılması,

Sanık hakkında ilk hükümde 765 sayılı TCK.nun 418.maddesinin uygulanmış olması karşısında, kızlık bozmanın 5237 sayılı TCK.nun 103/6.maddesinin uygulanmasını gerektirir nedenlerden olup olmadığı hususunda Adli Tıp Kurumu İlgili İhtisas Dairesinden görüş alınıp, sonucuna göre karar verilmesi gerektiği gözetilmeden anılan madde ile artırım yapılması,

Sanığın mağdurenin amcası olduğuna dair beyanlar karşısında 5237 sayılı TCK.nun 103/3.maddesinin uygulanabilirliği açısından buna ilişkin nüfus aile kayıt tablosunun getirilmesi gerektiğinin gözetilmemesi,

5252 sayılı Yasanın 9/3 ve CMK.nun 34 ve 230 maddeleri uyarınca lehe olan hükmün önceki ve sonraki kanunların bütün hükümlerinin olaya uygulanarak ortaya çıkan sonuçların birbiriyle karşılaştırılması suretiyle tespit edilmesi ve her iki kanunla ilgili uygulamanın denetime olanak verecek şekilde

kararda gösterilmesi, gerektiğinde duruşma açılıp tüm bunların gerekçeleri de belirtilerek hüküm kurulması gerektiğinin gözetilmemesi,

Kanuna aykırı, hükümlü müdafinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülmuş olduğundan kararın bu sebeplerden dolayı 5320 sayılı Yasanın 8/1.maddesi de gözetilerek CMUK.nun 321.maddesi uyarınca (BOZULMASINA), 01.02.2006 tarihinde oybirliğiyle karar verildi. “(Yar. 5. CD,1.2.2006, 32/427) (www.adalet.org)

“**Irza geçme** suçundan hükümlü’ın hakkında 5237 sayılı TCK.nun uygulanıp uygulanamayacağı ile ilgili olarak, (ANKARA) 2.Çocuk Mahkemesinden verilen 16.06.2005 gün ve 2003/223 Esas, 2003/182 sayılı Ek Kararın Yargıtay’ca incelenmesi hükümlü müdafii tarafından istenilmiş olduğundan dava evrakı C.Başsavcılığından tebliğname ile daireye gönderilmekle incelenerek gereği düşünüldü:

Davanın esasını çözen veya bunda değişiklik yapan sonuç kararlar duruşma dışında verilmiş olsalar bile temyiz edilebileceği ve bu nedenle hükümlü müdafinin isteminin temyiz niteliğinde olduğu kabul edilerek yapılan incelemede;

5237 sayılı TCK.nun 103/1-a maddelerinde mefruz cebirin unsur olarak yer almasına ve aynı yasanın 103/4.maddesinin ise yalnızca maddi cebiri ifade etmesine göre; olayda maddi cebirin veya tehdidin gerçekleştiğini gösterir deliller ortaya konmadan TCK.nun 103/4.maddesi ile artırım yapılması,

Sanık hakkında ilk hükümde 765 sayılı TCK.nun 418.maddesinin uygulanmış olması karşısında, kızlık bozmanın 5237 sayılı TCK.nun 103/6.maddesinin uygulanmasını gerektirir nedenlerden olup olmadığı hususunda Adli Tıp Kurumu İlgili İhtisas Dairesinden görüş alınıp, sonucuna göre karar verilmesi gerektiği gözetilmeden anılan madde ile artırım yapılması,

Sanığın mağdurenin amcası olduğuna dair beyanlar karşısında 5237 sayılı TCK.nun 103/3.maddesinin uygulanabilirliği

açısından buna ilişkin nüfus aile kayıt tablosunun getirilmesi gerektiğinin gözetilmemesi,

5252 sayılı Yasanın 9/3 ve CMK.nun 34 ve 230 maddeleri uyarınca lehe olan hükmün önceki ve sonraki kanunların bütün hükümlerinin olaya uygulanarak ortaya çıkan sonuçların birbiriyle karşılaştırılması suretiyle tespit edilmesi ve her iki kanunla ilgili uygulamanın denetime olanak verecek şekilde kararda gösterilmesi, gerektiğinde duruşma açılıp tüm bunların gerekçeleri de belirtilerek hüküm kurulması gerektiğinin gözetilmemesi,

Kanuna aykırı, hükümlü müdafinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülüş olduğundan kararın bu sebeplerden dolayı 5320 sayılı Yasanın 8/1.maddesi de gözetilerek CMUK.nun 321.maddesi uyarınca (BOZULMASINA), 01.02.2006 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.” (Yar. 5CD, 01.02.2006) (www.adalet.org)

“**Irza geçme** suçundan sanık ...bozma üzerine yapılan yargılanması sonunda: atılı suçtan mahkumiyetine dair Bakırköy 7.Ağır Ceza Mahkemesinden verilen 22.12.2005 gün ve 2005/244 Esas, 2005/280 Karar sayılı hükmün süresi içinde Yargıtay’ca incelenmesi sanık müdafii tarafından istenilmiş olduğundan dava evrakı C.Başsavcılığından tebliğname ile daireye gönderilmekle incelenerek gereği düşünöldü:

Yapılan yargılamaya, toplanıp karar yerinde gösterilen delillere, mahkemenin soruşturma sonuçlarına uygun olarak oluşan kanaat ve takdirine, incelenen dosya içeriğine göre sanık müdafinin yerinde görülmeyen sair temyiz itirazlarının reddine,

Ancak;

5252 sayılı Yasanın 9/3 ve CMK.nun 34 ve 230. maddelerine uygun olarak lehe olan hükmün; önceki ve sonraki kanunların bütün hükümlerinin olaya uygulanarak ortaya çıkan sonuçlarının birbiriyle karşılaştırılması suretiyle belirlenmesi ve her iki kanunla ilgili uygulamanın denetime olanak verecek şekilde kararda gösterilmesi gerektiğinin gözetilmemesi,

5237 Sayılı Yasanın 103/6. maddesinin uygulanma olasılığı nazara alınarak kızlığı bozulan mağdurenin suçun sonucunda beden veya ruh sağlığında bozulma olup olmadığı Adli Tıp Kurumu ilgili İhtisas Dairesinden görüş alınarak saptanması ve sonuca göre uygulama yapıp lehe Yasanın belirlenmesi yerine noksan soruşturmaya dayanılarak 765 Sayılı Yasa'nın lehe kabul edilerek bu kanun hükümlerine göre ceza tayin edilmesi,

Bozmayı gerektirmiş ve sanık müdafinin temyiz itirazları bu bakımdan yerinde görülüş olduğundan hükmün belirlenen nedenle 5320 sayılı Yasanın 8/1. maddesi de nazara alınarak CMUK.nun 321. maddesi uyarınca BOZULMASINA, 18.12.2006 tarihinde oybirliğiyle karar verildi. **“(Yar. 5CD, 18.12.2006, 11279/10263) (www.adalet.org)**

“Zorla kaçırma ve ırza geçme suçlarından sanıkyapılan yargılanması sonunda: atılı suçlardan mahkûmiyetine dair Bakırköy 7.Ağır Ceza Mahkemesinden verilen 29.11.2005 gün ve 2004/317 Esas, 2005/231 Karar sayılı hükmün süresi içinde Yargıtay'ca incelenmesi sanık müdafii tarafından istenilmiş ve ırza geçme yönünden re'sende temyize tabi olduğundan dava evrakı C.Başsavcılığında tebliğname ile daireye gönderilmekle incelenerek gereği düşünöldü:

Yapılan yargılamaya, toplanıp karar yerinde gösterilen delillere, mahkemenin soruşturma sonuçlarına uygun olarak oluşan kanaat ve takdirine, incelenen dosya içeriğine göre yerinde görölmeyen sair temyiz itirazlarının reddine,

Ancak;

5237 sayılı yasanın 103/6. maddesinin uygulanma olasılığı nazara alınarak eylem sonucunda mağdurenin beden ve ruh sağlığında bozulma olup olmadığı hususunda Adli Tıp Kurumu ilgili İhtisas Dairesinden görüş alındıktan sonra 5252 sayılı Yasanın 9/3 ve CMK.nun 34 ve 230. maddelerine göre lehe olan hükmün; önceki ve sonraki kanunların bütün hükümlerinin olaya uygulanarak ortaya çıkan sonuçlarının birbiriyle karşılaştırılması suretiyle belirlenmesi ve her iki kanunla ilgili

uygulamanın denetime olanak verecek şekilde kararda gösterilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması,

Kabule göre de;

CMK.nun 238/2 maddesi hükmü gereğince duruşma sırasında şikayetçi olduğunu bildiren suçtan zarar gören mağdure ve müştekilerden davaya katılmak isteyip itemediklerinin sorulmaması, Mağdur çocuğun dinlenmesi sırasında psikoloji, psikiyatri, tıp veya eğitim alanında uzman bir kişi bulundurma suretiyle CMK.nun 236/3. maddesine aykırı davranılması,

Kanuna aykırı, sanık müdafinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülüş olduğundan ırza geçme suçu yönünden re'sen de temyize tabi olan hükmün bu sebeplerden dolayı 5320 sayılı Yasanın 8/1. maddesi de gözetilerek CMUK.nun 321. maddesi uyarınca BOZULMASINA, 21.12.2006 tarihinde oybirliğiyle karar verildi. “(Yar. 5CD, 21.12.2006, 10670/10481) (www.adalet.org)

“**Cinsel istismar**, silahla ve cinsel amaçla hürriyetten yoksun kılma suçlarından sanık Hüseyin'in yapılan yargılanması sonunda; mahkûmiyetine dair (Salihli İkinci Asliye Ceza Mahkemesi)nden verilen 08.09.2005 gün ve 2005/515 Esas, 2005/3.62 Karar sayılı hükmün süresi içinde Yargıtay'ca incelenmesi sanık ve müdafii tarafından istenilmiş olduğundan dava evrakı C.Başsavcılığında tebliğname ile daireye gönderilmekle incelenerek gereği düşünöldü:

Oluş ve kabule göre, sanığın tehdit ederek zorla götürdüğü evinde mağdura “seni yapacağım” dedikten sonra eline aldığı kırık şişeyi ona doğrultup korkutarak soyunmasını sağlayıp kırık şişeyi onun vücudunda dolaştırırken dışarıda bulunan köpeğin havlaması üzerine “buradan ayrılma, köpeği senin yanına alıp geleceğim, seni yapacağım” diyerek dışarıya çıkması üzerine mağdurun pencereden atlayıp kaçması şeklindeki olayın 5237 sayılı Yasanın 103/2 ve 35. maddelerinde düzenlenen nitelikli cinsel istismar suçuna teşebbüs suçunu oluşturup oluşturmadığının sübutu ve bu husustaki delillerin

tayin ve takdirinin yüksek dereceli ağır ceza mahkemesine ait olduğu ve görevsizlik kararı verilmesi gerektiği gözetilmeden yargılamaya devam edilerek yazılı şekilde hüküm kurulması,

Yasaya aykırı, sanık ve müdafinin temyiz itirazları bu nedenle yerinde görülmuş olduğundan, kazanılmış hak saklı kalmak kaydıyla hükmün 5320 sayılı Kanunun 8/1. maddesi gözetilerek CMUK.nun 321. maddesi uyarınca (BOZULMA-SINA), 30.01.2006 tarihinde oybirliğiyle karar verildi. “(Yar. 5CD, 30.01.2006, 18597/343) (www.adalet.org) (YKD, 5/2006)

“Çocuğun zincirleme şekilde cinsel istismarı ve kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçlarından sanıkyapılan yargılanması sonunda: .

Yapılan yargılamaya, toplanıp karar yerinde gösterilen delillere, mahkemenin soruşturma sonuçlarına uygun olarak oluşan kanaat ve takdirine, incelenen dosya içeriğine göre sanık müdafinin ve mağdure vekilinin yerinde görülmeyen sair itirazlarının reddine,

Ancak;

- 1- 14 yaşında olup şikayetten vazgeçmeye ehil bulunmayan mağdurenin duruşmadaki şikayetçi olmadığına ilişkin beyanına dayanılarak CMK'nun 234/2. maddesi gereğince kendisine istemi aranmaksızın atanan vekilinin katılma isteğinin reddine karar verilmesi,
- 2- 5271 Sayılı CMK.nun 236/3. maddesi açık hükmüne rağmen mağdurenin dinlenmesi sırasında psikoloji, psikiyatri, tıp veya eğitim alanında uzman bir kişi bulundurulmaması,
- 3- Kasten işlemiş olduğu suçtan dolayı hapis cezasına mahkum edilen sanık hakkında 5237 sayılı yasanın 53.maddesinin uygulanmaması,

Bozmayı gerektirmiş, mağdure vekili ve sanık müdafinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülmuş olduğundan hükmün bu sebepten dolayı 5320 sayılı Kanunun 8/1. maddesi gözetilerek CMUK.nun 32 i .maddesi uyarınca BOZUL-

MASINA 13.02.2007 tarihinde oybirliğiyle karar verildi. “(Yar. 5CD,13.02.2007, 12163/966) (www.adalet.org)

“**Kaçırma ve ırza geçme** suçlarından sanık (SK) hakkında İnebolu Ağır Ceza Mahkemesince yapılan yargılama sonunda; 09.05.2006 gün ve 2005/89 Esas 2006/55 Karar sayılı nitelikli cinsel istismar ve kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçlarından mahkumiyetine dair kurulan hükümlerin katılan vekili ve sanık müdafii tarafından temyiz edilmesi üzerine, gönderilen dosya Yargıtay C. Başsavcılığının tebliğnamesi ile Daireye verilmekle incelenerek gereği düşünöldü;

Nitelikli cinsel istismar suçundan kurulan hükümde, mağdurda ırza geçme eyleminden dolayı “ağır növroz arızası” belirleyen Adli Tıp Kurum 6. İhtisas Dairesinin mütalaası karşısında 765 Sayılı TCK.nun 418/2 maddesinin uygulanma kabiliyeti nazara alındığında verilecek ceza yönünden 5237 Sayılı TCK hükümleri lehe olduğundan ve kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan kurulan hükümde ies, eylemin cinsel amaçla gerçekleştirilmesi sebebiyle sanığa hükmedilen cezada yapılan artırım maddesinin 5237 Sayılı TCK. nun 109/5 yerine 109/4 olarak yazılması mahallinde düzeltilebilir yazım hatası olarak kabul edilip, 09.05.2006 tarihli celsede 6 yaşındaki mağdurun müdahil babasının “herhangi bir şekilde uzlaşmak istemiyorum” şeklinde beyanda bulunarak iradesini göstermesi sebebiyle uzlaşma hükümlerinin değerlendirilmesi gerektiği yolunda görüş belirten tebliğnamedeki bozma düşüncesine iştirak edilmemiştir.

Delillerle iddia ve savunma duruşma göz önünde tutularak tahlil ve takdir edilmiş sübutu kabul olunan fiillerin unsurlarının uygun şekilde tavsif ve tatbikatı yapılmış bulunduğundan yerinde görölmeyen katılan vekili ve sanık müdafinin temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun olan hükümlerin ONANMASINA, 22.02.2007 tarihinde oybirliğiyle karar verildi. “(Yar. 5CD, 22.2.2007, 13251/1498)(www.adalet.org)

“**Cinsel amaçla** kişiyi hürriyetinden yoksun bırakma, basit cinsel istismar ve dilencilik yaptırma suçlarından şüpheli-

ler C.K ve İ. K.haklarında yapılan soruşturma sonunda Elazığ Cumhuriyet Başsavcılığınca düzenlenen 04.10.2006 tarihli ve ...soruşturma,esas sayılı / iddianamenin 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 170.maddesine uygun bulunmadığından bahisle aynı Kanun'un 174.maddesi gereğince iadesine ilişkin Elazığ Ağır Ceza Mahkemesinin 20.10.2006 tarihli ve ... iddianame değerlendirme sayılı kararına yönelik itirazın reddine dair Malatya 2. Ağır Ceza Mahkemesinin 08.11.2006 tarihli ve 2006/... müteferrik sayılı kararınının, 5271 sayılı CMK'nun 170/3 .maddesinde, iddianamede nelerin gösterileceği,aynı Kanun 'un 174/1. maddesinde ise iddianamenin hangi hal-lerde iadesine karar verileceğinin belirtildiği, iddianamenin iadesi sebepleri arasında soruşturma konusu olayla ilgili olarak alınan rapor hakkında ayrıca Adli Tıp Kurumundan rapor alınarak bu raporların iddianameye eklenmesi hususları yer almadığı gibi mahkeme tarafından iade sebebi olarak belirtilen 5237 sayılı TCK'nun 103/6.maddesi gereğince Cumhuriyet Başsavcılığınca Elazığ Ruh Sağlığı ve Hastalıkları Hastanesinden Sağlık Kurulu Raporu alındığı, yargılama aşamasında davayı gören mahkeme tarafından Adli Tıp Kurumundan görüş alınabileceği gözetilmeksizin, itirazın kabulü yerine yazılı şekilde reddine karar verilmesinde isabet görülmediğinden bahisle CMK.nun 309.maddesi gereğince bozulması lüzumu Yüksek Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü ifadeli 08.0L2007 gün ve 512 sayılı yazılı istemine atfen C Başsavcılığından tebliğname ile daireye ihbar ve dava evrakı birlikte tevdii kılınmakla incelenerek gereği düşünüldü;

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 174/1.maddesine dayanılarak 5237 sayılı TCK'nun 103/6.maddesi gereğince suçun sonucunda mağdurenin beden veya ruh sağlığının bozulup bozulmadığı hususunda Adli Tıp Kurumundan rapor alınmadığı gerekçesiyle iddianamenin iade edilemeyeceği, Elazığ Ruh Sağlığı ve Hastalıkları Hastanesi Sağlık Kurulunun düzenlediği soruşturma aşamasında toplanan diğer kanıtlarla birlikte ele alınıp yeterli görülmesi halinde mahkemesince Adli Tıp Kurumundan veya suçun mağdure üzerindeki etkisine göre konunun uzmanı başka bilirkişi yada bilirkişiler kurulun-

dan mütalaa alınmasının mümkün bulunduğu nazara alınarak itirazın kabulü yerine yazılı şekilde reddine karar verilmesi,

Kanuna aykırı ve bu itibarla kanun yararına bozma istemine dayanan ihbarname münderecatı yerinde görüldüğünden Malatya 2. Ağır Ceza Mahkemesinden kesin olarak verilen 08.11.2006 gün ve 2006/... müteferrik sayılı kararın CMK.nun 309.maddesi uyarınca BOZULMASINA, müteakip işlemlerin mahkemesince yapılmasına ve dosyanın mahalline gönderilmesi için Yargıtay C.Başsavcılığına TEVDİİNE, 19.02.2007 tarihinde oybirliğiyle karar verildi. **“(Yar. 5CD, 19.2.2007, 1176/1232) (www.adalet.org)**

“TCK.nun 61. maddedeki sıralamaya aykırı olarak 43. maddenin 103/3. maddeden sonra uygulanması sonuca etkili olmadığından, Adli Tıp Kurumu 6. İhtisas Kurulunun raporuna göre suçun sonucundan mağdurenin ruh sağlığı bozulduğu halde sanığa verilen cezanın aynı maddenin 6. fıkrası uyarınca artırılmaması ise karşı temyiz bulunmadığından bozma nedeni yapılmamıştır.

Yapılan yargılamaya, toplanıp karar yerinde gösterilen delillere, mahkemenin soruşturma sonuçlarına uygun olarak oluşan kanaat ve takdirine, incelenen dosya içeriğine göre yerinde görülmeyen sair temyiz itirazlarının reddine,

Ancak;

Sanık hakkında 5237 sayılı Yasanın 53/1. maddesi uyarınca uygulama yapılırken aynı maddenin 3. fıkrası gözetilmeksizin 53/1-c madde ve bendinde sayılan velayet hakkı, vesayet veya kayımlığa ait hakların koşullu salıverilmeye kadar kısıtlanması yerine bunlardan da infaz süresince yoksun bırakılma kararı verilmesi, yasaya aykırı olduğundan, hükmün CMUK.nun 321. maddesi gereğince BOZULMASINA, ancak bu husus yeniden yargılamayı gerektirmediğinden, aynı yasanın 322. maddesi uyarınca, hükümden 5237 sayılı TCK.nun 53. maddesinin uygulamasına ilişkin kısmın çıkartılarak, yerine “sanığın 5237 sayılı Yasanın 53/1-a-b-d ve e bentlerinde öngörülen

haklardan hapis cezasının infazı tamamlanuncaya kadar, c bendinde düzenlenen haklardan da koşullu salıverilmesine kadar yoksun bırakılmasına” denilmek suretiyle sair yönleri usul ve yasaya uygun olan hükmün DÜZELTİLEREK ONANMASINA, 09.07.2007 tarihinde oybirliğiyle karar verildi. “(Yar. 5CD, 9.7.2007, 5573/6022) (www.adalet.org)

NOT:Mahkemece 103/2,43/1,103/3 maddeleri sırasıyla uygulandıktan sonra ceza miktarının 15 Yıl hapis cezasını geçmiş olması gerekçesiyle TCK.nun 103/6 maddesi hükmü uygulanmamıştır.

“**Basit cinsel istismar** ve kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçlarından sanık H.....’in bozma üzerine yapılan yargılanması sonunda; atılı suçlardan mahkumiyetine dair Salihli Ağır Ceza Mahkemesinden verilen 9.5.2006 gün ve 2006/141 Esas, 2006/211 Karar sayılı hükmün süresi içinde Yargıtay’ca incelenmesi sanık müdafii ve katılan vekili tarafından istenilmiş olduğundan dava evrakı C.Başsavcılığından tebliğname ile daireye gönderilmekle incelenerek gereği düşünüldü:

Yapılan yargılamaya, toplanıp karar yerinde gösterilen delillere, mahkemenin soruşturma sonuçlarına uygun olarak oluşan kanaat ve takdirine, incelenen dosya içeriğine göre yerinde görülmeyen sair temyiz itirazlarının reddine,

Ancak;

Sanığın zorla evine götürdüğü mağdura “seni yapacağım soyun” dedikten sonra kırık şişeyi ona doğrultup soyunmasını sağladığı, kırık şişeyi vücudunda dolaştırırken dışarıda bulunan köpeğin havlaması üzerine “buradan ayrılma, köpeği alıp senin yanına getireceğim, seni yapacağım” diyerek dışarı çıkmasından yararlanan mağdurun pencereden atlayıp kaçtığıının anlaşılması ve oluşun mahkemece de bu şekilde kabul edilmesi karşısında, sanığın nitelikli cinsel istismarda bulunma amacında olduğunu önce sözle ortaya koyduktan sonra bunu gerçekleştirmek için zorla soyunmasını sağlamak suretiyle icra hareketlerine başladığı ve mağdurun kaçması nedeniyle suçu tamamlayamadığı

nazara alınarak nitelikli cinsel istismara teşebbüs suçundan cezalandırılması yerine, nitelendirmede yanılığa düşülerek basit cinsel istismar suçundan hüküm kurulması,

5237 sayılı TCK'nun 58/6.maddesine göre mükerrir olan sanık hakkında cezanın infazından sonra denetimli serbestlik tedbirinin uygulanmasına karar verildiği halde, aynı yasanın 58/7 ve 5275 sayılı yasanın 108.maddeleri gereğince denetim süresinin kararda gösterilmemesi,

Kanuna aykırı ve sanık müdafii ile katılan vekilinin temyiz itirazları bu nedenle yerinde görülüş olduğundan, hükmün 5320 sayılı Kanununun 8/1.maddesi gözetilerek CMUK.nun 321. maddesi uyarınca BOZULMASINA, 20.11.2006 günü oybirliğiyle karar verildi. **“(Yar. 5. CD, 20.11.2006, 9322/9243) (www.adalet.org)**

“1- 5237 Sayılı TCK.nun 103/3 maddesinde öngörülen, eylemin birden fazla kişi tarafından gerçekleştirilmesi halinin; 29.6.2005 günlü 5377 sayılı Yasanın 12. maddesi ile yapılan değişiklik sonucu ilave edilmiş olması ve suç tarihine nazaran aleyhe bulunması nedeniyle hükümlüler hakkında uygulanmaması gerekirken yazılı şekilde hükme varılması,

2-Kesinleşerek uyarlamaya konu edilen 24.6.2003 günlü esas hükümdeki yargılama giderinin uyarlama bölümünde de aynen gösterilmesi gerektiğinin gözetilmemesi, Kanuna aykırıdır. **“(Yar. 5CD, 2007, 10683/7732) (www.adalet.org)**

“Çocuğuncinsel istismar suçundan sanığın mahkumiyeti- nedair kararda ireyegönderilmekle incelendi: Sanığın oluşu aygunolarakişlediğikabuledilen” yönetimindek i araç ile okulsor mabahanesi ile mağdureyeyaklaşığı bir bedensel temastabulunmaksızın cinsel organını çıkarıp göstermekten” ibareteyleminin TCK.105 maddesinde düzenlenen cinsel taciz suçunu oluşturduğugözetilmeden, suç niteliğ i ndeyanılığ adüşülerek yazılıb içimde basit cinsel istismardan mahkumiyetine karar verilmesi, Kanuna aykırı,.....BOZULMASINA,.....04.06.2007 tarihi nde oybirliği ile karar verildi.” (Yar. 5CD, 4.6.2007, 3731/4315) (www.adalet.org)

“**Ağır ceza mahkemesi** tarafından beden ve ruh sağlığının bozulup bozulmadığına ilişkin adli tıptan rapor alınmadığı gerekçesiyle iddianamenin iadesine karar verilmiş, itiraz reddedilmiştir. Kanun yararına bozma yoluna gidilmiştir. Yargıtay tarafından, mahkeme tarafından her zaman rapor alınmasının mümkün olduğu, bu nedenle iddianamenin iadesine karar verilemeyeceği belirtilerek karar bozulmuştur.” (Yar. 5CD, 2007, 10294/7759) (www.adalet.org)

“**Çocuğun nitelikli cinsel istismarı** suçundan şüpheli K. hakkındaki soruşturma evresi sonucunda K.. Cumhuriyet Başsavcılığı’nca düzenlenen 01.11.2006 tarihli ve 2006/21019-6652-356 sayılı iddianamenin 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 170. maddesine uygun bulunmadığından bahisle aynı kanununun 174. maddesi gereğince iadesine dair, K.. 1. Ağır Ceza Mahkemesi’nin 15.11.2006 tarihli ve 2006/168 iddianamenin değerlendirilmesi sayılı kararına vaki itirazın reddine ilişkin K.. 2. Ağır Ceza Mahkemesi’nin 14/12/2006 tarihli ve 2006/772 müteferrik sayılı kararının;

Tüm dosya kapsamına göre, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 170/3. maddesinde iddianamede nelerin gösterileceği, aynı kanununun 174/1. maddesinde ise iddianamenin hangi hallerde iadesine karar verileceğinin belirtildiği, mahkeme tarafından iade sebebi olarak belirtilen 5237 sayılı T.C.K.’nin 103/6. maddesi gereğince C.Başsavcılığı’nca ... Üniversitesi Tıp Fakültesi Hastanesi’nden sağlık kurulu raporu alındığı, yargılama aşamasında davayı gören mahkeme tarafından Adli Tıp Kurumu’ndan görüş alınabileceği gözetilmeksizin, itirazın kabulü yerine yazılı şekilde reddine karar verilmesinde isabet görülmediğinden bahisle 5271 sayılı CMK’nun 309. maddesi gereğince bozulması lüzumu Yüksek Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü ifadeli 23.01.2007 gün ve 3346 sayılı kanun yararına bozmaya atfen C.Başsavcılığı’ndan tebliğname ile daireye ihbar ve dava evrakı ile birlikte tevdi kılınmakla gereği düşünüldü:

Karar ve sonuç : 5271 sayılı CMK’nun 170/3. maddesinde, iddianamede nelerin gösterileceğinin sayıldığı ve aynı

yasanın 174/1. maddesinin ise hangi hallerde iddianamenin iadesine karar verileceğinin belirtildiği; iddianamenin iadesi üzerine K.. C.Başsavcılığı'nca ... Üniversitesi Tıp Fakültesi Hastanesi'nden rapor aldırıldığı ve yargılama aşamasında da davaya bakacak mahkeme tarafından Adli Tıp Kurumu'ndan görüş alınabileceği gözetilerek; itirazın kabulü yerine reddine karar verilmesinde isabet bulunmadığı ve bu nedenle kanun yararına bozma istemine dayanan ihbarname münderecatı yerinde olduğundan K.. 2. Ağır Ceza Mahkemesi'nin 14.12.2006 gün ve 2006/772 Müteferrik sayılı kararının CMK'nun 309. maddesi uyarınca BOZULMASINA ve müteakip işlemlerin mahallinde yerine getirilmesine dosyanın mahalline gönderilmek üzere Yargıtay C.Başsavcılığı'na TEVDİİNE, 19.02.2007 tarihinde oybirliğiyle karar verildi. **“(Yar. 5CD, 19.2.2007, 1215/1207) (www.adalet.org)**

“Sanığın dükkanında 4 gün çırak olarak çalıştıktan sonra ayrılan mağdura takriben 1 ay sonra nitelikli cinsel istismarda bulunması eyleminde suç tarihi itibarıyla hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanma unsuru bulunmadığı,

Ancak mağdurun anüsüne cinsel organını sokmaya çalışan ,bilahare oral yoldan cinsel istismarı gerçekleştiren sanığın ayrıca kendisine mastürbasyon yaptırdığı anlaşıldığından cezasının 5237 sayılı yasanın 43. maddesi gereğince arttırılmaması BOZMAYI gerektirmiştir.” **(Yar. 5CD, 20.9.2007, 7481/6548) (www.adalet.org) (YKD, 3/2008)**

“Mağdur hakkında Uludağ Üniversitesi Sağlık Uygulama ve Araştırma Merkezi Müdürlüğü Çocuk Ruh Sağlığı ve Hastalıkları Anabilim Dalı Başkanlığı tarafından düzenlenen 10.08.2006 gün ve 541 sayılı raporda: “Mağdurun olaynedeniyle beden ve ruhsağlığının bozulduğu, travma sonrası stres bozukluğu ve anksiyete bozukluğu geliştiği kanaatine varıldığı” belirtildiğinden, bu durumun 5237 sayılı TCK'nın 103/6. maddesindeki suçun sonucunda mağdurun beden ve ruhsağlığının bozulması niteliğinde olup olmadığı konusunda bir kez de Adli Tıp Kurumu'ndan görüş sorularak sonucuna göre ka-

rar verilmesi gerektiği gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması, Kanunaaykırı,...(BOZULMASINA),01.05.2007 tarihinde oybirliğiyle karar verildi. “(Yar. 5CD, 1.5.2007, 1394/3114) (www.adalet.org)

“**Hükme esas teşkil eden** Dokuz Eylül Üniversitesi Tıp Fakültesi Dekanlığı Çocuk ve Ergen Ruh Sağlığı ve Hastalıkları Anabilim Dalınca düzenlenen 16.08.2006 gün ve 321 sayılı raporda mağdurda “depresif bozukluk” saptanıp bu nedenle ruh sağlığının bozulduğu belirtildiğinden 5237 sayılı TCK nun 103/6.maddesi kapsamında mağdurun ruh ve beden sağlığının bozulup bozulmadığı hususunda bir kez de Adli Tıp Kurumu ilgili ihtisas kurulundan görüş sorularak sonucuna göre karar verilmesi gerektiği gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması,

Kabule göre de;

Sanığın zincirleme biçiminde kasten işlediği cinsel istismar suçlarının neticesi sonucu gerçekleşen ve sorumluluğu için en az taksir derecesinde bir kusurunun bulunması gereken TCK nun 103/6.fıkrasındaki suçun ağırlaşmış halinin teselsül edemeyeceği,zincirleme biçiminde gerçekleşen eylemlerin 103/6.maddeden önceki fıkralardaki hallerin olması halinde 43.maddesi uyarınca yapılacak arttırmanın 103/6 madde ile tayin edilen ceza üzerinden değil bu maddenin tatbikinden önce bulunan ceza miktarı üzerinden yapılması ve 103/6.maddesiyle belirlenen cezaya eklenmesi gerektiği gözetilmeyerek yazılı şekilde karar verilmesi,BOZULMASINA 22.01.2008 tarihinde karar verildi.” (Yar. 5CD, 22.1.2008, 12459/198) (www.adalet.org)

“**Bozmaya uyulduğu halde** 5237 Sayılı TCK.nun 61. madde hükmüne uygun olarak sanığa 5237 Sayılı TCK.nun 103/1-4-6. maddelerinin tatbiki ile ceza tayin edildikten sonra, suçun sonucunda meydana gelen beden veya ruh sağlığındaki bozulmanın teselsül etmeyeceği gözetilerek 43. madde uyarınca yapılacak artırımın 103/4. madde ile belirlenen ceza üzerinden hesaplanarak 103/6. madde ile verilen cezaya ilave edilmesi suretiyle uygulama yapılması gerekirken sıralamaya aykırı

ve eksik ceza tayini bozmayı gerektirmiştir.”(Yar. 5CD, 2008, 547/3293) (www.adalet.org)

NOT: Mahkemece TCK.nun 103/1. maddesi gereğince 3 yıl, 103/4. maddesi gereğince 1/2 arttırım ile 4 yıl 6 hapis, 43. madde gereğince 1/4 oranında arttırım ile 5 yıl 7 ay 15 gün hapis ve 103/6. maddesi gereğince 15 yıl hapis, 62. maddesi gereğince 1/6 indirim ile 12 yıl 6 ay hapis cezası verilmiştir.

Tartışmalı olan bu uygulama 5. Ceza Dairesi içtihatlarına göre 765 Sayılı Kanunun 418. maddesindeki arttırımın temel cezaya ilavesi gibi bir mantıkla 43. maddeden verilen uygulamadaki 1 yıl 1 ay 15 günlük teselsül farkını 103/6. maddesindeki 15 yıla ilave ile 16 yıl 1 ay 15 gün olarak uygulanmasını ve takdirli indirimin de bunun üzerinden yapılması gerektiğini işaret etmektedir.

“Çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçuna teşebbüs etmekten sanık Dursun’un yapılan yargılaması sonunda; atılı suçtan mahkumiyetine dair, Antalya 3.Ağır Ceza Mahkemesinden verilen 28.06.2007 gün ve 2006/249 Esas, 2007/245 Karar sayılı hükmün süresi içinde Yargıtay’ca incelenmesi O Yer C.Savcısı ve sanık müdafii tarafından istenilmiş olduğundan dava evrakı C.Başsavcılığından tebliğname ile daireye gönderilmekle incelenerek gereği düşünüldü:

Yapılan yargılamaya, toplanıp karar yerinde gösterilen delillere, mahkemenin soruşturma sonuçlarına uygun olarak oluşan kanaat ve takdirine, incelenen dosya içeriğine göre; yerinde görülmeyen sair temyiz itirazlarının reddine,

Ancak;

Sonucun gerçekleşmiş olması nedeniyle neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlara teşebbüs olanaklı bulunmadığı gözetilip 5237 sayılı TCK.nun 35.maddesinin aynı yasanın 61/5.maddesindeki sıraya uygun olarak ancak 103/2.madde ile tayin edilen ceza üzerinden uygulanıp daha sonra 103/6.madde ile sonuç cezanın belirlenmesi gerekirken yazılı biçimde hüküm kurularak noksan cezaya hükmolunması,

Kanuna aykırı, temyiz itirazları bu nedenle yerinde görül-
düğünden hükmün 5320 sayılı Yasanın 8/1.maddesi gözetilerek
CMUK.nun 321. maddesi gereğince BOZULMASINA,
11.11.2008 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.” (Yar. 5CD,
11.11.2008, 13177/9607) (www.adalet.org)

“TCK nun 103/6.maddesinin 6.fıkrasındaki suçun ağırlaş-
mış halinin teselsül edemeyeceği, zincirleme biçimde gerçek-
leşen eylemin 103/6.maddeden önceki fıkralardaki hallerin
oluşumunda 43.madde uyarınca yapılacak artırımın 103/6.
maddeden önceki fıkralardaki hallerin oluşumunda 43.mad-
de uyarınca yapılacak artırımın 103/6.madde ile tayin olunan
ceza üzerinden değil bu maddenin tatbikinden önce bulunan
ceza miktarı üzerinden yapılması ve 103/6.maddeyle belirlen-
en cezaya eklenmesi gerektiği gözetilmeyerek sanığa fazla
ceza tayin edilmesi,...BOZULMASINA

Kanuna aykırı, sanık müdafinin temyiz itirazları bu itibarla
yerinde görüldüğünden hükümlerin 5320 sayılı Kanunun
8/1 maddesi gözetilerek CMUK’un 322.maddesinin verdiği
yetkiye dayanılarak düzeltilmesi mümkün bulunduğundan,
mahkemenin takdir ettiği temel ceza ve oranlarda uygulama
yapılarak mağdure H’ye yönelik eylemleri nedeniyle kurulan
hüküm fıkrasının TCK.nun 103/1.madde ile 4 yıl hapis, 103/6
ile 15 yıl ve 43.madde ile 103/6.madde öncesi temel ceza üze-
rinden 1/4 artırımla 1 yıl hapis eklenmek suretiyle 16 yıl ve
62.madde ile 1/6 indirimle 13 yıl 4 ay hapis şeklinde sonuç
ceza belirlenmek suretiyle mağdure A’ya yönelik eylemleri
nedeniyle kurulan hüküm fıkrasındaki sonuç “6 yıl 6 ay hap-
is” ibaresinin çıkarılarak yerine “6 yıl 3 ay hapis” yazılmak
suretiyle sair yönleri usul ve kanuna uygun olan hükmün DÜ-
ZELTİLEREK ONANMASINA karar verildi.” (Yar. 5CD, 2008,
9099/8762) (www.adalet.org)

“Çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçundan sanık Şeref
Polat’ın yapılan yargılanması sonunda; atılı suçtan mahkū-
miyetine dair İzmir 7. Ağır Ceza Mahkemesinden verilen
24.10.2007 gün ve 2007/127 Esas, 2007/337 Karar sayılı hük-
mün süresi içinde Yargıtay’ca incelenmesi sanık müdafii tara-

findan istenildiği ve re'sen de temyize tabi olduğundan dava evrakı Yargıtay C.Başsavcılığında tebliğname ile daireye gönderilmekle incelenerek gereği düşünüldü:

5237 sayılı TCK.nun 53/1-c maddesinde yer alan velayet hakkını kötüye kullanmak suretiyle yaşı küçük kızına karşı nitelikli cinsel istismar suçunu işlediğinin anlaşılmasına göre cezanın infazından sonra başlamak üzere aynı Yasanın 53/5. maddesi uyarınca hükmolunan cezanın yarısından bir katına kadar bu hak ve yetkinin kullanılmasının yasaklanmasına karar verilmesi gerektiğinin gözetilmemesi, karşı temyiz bulunmadığından bozma sebebi yapılmamıştır.

Yapılan yargılamaya, toplanıp karar yerinde gösterilen delillere, mahkemenin soruşturma sonuçlarına uygun olarak oluşan kanaat ve takdirine, incelenen dosya içeriğine göre yerinde görülmeyen sair temyiz itirazlarının reddine,

Ancak;

Sanığın zincirleme biçimde kasten işlediği nitelikli cinsel istismar suçunun neticesi sonucu gerçekleşen ve sorumluluğu için en az taksir derecesinde bir kusurunun bulunması gereken 5237 sayılı TCK.nun 103. maddesinin 6. fıkrasındaki suçun ağırlaşmış halinin teselsül edemeyeceği, aynı Kanunun 61. madde hükmüne uygun olarak 103/2-3-6 maddelerinin tatbiki ile ceza tayin edildikten sonra, 43. madde uyarınca yapılacak arttırımın 103/3. maddesi ile belirlenen ceza üzerinden hesaplanarak 103/6. madde ile verilen cezaya ilave edilmesi suretiyle uygulama yapılması gerektiği gözetilmeden fazla ceza tayini,

Kanuna aykırı olduğundan, hükmün 5320 sayılı Kanunun 8/1. maddesi gözetilerek CMUK.nun 321. maddesi uyarınca BOZULMASINA, ancak bu hususun yeniden yargılama yapılmaksızın aynı Kanunun 322. maddesinin verdiği yetkiye göre düzeltilmesi mümkün görüldüğünden, sanığa 5237 sayılı Kanunun 103/2-3-6 maddeleri uyarınca tayin olunan 15 yıl hapis cezasına, mahkemenin taktirine uygun biçimde 43. madde uyarınca 3 yıl 4 ay 15 gün ilave edilerek sonuç cezanın 18 yıl 4 ay 15 gün hapis olarak belirlenmesi suretiyle sair yönleri usul

yasaya uygun olan hükmün DÜZELTİLEREK ONANMASINA, 27.10.2008 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.” (Yar. 5CD, 27.10.2008, 1951/8940) (www.adalet.org)

“Zeka geriliği tespit edilen mağdurenin beyanlarına itibar edilip edilmeyeceği, eyleme mukavemet edip edemeyeceği, ruh sağlığı bozukluğunun meydana gelen cinsel istismar olayına bağlı olup olmadığı, hastalığın hekim olmayanlarca anlaşılıp anlaşılmayacağına ilişkin Adli Tıp Kurumu raporu alındıktan sonra sonuca gidilmelidir. “(Yar. 5CD, 1.4.2008, 336/3004) (YKD, 7/2008)

“Zeka geriliği nedeniyle mukavemet edemeyecek durumdaki mağdureye karşı gerçekleştirilen eylemde cebir veya tehdit bulunmadığına göre, ayrıca TCK’nın 103/4 üncü maddesi gereğince artırım yapılamaz. “(Yar. 5CD, 3.4.2008, 1797/3285) (YKD, 8/2008)

“Onbeş-onsekiz yaş grubundaki çocuklara yönelik cinsel istismar suçu bakımından “cebir, tehdit, hile ve iradeyi etkileyen başka bir neden” suçun unsurudur. Ayrıca bu nedenden dolayı artırım yapılamaz. “(Yar. 5CD, 30.01.2007, 181/417) (YKD, 9/2007)

Önceki TCK’daki madde :

Madde 415 - Her kim 15 yaşını bitirmiyen bir küçüğün ırz ve namusuna tasaddiyi mutazammın bir fül ve harekette bulunursa iki seneden dört seneye ve bu fül ve hareket yukarki maddenin ikinci fıkrasında yazılı şartlar içinde olursa üç seneden beş seneye kadar haps olunur.

GEREKÇE:

Madde metninde çocukların cinsel istismarı fiilleri suç olarak tanımlanmıştır. Erişkin kişilere karşı işlenen fiiller açısından cinsel saldırı ifadesi kullanılmasına rağmen, çocuklar açısından cinsel istismar ifadesi kullanılmıştır. Erişkin kişilere karşı gerçekleştirilen cinsel davranışların kişinin rızasına aykırı olması gerekir. Aksi takdirde, yani kişinin rızasının bulunması

hâlinde, ceza hukuku sorumluluğunu gerektiren davranışlardan söz edilemez. Erişkin kişilere karşı gerçekleştirilen cinsel davranışlar açısından rızanın varlığı, ceza sorumluluğunu ortadan kaldırmaktadır. Buna karşılık, onbeş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan çocuklara karşı gerçekleştirilen cinsel davranışlar açısından, rızanın varlığı ceza sorumluluğunu ortadan kaldırma-maktadır. Başka bir deyişle, kendisine karşı gerçekleştirilen cinsel davranışlar açısından bu çocuğun rıza açıklamasında bulunması, fiili suç olmaktan çıkarmayacak ve kişinin ceza sorumluluğunu ortadan kaldırmayacaktır. Bu bakım-dan, onbeş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte maruz kaldığı fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan kişilere karşı gerçekleştirilen her türlü cinsel davranış, cinsel istismar olarak kabul edilmiştir.

On beş yaşını tamamlamış ve maruz kaldığı fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmiş olan çocuklara karşı gerçekleştirilen cinsel davranışların cinsel istismar olarak nitelendirilebilmesi için, bunların cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilmesi gerekir. Bu nitelendirme, cinsel saldırı ve cinsel istismar fiilleri açısından ortaya konan ayırım ölçütüne aykırı olmakla birlikte; suçun mağdurunun çocuk olması ve bu fiiller karşısında direncinin zayıflığı göz önünde bulundurularak, söz konusu fiillerin de bu madde kapsamında suç olarak tanımlanması yoluna gidilmiştir. Fıkranın (b) bendinde söz konusu edilen cinsel istismar bakımından, çocuğun iradesinin ortadan kaldırılmış olması değil, “iradeyi etkileyen neden” ifadesi kullanılmıştır.

Maddenin birinci fıkrasında, cinsel istismar suçunun temel şekli açısından ceza yaptırımı belirlenmiştir. İkinci fıkrada ise, bu suçun işleniş tarzı itibarıyla nitelikli hâli tanımlanmıştır. Buna göre, cinsel istismarın vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi, suçun temel şekline nazaran daha ağır ceza ile cezalandırılmayı gerektirmektedir. Suçun bu nitelikli hâline ilişkin açıklama için, cinsel saldırı suçunun gerekçesine bakılmalıdır.

Üçüncü fıkraya göre; cinsel istismarın çocukla aralarında belli akrabalık ilişkisi bulunan kişiler tarafından, çocuğun vasisi, eğitici, öğretici, bakıcısı, çocuğa sağlık hizmeti veren, çocuğa karşı koruma ve gözetim yükümlülüğü altında bulunan diğer bir kişi tarafından veya hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle gerçekleştirilmesi, daha ağır ceza ile cezalandırılmayı gerektirmektedir.

Dördüncü fıkrada, cinsel istismarın, on beş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte maruz kaldığı fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan kişilere karşı cebir veya tehdit kullanmak suretiyle gerçekleştirilmesi, cezanın artırılmasını gerektiren bir nitelikli hâl olarak kabul edilmiştir. Ancak, bunun için, uygulanan cebrin en fazla kasten yaralama suçunun temel şeklini oluşturacak boyutta olması gerekir. Bu bakımdan, beşinci fıkraya göre, cinsel istismar için başvuru olan cebir ve şiddetin kasten yaralama suçunun ağır neticelerine neden olması hâlinde, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanacaktır.

Maddenin altıncı fıkrasında netice sebebiyle ağırlaşmış suç hâli düzenlenmiştir. Bu maddede tanımlanan suçun işlenmesi sonucunda mağdurun bitkisel hayata girmesi veya ölümü hâlinde, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükmolunacaktır. Ancak, bu durumda, netice sebebiyle ağırlaşmış suçlar dolayısıyla sorumluluk için aranan koşulların gerçekleşmesi gerekir.

6545 sayılı Yasanın Gerekçesi:

Maddeyle, Türk Ceza Kanununun 103 üncü maddesinde değişiklik yapılmaktadır. Söz konusu maddenin uygulamasında, bir takım sorunların ortaya çıktığı tespit edilmiş olup, yapılması öngörülen değişikliklerle bunların giderilmesi amaçlanmaktadır.

Maddenin altıncı fıkrasında yer alan “suçun sonucunda mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması halinde, onbeş yıldan az olmamak üzere hapis cezasına hükmolunacağı”na

dair suçun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hali, 102 nci maddede yapılması öngörülen değişiklikler için belirtilen mülahazalarla kaldırılmaktadır. Buna karşılık maddenin birinci ve ikinci fıkrasında düzenlenen cezaların artırılması öngörülmektedir. Bu düzenlemeyle, şüpheli, sanık veya hükümlüler bakımından lehe sonuç doğmaması ve çocukların cinsel istismarı suçuyla daha etkin mücadele edilebilmesi amaçlanmaktadır.

Maddenin birinci fıkrasına hüküm eklenmekte ve ani hareketli dokunuşta suçun temel şekline göre daha az ceza verilmesi sağlanmaktadır. Bu düzenlemeyle ilgili olarak 102 nci maddede yapılması öngörülen değişiklikler için belirtilen mülahazalar dikkate alınmaktadır.

Maddenin üçüncü fıkrasıyla, bazı özel ilişkiler veya sıfatlar nedeniyle söz konusu suçların işlenmesi hali de bu suç bakımından daha ağır cezayı gerektiren nitelikli unsur olarak kabul edilmektedir. Bu kapsamda, üçüncü derece dahil kayın hısımlığı ilişkisi içinde bulunan bir kişiye karşı ya da üvey ana, üvey kardeş veya koruma, bakım ve gözetim yükümlülüğü bulunan kişiler tarafından işlenmesi hâlinde verilecek cezalar artırılacaktır.

Ayrıca, üçüncü fıkraya eklenen (b) bendiyle, insanların toplu olarak bir arada yaşamasının zorunlu olduğu yetiştirme yurdu, ceza infaz kurumu, öğrenci yurdu, okul pansiyonu ve hastane gibi yerlerde bu suçların işlenmesi de artırım nedeni olarak kabul edilmektedir. Cinsel istismarın, onbeş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılaya yeteneği gelişmemiş olan çocuklara karşı cebir veya tehditle işlenmesi hâlinde ya da bu durumda olmayan diğer çocuklara karşı silah kullanmak suretiyle gerçekleştirilmesi halinde de verilecek cezanın artırılması öngörülmektedir.

Reşit olmayanla cinsel ilişki
(6545 sayılı yasayla değişik)

MADDE 104

- (1) Cebir, tehdit ve hile olmaksızın, onbeş yaşını bitirmiş olan çocukla cinsel ilişkide bulunan kişi, şikâyet üzerine, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.
- (2) (6545 sayılı yasayla eklenen fıkra) Suçun mağdur ile arasında evlenme yasağı bulunan kişi tarafından işlenmesi hâlinde, şikâyet aranmaksızın, on yıldan on beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.
- (3) (6545 sayılı yasayla eklenen fıkra) Suçun, evlat edineceği çocuğun evlat edinme öncesi bakımını üstlenen veya koruyucu aile ilişkisi çerçevesinde koruma, bakım ve gözetim yükümlülüğü bulunan kişi tarafından işlenmesi hâlinde, şikâyet aranmaksızın ikinci fıkraya göre cezaya hükmolunur.

MADDENİN YORUMU :

Birinci fıkrada, rıza ile gerçekleştirilen cinsel ilişki cezalandırılmaktadır. Bunun koşullarını şu şekilde sıralamak uygun olur :

1. Bu cinsel ilişki, on beş yaşını bitirmiş bir çocuk ile olmak zorundadır. Başka bir anlatımla, bu suçun mağduru/mağduresi, TCK'nın 6. maddesinin düzenlemesi doğrultusunda, 15-18 yaş grubu içinde yer almalıdır.Maddede failin

yaşı ile ilgili özel bir düzenleme yoktur. Bu nedenle failin ceza sorumluluğu genel ilkelere göre tespit edilecektir. Söz gelimi, rızai bir cinsel ilişkide fail de on sekiz yaşın altında olabilir. Diğer koşulların da gerçekleşmesi şartıyla, fail bu suçtan ötürü cezalandırılacaktır, fakat cezasında yaştan ötürü indirim yapılacaktır.

2. Fail mağdura karşı cebir, tehdit, hile kullanmamış olmalıdır. Bu hallerden biri dahi olayda gerçekleştiğinde, fiil rızai cinsel ilişki olarak nitelenemez. Yasama tekniği açısından, fıkrada yer alan üç kavramın “ve” bağlacı ile bağlanması doğru değildir; bu bağlantının “veya” ile kurulması gerekmektedir. Yargıtay, hukuku iyi biçimde süzerek, içtihat yoluyla bu noktayı açıklığa kavuşturacaktır.
3. Suç, şikâyete tabi bir suçtur; şikâyet kavramının ilke, hüküm ve sonuçlarına uygun çözümler üretilmek gerekir.

Yeni TCK'nın ilk şeklinde maddenin 2 nci fıkrası şöyle düzenlenmişti: Fail mağdurdan beş yaştan daha büyük ise, şikâyet koşulu aranmaksızın, cezası iki kat artırılır.

Bu hükmü yorumlarken, şu hususlara yer vermiştim: “İkinci fıkranın uygulanması için öngörülen temel, cezalandırmayı failin iradesinin dışında ve rastlantıya kalan bir ölçütle düzenlemiştir. Bunun mantiki bir açıklamasını yapmak zordur. Neden 5 değil de 3 yaştan çok fark aranmıyor?” (Yurtcan, Yeni TCK ve Yorumu, md. 104).

Konu Anayasa Mahkemesinin önüne geldi. AYM, maddenin 2 nci fıkrası iptal etti. (Bkz. Anayasa Mahkemesinin 23.11.2005, 2005/103-89 sayılı kararı)(bkz. RG, 25.2.2006, sy.26091).

6545 sayılı yasa maddenin ikinci fıkrasını yeniden düzenledi.Buna göre, suçun mağdur ile arasında evlenme yasağı bulunan kişi tarafından işlenmesi hâlinde, şikâyet aranmaksızın, on yıldan on beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunacaktır. Bu hüküm uygulanırken Türk Medeni Kanununun ilgili hükümleri temel alınacaktır. Yeni hüküm suç ve ceza politikası açısından uygun bir çözümdür.

Maddenin üçüncü fıkrası da 6545 sayılı yasayla yeniden düzenlendi.Buna göre, suçun, evlat edineceği çocuğun evlat edinme öncesi bakımını üstlenen veya koruyucu aile ilişkisi çerçevesinde koruma, bakım ve gözetim yükümlülüğü bulunan kişi tarafından işlenmesi hâlinde, şikâyet aranmaksızın ikinci fıkraya göre cezaya hükmolunacaktır.

Bu hüküm yorumlanırken göz önünde bulundurulması gereken nokta şudur: Bu hüküm kişiler arasındaki bazı yakın ilişkilerin kötüye kullanılması suretiyle maddedeki suçun işlenmesini, bir ağırlatıcı neden saymaktadır ve cezalandırmaktadır. Bu ilişkilerin kapsamı hükümde öngörülmüştür. Bunlar ilgili özel normlarla belirlenecek hususlardır; çözümleri güçlük oluşturmayacaktır.

Yasa koyucunun bu yaklaşımı suç ve ceza politikası açısından uygun bir çözümdür.

YARGITAY UYGULAMASI :

Daire:12 Tarih:2015 Esas No:2014/11572 Karar No:2015/2175

Davacının tazminat talebinin reddine ilişkin hüküm, davalı vekili ve davacı vekili tarafından temyiz edilmekle, dosya incelenerek gereği düşünüldü:

Yapılan incelemeye, toplanıp karar yerinde gösterilen delillere, incelenen dosya kapsamına göre, davalı vekili ve davacı vekilinin sair temyiz itirazlarının reddine, ancak;

Davacının İstanbul 11. Sulh Ceza Mahkemesinin 2013/ bila sayılı sorgu tutanağı ve düzenlenen tutuklama müzekkeresine göre, Çocuğun Nitelikli Cinsel İstismarı ve Cinsel Amaçla Cebrî Tehdit ve Hile Kullanarak Çocuğu Hürriyetinden Yoksun Kılma suçlarından tutuklandığı ve tazminat talebinin dayanağı olan İstanbul Anadolu 6. Ağır Ceza Mahkemesinin 06/05/2013 tarih, 2013/93 esas, 2013/148 karar sayılı ceza dava dosyasında yapılan yargılama sonucu atılı Çocuğa karşı Cinsel Amaçla Hürriyetinden Yoksun Kılma suçunun unsurlarının oluşmadı-

ğı gerekçesiyle beraat, Çocuğun Nitelikli Cinsel İstismarı eyleminin ise, TCK'nın 104/1. maddesi kapsamında kalan reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu oluşturduğu, atılı suçun takibinin şikayete bağlı olduğu ve şikayetten vazgeçme nedeniyle düşme kararı verildiğinin anlaşılması karşısında, tutuklu kalınan ve yapılan yargılama sonucu beraatle sonuçlanan Çocuğu Cinsel Amaçla Hürriyetinden Yoksun Kılma suçu yönünden Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat Verilmesine ilişkin 5271 sayılı CMK'nın 141/1 ve devamı maddelerinde belirtilen şartların davacı yönünden gerçekleştiği, bu nedenle uğranıldığı iddia edilen maddi ve manevi zararlar ilgili olarak hak ve nasafet ilkelerine uygun makul bir tazminata hükmedilmesi gerekirken, yazılı gerekçe ile davanın reddine karar verilmesi,

2-Kabule göre de;

Davanın tamamen reddedilmesi karşısında, kendisini vekil ile temsil ettiren davalı hazine yararına vekalet ücreti yerine dilekçe yazım ücretine hükmedilmesi,

İsabetsiz olup, davalı ve davacı vekillerinin temyiz itirazları bu nedenle yerinde görülmediğinden hükmün 5320 sayılı Kanununun 8/1. maddesi uyarınca halen uygulanmakta olan 1412 sayılı CMUK'un 321. maddesi gereğince BOZULMASINA, 09.02.2015 tarihinde oybirliğiyle karar verildi

Not: 1- Mahkeme "suç sabit olup müştekinin vazgeçmesi ile düşme kararı verilmekle ve karar beraat olmamakla" tazminat talebinin reddine karar vermiştir.

2- Mahkeme yalnız cevap dilekçesi verip duruşmalara katılmayan davalı vekili için delekçe ücretine hükmetmiştir.

Daire: 14 Tarih: 2015 Esas No: 2013/2402 Karar No: 2014/

Mahalli mahkemece verilen hüküm temyiz edilmekle dosya incelenerek gereği düşünüldü:

Oluş ve kabule göre; aralarında duygusal yakınlık bulunan mağdure ile sanığın, 2009 yılı Mart ayı ve 2010 yılı Ocak ayı içerisinde iki kez rızaen cinsel ilişkiye girdiklerinin ve her iki

eylem arasındaki süre ve eylemlerin oluş şekli nazara alındığında, sanığın suç kastının yenilendiği ve eylemlerin ayrı ayrı suç oluşturduğunun anlaşılması karşısında, sanığın 2009 yılı Mart ayında gerçekleştirdiği eyleme ilişkin şikâyetin TCK.nun 73. maddesinde düzenlenen 6 aylık süreden sonra yapıldığı gözetilerek kamu davasının düşürülmesine, 2010 yılı Ocak ayı içerisinde gerçekleştirdiği eylemine ilişkin olarakta 5237 sayılı TCK.nun 104/1. maddesi uyarınca mahkûmiyetine karar verilmesi gerektiği gözetilmeden “Mağdurenin rızasının eylemi suç olmaktan çıkardığı” şeklinde hukuka uygun düşmeyen gerekçeyle yazılı şekilde karar verilmesi,

Kanuna aykırı, katılanlar vekilinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülmemiş olduğundan, hükmün 5320 sayılı Kanununun 8/1. maddesi gözetilerek 1412 sayılı CMUK.nun 321. maddesi uyarınca BOZULMASINA, 10.11.2014 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

Daire:6 Tarih:2014 Esas No:2013/30340 Karar No:2014/20296

Yerel Mahkemece verilen hüküm temyiz edilmekle; başvurunun nitelik, ceza türü, süresi ve suç tarihine göre dosya görüşüldü:

Sanık hakkında 20.11.2009 tarihinde kesinleşen hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı nedeniyle, denetimli serbestlik süresi içinde işlenen ve kesinleşen yeni suç tarihi 22.04.2010'a kadar zamanaşımı süresinin durduğu gözetilerek yapılan incelemede:

Sanığa yüklenen ve 765 sayılı TCK.nun 491/4. maddesine uyan suçun gerektirdiği cezanın türü ve yukarı sınırına göre, aynı Yasanın 102/4, 104/2. maddelerinde öngörülen 7 yıl 6 aylık zamanaşımının, 07.04.2005 olan suç tarihi ile inceleme tarihi arasında geçmiş bulunması,

Bozmayı gerektirmiş, sanık Sezer Gezici savunmasının temyiz itirazları bu bakımdan yerinde görülmemiş olduğundan, hükmün açıklanan nedenle BOZULMASINA, bozma nedeni

yeniden yargılama yapılmasını gerektirmediğinden, 5320 sayılı Yasanın 8/1. maddesi yollamasıyla 1412 sayılı CMUK.nun 322. maddesinin verdiği yetkiye dayanılarak, sanık hakkında açılan kamu davasının zamanaşımı nedeniyle DÜŞMESİNE, 24.11.2014 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

Daire: 5 **Tarih:** 2011 **Esas No:** 2011/2970 **Karar No:** 2011/4134

Mahkemece, sanığın mağdur Mehmeti ilk olarak Düziçi ilçesinde 2008 yılı Aralık ayında su deposunun bulunduğu yere götürdüğü, olay tarihi itibariyle 15-18 yaş grubundan olan mağdura yönelik livata suretiyle cinsel istismar suçunu işlendiği, o tarihten olayın açığa çıktığı 01/09/2009 tarihine kadar sanığın mağdura yönelik olarak livata suretiyle cinsel istismar suçunu birden fazla işlediği, ilk olaydan sonra sanığın mağduru kendisi ile gelmediği, cinsel ilişkiye girmediği takdirde ailesine ve arkadaşlarına durumu söyleyeceğinden bahisle tehditte bulunduğu, bu şekilde mağduru egemenlik alanına aldığı ve her cinsel istismar eylemi sonrası hem durumdan mağdurun ailesini haberdar edeceği yönünde tehdit etmek, hem de mağdura cinsel istismar sonrası para vermek suretiyle psikolojik olarak mağdur üzerinde bir tahakküm oluşturduğu kabul edilerek, sanığın zincirleme nitelikli cinsel istismar ve zincirleme zorla kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçlarından mahkûmiyetine karar verildiği anlaşılmakta ise de, dosya içeriğine göre; mağdurun 01.01.1992 doğumlu olup suç tarihinde 17 yaşında olduğu, Çukurova Üniversitesi Tıp Fakültesi Çocuk Ruh Sağlığı ve Hastalıkları Anabilim Dalı'nın 18.09.2011 tarihli raporunda mağdurun "gerçeği değerlendirme yetisinin gelişmiş olduğu, algı, bellek, yönelim kusuru olmadığı, düşünce içeriğinde olayın duyulmasıyla çevreninverdiği tepkilere bağlı sıkıntılı olduğu"nun belirtildiği, olayın gerçekleştiği 9 ay boyunca gerek yakınlarına gerek resmi makamlara bir şikayetinin bulunmadığı, olayın sanığın müşteki Aykuta basit cinsel saldırıda bulunma eylemi esnasında, mağdur Mehmete para karşılığı fiili livatada bulunduğunu söylemesi üzerine ortaya çıktığı anlaşılmaktadır. 15 yaşını tamamlamış fiilin anlam ve sonuçlarını

algılama yeteneği gelişmiş çocuklara yönelik gerçekleştirilen cinsel istismar suçlarında varlığı kabul edilen tehditin, suçun zor unsurunu oluşturabilmesi için, cinsel istismara uğraması nedeniyle uğrayacağı zarardan daha önemli bir zarara uğratılacağı korkusunun mağdur üzerinde oluşması, tehdite maruz kalanın iki seçenektan kendisine daha az zarar vereni tercihe zorlanması gerekir. Olayımızda her bir eylemde de seçeneklerden birinin ailesine ve arkadaşlarına durumu söyleyeceği, diğerinin ise, eylemin gerçekleştiği yere sanığı mağdurun kendi motosikleti ile götürmesi ve cinsel istismara rıza göstermesidir. Evli olan sanığın, eylemin ortaya çıkmasıyla kendisinin de zarara uğrayacağı aşıkardır. Keza olayın ortaya çıkmasıyla içinde bulunduğu durumu çevresine mazur göstermek isteyen mağdurun, 9 ay süreyle devamlı tehdit ve baskı altında kaldığının kabulü de mümkün değildir. Bu nedenle nitelikli cinsel istismar ve kişiyi hürriyetinden yoksun kılma eylemlerinin cebir ve tehditle gerçekleştirildiğini kabule elverişli yasal, kuşkudan uzak ve somut delillerin bulunmadığı anlaşıldığından, mağdurun suç tarihindeki yaşına göre TCK.nun 26. maddesi gereğince rızanın kişiyi hürriyetinden yoksun kılma fiilini hukuka uygun hale getirdiği, mağdurun rızasıyla anal yoldan organ sokmak suretiyle gerçekleştirilen cinsel istismar eylemlerinin de, TCK.nun 104 ve 43. maddelerinde düzenlenmiş olan zincirleme reşit olmayanla cinsel ilişkide bulunma suçunu oluşturduğu gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması,

Kanuna aykırı, sanık müdafinin temyiz itirazları bu bakımdan yerinde görülmuş olduğundan, nitelikli cinsel istismar suçu yönünden resen de temyize tabi hükümlerin 5320 sayılı Kanununun 8/1. maddesi gözetilerek CMUK.nun 321. maddesi uyarınca BOZULMASINA, 23.05.2011 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

Daire: 14 Tarih:2011 Esas No: 2011/246 Karar No: 2011/507

Irza geçme ve reşit olmayan mağdureyi rızası ile kaçırıp alıkoyma suçlarından sanıklarin yapılan yargılamaları sonunda; sanıkların ırza geçme eylemleri reşit olmayan mağdurenin rızası ile cinsi münasebette bulunma suçu kabul edilerek

mahkûmiyetlerine, diğler atılı suçtan beraatlerine dair Ağır Ceza Mahkemesinden verilen 04.11.2008 tarih ve 2007/70 Esas, 2008/188 Karar sayılı hükümlerin süresi içinde Yargıtayca incelenmesi sanıklar müdafileri ve katılan müdafii tarafından istenilmiş olduğundan dava evrakı Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığından tebliğname ile Daireye gönderilmekle incelendi;

Mağdurenin babası olanun 19.07.2007 tarihli celsede katılan sıfatı ile davaya katılmasına karar verilmiş ise de; belirtilen tarihte mağdurenin 18 yaşını tamamlamış olması nedeni ile kanuni temsilci olma sıfatını kaybettiği, ayrıca suçtan doğrudan zarar görmediği, mağdureye karşı işlenen suçlar nedeni ile diğler sanıkların suçlarına iştirak etmekten hakkında dava açıldığı, bu nedenle davaya katılma hakkı bulunmadığı anlaşıldığından, katılan müdafinin, katılan vekili sıfatı ile yaptığı temyiz başvurusunun 5320 sayılı Kanununun 8/1. maddesi gözetilerek CMUK.nun 317. maddesi uyarınca reddiyle, incelemenin sanıklar müdafilerinin mahkûmiyet hükümlerine yönelik temyizleriyle sınırlı olarak yapılmasına karar verildikten sonra gereği düşünüldü:

Yapılan yargılamaya, toplanıp karar yerinde gösterilen delillere, mahkemenin soruşturmasonuçlarına uygun olarak oluşan kanaat ve takdirine, incelenen dosya içeriğine göre yerinde görülmeıen sair temyiz itirazlarının reddine,

Ancak;

Adli Tıp 6. İhtisas Kurulunun 28.08.2006 tarih ve 2849 Karar nolu raporu içeriğinde, muayenesinde “orta ve hafif derecede zeka geriliği” bulunan mağdurea Türk Medeni Kanununun 405. maddesi uyarınca vasi tayin ettirilmesi ve 4721 sayılı TMK.nun 462/8. maddesi uyarınca husumet izninin alınması gerektiği düşünülmeden eksik soruşturma ile katılma talebinin kabulüne karar verilmesi,

Oluşa uygun kabule göre, sanıkların eylemlerine uyan reşit olmayan mağdurenin rızası ile cinsi münasebette bulunma suçunun şikayete tabi olup uzlaşma kapsamında kaldığı, 5560

sayılı Kanun ile değişik CMK.nun 253/3. maddesinde cinsel dokunulmazlığa karşı suçlarda uzlaşma yoluna gidilemeyeceği belirtilmekle birlikte atılı suçun aleyhe düzenleme getiren bu değişiklikten önce gerçekleştiği ve 5237 sayılı TCK.nun 7/2. maddesi dikkate alınarak kovuşturma şartı olan uzlaşma hükümlerinin uygulanması gerektiği, mağdurenin vasisine uzlaşma teklifinde bulunulması gerekirken, velayet hakkı sona ermiş olan mağdurenin annesi, babasıun ve yasal haklarını kullanma ehliyeti olmadığı anlaşılan mağdurenin 04.11.2008 tarihli duruşmadaki beyanlarına itibar edilerek CMK.nun 253 ve 254. maddeleri uyarınca uzlaşma girişiminde bulunulmaması,

Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 03.02.2009 tarih ve 2008/11-250 Esas, 2009/13 sayılı Kararında da belirtildiği üzere hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmesinde dikkate alınacak zararın maddi zarar olduğu, dosyaya yansıyan katılan mağdurenin bir zararının da oluşmadığı anlaşılmakla, yetersiz gerekçe ile 5271 sayılı CMK.nun 231. maddesinde düzenlenen hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına yer olmadığına karar verilmesi,

Kanuna aykırı, sanıklar müdafilerinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülmemiş olduğundan 5320 sayılı Kanununun 8/1. maddesi de gözetilmek suretiyle sanıklar hakkında, reşit olmayan mağdure ile rızasıyla cinsi münasebette bulunma suçundan kurulan hükümlerin CMUK.nun 321. maddesi gereğince BOZULMASINA, 06.10.2011 tarihinde üyelerden Kadir Kayan ve Necati Meranın karşı oyuyla karar verildi.

KARŞI OY:

Türk Medeni Kanununun 405. maddesi uyarınca akıl hastalığı veya akıl zayıflığı sebebiyle işlerini göremeyen veya korunması ve bakımı için kendisine sürekli yardım gereken ya da başkalarının güvenliğini tehlikeye sokan her ergin kısıtlanır.

Ayırt etme gücüne sahip küçükler ve kısıtlılar, yasal temsilcilerinin rızası olmadıkça, kendi işlemleriyle borç altına gire-

mezler. Karşılıksız kazanmada ve kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları kullanmada bu rıza gerekli değildir.(MK madde 16)

Yine MK 405. maddesinin 2. fıkrasında “Görevlerini yaparlarken vesayet altına alınmayı gerekli kılan bir durumun varlığını öğrenen idari makamlar, noterler ve mahkemeler, bu durumu hemen yetkili vesayet makamına bildirmek zorundadırlar.”

CMK'nun “Mağdur İle Şikayetçinin Hakları” başlıklı 234. maddesinin 2. fıkrasında “Mağdur, onsekiz yaşını doldurmuş, sağır veya dilsiz ya da meramını ifade edemeyecek derecede malül olur ve bir vekili de bulunmazsa, istemi aranmaksızın bir vekil görevlendirilir.” hükmüne yer verilmiş, aynı maddenin 1-b/5. maddesinde “vekili bulunmaması halinde, cinsel saldırı suçu ile alt sınırı beş yıldan fazla hapis cezasını gerektiren suçlarda, baro tarafından kendisine avukat görevlendirilmesini isteme” hakkının da bulunduğu vurgulanmıştır.

Adli Tıp 6. İhtisas Kurulunun 28.8.2006 tarihli raporunda mağdurenin orta ile hafif derece sınırında bir zeka geriliğinin bulunduğu belirtilmiş, vermiş olduğu ifadelere ancak ana hatları ile ve diğer delillerle desteklendiği takdirde itibar edilebileceği vurgulanmış, dolayısıyla meramını ifade edemeyeceği saptanmıştır.

Ceza yargılamasında, bu durumdaki mağdurların haklarının korunabilmesi için izlenecek yol CMK.nun yukarıda belirttiğimiz 234. maddesinde öngörülmüş, istem halinde ya da zorunlu olarak bir vekil görevlendirileceği emredici bir norm haline getirilmiştir. Vasi tayini, ceza yargılaması için bir zorunluluk olarak öngörülmemiş, mağdurun haklarının korunması, onsekiz yaşını doldurmamış, sağır veya dilsiz ya da meramını ifade edemeyecek derecede malül olması halinde mahkemece bir zorunlu vekilin bulundurulmasına bağlanmıştır.

Yine Medeni Kanununun 462/8. maddesinde acele hallerde vasinin geçici önlemler alma yetkisi saklı kalmak üzere, dava açma, sulh olma, tahkim ve konkordato yapılması için vesayet makamının izni gereklidir.

Ceza yargılamasında mağdurun haklarının korunması için 234. maddenin işletilerek bir vekil atanması zorunluluğunun yerine getirilmesi gerekirken, akıl hastalığı bulunan mağdurenin durumunun bir vasi atanmasına ilişkin vesayet makamları tarafından takdiri için, Medeni Kanunun 405. maddesinin 2. fıkrasında “Görevlerini yaparlarken vesayet altına alınmayı gerekli kılan bir durumun varlığını öğrenen idari makamlar, noterler ve mahkemeler, bu durumu hemen yetkili vesayet makamına bildirmek zorundadırlar.” Hükmü uyarınca vesayet makamına bildirimde bulunulmasının mahkemeye hatırlatılması yerine yargılamayı uzatacak şekilde vasi atanmasının zorunlu kılınması, ceza yargılamasında bu durumlarda mağdurun haklarının korunması için izlenecek yol belirlenmişken, bu kuralın dışına çıkılması hukuka aykırıdır.

Her ne kadar vesayet makamı tarafından görevlendirilecek vasinin mağdurun haklarını korumak için takdirini kullanarak başka birini vekil olarak seçebileceği, bunun mağdurun daha lehine olduğu düşünülebilir ise de, ceza yargılamasında Kanun koyucu tarafından böyle bir zorunluluğun tercih edilmemesi, vesayet makamının durumdan haberdar edilmesinin mağdurun haklarının korunması için alınmış yerinde bir tedbir olacağı, nitekim Medeni Kanunun 462/8. maddesinde “acele hallerde vasinin geçici önlemler alma yetkisi saklı kalmak üzere, dava açma, sulh olma, tahkim ve konkordato yapılması için vesayet makamının izninin” alınmasının, ceza yargılaması ve kovuşturma süreci için öngörülemeyeceği, nitekim yargılama faaliyeti sırasındaki her işlemin vekil tarafından da yapılabileceği, 1412 sayılı CMUK mağdur için bir zorunlu vekillik kurumu öngörmediğinden, 1412 sayılı Kanunun yürürlük döneminde vasi görevlendirilmesinin, mağdurun haklarının korunması için gerekli olduğu düşünülebilir ise de, 5271 sayılı CMK.nun 234. maddesi hükmü karşısında vasi atanmasını zorunlu olmadığı kanaatiyle, bozma kararının bu bölümüne katılamıyoruz.06.10.2011

Daire: 5 Tarih: 2011 Esas No: 2011/2970 Karar No: 2011/4134

Mahkemece, sanığın mağdur Mehmeti ilk olarak Düziçi ilçesinde 2008 yılı Aralık ayında su deposunun bulunduğu yere götürdüğü, olay tarihi itibariyle 15-18 yaş grubundan olan mağdura yönelik livata suretiyle cinsel istismar suçunu işlediği, o tarihten olayın açığa çıktığı 01/09/2009 tarihine kadar sanığın mağdura yönelik olarak livata suretiyle cinsel istismar suçunu birden fazla işlediği, ilk olaydan sonra sanığın mağduru kendisi ile gelmediği, cinsel ilişkiye girmediği takdirde ailesine ve arkadaşlarına durumu söyleyeceğinden bahisle tehdit-te bulunduğu, bu şekilde mağduru egemenlik alanına aldığı ve her cinsel istismar eylemi sonrası hem durumdan mağdurun ailesini haberdar edeceği yönünde tehdit etmek, hem de mağdura cinsel istismar sonrası para vermek suretiyle psikolojik olarak mağdur üzerinde bir tahakküm oluşturduğu kabul edilerek, sanığın zincirleme nitelikli cinsel istismar ve zincirleme zorla kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçlarından mahkumiyetine karar verildiği anlaşılmakta ise de, dosya içeriğine göre; mağdurun 01.01.1992 doğumlu olup suç tarihinde 17 yaşında olduğu, Çukurova Üniversitesi Tıp Fakültesi Çocuk Ruh Sağlığı ve Hastalıkları Anabilim Dalı'nın 18.09.2011 tarihli raporunda mağdurun "gerçeği değerlendirme yetisinin gelişmiş olduğu, algı, bellek, yönelim kusuru olmadığı, düşünce içeriğinde olayın duyulmasıyla çevreninverdiği tepkilere bağlı sıkıntılı olduğu"nun belirtildiği, olayın gerçekleştiği 9 ay boyunca gerek yakınlarına gerek resmi makamlara bir şikayetinin bulunmadığı, olayın sanığın müşteki Aykuta basit cinsel saldırıda bulunma eylemi esnasında, mağdur Mehmete para karşılığı fiili livatada bulunduğunu söylemesi üzerine ortaya çıktığı anlaşılmaktadır. 15 yaşını tamamlamış fiilin anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmiş çocuklara yönelik gerçekleştirilen cinsel istismar suçlarında varlığı kabul edilen tehditin, suçun zor unsurunu oluşturabilmesi için, cinsel istismara uğraması nedeniyle uğrayacağı zarardan daha önemli bir zarara uğratılacağı korkusunun mağdur üzerinde oluşması, tehdite maruz kalanın iki seçenekten kendisine daha az zarar vereni tercihe

zorlanması gerekir. Olayımızda her bir eylemde de seçeneklerden birinin ailesine ve arkadaşlarına durumu söyleyeceği, diğerinin ise, eylemin gerçekleştiği yere sanığı mağdurun kendi motosikleti ile götürmesi ve cinsel istismara rıza göstermesidir. Evli olan sanığın, eylemin ortaya çıkmasıyla kendisinin de zarara uğrayacağı aşıkardır. Keza olayın ortaya çıkmasıyla içinde bulunduğu durumu çevresine mazur göstermek isteyen mağdurun, 9 ay süreyle devamlı tehdit ve baskı altında kaldığının kabulü de mümkün değildir. Bu nedenle nitelikli cinsel istismar ve kişiyi hürriyetinden yoksun kılma eylemlerinin cebir ve tehditle gerçekleştirildiğini kabule elverişli yasal, kuşkudan uzak ve somut delillerin bulunmadığı anlaşıldığından, mağdurun suç tarihindeki yaşına göre TCK.nun 26. maddesi gereğince rızanın kişiyi hürriyetinden yoksun kılma fiilini hukuka uygun hale getirdiği, mağdurun rızasıyla anal yoldan organ sokmak suretiyle gerçekleştirilen cinsel istismar eylemlerinin de, TCK.nun 104 ve 43. maddelerinde düzenlenmiş olan zincirleme reşit olmayanla cinsel ilişkide bulunma suçunu oluşturduğu gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması,

Kanuna aykırı, sanık müdafinin temyiz itirazları bu bakımdan yerinde görülmuş olduğundan, nitelikli cinsel istismar suçu yönünden resen de temyize tabi hükümlerin 5320 sayılı Kanununun 8/1. maddesi gözetilerek CMUK.nun 321. maddesi uyarınca BOZULMASINA, 23.05.2011 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

Daire: 14 Tarih:2011 Esas No: 2011/246 Karar No: 2011/507

Irza geçme ve reşit olmayan mağdureyi rızası ile kaçırıp alıkoyma suçlarından sanıklarin yapılan yargılamaları sonunda; sanıkların ırza geçme eylemleri reşit olmayan mağdurenin rızası ile cinsi münasebette bulunma suçu kabul edilerek mahkûmiyetlerine, diğer atılı suçtan beraatlerine dair Ağır Ceza Mahkemesinden verilen 04.11.2008 tarih ve 2007/70 Esas, 2008/188 Karar sayılı hükümlerin süresi içinde Yargıtayca incelenmesi sanıklar müdafileri ve katılan müdafii tarafından istenilmiş olduğundan dava evrakı Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığından tebliğname ile Daireye gönderilmekle incelendi;

Mağdurenin babası olanun 19.07.2007 tarihli celsede katılan sıfatı ile davaya katılmasına karar verilmiş ise de; belirtilen tarihte mağdurenin 18 yaşını tamamlamış olması nedeni ile kanuni temsilci olma sıfatını kaybettiği, ayrıca suçtan doğrudan zarar görmediği, mağdureye karşı işlenen suçlar nedeni ile diğer sanıkların suçlarına iştirak etmekten hakkında dava açıldığı, bu nedenle davaya katılma hakkı bulunmadığı anlaşıldığından, katılan müdafininin, katılan vekili sıfatı ile yaptığı temyiz başvurusunun 5320 sayılı Kanununun 8/1. maddesi gözetilerek CMUK.nun 317. maddesi uyarınca reddiyle, incelemenin sanıklar müdafilerinin mahkûmiyet hükümlerine yönelik temyizleriyle sınırlı olarak yapılmasına karar verildikten sonra gereği düşünüldü:

Yapılan yargılamaya, toplanıp karar yerinde gösterilen delillere, mahkemenin soruşturmasonuçlarına uygun olarak oluşan kanaat ve takdirine, incelenen dosya içeriğine göre yerinde görülmeyen sair temyiz itirazlarının reddine,

Ancak;

Adli Tıp 6. İhtisas Kurulunun 28.08.2006 tarih ve 2849 Karar nolu raporu içeriğinde, muayenesinde “orta ve hafif derecede zeka geriliği” bulunan mağdurea Türk Medeni Kanununun 405. maddesi uyarınca vasi tayin ettirilmesi ve 4721 sayılı TMK.nun 462/8. maddesi uyarınca husumet izninin alınması gerektiği düşünülmeden eksik soruşturma ile katılma talebinin kabulüne karar verilmesi,

Oluşa uygun kabule göre, sanıkların eylemlerine uyan reşit olmayan mağdurenin rızası ile cinsi münasebette bulunma suçunun şikayete tabi olup uzlaşma kapsamında kaldığı, 5560 sayılı Kanun ile değişik CMK.nun 253/3. maddesinde cinsel dokunulmazlığa karşı suçlarda uzlaşma yoluna gidilemeyeceği belirtilmekle birlikte atılı suçun aleyhe düzenleme getiren bu değişiklikten önce gerçekleştiği ve 5237 sayılı TCK.nun 7/2. maddesi dikkate alınarak kovuşturma şartı olan uzlaşma hükümlerinin uygulanması gerektiği, mağdurenin vasisi-

ne uzlaşma teklifinde bulunulması gerekirken, velayet hakkı sona ermiş olan mağdurenin annesi, babasıun ve yasal haklarını kullanma ehliyeti olmadığı anlaşılan mağdurenin 04.11.2008 tarihli duruşmadaki beyanlarına itibar edilerek CMK.nun 253 ve 254. maddeleri uyarınca uzlaşma girişiminde bulunulmaması,

Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 03.02.2009 tarih ve 2008/11-250 Esas, 2009/13 sayılı Kararında da belirtildiği üzere hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmesinde dikkate alınacak zararın maddi zarar olduğu, dosyaya yansıyan katılan mağdurenin bir zararının da oluşmadığı anlaşılacakla, yetersiz gerekçe ile 5271 sayılı CMK.nun 231. maddesinde düzenlenen hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına yer olmadığına karar verilmesi,

Kanuna aykırı, sanıklar müdafilerinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülüş olduğundan 5320 sayılı Kanununun 8/1. maddesi de gözetilmek suretiyle sanıklar hakkında, reşit olmayan mağdure ile rızasıyla cinsi münasebette bulunma suçundan kurulan hükümlerin CMUK.nun 321. maddesi gereğince BOZULMASINA, 06.10.2011 tarihinde üyelerden Kadir Kayan ve Necati Meranın karşı oyuyla karar verildi.

KARŞI OY:

Türk Medeni Kanununun 405. maddesi uyarınca akıl hastalığı veya akıl zayıflığı sebebiyle işlerini göremeyen veya korunması ve bakımı için kendisine sürekli yardım gereken ya da başkalarının güvenliğini tehlikeye sokan her ergin kısıtlanır.

Ayırt etme gücüne sahip küçükler ve kısıtlılar, yasal temsilcilerinin rızası olmadıkça, kendi işlemleriyle borç altına giremezler. Karşılıksız kazanmada ve kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları kullanmada bu rıza gerekli değildir.(MK madde 16)

Yine MK 405. maddesinin 2. fıkrasında "Görevlerini yaparlarken vesayet altına alınmayı gerekli kılan bir durumun varlığını öğrenen idari makamlar, noterler ve mahkemeler, bu durumu hemen yetkili vesayet makamına bildirmek zorundadırlar."

CMK'nun "Mağdur İle Şikayetçinin Hakları" başlıklı 234. maddesinin 2. fıkrasında "Mağdur, onsekiz yaşını doldurmamış, sağır veya dilsiz ya da meramını ifade edemeyecek derecede malül olur ve bir vekili de bulunmazsa, istemi aranmaksızın bir vekil görevlendirilir." hükmüne yer verilmiş, aynı maddenin 1-b/5. maddesinde "vekili bulunmaması halinde, cinsel saldırı suçu ile alt sınırı beş yıldan fazla hapis cezasını gerektiren suçlarda, baro tarafından kendisine avukat görevlendirilmesini isteme" hakkının da bulunduğu vurgulanmıştır.

Adli Tıp 6. İhtisas Kurulunun 28.8.2006 tarihli raporunda mağdurenin orta ile hafif derece sınırında bir zeka geriliğinin bulunduğu belirtilmiş, vermiş olduğu ifadelere ancak hatları ile ve diğer delillerle desteklendiği takdirde itibar edilebileceği vurgulanmış, dolayısıyla meramını ifade edemeyeceği saptanmıştır.

Ceza yargılamasında, bu durumdaki mağdurların haklarının korunabilmesi için izlenecek yol CMK'nun yukarıda belirttiğimiz 234. maddesinde öngörülmüş, istem halinde ya da zorunlu olarak bir vekil görevlendirileceği emredici bir norm haline getirilmiştir. Vasi tayini, ceza yargılaması için bir zorunluluk olarak öngörülmemiş, mağdurun haklarının korunması, onsekiz yaşını doldurmamış, sağır veya dilsiz ya da meramını ifade edemeyecek derecede malül olması halinde mahkemece bir zorunlu vekilin bulundurulmasına bağlanmıştır.

Yine Medeni Kanunun 462/8. maddesinde acele hallerde vasinin geçici önlemler alma yetkisi saklı kalmak üzere, dava açma, sulh olma, tahkim ve konkordato yapılması için vesayet makamının izni gereklidir.

Ceza yargılamasında mağdurun haklarının korunması için 234. maddenin işletilerek bir vekil atanması zorunluluğunun yerine getirilmesi gerekirken, akıl hastalığı bulunan mağdurenin durumunun bir vasi atanmasına ilişkin vesayet makamları tarafından takdiri için, Medeni Kanunun 405. maddesinin 2. fıkrasında "Görevlerini yaparlarken vesayet altına alınmayı gerekli kılan bir durumun varlığını öğrenen idari makamlar,

noterler ve mahkemeler, bu durumu hemen yetkili vesayet makamına bildirmek zorundadırlar.” Hükmü uyarınca vesayet makamına bildirimde bulunulmasının mahkemeye hatırlatılması yerine yargılamayı uzatacak şekilde vasi atanmasının zorunlu kılınması, ceza yargılamasında bu durumlarda mağdurun haklarının korunması için izlenecek yol belirlenmişken, bu kuralın dışına çıkılması hukuka aykırıdır.

Her ne kadar vesayet makamı tarafından görevlendirilecek vasinin mağdurun haklarını korumak için takdirini kullanarak başka birini vekil olarak seçebileceği, bunun mağdurun daha lehine olduğu düşünülebilir ise de, ceza yargılamasında Kanun koyucu tarafından böyle bir zorunluluğun tercih edilmemesi, vesayet makamının durumdan haberdar edilmesinin mağdurun haklarının korunması için alınmış yerinde bir tedbir olacağı, nitekim Medeni Kanununun 462/8. maddesinde “acele hallerde vasinin geçici önlemler alma yetkisi saklı kalmak üzere, dava açma, sulh olma, tahkim ve konkordato yapılması için vesayet makamının izninin “ alınmasının, ceza yargılaması ve kovuşturma süreci için öngörülemeyeceği, nitekim yargılama faaliyeti sırasındaki her işlemin vekil tarafından da yapılabileceği, 1412 sayılı CMUK mağdur için bir zorunlu vekillik kurumu öngörmediğinden, 1412 sayılı Kanunun yürürlük döneminde vasi görevlendirilmesinin, mağdurun haklarının korunması için gerekli olduğu düşünülebilir ise de, 5271 sayılı CMK.nun 234. maddesi hükmü karşısında vasi atanmasını zorunlu olmadığı kanaatiyle, bozma kararının bu bölümüne katılamıyoruz.06.10.2011

Daire: 14 Tarih:2011 Esas No: 2011/9207 Karar No: 2011/9207

Oluşu ve tüm dosya içeriğine göre, mağdureyle cinsel ilişkiye girmek isteyen sanığın, mağdurenin acı duyduğunu söylemesi ve istememesi üzerine ilişkiden gönüllü olarak vazgeçtiğinin anlaşılması karşısında, sevişme şeklindeki cinsel ilişki içermeyen, cinsel nitelikteki eylemlerin mağdurenin yaşı ve rızası dikkate alındığında suç teşkil etmeyeceği gözetilmeden, sanığın beraati yerine yazılı şekilde mahkûmiyetine karar verilmesi,

Kanuna aykırı, sanık müdafinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülümüş olduğundan, sanık hakkında verilen hükümlerin 5320 sayılı Kanununun 8/1. maddesi gözetilerek CMUK.nun 321. maddesi uyarınca BOZULMASINA, 11.03.2013 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

“**Reşit olmayan** mağdureyi rızasıyla kaçırıp alıkoyma, cinsel münasebette bulunma ve evlenme akdi olmaksızın evlenmenin dini merasimini yaptırma suçlarından hükümlü Hasan Toprak’ın hakkında 5237 sayılı TCK.nun uygulanıp uygulanmayacağı ile ilgili olarak Çamardı Asliye Ceza Mahkemesinden verilen 01.06.2005 gün ve 2004/52 Esas 2005/6 sayılı ek kararın süresi içinde Yargıtay’ca incelenmesi hükümlü tarafından istenilmiş olduğundan dava evrakı Cumhuriyet Başsavcılığundan tebliğname ile daireye gönderilerek incelenerek gereği düşünöldü:

5353 Sayılı yasanın 9/1 maddesi; 1 Haziran 2005 Tarihinden önce kesinleşmiş hükümlerle ilgili olarak TCK.nun lehe olan hükümlerinin derhal uygulanabileceği hallerde duruşma yapılmaksızın da karar verilebileceğini öngörmüşse de sonradan yürürlüğe giren kanunla suçun unsurlarının da sair cezalandırılabilme şartlarında, suçun karşılığında öngörölen ceza yaptırımlarında ve bir cezaya mahkum olmaya bağılı kanuni niteliklerindeki değışikliklerin ve bunların uygulama olanaklarının değılendirilebilmesi olaya tatbik imkanı bulunan yasanın belirlenebilmesi değışen temel ceza ve artırım indirim oranları belirlenirken takdir hakkının isabetli kullanılabilmesi, her iki yasayla ilgili değılendirme sonuçlarının denetime olanak verecek şekilde kararda gösterilmesi ve gerektiğinde kesinleşen önceki hükümde değışiklik yapılabilmesi için duruşma açılıp tüm bunların neden ve gerekçeleri de gösterilerek hüküm kurulması, gerektiği gözetilmeden dosya üzerinden yazılı şekilde karar verilmesi,

5237 sayılı TCK.nun 26/2maddesinin “kişinin üzerine mutlak surette tasarruf edilebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilemez” hükmü karşısında, mağdureyi rızasıyla kaçı-

rıp alıkoyan sanığın aynı yasanın 109.maddesi anlamında hukuka aykırı bir davranışından söz edilebileceği, rızanın fiili hukuka uygun hale getirdiği ve yasanın 7/1 maddesi de dikkate alınarak sanığın kaçırılıp alıkoyma suçundan beraatine yerine hükümlülüğüne karar verilmesi,

16.09.1986 doğumlu mağdurenin, ilk suç tarihi olan 2002 yılı Eylül ayında 16 yaşında bulunduğu, bu sebeple sanığın eyleminin 765 sayılı TCK.nun 416/son maddesinde tanımlanan suçu oluşturduğu ve Anayasa Mahkemesinin 23.11.2005 gün 2005/103 Esas 2005/89 sayılı kararı ile 5237 sayılı TCK.nun 104/2 maddesini iptal etmesi nedeniyle eylemin 01.06.2005 Tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı TCK .nun 104/1. maddesine uyduğu ve anılan suçun takibinin şikayete bağlı bulunduğu, mağdurenin ise tüm aşamalarda sanıktan davacı ve şikayetçi olmadığı nazara alınarak kamu davasının şikayet yokluğu sebebiyle CMK.nun 223/8 maddesi uyarınca düşürülmesi yerine yazılı şekilde hükmün kurulması,

Kanuna aykırı, hükümlünün temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülmuş olduğundan kararın 5320 sayılı yasanın 8/1 maddesi gözetilerek CMUK.nun 321.maddesi uyarınca BOZULMASINA, 30.01.2006 tarihinde oy birliği ile karar verildi. **“(Yar. 5CD, 30.01.2006, 18695/361)(www.adalet.org)**

“**Mağdureden** beş yaştan büyük olan sanığın eyleminin hüküm tarihinde yürürlükte bulunan 5237 sayılı Yasanın 104/2. maddesine uyan suçu oluşturduğu,kovuşturması şikayet koşuluna bağlı bulunmadığı ve fazla ceza öngördüğü için daha lehe olan 765 sayılı Yasanın 416/3, 80 ve 59. maddelerine göre cezalandırılmasına karar verilmiş ise de, Anayasa Mahkemesi'nin 23.11.2005 gün ve 2005/103 esas,2005/89 karar sayılı kararıyla 104.maddenin ikinci fıkrasının iptal edilmesi ve bunun sonucunda fiilin birinci fıkraya uyan takibi şikayete bağlı suça dönüşmesi ve mağdurenin şikayetçi olmaması nazara alınarak sanığın hukuki durumunun mahkemesince yeniden değerlendirilmesinde zorunluluk bulunması,

Bozmaya gerektirmiş, sanığın temyiz itirazları bu nedenle yerinde görülmuş olduğundan, hükmün 5320 sayılı Kanunun 8/1.maddesi gözetilerek CMUK.nun 321.maddesi uyarınca (BOZULMASINA), 08.05.2006 tarihinde oybirliğiyle karar verildi. “(Yar. 5CD, 8.5.2006, 3962/3972) (www.adalet.org)

“5237 sayılı TCK nun 26/2 maddesinde “Kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez.” hükmü karşısında mağdureyi rızası ile kaçırap alıkoyan sanığın aynı yasanın 109 maddesi anlamında hukuka aykırı bir davranışından söz edilemeyeceği, rızanın fiili hukuka uygun hale getirdiği ve 7/1 madde dikkate alınarak sanığın kaçırap alıkoyma suçundan Beraat kararı verilmesi gerektiğinin nazara alınmaması;

Anayasa Mahkemesinin 23/11/2005 Tarih 2005/103-89 sayılı kararı ile 5237 sayılı yasanın 104/2 maddesinin iptal edilmesi karşısında, reşit olmayan mağdure ile rızası ile cinsi münasebette bulunan sanığın eyleminin 104.maddesinin 1.fıkrasının kapsamında kalması ve şikayete bağlı bulunan suçtan dolayı suç tarihinde 16 yaşında olan mağdurenin şikayetinin bulunmadığı anlaşıldığından aynı yasanın 73.maddesi uyarınca kamu davasının düşmesi yerine yazılı şekilde hüküm kurulması ;bozmayı gerektirmiştir. “(Yar. 5.10.2006, 8838/7643) (www.adalet.org)

“Mağdureden beş yaştan daha büyük olan sanığa oluşturma uygun olarak işlediği kabul edilen reşit olmayan ile rızasıyla müteselsilen cinsi münasebette bulunma eyleminin hüküm tarihinde yürürlükte bulunan 5237 Sayılı Yasanın 104/2 ve 43.maddelerine uyan suçu oluşturduğu, kovuşturulması şikayete bağlı olmadığı ve daha fazla ceza öngördüğü için lehine olan 765 Sayılı yasanın 416/3, 418 ve 80.maddelerine göre cezalandırılmasına karar verilmiş ise de, Anayasa Mahkemesi'nin 25.02.2006 tarihinde yayımlanarak yürürlüğe giren 23.11.2005 gün ve 2005/103 Esas, 2005/89 Karar sayılı kararıyla 104.maddenin ikinci fıkrasının iptal edildiği ve bunun sonucunda fiilin

birinci fıkraya uyan takibi şikayete bağlı suça dönüştüğü ve mağdurenin şikayetçi olmadığını bildirmesi nazara alınarak sanığın hukuki durumunun mahkemesince yeniden değerlendirilmesinde zorunluluk bulunması,

Bozmayı gerektirmiş, sanığın temyiz itirazları bu nedenle yerinde görülmemiş olduğundan, hükmün 5320 sayılı Kanununun 8/1.maddesi gözetilerek CMUK.nun 321.maddesi uyarınca BOZULMASINA, 19.03.2007 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.” (Yar. 5CD, 19.3.2007, 2003/2011) (www.adalet.org)

“**Sanığa** isnat edilen reşit olmayanları zasıyla münasebette bulunma suçunun tabii olduğu yasamaddelerinde öngörülence zanlı türvetutarınanazaran 765 sayılı TCK'nın 102/4 ve 104/2 maddelerinde belirtilen 7,5 yıllık aslî ve ilave zamanaşımına tabii olduğu, suç tarihi 18/12/1999'dan inceleme tarihi arasında busürenin gerçekleştiği anlaşıldığından 5237 sayılı TCK'nın 7/2 ile 5320 sayılı yasanın 8/1 maddesi gözetilmeksuretiyle hükmün CMUK'un 321 maddesi uyarınca BOZULMASINA, ancak bu husus nedeniyle argılamayı gerektirmediğinden sanık hakkında açılan kamudavasının aynı yasanın 322. ve 5271 Sayılı CMK'nın 223/8 maddeleri uyarınca zamanaşımına nedeniyle DÜŞMESİNE, 29.11.2007 tarihin de oybirliği ile karar verildi.” (Yar. 5CD, 29.11.2007, 9271/9451) (www.adalet.org)

“**Reşit olmayan mağdure** ile cinsi münasebette bulunma suçuna iştirak etmekten sanıknin yapılan yargılaması sonunda; mahkûmiyetine dair, Asliye Ceza Mahkemesi'nden verilen 14.06.2005 gün ve 2003/67 Esas 2005/119 Karar sayılı hükmün Yargıtay'ca incelenmesi sanık tarafından istenilmiş olduğundan dava evrakı C.Başsavcılığında tebliğname ile daireye gönderilmekle incelendi,

Sanığın yokluğunda verilen hükmün Tebligat Kanununun 39. Maddesine aykırı olarak aynı davada mağdur bulunan'ya tebligatın geçersiz, bu itibarla da sanığın temyizinin süresinde olduğunun kabul edilip işin esasının incelenmesine karar verildikten sonra gereği düşünüldü;

Anayasa Mahkemesinin 23.11.2005 günlü 2005/103-89 sayılı Kararı ile 5237 sayılı Yasanın 104/2. maddesinin iptal edilmesi karşısında, reşit olmayan mağdure ile cinsi münasebette bulunan sanığın eyleminin aynı Yasanın 104. maddesinin 1. fıkrası kapsamında yer olması sebebi ile şikayete bağlı bulunan suçtan dolayı suç tarihinde 16 yaşında olan mağdurenin şikayetinden vazgeçmiş olduğu anlaşıldığından, aynı Yasanın 73. maddesi uyarınca kamu davasının düşmesine karar verilmesi lüzumu,

Bozmayı gerektirmiş, sanığın temyiz itirazları bu nedenle yerinde görülmuş olduğundan hükmün 5320 sayılı Kanununun 8/1 maddesi gözetilerek CMUK.nun 321. maddesi uyarınca BOZULMASINA, bozma nedenine göre, bozmanın hükmü temyiz etmeyen diğer sanıklara da CMUK.nun325. Maddesi gereğince SİRAYETİNE, 01.07.2008 tarihinde oybirliğiyle karar verildi." (Yar. 5CD, 1.7.2008, 7035/7201)(www.adalet.org)

Önceki TCK'daki madde :

Madde- 416 (son fıkra) Reşit olmayan bir kimse ile rızasıyla cinsi münasebette bulunanlar, fiil daha ağır cezayı müstelzim bulunmadığı takdirde altı aydan üç seneye kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

GEREKÇE:

Madde metninde, reşit olmayan kişiyle cinsel ilişkide bulunmak, bağımsız bir suç olarak tanımlanmıştır.

6545 sayılı Yasanın Gerekçesi:

Türk Ceza Kanununun 104 üncü maddesinin birinci fıkrasında düzenlenen cebir, tehdit ve hile olmaksızın, onbeş yaşını bitirmiş olan çocukla cinsel ilişkide bulunmak suçunun cezası artırılmaktadır.

Maddeye eklenen ikinci fıkrayla, birinci fıkrada tanımlanan suçun, arasında evlenme yasağı bulunan kişiler tarafından işlenmesi halinde şikâyet aranmaksızın, altı yıldan onbeş yıla kadar hapis cezası verilmesi düzenlenmektedir. "Ensest" iliş-

kilerin, birinci fıkrada tanımlanan suçta nazaran daha ağır cezayı gerektiren ve soruşturulması veya kovuşturulması şikâyete bağılı olmayan bir suç olarak tanımlanması suretiyle, bu suçla daha etkin mücadele edilebilmesi ve çocukların cinsel sömürsünün engellenmesi amaçlanmaktadır.

Bu düzenlemeye bağılı olarak, rızaya dayalı da olsa onbeş yaşının doldurmamış olan çocuklarla olan ensest ilişkinin, 103 üncü maddede tanımlanan çocukların cinsel istismarı suçu bakımından daha ağır cezayı gerektiren nitelikli unsur oluşturduğu göz önünde bulundurulmalıdır.

Maddeye eklenmesi öngörülen üçüncü fıkrayla, suçun koruyucu aile ilişkisi çerçevesinde koruma, bakım ve gözetim yükümlülüğü bulunan kişiler tarafından da işlenebileceği kabul edilerek, bu durumda, soruşturma ve kovuşturma yapılabilmesi için şikâyet şartının aranmayacağı ve ikinci fıkrada öngörülen cezaya hükmolunacağı düzenlenmektedir.

Cinsel taciz

(6545 sayılı yasayla değişik)

MADDE 105

(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 çocuğa karşı işlenmesi hâlinde altı aydan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

(2) Suçun;

- a) Kamu görevinin veya hizmet ilişkisinin ya da aile içi ilişkinin sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle,
- b) Vasi, eğitici, öğretici, bakıcı, koruyucu aile veya sağlık hizmeti veren ya da koruma, bakım veya gözetim yükümlülüğü bulunan kişiler tarafından,
- c) Aynı işyerinde çalışmanın sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle,
- d) Posta veya elektronik haberleşme araçlarının sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle,
- e) Teşhir suretiyle,

işlenmesi hâlinde yukarıdaki fıkraya göre verilecek ceza yarı oranında artırılır. Bu fiil nedeniyle mağdur; işi bırakmak, okuldan veya ailesinden ayrılmak zorunda kalmış ise verilecek ceza bir yıldan az olamaz.

MADDENİN YORUMU :

Cinsel taciz hukukumuzda yeni giren bir kavramdır. Taciz, rahatsız etme, aciz bırakma anlamını taşır. Bu fiil cinsel amaç taşımalıdır. Cinsel taciz ile 102/1 inci maddede düzenlenen cinsel saldırı, yani ırza tasaddi arasındaki farkı belirlemek, her olayda kolay olmayacaktır. 102 nci maddede vücut dokunulmazlığını ihlal, ırza tasaddi için aranmıştır. Gereğede, "cinsel taciz, kişinin vücut dokunulmazlığının ihlâli niteliği taşımayan cinsel davranışlarla gerçekleştirilebilir. Cinsel taciz, cinsel yönden, ahlâk temizliğine aykırı olarak mağdurun rahatsız edilmesinden ibarettir." denilmektedir.

Bu durumda, iki suç birbirinden ayıran nitelik, failin hareketinin niteliğinden çıkarılmak gerekecektir. Irza tasaddi için, örneğin elle cinsel saldırı aranırken, cinsel tacizde hareketin sözle ya da sesle(şarkı söyleyerek) gerçekleşmesi söz konusu olacaktır. Cinsel taciz, bu niteliği ile sarkıntılık ve söz atmayı çağrıştırmaktadır.

Bu iki suç içtima açısından ele alındığında, yasada açıklık bulunmadığı için, suç genel teorisinin ilkeleri içinde düşünmek gerekir. Bu nedenle geçitli suç(müterakki suç)un varlığı kabul edilmelidir.

Buna göre, cinsel taciz, cinsel saldırıya oranla daha hafif bir suçtur. Fail, cinsel tacizden ırza tasaddiye geçtiğinde, hafiften ağıra doğru bir yol izlemektedir ve aynı nedensellik bağı ile hareket etmektedir. Her iki suçta korunan hukuki yarar aynıdır. Fail, bu nedenlerle yalnız ırza tasaddi suçundan ötürü cezalandırılmak gerekir.

6545 sayılı yasa 102 nci maddeye bir ek yapmıştır. Bu ekle ilgili olarak 102 nci maddede açıklamalara ve yorumlara yer vermişim.

Bu kez, konunun 105 nci maddeyle ilgisi nedeniyle, o hususları buraya da aktarıyorum. Bu konuda yazdıklarım şöyledir:

Birinci fıkranın yeni düzenlemesinde, fıkraya bir cümle eklenmiştir. O cümle şöyledir: “Cinsel davranışın sarkıntılık düzeyinde kalması hâlinde iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası verilir.” Bu cümlede ifade edilen fiil sarkıntılıktır. Sarkıntılık, önceki TCK’nın 421 inci maddesinde suç olarak düzenlenmişti. Yeni TCK bu suçu kaldırmıştı. Yeni 102 nci madde bu suça yer vermektedir. Yasa koyucunun yaklaşımına göre, yukarıda yer verdiğim cümlede sarkıntılık kişinin cinsel özgürlüğüne bir saldırı olarak kabul edilmekte ve cezalandırılmaktadır. Sarkıntılık, cinsel davranışlarla bir kimsenin vücut dokunulmazlığını ihlâl etmeye oranla daha hafif bir fiildir. Ancak yine de bir saldırıdır.

Öte yandan önceki TCK’da sarkıntılık ayrı bir maddede(m.421) suç olarak düzenlendiğinde, Türk pozitif hukukunda cinsel taciz suçu yoktu. Yeni TCK 105 nci maddede bu suçu düzenledi(bu hüküm ilgili bölümde incelenmektedir). Durum böyle olunca, cinsel suçlar sistematüğinde suçlar ağırdan hafife doğru şöyle sıralanmaktaydı. Irza geçme-ırza tasaddi-cinsel taciz. Son değişiklikle irza tasaddi ile cinsel taciz arasına sarkıntılık girmiş oldu. Son skala şöyle oluştu: irza geçme-ırza tasaddi-sarkıntılık-cinsel taciz.

Bu tablo içinde sarkıntılık ile cinsel taciz kavramlarını temellendirmek ve bunlara açıklık getirmek hemen hemen imkansız olacaktır.

Bu nedenlerle yasa koyucunun yeni 102 nci maddenin 1 inci fıkrasında sarkıntılık suçunu düzenlemesi doğru bir tercih değildir. Türk uygulaması yeni TCK’nın 2005 yılında yürürlüğe girmesinden sonra, ırza tasaddi ile cinsel taciz arasındaki sınırı çizirken zorlanırken, araya bir de sarkıntılık kavramının konulması, yargılama sırasında fiillerin nitelenmesinde büyük bir zorluk yaratacaktır.

Ayrıca sarkıntılık için maddede öngörülen hapis cezası 2-5 yıldır. Oysa 105 nci maddede cinsel tacizin cezası 3 ay-2 yıl haptir. Ayrıca 105 nci maddenin uygulaması şikayete tabidir. Bu sonuçlar dikkate alındığında, bu açıdan da maddedeki düzenin ve tmelin bozulduğu ortaya çıkmaktadır.

Bu yorumları incelerken okuyucunun 105 nci maddede yaptığım açıklamaları, bu maddedeki açıklamalarla birlikte değerlendirmesinin faydalı olacağını belirtmek isterim.

Bu konudaki son sözüm şudur: Yasa koyucu 102 nci maddede sarkıntılık suçunu eklemekle hatalı davranmıştır. Hukukta iyi norm uygulamanın önünü açar, kötü norm ise iyi çözümlere engel olur.

6545 sayılı yasa ikinci fıkrayı yeniden düzenlemiştir. Fıkra hukuki niteliğini korumaktadır, çünkü bu suçun uygulanmasında bir ağırlatıcı nedendir.

İkinci fıkrada yer alan kavramlarla ilgili olarak şu noktalar öne çıkar :

Hiyerarşi, hizmette astlık-üstlük ilişkisidir; gerek kamu görevi alanında gerek özel görev alanındaki hiyerarşi buraya dahildir.

Hizmet ilişkisi, bir hizmeti birlikte görmektir. Her türlü hizmet bu kapsamda mütalaa edilmelidir.

Eğitim ilişkisi, temeli eğitmek olan konulardan kaynaklanan ilişkidir. Bu da genel bir terimdir. Bir özel kursta bilgisayar eğitimi almak, söz gelimi bu kapsamdadır.

Öğretim ilişkisi, okuldaki eğitimidir; genel bir terimdir.

Aile içi ilişkiden kaynaklanan nüfuzu kötüye kullanılmak, aynı aile içinde söz konusu olan nüfuzdur. Bu konuda 102 nci maddede açıklamalar yapılmıştı.

Aynı işyerinde çalışmanın sağladığı kolaylık, açık bir düzenlemedir.

Fail, bu ilişkilerden, nüfuzdan ya da kolaylıktan yararlanarak, cinsel taciz fiilini işlediğinde, bu bir ağırlatıcı nedendir.

Yeni düzenlemede bazı yeni kavramlar yer almaktadır. Bunlar metinde açık olarak belirtilmiştir; uygulanmalarında zorluk oluşmayacaktır.

İkinci fıkrada öte yandan, bu fiil nedeniyle mağdur; işi bırakmak, okuldan veya ailesinden ayrılmak zorunda kalmış ise, verilecek ceza bir yıldan az olamayacaktır. Bu sonuçlar doğduğunda, yasa koyucu yargıca yön vermekte ve temel cezanın alt sınırını koymaktadır. Bu düzenleme, bu haliyle, bir yasal faraziye dir; bunun dışına çıkılarak işlem yapılamaz.

YARGITAY UYGULAMASI :

Daire: CGK Tarih: 2015 Esas No: 2013/14-429 Karar No: 2015/40

Cinsel taciz suçundan açılan kamu davasının yapılan yargılaması neticesinde sanığın eyleminin kişilerin huzur ve sükûnunu bozma suçunu oluşturduğu kabul edilerek 5237 sayılı TCK'nun 123/1, 53/1 ve 58/6. maddeleri uyarınca altı ay hapis cezasıyla cezalandırılmasına, hak yoksunluğuna ve hapis cezasının mükerrirlere özgü infaz rejimine göre çektirilmesine ilişkin, Bolu 1. Sulh Ceza Mahkemesince verilen 05.06.2009 gün ve 1084-478 sayılı hükmün sanık tarafından temyiz edilmesi üzerine dosyayı inceleyen Yargıtay 14. Ceza Dairesince 07.11.2012 gün ve 12493-10982 sayı ile;

“Yerinde görülmeyen diğer temyiz itirazlarının reddine, ancak;

Müştekinin iddiasına uygun olarak sarfedildiği kabul edilen ‘canım nasılsın, seni çok özledim, eve geliyorum’ şeklindeki sözlerin cinsel taciz suçunu oluşturduğu ve eyleminin aynı suç işleme kararı ile birden fazla işlendiği gözetilerek, sanığın zincirleme şekilde cinsel taciz suçundan mahkûmiyeti yerine kişilerin huzur ve sükûnunu bozma suçundan hüküm kurulması” isabetsizliğinden bozulmasına karar verilmiştir.

Bolu 1. Sulh Ceza Mahkemesi ise 05.03.2013 gün ve 13-169 sayı ile;

“Sanığın ısrarla telefon etme eyleminin sabit kabul edildiği, iddianame ve katılanın anlatımına göre iddia edilen sözleri söylediğini kabul etmediği, bu beyanları kullandığının katıla-

nın soyut iddiası dışında sabit olmadığı, ancak ısrarla telefon ederek katılanı rahatsız ettiğinden kişilerin huzur ve sükûnunu bozma suçundan cezalandırılmasına karar verildiği, sanığın katılanı kendi hazırlık beyanında da belirttiği gibi birden fazla kez telefonla arayarak rahatsız ettiği” şeklindeki gerekçeyle direnerek sanığın önceki hükümde olduğu gibi kişilerin huzur ve sükûnunu bozmak suçundan cezalandırılmasına karar vermiştir.

Bu hükmün de sanık tarafından temyizi üzerine Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının 30.05.2013 gün ve 173259 sayılı bozma istekli tebliğnamesiyle Yargıtay Birinci Başkanlığına gönderilen dosya, Ceza Genel Kurulunca değerlendirilmiş ve açıklanan gerekçelerle karara bağlanmıştır.

CEZA GENEL KURULU KARARI

Özel Daire ile yerel mahkeme arasında oluşan ve Ceza Genel Kurulunca çözümlenmesi gereken uyuşmazlık; sanığın eylemlerinin kişilerin huzur ve sükûnunu bozma suçunu mu, yoksa zincirleme şekilde cinsel taciz suçunu mu oluşturacağı- nın belirlenmesine ilişkindir.

İncelenen dosya kapsamından;

Katılanın ev telefonundan sürekli aranıp bir kısım sözler söylenmek suretiyle rahatsız edildiği, eşinin evlerini arayan numarayı tespit ettiği, olay tarihinde ankesörlü telefon hizmeti veren bir yerden aranması üzerine, eşinin sanığı telefon ederken yakaladığı, sanığın benzer şekilde işlemiş bulunduğu cinsel taciz ile kişilerin huzur ve sükûnunu bozmak suçlarından, tekerrüre esas teşkil edebilecek nitelikte çok sayıda sabıkasının bulunduğu, tesbit edilmiş olup,

Katılan; yaklaşık dört aydır ismini bilmediği bir şahsın telefonla kendisini günde iki üç kere arayıp cinsel tacizde bulunduğunu, olay günü eşinin evde olmadığı bir saatte arayarak; “evde misin canım, seni çok özledim eve geliyorum” şeklinde sözler söylediğini, durumu eşine bildirdiğini, bir saat sonra tekrar aradığını, numarayı tespit eden eşinin de sanığı telefon

ederken yakaladığını, olay nedeniyle psikolojisinin bozulduğunu, eşi ile ayrılma aşamasına geldiğini beyan etmiş,

Tanık F.. K.; tanımadığı bir kişinin sürekli evini arayıp eşini rahatsız ettiğini, telefonunun arayan numaraları gösterdiğini, olay günü tekrar araması üzerine eşinden sanığı konuşturmasını istediğini, ankesörlü telefon hizmeti veren bir işyerinden aradığını belirleyip sanığı söz konusu yerde yakaladığını, sanığa neden eşini aradığını sorduğunda; “benim böyle bir hastalığım var, ararım” şeklinde karşılık verdiğini belirtmiş,

Sanık kollukta; olay günü ankesörlü telefondan tesadüfen belirlediği birkaç numarayı aradığını, bunlar arasında daha önce dört beş kez aradığı bir numaranın bulunduğunu, ismini bilmediği bayanın telefonu açıp; “evde kimse yok, konuşabiliriz” dediğini, konuştukları sırada iki kişinin içeri girdiğini, telefon numarasını nereden bulduğunu sorduklarını, şahıslara numarayı tesadüfen aradığını söylediğini, ardından kendisini dövdüklerini anlatmış,

Duruşmada ise; önceki ifadesini kabul etmediğini, katılanı tanımadığını, telefonunu tesadüfen aradığını, yarım saat konuştuklarını, şikâyetçinin kendisini tanıyormuş gibi konuşup evine davet ettiğini, şikâyetçiye; “orada olmaz çarşıda buluşalım, geçerken uğrarım” şeklinde sözler söylediğini, ancak “eve gelirim” demediğini, başka bir söz söylemediğini savunmuştur.

Türk Ceza Kanununun “cinsel taciz” başlıklı 105. maddesi;

- “1) Bir kimseyi cinsel amaçlı olarak taciz eden kişi hakkında, mağdurun şikâyeti üzerine, üç aydan iki yıla kadar hapis cezasına veya adli para cezasına hükümlenir.
- 2) Bu fiiller; hiyerarşi, hizmet veya eğitim ve öğretim ilişkisinden ya da aile içi ilişkiden kaynaklanan nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle ya da aynı işyerinde çalışmanın sağladığı kolaylıktan yararlanılarak işlendiği takdirde, yukarıdaki fıkraya göre verilecek ceza yarı oranında artırılır. Bu fiil nedeniyle mağdur; işi bırakmak, okuldan veya ailesin-

den ayrılmak zorunda kalmış ise, verilecek ceza bir yıldan az olamaz” şeklinde düzenlenmiş iken, hükümden sonra 28.06.2014 tarihinde yürürlüğe giren 6545 sayılı Kanununun 61. maddesiyle;

“1) Bir kimseyi cinsel amaçlı olarak taciz eden kişi hakkında, mağdurun şikâyeti üzerine, üç aydan iki yıla kadar hapis cezasına veya adlî para cezasına, fiilin çocuğa karşı işlenmesi hâlinde altı aydan üç yıla kadar hapis cezasına hükümlenir.

2) Suçun;

- a) Kamu görevinin veya hizmet ilişkisinin ya da aile içi ilişkisinin sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle,
- b) Vasi, eğitici, öğretici, bakıcı, koruyucu aile veya sağlık hizmeti veren ya da koruma, bakım veya gözetim yükümlülüğü bulunan kişiler tarafından,
- c) Aynı işyerinde çalışmanın sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle,
- d) Posta veya elektronik haberleşme araçlarının sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle,
- e) Teşhir suretiyle,

İşlenmesi hâlinde yukarıdaki fıkraya göre verilecek ceza yarı oranında artırılır. Bu fiil nedeniyle mağdur; işi bırakmak, okuldan veya ailesinden ayrılmak zorunda kalmış ise verilecek ceza bir yıldan az olamaz” şeklinde değiştirilmiştir.

Türk Dil Kurumu Türkçe Sözlüğünde taciz; “tedirgin etme, rahatsız etme veya sıkıntı verme” şeklinde tanımlanmıştır.

Maddenin gerekçesinde de; “mağdurun cinsel yönden ahlâk temizliğine aykırı olarak rahatsız edilmesi” biçiminde ifade edilen cinsel tacizin ne tür bir davranışla işlenebileceği hususunda kanunlarda açıklık bulunmamakla birlikte, öğretici ve yargısal kararlarda bu suçun; mağduru hedef almış, vücut

dokunulmazlığı ihlal edilmeksizin ancak cinselliğine yönelen söz söyleme, mesaj ya da mektup gönderme, el hareketi yapma, öpücük atma, cinsel ilişki teklif etme, cinsel organını gösterme gibi eylemlerle gerçekleştirilebileceği kabul edilmektedir.

Cinsel taciz suçunun maddi unsuru, bir kimseyi cinsel amaçlı olarak rahatsız etmektir. Suçun manevi unsuru ise kast olup, failin cinsel amaç gütmesi, başka bir ifadeyle cinsel arzu ve isteklerini tatmin maksadıyla hareket etmesi gerekmektedir. Eylemin cinsel amaçla işlenip işlenmediği ya da hangi fiilin cinsel taciz suçunu oluşturacağı somut olayın özelliklerine göre hâkim tarafından takdir edilecektir. Nitekim yargısal kararlarda; pencereye tırmanarak “seni kaçıracağım, beni içeri al, içeri gireceğim” demek, mağdura karşı çiçek koklamak, telefonla kısa aralıklarla arayıp; “evinin önündeyim, dışarı çık, seni maddi ve manevi tatmin edeceğim,” “seni seviyorum, evlenmek istiyorum,” mağdurun yüzüne; “seni ve aileni tanıyorum, arabaya bin, gideceğin yere bırakayım, sana kötülük yapmam” şeklinde sözler söylemek, “konuşmak ister misin, numarayı çaldır, istemezsen kimsenin haberi olmaz” içerikli mesajlar göndermek cinsel taciz olarak kabul edilmiştir.

Cinsel taciz oluşturacak davranışlar, mağdurun vücuduna temas bulunmamak şartıyla ani olabileceği gibi, devamlı nitelikte de gerçekleşebilir. Suçun oluşabilmesi için, failin cinsel amaç gütmesi ve eylemin belirli kişi ya da kişilere karşı gerçekleştirilmiş olması gerekir. Aksi takdirde cinsel taciz değil, hakaret, tehdit ya da kişilerin huzur ve sükûnunu bozma suçları gündeme gelebilecektir.

Uyuşmazlık konusunda isabetli bir hukuki çözüme ulaşılabilmesi için, kişilerin huzur ve sükûnunu bozma suçu üzerinde de durulmalıdır.

Türk Ceza Kanununun “hürriyete karşı suçlar” başlıklı yedinci bölümünde yer alan 123. maddesinde kişilerin huzur ve sükûnunu bozma suçu; “sırf huzur ve sükûnunu bozmak maksadıyla bir kimseye ısrarla; telefon edilmesi, gürültü yapılması ya da aynı maksatla hukuka aykırı başka bir davranışta bu-

lunulması hâlinde, mağdurun şikâyeti üzerine faile üç aydan bir yıla kadar hapis cezası verilir” şeklinde hüküm altına alınmıştır. Madde gerekçesinde açıkça belirtildiği üzere, bu suçla kişilerin huzur ve sükûnunun bozulması hususunda gösterilen davranışlar cezalandırılmakta, bu şekilde psikolojik ve ruhsal sükûn içerisinde yaşama hakları korunmaktadır. Bu suçun oluşabilmesi için özel bir maksatla hareket edilmesi, dolayısıyla ısrarla telefon etmek ya da gürültü yapmak veya aynı amaçla hukuka aykırı başka bir fiilde bulunmak suretiyle kişilerin rahatsız edilmesi ve bu hareketlerin de mağdurun huzur ve sükûnunu bozma amacıyla gerçekleştirilmesi gerekmektedir.

Kişilerin huzur ve sükûnunu bozma suçunun maddi unsuru; belirli bir kimseye ısrarla telefon edilmesi veya gürültü yapılması ya da hukuka aykırı bir başka davranışta bulunulması, korunan hukuki yarar; cinsel taciz suçundan farklı olarak ısrarlı davranışlarla kişilerin rahatsız edilmeden sükûn içerisinde, huzurlu ve sağlıklı bir şekilde yaşama haklarıdır. Suç oluşturacak eylemler bakımından herhangi bir sınırlama getirilmediğinden, seçimlik hareketli bir suçtur. Suçun manevi unsuru ise özel kast olup, eylemin sırf başkalarının huzur ve sükûnunu bozmak amacıyla gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Bu suç, ancak doğrudan kastla işlenebilir. Olası kastla ya da taksirle işlenmesi mümkün değildir.

Bu bilgiler ışığında somut olay değerlendirildiğinde;

Sanığı tanımayan, aralarında önceye dayalı herhangi bir husumet ya da kendi şeref ve namusunu ilgilendiren bir konuda iftira atması için sebep bulunmayan katılanın aşamalarda birbiriyle uyum gösteren samimi, ısrarlı ve herhangi bir tereddüde mahal bırakmayan beyanı, bu beyanları doğrulayan tanık anlatımı, sanığın katılanın evini birkaç kere aradığı ve “çarşıda buluşalım, geçerken uğrarım” dediği yönündeki, tevilli ikrar olarak değerlendirilen savunması ve tüm dosya muhtevası göz önünde bulundurulduğunda, katılanın telefonunu değişik zamanlarda ısrarla arayarak söylediği; “evde misin canım seni çok özledim, eve geliyorum” şeklindeki sözlerin cinsel amaç

taşıdığı ve eyleminin bir bütün halinde zincirleme şekilde cinsel taciz suçunu oluşturduğunun kabulü gerekmektedir.

Bu itibarla, yerel mahkeme hükmünün, sanığın eylemlerinin zincirleme şekilde cinsel taciz suçunu oluşturduğunun gözetilmemesi isabetsizliğinden bozulmasına karar verilmelidir.

SONUÇ:

Açıklanan nedenlerle;

- 1- Bolu 1. Sulh Ceza Mahkemesinin 05.03.2013 gün ve 13-169 sayılı hükmünün, sanığın eylemlerinin zincirleme şekilde cinsel taciz suçunu oluşturduğunun gözetilmemesi isabetsizliğinden BOZULMASINA,
- 2- Dosyanın, mahalline gönderilmek üzere Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına TEVDİİNE, 10.03.2015 tarihinde yapılan müzakerede oybirliğiyle karar verildi.

Daire: 14 Tarih:2013 Esas No: 2012/873 Karar No: 2013/13300

Sanığın parkta katılanların bulunduğu sırada onlara dönerek ve herkesin göreceği şekilde mastürbasyon yapma eyleminin TCK.nın 105. maddesinde öngörülen cinsel taciz ve 225. maddesinde öngörülen alenen hayâsızca harekette bulunma suçlarını oluşturduğu; tek eylemle birden fazla suçun oluşmasına yol açması nedeniyle sanık hakkında TCK.nın 44. maddesi uyarınca fikri içtima kuralları gereğince bu suçlara ilişkin en ağır cezayı öngören TCK.nın 105. maddesinin uygulanması gerektiği ve cezanın belirlenmesi esnasında da 225. maddedeki cezanın alt sınırının 105. maddedeki cezanın alt sınırında daha fazla olması karşısında hakkaniyet gereği 105. madde ile belirlenen cezanın 225. maddede öngörülen cezanın alt sınırından az olamayacağına gözetilmemesi, aleyhe temyiz bulunmadığından bozma sebebi yapılmamıştır.

Delillerle iddia ve savunma, duruşma göz önünde tutularak tahlil ve takdir edilmiş sübutu kabul olunan fiillerin eleş-

tiri dışında unsurlarına uygun şekilde tavsif ve tatbikatları yapılmış bulunduğundan sanığın yerinde görülmeyen temyiz itirazlarının reddiyle hükmün ONANMASINA, 16.12.2013 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

Daire:5 **Tarih:**2009 **Esas No:**2007/7587 **Karar No:**2009/12054

Sanığa iftira atması için ileri sürülüp ispatlanmış herhangi bir neden bulunmayan mağdure D____'ın aşamalarındaki samimi anlatımı, diğer mağdure Ş____'nin beyanları ve tüm dosya içeriğiyle doğrulandığı halde cinsel taciz suçunun sübuta erdiği kabul edilerek sanığın mahkûmiyetine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde beraet hükmü kurulması bozmayı gerektirmiştir

Daire: 14 **Tarih:**2013 **Esas No:** 2012/873 **Karar No:** 2013/13300

Sanığın parkta katılanların bulunduğu sırada onlara dönerek ve herkesin göreceği şekilde mastürbasyon yapma eyleminin TCK.nun 105. maddesinde öngörülen cinsel taciz ve 225. maddesinde öngörülen alenen hayâsızca harekette bulunma suçlarını oluşturduğu; tek eylemle birden fazla suçun oluşmasına yol açması nedeniyle sanık hakkında TCK.nun 44. maddesi uyarınca fikri içtima kuralları gereğince bu suçlara ilişkin en ağır cezayı öngören TCK.nun 105. maddesinin uygulanması gerektiği ve cezanın belirlenmesi esnasında da 225. maddedeki cezanın alt sınırının 105. maddedeki cezanın alt sınırında daha fazla olması karşısında hakkaniyet gereği 105. madde ile belirlenen cezanın 225. maddede öngörülen cezanın alt sınırından az olamayacağına gözetilmemesi, aleyhe temyiz bulunmadığından bozma sebebi yapılmamıştır.

Delillerle iddia ve savunma, duruşma göz önünde tutularak tahlil ve takdir edilmiş sübutu kabul olunan fiillerin eleştirisi dışında unsurlarına uygun şekilde tavsif ve tatbikatları yapılmış bulunduğundan sanığın yerinde görülmeyen temyiz itirazlarının reddiyle hükmün ONANMASINA, 16.12.2013 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

Daire: 14 Tarih:2011 Esas No: 2011/7453 Karar No: 2011/7453

Daha önceden sanığı tanımayan ve sanığa iftira atması için bir neden bulunmayan mağdurenin aşamalardaki istikrarlı beyanları ve bu beyanları doğrulayan tanık Eminenin anlatımları, sanık tarafından mağdureye verilen telefon numarası yazılı olan kağıt parçası, sanığın tevilli ikrarı ile tüm dosya kapsamından; olay günü saat:13:00 sıralarında evine doğru giden mağdurenin arkasından arkadaşıyla birlikte gelip mağdureyi evine kadar ısrarla takip eden ve yazdığı kağıdı mağdureye verip “beni bu numaradan ararsın” şeklinde sırnaşıkça hareketlerde bulunan sanığın eylemi cinsel taciz suçunu oluşturduğu halde, olaydan 2 ay sonra kovuşturma aşamasında temin edildikleri anlaşılan tanıkların oluşa ve dosyaya uygun düşmeyen anlatımlarından hareketle sanığın beraatine karar verilmesi,

Kanuna aykırı, katılan vekilinin temyiz itirazları bu nedenle yerinde görülmuş olduğundan, hükmün 5320 sayılı Kanununun 8/1. maddesi de gözetilerek CMUK.nın 321. maddesi uyarınca BOZULMASINA, 15.03.2012 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

“Sanığın mağdureye yaklaşp hiçbir bedensel temasta bulunmaksızın cinsel organını çıkarıp oynatarak göstermekten ibaret eylemi cinsel taciz suçunu oluşturur. “(Yar. 5CD, 4.6.2007, 3731/4315) (YKD, 1/2008)

GEREKÇE:

Madde metninde cinsel taciz suçu tanımlanmıştır.

Cinsel taciz, kişinin vücut dokunulmazlığının ihlali niteliği taşımayan cinsel davranışlarla gerçekleştirilebilir. Cinsel taciz, cinsel yönden, ahlâk temizliğine aykırı olarak mağdurun rahatsız edilmesinden ibarettir.

Maddenin ikinci fıkrasında cinsel taciz suçunun nitelikli hâlleri belirlenmiştir. Buna göre, hiyerarşi veya hizmet ilişkisinden kaynaklanan nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle ya da

aynı işyerinde çalışmanın sağladığı kolaylıktan yararlanılarak kişiye karşı cinsel tacizde bulunulması, suçun temel şekline göre daha ağır ceza ile cezalandırılmayı gerektirmektedir.

Cinsel taciz suçunun soruşturulması ve kovuşturulması, mağdurun şikâyetine bağlı tutmuştur.

6545 sayılı Yasanın Gerekçesi:

Cinsel taciz suçu, Türk Ceza Kanununun 105 inci maddesinin birinci fıkrasında düzenlenmiş olup, mağdurun çocuk olması durumunda da aynı ceza verilmektedir. Fıkraya eklenen hükümlerle, çocukların cinsel taciz suçuna karşı daha iyi korunabilmesi için, bu suçun çocuğa karşı işlenmesi hâlinde verilecek ceza önemli derecede artırılmaktadır. Cinsel taciz suçuyla daha etkin mücadele edilebilmesi amacıyla, cezayı ağırlaştırıcı nedenlerin düzenlendiği maddenin ikinci fıkrasında da değişiklik yapılması öngörülmektedir.

Suçun; kamu görevinin veya posta veya elektronik haberleşme araçlarının sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle ya da koruma, bakım ve gözetim yükümlülüğü altında bulunan kişiler tarafından işlenmesi hâlleri de, bu suç bakımından daha ağır cezayı gerektiren nitelikli unsur olarak kabul edilmektedir.

Cinsel taciz suçunun teşhir suretiyle işlenmesi, bu suç bakımından nitelikli unsur olarak kabul edilmektedir. Suçun bu nitelikli hâli, Türk Ceza Kanununun 225 inci maddesinde suç olarak tanımlanan hayâsızca hareketler kapsamındaki teşhircilikle aynı unsurları taşımamaktadır. 225 inci maddede tanımlanan suçu oluşturan teşhirciliğin alenî olması gerekmektedir. Keza, bu teşhirin belirli bir kişiye yönelik olarak gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Buna karşılık, 105 inci maddenin ikinci fıkrasına (e) bendi olarak eklenen hükme göre, cinsel taciz suçunun teşhir suretiyle işlenebilmesi için, teşhirin belirli bir kişiye yönelik olarak gerçekleştirilmesi gerekmekte ve bu teşhirin aleni olmasına da gerek görülmemektedir.

