

**T.C.**  
**YARGITAY**  
**CEZA GENEL KURULU**

**Esas** : 2017/937  
**Karar** : 2017/484  
**Tarih** : 21.11.2017

- **NİTELİKLİ CİNSEL SALDIRI SUÇU**
- **KİŞİYİ HÜRRİYETİNDEN YOKSUN KILMA**
- **CİNSEL AMAÇLA KİŞİYİ HÜRRİYETİNDEN YOKSUN KILMA SUÇU**

( 5237 s. TCK m. 37 , 102 , 109 )

**ÖZET**

*13.02.2019 tarihinde www.haberturk.com'da "Yargıtay'dan emsal karar! Cinsel saldırıya göz yuman da aynı cezayı alacak" başlığıyla çıkan Yargıtay Ceza Genel Kurul Kararı. Yargıtay, bir tecavüz ve darp davasında hiçbir eylemde bulunmayan bir sanığı da mahkum etti. Genel Kurul'un bu kararının ardından tecavüz ve darp olaylarında sadece suçu işleyenler değil, olaya sessiz kalıp engel olmayanların da aynı suçtan cezalandırılmasının önü açılmış oldu.*

Nitelikli cinsel saldırı ve kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçlarından sanıklar ... ve ...'un TCK'nun 102/2, 102/3-d, 62, 53 ve 63. maddeleri uyarınca 15 yıl hapis; TCK'nun 109/2, 109/3-d, 109/5, 62, 53 ve 63. maddeleri uyarınca 5 yıl hapis; sanık ...'un hırsızlık suçundan TCK'nun 141/1, 168/2, 62, 53 ve 63. maddeleri uyarınca 5 ay hapis cezası ile cezalandırılmalarına, tüm suçlar yönünden hak yoksunluğuna ve mahsuba ilişkin Ankara 5. Ağır Ceza Mahkemesince verilen 09.06.2016 gün ve 313-206 sayılı kısmen resen temyize tabi olan hükümlerin, sanıklar müdafileri ile katılan vekili tarafından temyiz edilmesi üzerine, dosyayı inceleyen Yargıtay 14. Ceza Dairesince 06.02.2017 gün ve 10807-492 sayı ile;

"...Dosya kapsamında sanık ...'ın olaylar sırasında mağdure ile diğer sanık ...'ın yanında bulunmakla birlikte Hasan'ın eylemlerine fikir ve eylem birliği içerisinde iştirak ettiğine dair herhangi bir iddia veya delil bulunmadığının anlaşılması, kaldı ki mağdurenin aşamalarda alınan beyanlarında kendisine yönelik bir eylemde bulunmayan sanık ...'ın diğer sanığın eylemlerine 'yeter, bırak' biçiminde sözlerle müdahale ettiğini bildirmesi karşısında, ...'ın atılı suçlardan beraati yerine dosya kapsamına uygun düşmeyen yazılı gerekçeyle mahkûmiyetine hükmedilmesi,

Tüm dosya içeriğinden, nitelikli cinsel saldırı suçunu tek başına gerçekleştirdiği anlaşılan sanık ... hakkında uygulama koşulları oluşmadığı halde 5237 sayılı TCK'nın 102/3-d maddesinin tatbiki suretiyle fazla ceza tayini,

Mağdurenin aşamalardaki anlatımları, savunma ile tüm dosya içeriği göz önüne alındığında; mağdurenin kendi isteğiyle sanık ...'ın aracına binmesinin ardından bir süre sonra sanık ...'ın aracın kapılarını kilitleyerek mağdureye rızası hilafına nitelikli cinsel saldırıda bulunduğu sırada bu eylemle sınırlı süreyle yanında tuttuğu olayda, eylemin ayrıca kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu oluşturmadığı gözetilerek sanık ...'ın anılan suçtan beraati yerine yazılı şekilde mahkûmiyetine karar verilmesi" isabetsizliklerinden oyçokluğuyla bozulmasına karar verilmiş,

Daire Üyesi H. Arslan; "Sayın çoğunluk ile aramızdaki görüş farklılığı her iki sanığın kişiyi hürriyetinden yoksun kılma ve cinsel saldırı, ayrıca sanık ...'ın yağma suçlarından verilen mahkûmiyet hükümlerinin bozulması yönünde verilen kararlar sınırlıdır.

Dosya içeriğine ve mevcut kanıtlara göre arkadaş olan her iki sanığın olay gecesini mağdurenin çalıştığı bara gelerek onunla tanıştıkları, eğlendikten sonra saat 05.00 sıraları buradan ayrılırken mağdureyi eve bırakmak amacıyla araçlarına aldıkları, bir süre seyrettikten sonra aracın kapılarını kilitleyip تنها bir yere

götürdükleri, sanık ...'ın aracın arka koltuğunda oturan mağdurenin yanına gelerek darp edip zorla nitelikli cinsel saldırıda bulunduğu, cinsel saldırısını tamamladıktan sonra da darp etmeye devam edince, ön koltukta oturan diğer sanık ...'ın 'yeter artık vurma, öldüreceksin, başımıza bela açacaksın' diyerek uyarıda bulunması üzerine fiile son verildikten sonra mağdureyi yol kenarına terk ederek uzaklaştıkları, bu arada bir miktar parasını ve cep telefonunu aldıkları anlaşılmaktadır. Oluş mahkemece de bu şekilde kabul edilmiştir. Kanaatimizce mahkemenin kabul ve uygulaması, aşağıda belirteceğimiz nedenlerle dosyadaki kanıtlara ve yargılama sonuçlarına uygundur.

Somut olayda çözülmesi gereken iki sorun vardır, ilki sanık ...'ın işlediği suçlara sanık ...'ın katılıp katılmadığı ve katıldı ise iştirak düzeyinin belirlenmesi, ikincisi ise kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun oluşup oluşmadığıdır.

Somut olayda çözülmesi gereken sorunlardan ilkinin incelenmesinde;

5237 sayılı Yasadaki iştirak hükümlerine, bunların gerekçesine ve Yargıtay'ın uygulamalarına göre iştirak şekilleri ve düzeyi, fiilin işlenişi üzerinde kurulan hâkimiyet ölçü alınarak belirlenmektedir. Ceza Yasası sisteminde birer sorumluluk statüsü olarak öngörülen iştirak şekilleri, faillik, azmettirme ve yardım etme biçiminde düzenlenmiştir. TCK'nın 37. maddesinin 1. fıkrasındaki 'suçun kanuni tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştiren kişilerden her biri, fail olarak sorumlu olur' ifadesiyle faillik kavramının kapsamı oldukça geniş tutulmuş, suçun işlenmesini sağlayan hareket üzerinde hâkimiyet kuran herkes fail sayılmıştır. Hareket üzerinde hâkimiyet kurmak, birlikte irtikap etme şeklinde gerçekleşebileceği gibi, zımni veya açık bir iş bölümüne dayalı olarak hareketi birlikte gerçekleştirmeyi de kapsamaktadır. Buna göre suçu sonuçlayan hareketi yapmayan, fakat bir başkasının bu hareketi yapması için gerekli ortamı hazırlayanlardan her birisi de fail sayıldığından, suçun işlenmesi sırasında mağdura yönelik olarak yapılacak hareketlerin bir çoğunun TCK'nın 37. maddesine uyan faillik olarak değerlendirilmesi gerekmektedir. Kişinin eyleminin, bir suça katılma aşamasına ulaşıp ulaşmadığı, ulaşmışsa suça katılma düzeyinin saptanması için, eylemin bir evresindeki durumunun değil, eylemin yapılması için verilen kararın, bu kararın icra ediliş biçiminin, olay öncesi, sırası ve sonraki davranışların da dikkate alınıp, tüm kanıtların birlikte değerlendirilmesi gerekmektedir. Zira, suç kastının suç tamamlanıncaya kadar her aşamada oluşması olanaklıdır. İştirak iradesi suçun her aşamasında oluşabilir. Bu açıklamalara ve 37. madde hükümlerine nazaran müşterek faillik için birden çok kişinin birlikte suç işleme kararı vermesi, bu kararın gerçekleştirilmesi için suçun icra hareketlerinin, diğer deyimle maddi unsurunun birlikte gerçekleştirilmesi ve fiilin icrası üzerinde müşterek hâkimiyet kurulması şarttır.

İştirak iradesi ve kast insanın iç dünyası ile ilgili bir kavram olduğundan, bunların açıkça ifade edilmediği durumlarda, iç dünyaya ait bu olgunun dış dünyaya yansıyan davranışlara bakılarak belirlenmesi gerekmektedir.

Bu açıklamalar ışığında somut olaya bakıldığında;

Sanık ... tüm suçların işlenmesi esnasında aralıksız olarak arkadaşı olan diğer sanık ...'ın yanında bulunmuştur. Mağdurenin evine bırakılma hilesiyle araca bindirilmesi ve daha sonra bindirildiği aracın kapıları kilitleyerek rızası dışında تنها yere götürülmesi fiilleri birlikte gerçekleştirilmiştir.

Mağdurenin eylemler sırasında bindirildiği araç da sanık ...'a aittir.

Nitelikli cinsel saldırı suçunun işlendiği yere varıldığında, sanık ... ön koltukta otururken, diğer sanık ... arka koltukta oturan mağdurenin yanına gelerek onu darp edip zorla nitelikli cinsel saldırıda bulunduğu anlaşılmaktadır. Sanık ...'ın cinsel saldırı sırasında Hasan'ın yanında bulunması öncelikle gözcülük niteliğindedir. Bunun yanında herhangi bir güçlük doğduğunda yardım edeceği, destek olacağı düşüncesi yarattığı için Hasan'ın cesaretini artırmakta ve eylemini kolaylaştırmaktadır. Öte yandan ...'ın aynı yerde ve

araç içerisinde bulunması, arkadaşı Hasan'ın eylemine direnen mağdure bakımından da birden fazla kişiyi karşısında gördüğü için korkutucu, direncini kırıcı ve mukavemetini engelleyici etki yaratmaktadır. Özetle mağdureye bedensel temasta bulunmamış olsa da suçun maddi unsuru içinde yer alan zor kullanılarak mukavemetinin kırılmasında ve Hasan'ın sonuç almasında doğrudan etkili olmuştur. Suçun işlenme biçimi, süresi ve olay yerinin özellikleri birlikte değerlendirildiğinde, diğer sanıkla birlikte suç işleme kararı verdiği ve işbirliği içinde olduğu açıktır.

Öte yandan, sanık ...'ın 'yeter artık vurma, öldüreceksin, başımıza bela açacaksın' diyerek diğer sanığa uyarıda bulunduğu sabittir. Ancak, mağdurenin anlatımlarına göre cinsel saldırı eylemi bittikten sonra da sanık ... darp eylemini sürdürmüştür. Adli raporlarına göre 'her iki göz orbita alt kısımlarında ekimotik alan, sol kaş üzerinde 1x2 cm. ekimotik alan, boyun sağ tarafında 1 ve 5 cm. aşağıda ikişer santimlik ekimotik alan, alt ön 4-5 adet diş kırığı, burun kökü üst kısmında ekimotik alan, sol meme üst kısımda ekimotik alan, sağ meme iç kadranda ekimotik alan, sağ uyluk iç yüzeyde 5 cm. ekimotik alan, sağ dizde kurutlu lezyon, sağ diz altında ekimotik alan, sağ uyluk dışta 7 cm. sırtta 5 ve sol dizde 7 cm. ekimotik alan, yine kalçada ekimotik alanlar' saptanmış, basit bir tıbbi müdahale ile giderilemeyecek düzeyde yaralandığı görülmektedir.

Yaralanma düzeyi ve uyarının aşaması birlikte ele alındığında sanık ...'ın diğer sanığın suçlarına katıldığı, ancak aşırı şiddet uygulamasında ve bunun sonucunda yargılamaya konu suçlar dışında daha vahim durum ortaya çıkacağından endişe ederek suçların tamamlanmasından sonra anılan ikazı yaptığı anlaşılmaktadır. Bu nedenle diğer sanığa yönelik belirtilen sözleri, suçlara katılmadığını göstermez ve beraat gerekçesi yapılamaz, suç öncesi ve sırasındaki davranışları iştirak iradesini ve kastını ortaya koymaktadır. Tüm bu hususlar birlikte değerlendirildiğinde, sanık ...'ın eyleminin yerel mahkemece TCK'nın 37. maddesinde düzenlenen 'faillik' kapsamında kaldığının kabul edilmesinde bir isabetsizlik bulunmamaktadır.

Somut olayda çözülmesi gereken sorunlardan ikincisinin incelenmesine gelince;

5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 'Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma' kenar başlıklı 109'uncu maddesinin birinci fıkrasında 'Bir kimseyi hukuka aykırı olarak bir yere gitmek veya bir yerde kalmak hürriyetinden yoksun bırakan kişiye, bir yıldan beş yıla kadar hapis cezası verilir.' hükmü yer almaktadır. Aynı maddenin ikinci fıkrasında ise bu suçun işlenmesi sırasında cebir, tehdit veya hile kullanılması nitelikli hâl olarak kabul edilmiştir.

Bu düzenleme ve aynı Yasanın 26. maddesi birlikte alındığında reşit kişilere karşı işlenen kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunda cebir, tehdit veya hile kullanılması suçun unsurudur. Bunların herhangi biri kullanılarak eylemin gerçekleştirilmesi suçun oluşumu için yeterlidir. Somut olayda sanıkların kısmi ikrarlarına ve mağdurenin anlatımlarına nazaran önce evine bırakılacağı söylenerek hile ile mağdure araca bindirilmiştir. Kaldı ki; ilk başta rızası ile bindiği kabul edilse dahi, تنها yere götürülmesine ve cinsel eyleme rızası bulunmadığı için sanıklar tarafında araç kapıları kilitlenerek zorla götürülmüştür. Doktor raporları, götürüldüğü yer, eylem süresi dikkate alındığında önce hile, takiben zorla gerçekleşen hürriyeti tahdit eyleminin cinsel saldırı süresiyle sınırlı olmadığı, cinsel saldırı öncesi ve sonrası da hile ve cebirle alıkoymanın gerçekleştiği anlaşılmaktadır. Bu nedenle her iki sanık bakımından TCK'nın 109/2-5. maddesine uyan cinsel amaçla kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu oluşmuştur.

Yukarıda açıklanan nedenlerle, yerel mahkemenin kabulünün dosyada yer alan kanıtlara, soruşturma ve kovuşturma sonuçlarına uygun olduğu, sübutu kabul edilen fiillerin unsurlarına uygun biçimde nitelendirme ve uygulamasının yapıldığı anlaşıldığından, sayın çoğunluğun hükümlerin bozulması yönündeki görüşüne iştirak edilmemiştir" görüşüyle karşı oy kullanmıştır.

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı ise 10.04.2017 gün ve 300766 sayılı ile;

"...Arkadaş olan her iki sanığın olay gecesini mağdurenin çalıştığı bara gelerek onunla tanıştıkları, eğlendikten sonra saat 05.00 sıraları buradan ayrılırken mağdureyi eve bırakmak amacıyla araçlarına aldıkları, aracın sanık ...'a ait olduğu ancak sanık ... tarafından kullanıldığı, Hasan'ın aracın kapılarını kilitleyip aracı تنها bir yere götürdüğü, sanık ...'ın aracın arka koltuğunda oturan mağdureye cinsel ilişki teklif ettiği, mağdure kabul etmeyince mağdurenin yanına gelerek darp edip zorla nitelikli cinsel saldırıda bulunduğu, cinsel saldırısını tamamladıktan sonra da darp etmeye devam edince, olayların başından beri ön koltukta oturan diğer sanık ...'ın 'yeter artık vurma, öldüreceksin, başımıza bela açacaksın' diyerek uyarıda bulunması üzerine fiile son verildikten sonra mağdureyi yol kenarına terk ederek uzaklaştıkları, bu arada bir miktar parasını ve cep telefonunu aldıkları kabul edilerek sanıklar hakkında mahkûmiyet hükümleri kurulmuştur. Mahkemenin kabulü de bu yönde olup oluşa dair bu kabule Başsavcılığımızın herhangi bir itirazı yoktur.

İtirazın konusu yukarıda izah edildiği üzere, sanık ...'ın diğer sanığın eylemlerine iştirak edip etmediği ve buna bağlı olarak sanık ... hakkında cinsel saldırı suçu yönünden TCK'nun 102/3-d maddesinin uygulama yeri olup olmadığı, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun yasal unsurlarının oluşup oluşmadığına dairdir.

1- TCK'nun 109/2 maddesi, kişinin cebir, tehdit ya da hile ile hukuka aykırı olarak hürriyetinden yoksun kılınması suçunu yaptırma bağlamış aynı maddenin 3. fıkrasının (b) bendi bu suçun birden fazla kişi ile işlenmesi halini, 5. fıkrası ise bu suçun cinsel amaçla işlenmesi halini artırım nedeni olarak düzenlemiştir.

Mağdurenin hükme esas alınan istikrarlı beyanlarında, sanıkların kendisini 'eve bırakalım' diye araca davet ettiklerini, bu davetlerini kabul edip araca bindiğini, sanık ...'ın aracı hareket ettirdikten sonra kapılarını kilitleyip aracı تنها bir yere sürdüğü, orada da cinsel saldırı eylemini gerçekleştirdiğini, diğer sanığın da yanlarında olduğunu ifade ettiği anlaşılmaktadır. KGYS kayıtlarının da mağdureyi doğrular mahiyette olduğu, sanıkların aracının Ulus Osmanlı Kavşağından ve Keçiören Etlik Kasalar Kavşağından geçtiğinin saptandığı, cinsel saldırı olayının mağdurenin araca bindiği yerde gerçekleşmediği, kendisini eve bırakacakları zannı ile araca binen mağdurenin rızası hilafına, aracın kapıları hareket halindeyken kilitleyerek تنها bir yere götürülmesi ve orada cinsel saldırıya uğraması şeklinde gerçekleşen olayda, hileli eve bırakma teklifi araca binmesi sağlanan mağdurenin, cinsel saldırı eylemini gerçekleştirmeye yetecek süreden çok daha fazla bir zaman dilimini kapsayacak şekilde ve zorla hürriyetinden yoksun bırakıldığı ve ancak eylem bitikten sonra evinden çok uzak تنها bir yerde araçtan indirildiği gözetildiğinde TCK'nun 109/2. maddesine temas eder nitelikte bir eylemin varlığının kabulü gerektiği sonucuna varıldığından bozma ilamına bu nedenle itiraz etmek gerekmiştir.

2- Suça iştirak halleri TCK'nun 37, 38 ve 39. maddelerinde 'faillik', 'azmettirme' ve 'yardım etme' olarak ayrı ayrı düzenlenmiştir.

TCK'nun 37. maddesi; '(1) Suçun kanunî tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştiren kişilerden her biri, fail olarak sorumlu olur.

(2) Suçun işlenmesinde bir başkasını araç olarak kullanan kişi de fail olarak sorumlu tutulur. Kusur yeteneği olmayanları suçun işlenmesinde araç olarak kullanan kişinin cezası, üçte birden yarısına kadar artırılır' hükmünü içermektedir.

Kanunilik ilkesi uyarınca, suça katılan ancak davranışları suçun kanuni tanımında öngörülen fiili gerçekleştirmeye elverişli bulunmayan kişilerin cezalandırılması mümkün değildir. Doktrindeki hâkim görüş 'fail'in dar yorumlanması gerektiği yönündedir, kanunumuzun benimsediği görüş de budur. Fail, suçun kanuni tanımından öngörülen fiili gerçekleştiren kişi olup, hareketleri ile suçun kanuni tanımında yer alan fiili gerçekleştirmemekle birlikte buna katkıda bulunan kişilerin sorumlu tutulabilmeleri için cezalandırılmalarına olanak tanıyan hükümlere ihtiyaç vardır. 5237 sayılı TCK bakımından bu genişletici

işlev TCK'nun 37-40. maddelerinde düzenlenen iştirak ve bağıllık kuralına ilişkin hükümlerle yerine getirilmektedir. Özetle, iştirak ve bağıllık kuralına ilişkin hükümler sorumluluk alanını dar anlamdaki failden, suça şerik olarak katılanlara genişleten hükümlerdir. Buradan şeriklerin katkılarının değersiz olduğu sonucu çıkarılmamalıdır. Gerçekten şeriklerin hareketleri de korunan hukuksal değere bir saldırı niteliği taşımaktadır. Ancak cezai sorumluluğun doğması fail tarafından suçun kanuni tanımında yazılı fiilin gerçekleştirilmesine veya en azından buna teşebbüs edilmesine bağlıdır. Bir kişi tarafından işlenebilen bir suçun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi halinde iştirak halinde işlenen suçtan söz edilir. İştirakten söz edilebilmesi ve iştirak halinde işlenen suçtan dolayı sorumluluk için, suç ortaklarında suça iştirak iradesinin mevcut olması, suç ortakları bakımından aynı olan bir suçun işlenmiş veya işlenmesine teşebbüs edilmiş olması, suç ortakları tarafından yapılmış suç sayılan hareketlerin mevcut olması ve nihayet hareketlerle netice arasında nedensellik ilişkisinin bulunması lazımdır. Suça iştirak için, kasten ve hukuka aykırı bir fiilin işlenmesi gerekli ve yeterlidir. Failin kusurlu olmaması ve cezalandırılmaması halinde de suça iştirak mümkündür. (Seydi Kaymaz, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanuna Göre İştirak Halinde İşlenen Suçlarda Nitelikli Hallerin Diğer Suç Ortaklarına Geçiş Sorunu, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XVI, Y. 2012, S.2)

Suçun kanuni tanımında öngörülen fiili gerçekleştiren kişi fail olup; suçun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi durumunda, bu kişilerin her biri müşterek fail olarak sorumlu tutulacaklardır.

Müşterek faillikte, birlikte suç işleme kararının yanı sıra, fiil üzerinde ortak hâkimiyet kurulduğu için, her bir suç ortağı fail statüsündedir. Ortak hâkimiyetin kurulup kurulmadığının saptanmasında suç ortaklarının suçun icrasındaki rolleri ve katkılarının taşıdığı önem göz önünde bulundurulur. Bu durumda, fiilin icrası veya sonuçsuz kalması ortak faillerden her birinin elinde bulunmaktadır. Örneğin, suç ortaklarından birinin cebir veya tehdit kullanarak mağduru etkisiz hâle getirdiği, diğerinin de üzerindeki para ve sair kıymetli eşyayı aldığı yağma suçunda her iki suç ortağının suçun işlenişine yaptıkları katkı, suçun icrası açısından birbirini tamamlayıcı niteliktedir. Dolayısıyla, her iki suç ortağı, suçun işlenişinde ortak bir hâkimiyet kurmaktadır. Suç ortaklarının iştirak katkılarının karşılıklı olarak birbirlerini tamamlamadığı durumlarda da müşterek faillik mümkündür. Bazı hâllerde failler, her biri suçun kanuni tanımındaki bütün unsurları tek başına gerçekleştirmek üzere bir anlaşmaya varabilir. Örneğin, bir kişiyi öldürmek için aralarında anlaşmış olan beş kişi, amacın gerçekleşme ihtimalini daha da yükseltmek için, aynı anda mağdura üzerine ateş ederler. Ateşlenen mermilerden bir kısmı mağdura isabet eder, bir kısmı ise etmez. Bu örnek olayda bütün suç ortakları ortak bir suç işleme kararına dayanarak birlikte hareket etmektedirler. Bu beş suç ortağının ateşlediği mermilerden sadece bir tanesinin mağdura isabet edip ölümüne neden olması hâlinde dahi, tamamlanmış kasten adam öldürme suçundan dolayı bu kişilerden her biri müşterek fail olarak sorumlu tutulacaktır. Müşterek faillik bakımından zorunlu diğer bir koşul, failler arasında birlikte suç işleme kararının varlığıdır. Belli bir hareketin icrasına ve neticenin meydana gelmesine ilişkin olan birlikte suç işleme kararı, kast kapsamında düşünülmelidir. Suç ortaklarının suçun işlenişine ilişkin kastlarının doğrudan veya olası kast gibi farklılık göstermesinin, müşterek fail olarak sorumlulukları üzerinde bir etkisi yoktur. (TCK 37. madde gerekçesi)

Arkadaş olan her iki sanığın olay gecesini mağdurenin çalıştığı bara gelerek onunla tanıştıkları, eğlendikten sonra saat 05.00 sıralarında buradan ayrılırken mağdureyi eve bırakmak amacıyla araçlarına aldıkları, aracın sanık ...'a ait olduğu, ancak sanık ... tarafından kullanıldığı, Hasan'ın aracın kapılarını kilitleyip aracı تنها bir yere götürdüğünü, sanık ...'ın aracın arka koltuğunda oturan mağdureye cinsel ilişki teklif ettiği, mağdure kabul etmeyince mağdurenin yanına gelerek darp edip zorla nitelikli cinsel saldırıda bulunduğu, cinsel saldırısını tamamladıktan sonra da darp etmeye devam edince, olayların başından beri ön koltukta oturan diğer sanık ...'ın 'yeter artık vurma, öldüreceksin, başımıza bela açacaksın' diyerek uyarıda bulunması üzerine fiile son verildikten sonra mağdureyi yol kenarına terk ederek uzaklaştıkları, bu arada bir miktar parasını ve cep telefonunu aldıkları dosya kapsamı ile sabittir.

Sanık ..., mağdurenin eve bırakma bahanesi ile araca alındığı andan itibaren mağdurenin olay mahalline terkedilmesi anına kadar diğer sanık ve mağdure ile birlikte. Aynı zamanda Hasan'ın kullanımındaki aracın da sahibidir. Mağdureye fiziken herhangi bir müdahalesi olmadığı gibi diğer sanık ...'ı engellemeye yönelik herhangi bir söz ya da davranışı da olmamıştır. Sanık ... mağdureye karşı cinsel saldırı eylemini gerçekleştirdikten sonra mağdureyi darp etmeye devam etmiştir. Adli Tıp Kurumu Şube Müdürlüğünün 06.04.2015 tarih ve 2015/7348 sayılı raporunda; darp ve cinsel saldırı nedeni ile başvurduğu, her iki göz orbita alt kısımlarında ekimotik alan, sol kaş hizası üzerinde 1x2 cm.'lik ekimotik alan, boyun sağ tarafında kulak altında yaklaşık 1 ve 5 cm. aşağıda 2'şer cm.'lik ekimotik alan, alt ön 4-5 adet diş kırığı, burun kökü üst kısmında ekimotik alan, sol kol omuz hizasından yaklaşık 5-6 cm. aşağıda 2 adet 0,5 cm.'lik aşı izi olması muhtemel eski skar izi, sol el bileğinde yaklaşık 1,5 cm.'lik kistik lezyon, sol meme üst iç kadranda 1 cm.'lik ekimotik alan, sağ meme üst iç kadranda 1,5 cm.'lik ekimotik alan, her iki meme areola ve meme altında insizyon skarı, göbekte 1 adet piercing, sağ uyluk üç yüzeyinde dizden yaklaşık 10 cm. yukarıda yaklaşık 5 cm. çapında ekimotik alan, sağ diz üzerinde yaklaşık 2 cm.'lik üzeri kurutlu lezyon, sağ dizden yaklaşık 5 cm. aşağıda yaklaşık 0,5 cm.'lik ekimotik alan, sağ uyluk dış yüzeyinde kalça hizasında 7 cm.'lik ekimotik alan, sırtta sağ lumbal bölgede yaklaşık 5 cm.'lik ekimotik alan, sol dizde yaklaşık 7 cm.'lik ekimotik alan, sol ayakta 4 ve 5. parmak arasında yaklaşık 1,5 cm.'lik ekimotik alan, sol bacak dizden yaklaşık 15 cm. aşağıda 2 cm.'lik ekimotik alan, sol kalça dış yüzeyinde yaklaşık 7-8 cm.'lik ekimotik alanlar saptandığı, psikoloji notunda yaşadığı travma ile ilgili gergin ve duygu durumu olarak üzgün olduğu, herhangi bir psikopatoloji saptanmadığı, sevk edildiği Gazi ... Devlet Hastanesinin raporunda her iki göz çevresinde ekimoz sol frontal bölgede 5 cm.'lik lineer abrazyon, sol zigomatik kemikte, sol kulak önünde abrazyonlar, boynun her iki yanında hafif abrazyonlar, ağız içinde alt ön dişlerde 2 tane kırık, toraks abdomen ve sırtta multiple ekimozlar, her iki dizde ekimoz, bacaklarda multiple abrazyonlar saptandığı, Ankara Numune Hastanesi NRŞ konsültasyonunda çekilen krania BT servikal torakal lomber grafilerinde acil NRŞ girişimi gerektirecek patoloji saptanmadığı, katılanın yaralanmasının yaşamını tehlikeye sokan bir durum olmadığı, basit bir tıbbi müdahale ile giderilebilecek ölçüde hafif nitelikte olmadığı belirtilmiştir. Sanık ancak bu aşamada 'yeter artık vurma, öldüreceksin, başımıza bela açacaksın' şeklinde bir sözlü müdahalede bulunmuştur. Bu müdahalesi o ana kadar olan eylemlere iştirak kastı ile hareket etmediğini değil, fakat o andan sonra ortaya çıkabilecek daha vahim sonuçların önüne geçmeye çalıştığını gösterecek mahiyettedir. Aracını diğer sanığın kullanımına terkeden, mağdurenin eve bırakma bahanesi ile araca alınmasına, eve götürülmesi yerine تنها bir yere götürülerek darp edilip cinsel saldırıya uğramasına, bir miktar parası ve cep telefonunun alınmasına sessiz kalan sanığın diğer sanığın eylemlerine iştirak kastı ile hareket ettiği, fiiller üzerinde hâkimiyetinin bulunduğu, sanık ...'ın eylemlerini gerçekleştirdikten sonra mağdureyi dövmeye devam etmesi nedeniyle daha vahim sonuçların ortaya çıkacağı endişesi ile sanık ...'dan durmasını istemesinin 'faillik' durumunun ortadan kaldırmayacağı, bu nedenle 'fail' sıfatı cezalandırılması gerektiği düşüncesine varılmakla, sanıklar hakkında bozma ilamlarına bu nedenle de itiraz etmek gerekmiştir" düşüncesiyle itiraz kanun yoluna müracaat etmiştir.

5271 sayılı CMK'nun 308. maddesi uyarınca inceleme yapan Yargıtay 14. Ceza Dairesince 12.06.2017 gün, 2182-3248 sayı ve oyçokluğuyla itiraz nedeni yerinde görülmediğinden bahisle Yargıtay Birinci Başkanlığına gönderilen dosya, Ceza Genel Kurulunca değerlendirilmiş ve açıklanan gerekçelerle karara bağlanmıştır.

TÜRK MİLLETİ ADINA

CEZA GENEL KURULU KARARI

Sanık ... hakkında hırsızlık suçundan kurulan mahkûmiyet hükmü Özel Dairece onanmak suretiyle kesinleşmiş olup itirazın kapsamına göre inceleme, sanık ... ve ... hakkında nitelikli cinsel saldırı ve kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçları ile sanık ... hakkında hırsızlık suçundan kurulan mahkûmiyet hükümleri ile sınırlı olarak yapılmıştır.

Özel Daire çoğunluğu ile Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı arasında oluşan ve Ceza Genel Kurulunca çözümlenmesi gereken uyuşmazlıklar;

1- Sanık ...'un nitelikli cinsel saldırı suçunu diğer sanık ... ile birlikte TCK'nun 37. maddesi kapsamında işleyip işlemediği ve buna bağlı olarak sanık ... hakkında TCK'nun 102/3-d maddesinin uygulanıp uygulanmayacağı,

2- Sanık ...'na atılı kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun yasal unsurları itibarıyla oluşup oluşmadığının ve sanık ...'a atılı kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun sabit olup olmadığının,

3- Sanık ...'a atılı hırsızlık suçunun sabit olup olmadığının,

Belirlenmesine ilişkindir.

İncelenen dosya kapsamından;

Katılan ...'ın suç tarihi itibarıyla 49 yaşında olup bir gece kulübünde çalıştığı,

Sanık ...'nun 23 yaşında olup emlakçılık yaptığı, 19 yaşında olan sanık ...'un ise öğrenci olduğu,

Sanıklar Hasan ve ...'ın 04.04.2015 tarihinde saat 03.30 sıralarında eğlenmek amacıyla katılanın çalıştığı gece kulübüne gittikleri, saat 05.00 sıralarında sanıkların katılan ile birlikte gece kulübünden dışarı çıktıkları, katılanın, sanıklardan kendisini eve bırakmasını istemesi üzerine sanıkların bu teklifi kabul ettikleri, sanık ...'ın kendisine ait aracın ön yolcu, sanık ...'ın şoför, katılanın ise arka koltuğuna oturduğu ve birlikte yola çıktıkları, bir süre sonra sanık ...'ın aracı tenha bir yere çekip sanık ... araçta bulunduğu sırada katılanın yanına geçtiği, katılanı darp edip cinsel saldırıda bulunduğu, ardından katılanın araçtan indirildiği ve sanıkların olay yerinden uzaklaştıkları, içerisinde katılana ait cep telefonu ve 200 Lira bulunan çantanın da araç içerisinde kaldığı, katılan ...'ın aynı gün saat 14.00 sıralarında polis merkezine başvurması üzerine soruşturmanın başladığı,

Zekai Tahir Burak Kadın Sağlığı Eğitim ve Araştırma Hastanesince katılan hakkında düzenlenen rapora göre; vulvanın doğal görünümde olduğu, hymenin annüler yapıda, saat 5 ve 7 hizasından kaideye kadar varan zamanı tespit edilemeyecek kadar eski yırtıkların mevcut olduğu, perianal bölgede saat 6 hizasında birkaç adet hafif kanamalı en büyüğü 0,5 cm. olmak üzere yüzeysel sıyrıklar tespit edildiği, pelvik muayenesinde usulüne uygun alınan vajinal ve rektal örneklerde cinsel temasın maddi delili olan canlı ya da ölü sperm hücrelerine rastlanmadığı,

Adli Tıp Kurumu Ankara Adli Tıp Şube Müdürlüğüne düzenlenen rapora göre; katılanın her iki göz orbita alt kısımlarında, sol kaş hizası üzerinde 1x2 cm.'lik, boyun sağ tarafında kulak altında yaklaşık 1 ve 5 cm. aşağıda 2'şer cm.'lik, sağ uyluk üç yüzeyinde dizden yaklaşık 10 cm. yukarıda yaklaşık 5 cm. çapında, sağ dizden yaklaşık 5 cm. aşağıda yaklaşık 0,5 cm.'lik, sağ uyluk dış yüzeyinde kalça hizasında 7 cm.'lik, sırtta sağ lumbal bölgede yaklaşık 5 cm.'lik, sol dizde yaklaşık 7 cm.'lik, sol ayakta 4 ve 5. parmak arasında yaklaşık 1,5 cm.'lik, sol bacak dizden yaklaşık 15 cm. aşağıda 2 cm.'lik, sol kalça dış yüzeyinde yaklaşık 7-8 cm.'lik, burun kökü üst kısmında, sol meme üst iç kadranda 1 cm.'lik, sağ meme üst iç kadranda 1,5 cm.'lik ekimotik alanlar bulunduğu, alt önde 4 ve 5. dişlerin kırık olduğu, sol el bileğinde yaklaşık 1,5 cm.'lik kistik lezyon, her iki meme areola ve meme altında insizyon skarı saptandığı, yaralanmasının basit bir tıbbi müdahale ile giderilebilecek ölçüde hafif nitelikte olmadığı,

KGYS-PTS kayıtlarına göre; sanıkların olayda kullandıkları aracın 04.04.2015 tarihinde saat 05.44'te Ulus Osmanlı kavşağından, daha sonra Ulus Aktaş'tan ve saat 08.01'de Etlik Kasalar kavşağından geçiş yaptığı,

Katılana ait telefonun, olaydan sonra ilk olarak 26.04.2015 tarihinde ... ve ...'in birlikte kullandıkları 536....

numaralı hat ile kullanıldığının tespit edildiği,

Anlaşılmıştır.

Katılan ... kollukta; olay günü saat 05.00 sıralarında çalıştığı gece kulübünden tanımadığı iki erkek şahsın kendisi ile gitmek istemeleri üzerine çıktıklarını, ardından modelini bilmediği beyaz renkli aracın arka koltuğuna oturduğunu, yaşlı ve yapılı olanın şoför, diğer şahsın ise ön yolcu koltuğuna oturduğunu, hareket edince aracın kapılarını kilitlediklerini, bir müddet gittikten sonra araçtan inmek istediğini ancak indirmediklerini, yerini tam olarak bilmediği yol kenarında aracı durdurduklarını, aracı kullanan kişinin inerek arka koltuğa gelip kendisini yumruklamaya başladığını, yalvarmasına rağmen darp etmeye devam ettiğini, bu esnada ön koltukta oturan şahsın "abi yapma yeter" dediğini, ancak şahsın darp etmeye devam ettiğini, üzerindeki pantolonunu, külotunu ve sütyenini yırtarak çıkartıp tecavüz ettiğini, ardından kendisini çırılçıplak vaziyette araçtan indirdiğini, giysilerini istediğinde önce vermediğini, ancak daha sonra montunu ve pantolonunu atıp uzaklaştıklarını, içinde cep telefonu ve yaklaşık 200 Lira bulunan çantasının araçta kaldığını, taksi durağına götürmesini istediği araç sürücüsünün kendisini karakola götürdüğünü, savcılıkta benzer anlatımlarından farklı olarak; cinsel ilişkiye itiraz ettiği için sanık ...'ın kendisini darp etmeye başlayıp isteği dışında cinsel ilişkiye girdiğini, ardından üzerinden kalkıp darp etmeye devam ettiğini, bu sırada sanık ...'ın "yeter artık vurma, öldüreceksin, başımıza bela açacaksın" dediğini, sanık ...'ın kendisi ile cinsel ilişkiye girmediğini, ancak sanık ... kendisi ile cinsel ilişkide bulunduğu sırada aracın içerisinden hiç ayrılmadığını, kapılar kilitli olduğu için istese de araçtan çıkamayacağını, mahkemede; gece kulübünde sanıklar ile birlikte oturup alkol aldıklarını, saat 05.00 sıralarında dışarı çıktıklarında sanıkların, kendisini eve bırakmayı teklif ettiklerini, yolda sanıkların aldıkları sayısını bilmediği kadar biraları içtiğini, bir müddet sonra sanık ...'ın arabayı durdurarak kendisi ile cinsel ilişkide bulunmak istediğini söylediğini, kabul etmeyince sürücü koltuğundan kalkarak arka koltuğa yanına geldiğinde mukavemetle bulunduğunu, bunun üzerine sanık ...'ın kendisini darp etmeye başlayıp üzerindeki çıkarmaya başladığını, bu sırada diğer sanık ...'ın "abi yapma yeter kıızı öldüreceksin" dediğini, sanık ...'ın darp etmeye devam ederek rızası dışında kendisi ile cinsel ilişkiye girdiğini, telefonu ile arama yapmak istediğinde sanık ...'ın cep telefonunu kırdığını ve cüzdanında bulunan 200 Lirayı aldığını, ardından kendisini arabadan attıklarını, sanık ...'ın kendisine karşı bir eylemde bulunmadığını, sanık ...'ın eylemi sonucu dışlerinin kırıldığını, birleşen davada; sanık ...'ın kendisi ile cinsel ilişkiye girmek istediğini, kabul etmeyince darp edip rızası dışında cinsel ilişkiye girdiğini, bu sırada sanık ...'ın diğer sanık ...'a "yeter yapma" dediğini,

Tanık ...; 2015 yılı Mart ayı sonlarında sanık ... ile birlikte gece kulübüne gittiklerini, ardından konsomatris olarak çalışan Lena isimli bayanla birlikte otele gittiklerini, Lena'nın da arkadaşı olan katılanı çağırdığını, kendisinin Lena ile, sanık ...'ın ise katılan ile cinsel ilişkiye girdiğini,

Tanık ...; 27 Mart 2015 tarihinde tanık Necati ve sanık ... ile birlikte gece kulübüne gittiklerini, burada Lena isimli bir bayanla tanıştıklarını, üç kişi olduklarından Lena'nın iki bayan daha çağırdığını, gelen bayarlardan birisinin adının Larissa olduğunu, birlikte ...gittiklerini, Larissa ile sanık ...'ın birlikte kaldıklarını,

Tanık ...; katılanın ifadesini aldığını, bildiği kadarı ile katılanın taksi ile tek başına karakola geldiğini, katılanın yüzünde yara bere izi olup olmadığını hatırlamadığını,

Tanık ...; katılanın ifadesini aldığını, katılanın karakola nasıl geldiğini ya da yanında birisi olup olmadığını hatırlamadığını, katılanın tecavüze uğradığını, elbiselerini yırttıklarını söylediğini, üzerinde yelek veya hırka gibi bir şey olduğunu, katılanın perişan bir durumda alkollü olduğunu, yüzünde yara bere izi olup olmadığını hatırlamadığını,

Tanık ...; olay tarihinde Esat Polis merkezinde gündüz görevlisi olduğunu, katılanın bankta oturduğunu gördüğünü, üzerinde eşofman olduğunu, yüzünde etkili eyleme maruz kaldığı şekilde bir emare görmediğini,

Tanık ...; 536... nolu hattı eşi Nargül ile birlikte kullandıklarını, ikinci el cep telefonu satan tanımadığı bir seyyar satıcıdan 6-7 ay kadar önce bahse konu telefonu 40 Lira karşılığında aldığını, telefonun çalıntı olduğunu bilmediğini, katılan ...'i tanımadığını,

İfade etmişlerdir.

Sanık ... kollukta; katılanı Larissa olarak tanıdığını, kendisi ile daha önce Çankaya'daki bir otelde para karşılığında cinsel ilişkiye girdiğini, 04.04.2015 günü eğlenmek için diğer sanık ... ile birlikte gece kulübüne gittiklerini, katılanın yanlarında oturmadığını, çıkışta katılanın arkasından seslenerek kendisini eve götürmesini istediğini, daha önceden tanıdığı için kabul edip diğer sanık ...'a ait araca bindiklerini, aracın kapısını kilitlemek için nedenleri olmadığını, katılanı araçlarına zorla almadıklarını, katılanın arabaya bindikten sonra "bira al" demesi üzerine Esat Caddesi civarındaki büfeden bira aldıklarını, ardından Ulus'ta çantacıların bulunduğu sokakta durduklarını, burada katılanın "bu gece işim olmadı, hiç iş yapamadım" şeklinde sözler söyleyerek kendisi ile cinsel ilişkiye girmek istediğini ima ettiğini, kendisine "burada olmaz ayıptır, olsa olsa otele gidebiliriz" dediğini, bunun üzerine katılanın sinirlenerek bağırıp çağırmaya, elbiselerini soymaya başladığını ve kendilerine küfür ettiğini, bunun üzerine katılanı araçtan indirip uzaklaştıklarını, katılan ile cinsel ilişkiye girmediğini, katılana ait telefonu, parayı, nüfus cüzdanını ne kendisinin ne de diğer sanık ...'ın aldığını, mahkemede benzer anlatımlarından farklı olarak; diğer sanık ... ile birlikte saat 05.00'da bardan çıktıklarında katılanı kapıda gördüğünü, katılanın "beni eve bırakır mısınız" dediğini, arabaya bindiğinde Dikmen'de oturduğunu söylediğini, katılanın aşırı derecede alkollü olduğunu, katılanın aracın arka, kendisinin şoför, sanık ...'ın ise ön yolcu koltuğunda oturduğunu, katılanın yolda kendilerinden bira almalarını istediğini, aldıkları biraları katılanın Ulus Kale civarında içtiğini, ardından "ben bu gece iş yapamadım" diyerek cinsel ilişkide bulunmak istediğini söyleyip, karşılığında para talep ettiğini, zamanı olmadığı ve diğer sanık ...'ın yanında cinsel ilişkiye girmek istemediği için bu teklifi kabul etmediğini, kendilerine hakaret edip bağırma başlama üzerine katılanı araçtan indirdiklerini, aracın kapılarının hareket ettikten sonra kendiliğinden kapandığını ancak içeriden açılabileceğini, cinsel saldırıda bulunmadığını,

Sanık ... kollukta; diğer sanık ... ile birlikte gece kulübüne gittiklerini, katılanı Larissa olarak bildiğini, ilk kez olay günü gördüğü katılanın diğer sanık ...'dan kendisini eve bırakmasını istediğini, katılanın arabaya rızası ile bindiğini, aracın kapısını kilitlemediklerini, aracın arka koltuğundan oturan katılanın kapıyı açma ve cama vurma imkanının bulunduğunu, aşırı derece alkollü olan katılan ile sohbet edip gezmeye başladıklarını, katılanın istemesi üzerine Esat Caddesinden bira aldıklarını, katılanın iki ya da üç bira içtiğini, aracı Bentderesi civarında çantacıların bulunduğu ara sokakta durduklarını, burada katılanın sanık ... ile cinsel ilişkiye girmek istediğini ima ettiğini, ancak sanık ...'ın utandığı için bu teklifi kabul etmediğini, bu yüzden aralarında tartışma çıktığını, katılanın sinirlenip giysilerini çıkarmak istediğinde kendisini engellediklerini, katılanın küfür ederek araçtan indiğini, kendilerinin ise araçla oradan uzaklaştıklarını, katılanın cep telefonu ile parasını almadıklarını, mahkemede; araç hareket edince kapılarının kendiliğinden kapandığını, kapıları dışarıdan kimsenin açamayacağını ancak içeriden açılabileceğini, katılanın istediği biraları Ulus semtinden satın aldıklarını,

Savunmuşlardır.

Uyuşmazlık konularının sağlıklı bir şekilde çözümlenebilmesi için birinci ve ikinci uyuşmazlık konularının bir arada değerlendirilmesinde fayda bulunmaktadır.

Sanık ...'un nitelikli cinsel saldırı suçunu diğer sanık ... ile birlikte TCK'nun 37. maddesi kapsamında işleyip işlemediği, buna bağlı olarak sanık ... hakkında TCK'nun 102/3-d maddesinin uygulanıp uygulanmayacağına ve sanık ...'na atılı kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun yasal unsurları itibarıyla oluşup oluşmadığı ile sanık ...'a atılı kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun sabit olup olmadığına ilişkin uyuşmazlık konularının birlikte değerlendirilmesinde;

5237 sayılı TCK'nun "Cinsel saldırı" başlıklı 102. maddesi suç ve hüküm tarihlerinde;

"(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 olmamak 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 başvuru olan 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 hükmolunur" şeklindedir.

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

Korunan hukukî değer, kişilerin cinsel özgürlüğü ve dokunulmazlığı olduğu cinsel saldırı suçunda failin ve mağdurun, kadın ya da erkek, evli veya bekâr olması mümkündür. Fail ile mağdurun farklı ya da aynı cinsiyetten olması da önemli değildir. Ancak TCK'nun 102. maddesinde düzenlenen cinsel saldırı suçunun mağdurunun 18 yaşını tamamlamış olması gerekir.

Uyuşmazlıkla ilgili 5237 sayılı TCK'nun "Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma" başlıklı 109. maddesi ise;

"(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 arttırılır.

(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 arttırılır.

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

Maddenin birinci fıkrasında; kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun temel şekli düzenlenmiş, ikinci fıkrasında; suçun cebir, tehdit veya hile ile işlenmesi ve 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 yaptırıma bağlanmış, dördüncü fıkrasında; suçun netice sebebiyle ağırlaştırılmış haline, beşinci fıkrasında; cinsel amaçla işlenen özgürlüğü kısıtlama suçuna yer verilmiş, altıncı fıkrasında ise; suçun işlenmesi amacıyla veya sırasında kasten yaralama suçunun sonucu itibarıyla ağırlaştırılmış hallerinin gerçekleşmesi halinde, ayrıca bu suçla ilişkin hükümlerin de uygulanacağı belirtilmiştir.

Maddenin ikinci fıkrasında nitelikli hal olarak sayılan cebir, kişiye karşı fiziki güç kullanmak suretiyle, onun veya bir üçüncü kişinin iradesi ve davranışları üzerinde zorlayıcı bir etki meydana getirilmesidir. Cebre maruz kalan kişi, bu fiziki gücün meydana getirdiği acının etkisiyle belli bir davranışta bulunmaya zorlanmaktadır.

Tehdit, Türk Dil Kurumu Büyük Türkçe Sözlüğü'ne göre, "gözdağı verme" anlamına gelmekte olup bir kimsenin bir zarara veya kötülüğe uğratılacağına bildirilmesidir. Bu bildirim sözlü olması olanaklı olduğu gibi başka yollarla ve bu bağlamda davranışlar yoluyla da yapılması mümkündür. Tehdidin, mağdurun iç huzurunu bozmaya, onda korku ve endişe yaratmaya objektif olarak elverişli olması yeterlidir.

Hile ise, söz, hareket veya diğer davranışlarla bir kişinin bilerek aldatılması ve yanıltılmasıdır. Hile ile kendisinde yanlış düşünce uyandırılan kişi belli bir davranışa sürüklenmekte ve buna zorlanmaktadır. Hilenin alıkoyma veya kaçırmaya yönelik olması gerekir. Ayrıca hile aldatici nitelikte de olmalıdır. Vaad ile hile bir birine karıştırılmamalıdır. Ancak mağdurun yaşı, tecrübesizliği, içinde bulunduğu korku ve endişe hali gibi nedenlerle esasen hür iradesi ile kabul etmeyeceği bir hususun vaad edilerek iradesinin kırılması durumunda hilenin varlığı kabul edilmelidir. Bu nedenle bir şeyin hile olup olmadığı her somut olaydaki koşullara göre değerlendirilmeli ve failin kandırılarak direncinin kırılıp kırılmadığı belirlenip sonuca ulaştırılmalıdır.

Bu suç ile cezalandırılmak istenen husus, bireylerin hareket özgürlüğünün hukuka aykırı biçimde kaldırılması ya da kısıtlanmasıdır. Nitekim bu husus madde gerekçesinde de; "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 ya da bir yerde kalma özgürlüğünün kaldırılması sonucunu doğurabilecek her türlü hareket ile işlenebilir.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun manevi unsuru, failin, mağduru kişisel özgürlüğünden yoksun bırakmaya yönelik hareketleri gerçekleştirmeyi istemesi ve bilmesi, yani genel kasttır. Kanunun metninden ve ruhundan da anlaşılacağı üzere, suçun temel şeklinin oluşumu için saik (özel kast) aranmamıştır. Bu görüş öğretide (Erman-Özek, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, İst-1994, s.130, Ayhan Önder, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 4. Bası, İst-1994, s.31; Durmuş Tezcan-M. Ruhan Erdem-Murat Önok, Teorik-Pratik Ceza Hukuku, Ankara-2008, s.363 vd.; M. Emin Artuk, Ahmet Gökçen, A.Caner Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara-2009, cilt:3, s.2830 vd.; Recep Gülşen, Hürriyeti Tahdit Suçları, Ankara-2002, s.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 TCK'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 hâkim tarafından değerlendirilerek belirlenmesi gerekir. Dolayısıyla suçun oluşumu açısından önceden bir zaman uzunluğunun belirlenmesi mümkün 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. Nitekim birini bir an için tutma bu suçu oluşturmaz. Engellemenin suçu oluşturacak ağırlıkta olup olmadığını somut olayın durumuna göre hâkim takdir eder" (Mehmet Emin Artuk-Ahmet Gökçen-A.Caner Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 14. Baskı, Ankara, 2014, s.292) "Failin cinsel saldırı fiilini işlediği süre dışında da mağdurun özgürlüğünü kısıtlaması halinde faile ayrıca kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan ceza verilecektir." (Veli Özer Özbek-Mehmet Nihat Kanbur-Koray Doğan-Pınar Bacaksız-İlker Tepe, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 8. Baskı, Ankara, 2015, s.337), "Bu suçla birlikte kişi özgürlüğünden yoksun bırakma da söz konusu ise failin ayrıca bu suçtan dolayı da cezalandırılması ve suçun cinsel amaçla işlenmesi nedeniyle de cezanın artırılması gerekir." (Durmuş Tezcan-Mustafa Ruhan Erdem-Murat Önok, Teorik ve Pratik Ceza Hukuku, 11. Baskı, Ankara, 2014, s.345) şeklindeki görüşlere yer verilmek suretiyle, cinsel saldırı suçunu işleyen sanığın unsurlarının bulunması halinde ayrıca kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan da cezalandırılması gerektiği kabul edilmiştir.

Bu aşamada uyuşmazlık konularının isabetli bir şekilde çözümlenebilmesi için faillik kavramının da değerlendirilmesi gerekmektedir.

5237 sayılı Türk Ceza Kanununda suça iştirakte, faillik ve şeriklik ayırımı öngörülmuş, azmettirme ve yardım etme şeriklik kavramı içinde değerlendirilmiştir. 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda suça iştirakte, faillik ve şeriklik ayırımı öngörülmuş, azmettirme ve yardım etme şeriklik kavramı içinde değerlendirilmiştir.

TCK'nun 37. maddesindeki;

"(1) Suçun kanuni tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştiren kişilerden her biri, fail olarak sorumlu olur.

(2) Suçun işlenmesinde bir başkasını araç olarak kullanan kişi de fail olarak sorumlu tutulur. Kusur yeteneği

olmayanları suçun işlenmesinde araç olarak kullanan kişinin cezası, üçte birden yarısına kadar artırılır" şeklindeki hüküm ile maddenin birinci fıkrasında müşterek faillik, ikinci fıkrasında ise dolaylı faillik düzenlenmiştir.

Kanunda suç olarak tanımlanan fiilin, birden fazla suç ortağı tarafından iştirak halinde gerçekleştirilmesi durumunda TCK'nun 37/1. maddesinde düzenlenen müşterek faillik söz konusu olacaktır.

Öğretideki görüşler de dikkate alındığında müşterek faillik için iki şartın birlikte gerçekleşmesi gerekmektedir:

1- Failler arasında birlikte suç işleme kararı bulunmalıdır.

2- Suçun işlenişi üzerinde birlikte hâkimiyet kurulmalıdır.

Müşterek faillikte, birlikte suç işleme kararının yanı sıra fiil üzerinde ortak hakimiyet kurulduğu için her bir suç ortağı "fail" konumundadır. Fiil üzerinde ortak hakimiyetin kurulup kurulmadığının belirlenmesinde, suç ortaklarının suçun icrasında üstlendikleri rolleri ve katkılarının taşıdığı önem göz önünde bulundurulmalıdır.

Kişinin eyleminin, bir suça katılma aşamasına ulaşıp ulaşmadığı, ulaşmışsa da suça katılma düzeyinin belirlenmesi için, eylemin bir aşamasındaki durumun değil, eylemin yapılması için verilen kararın, bu kararın icra ediliş biçiminin, olay öncesi, sırası ve sonraki davranışların da dikkate alınıp, tüm delillerin birlikte değerlendirilmesi gerekir. Zira "yardım etme"yi müşterek faillikten ayıran en önemli unsur, kişinin suçun işlenişi sırasında fiil üzerinde ortak hakimiyetinin bulunmamasıdır.

Faillik kavramının TCK'nun 102/3-d maddesi bakımından değerlendirmesine gelince;

Bu nitelikli halin uygulanabilmesi için TCK'nun 37. maddesi kapsamında müşterek fail olarak eylemi gerçekleştiren en az iki kişinin varlığı gerekli ve zorunludur. (Kocaoğlu S. Sinan, Yargı Kararları Işığında Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, Yetkin, Ankara, 2016, s. 206; Taner Fahri Gökçen, Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, 2. Baskı, Seçkin, Ankara, 2013, s. 210; Tezcan Durmuş/ Erdem Mustafa Ruhan/Önok Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 14. Baskı, Seçkin, Ankara, 2017, s. 384)

Madde gerekçesinde de vurgulandığı üzere faillerden birinin cinsel saldırı suçunu gerçekleştiren doğrudan fail olduğu, diğer failin ise yardım eden veya azmettiren sıfatı ile fiile iştirak ettiği durumlarda bu nitelikli hal uygulanamayacaktır. (Taner, s. 210; Tezcan/Erdem/ Önok, s. 385)

Bu açıklamalar ışığında uyuşmazlık konuları birlikte değerlendirildiğinde;

04.04.2015 tarihinde saat 03.30 sıralarında sanıkların eğlenmek amacıyla gittikleri gece kulübünde katılan ile vakit geçirip saat 05.00'te hep birlikte çıktıkları, sanıkların, katılanı eve bırakabileceklerini söyleyerek araçlarına davet ettikleri, katılanın bu teklifi kabul etmesi üzerine sanık ...'ın kendisine ait aracın ön yolcu, sanık ...'ın şoför, katılanın ise arka koltuğuna oturduğu ve birlikte yola çıktıkları, bir süre sonra sanıkların aracın kapılarını kilitlediği, sanık ...'ın ıssız bir yerde aracı durdurduğu, ardından sanık ...'ın arka koltuğa geçerek katılan ile cinsel ilişkiye girmek istediği, katılanın karşı koyması üzerine sanık ...'ın, katılanı darp edip zorla üzerindeki kıyafetleri çıkarmaya başladığı ve organ sokmak suretiyle katılan ile cinsel ilişkiye girdiği, sanık ...'ın cinsel saldırı eylemini tamamladıktan sonra katılanı darp etmeye devam ettiği sırada aracın ön yolcu koltuğunda oturan sanık ...'ın, "yeter artık vurma, öldüreceksin, başımıza bela açacaksın" şeklinde uyarıda bulunması üzerine sanık ...'ın darp eylemini sonlandırdığı, ardından katılanı çıplak vaziyette araçtan indirdikleri, katılanın kıyafetlerini istemesi üzerine montu ile pantolonunu dışarı atıp olay yerinden uzaklaştıkları olayda;

Sanıkların, eve bırakma hilesiyle katılanı araca bindirmeleri, bir süre ilerledikten sonra aracın kapılarını kilitlemeleri, durumu fark eden katılanın araçtan inmek istediğini söylemesine karşın sanık ...'ın seyrine devam etmesi, aracı ıssız bir yere park ettikten sonra katılanı darp edip nitelikli cinsel saldırı eylemini gerçekleştirmesi, bu sürecin tamamında sanık ...'ın yanında ve aracın içerisinde olan sanık ...'ın sanık ...'ı eylemlerini gerçekleştirmesinden önce veya gerçekleştirdiği sırada engellemeye yönelik herhangi bir söz veya davranışta bulunmaması karşısında; sanık ...'ın cinsel saldırı eylemini bitirip katılanı darp ettiği sırada sanık ...'ın, "yeter artık vurma, öldüreceksin, başımıza bela açacaksın" şeklindeki sözler ile diğer sanık ...'ı uyarmasının, katılandaki yaralanmanın niteliği dikkate alındığında yargılamaya konu suçlar dışında daha vahim neticelerin ortaya çıkacağı endişesiyle söylendiği, katılanın, sanıklar tarafından eve götürülme hilesi ile araca bindirilmesinden itibaren hareket özgürlüğünün sınırlandığı ve bu sınırlamanın cinsel saldırı eylemi sonucu araçtan dışarı atılmasıyla sonlandığı, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun gerçekleştirildiği zaman aralığının bir bölümünde katılana karşı ayrıca nitelikli cinsel saldırı suçunun işlemiş olmasının bu suçun oluşumuna engel olmayacağı, kaldı ki nitelikli cinsel saldırı suçunun işlenmeye başladığı ana kadar kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu açısından yeterli süre de geçtiği anlaşıldığından, olayın başlangıç ve gelişimine göre sanık ... ile birlikte suç işleme kararına sahip olan ve suçun icrasına ilişkin etkin ve fonksiyonel hareketleri ile fiil üzerinde ortak hâkimiyet kuran sanık ...'ın, nitelikli cinsel saldırı ve kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçuna TCK'nun 37/1. maddesi kapsamında müşterek fail olarak katıldığı, bu bağlamda nitelikli cinsel saldırı suçunu birden fazla kişi ile işleyen sanık ... hakkında TCK'nun 102/3-d maddesinin uygulanmasının isabetli olduğunun kabulü gerekmektedir.

Bu itibarla, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı itirazının bu uyuşmazlıklar yönünden kabulüne, sanıklar ... ve ... hakkındaki nitelikli cinsel saldırı ve kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçları bakımından Özel Daire bozma kararının kaldırılmasına, bu hükümlerle ilgili uygulamanın denetlenmesi için dosyanın Özel Daireye gönderilmesine karar verilmelidir.

Sanık ...'un nitelikli cinsel saldırı suçunu diğer sanıkla birlikte TCK'nun 37. maddesi kapsamında işleyip işlemediği ve buna bağlı olarak sanık ... hakkında TCK'nun 102/3-d maddesinin uygulanıp uygulanmayacağına ilişkin uyuşmazlık konusu yönünden çoğunluk görüşüne katılmayan beş Ceza Genel Kurulu üyesi; "sanık ...'ın nitelikli cinsel saldırı suçuna iştirakinin bulunmadığı ve buna bağlı olarak sanık ... hakkında TCK'nun 102/3-d maddesinin uygulanmaması gerektiği",

Sanık ...'na atılı kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun yasal unsurları itibarıyla oluşup oluşmadığına ve sanık ...'a atılı kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun sabit olup olmadığına ilişkin uyuşmazlık konusu yönünden çoğunluk görüşüne katılmayan bir Ceza Genel Kurulu üyesi; "sanıkların kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan beraatlerine karar verilmesi gerektiği",

Düşünceleriyle, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı itirazlarının reddine karar verilmesi gerektiğinden bahisle karşı oy kullanmıştır.

Sanık ...'a atılı hırsızlık suçunun sabit olup olmadığına ilişkin uyuşmazlık konusunun değerlendirilmesine gelince;

TCK'nun 141. maddesinde hırsızlık suçu; "Zilyedinin rızası olmadan başkasına ait taşınır bir malı, kendisine veya başkasına bir yarar sağlamak maksadıyla bulunduğu yerden alma" olarak tanımlanmıştır.

Hırsızlık suçu ile korunan hukuki yarar mülkiyet hakkı ile birlikte zilyetliktir. Kanunda "zilyet" kelimesi ile "başkasına ait" olma kelimesi aynı anda kullanılmıştır. Bu şekilde kanun koyucu, iki farklı hukuki duruma aynı anda yer vererek hırsızlık suçunda zilyetlik ile mülkiyeti ayırmış, her ikisini de koruma altına almıştır.

Suçun konusu taşınır mallardır. Hırsızlık suçunun oluşabilmesi için, failin kendisine veya başkasına bir yarar sağlamak maksadıyla hareket etmesi yeterlidir. Madde metninde geçen "almak" fiilinden maksat ise, suç

konusu mal üzerinde mağdurun zilyetliğine son verilmesi, mağdurun suç konusu eşya üzerinde zilyetlikten doğan tasarruf haklarını kullanmasının olanaksız hale gelmesidir.

Öte yandan, amacı somut olayda maddi gerçeğe ulaşarak adaleti sağlamak, suç işlediği sabit olan faili cezalandırmak, kamu düzeninin bozulmasını önlemek ve bozulan kamu düzenini yeniden tesis etmek olan ceza muhakemesinin en önemli ve evrensel nitelikteki ilkelerinden birisi de, insan haklarına dayalı, demokratik rejimle yönetilen ülkelerin hukuk sistemlerinde bulunması gereken, öğreti ve uygulamada; "suçsuzluk" ya da "masumiyet karinesi" şeklinde, Latince de ise "in dubio pro reo" olarak ifade edilen "şüpheden sanık yararlanır" ilkesidir. Bu ilkenin özü, ceza davasında sanığın mahkûmiyetine karar verilebilmesi açısından göz önünde bulundurulması gereken herhangi bir soruna ilişkin şüphenin, mutlak surette sanık yararına değerlendirilmesidir. Oldukça geniş bir uygulama alanı bulunan bu kural, dava konusu suçun işlenip işlenmediği, işlenmişse sanık tarafından işlenip işlenmediği ya da gerçekleştiriliş şekli hususunda herhangi bir şüphe belirmesi halinde uygulanabileceği gibi, suç niteliğinin belirlenmesi bakımından da geçerlidir. Ceza mahkûmiyeti, herhangi bir ihtimale değil, kesin ve açık bir ispata dayanmalı, bu ispat, hiçbir şüphe ya da başka türlü oluşa imkan vermemeli, toplanan delillerin bir kısmına dayanılıp, diğer kısmı gözardı edilerek ulaşılan kanaate değil, kesin ve açık bir ispata dayanmalıdır. Yüksek de olsa bir ihtimale dayanılarak sanığı cezalandırmak, ceza muhakemesinin en önemli amacı olan gerçeğe ulaşmadan hüküm vermek anlamına gelecektir.

Bu bilgiler ışığında uyuşmazlık konusu değerlendirildiğinde;

Sanık ...'ın nitelikli cinsel saldırı ve kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçlarına sanık ... ile birlikte TCK'nun 37/1. maddesi kapsamında müşterek fail olarak katıldığı anlaşılmış ise de; katılanın kovuşturma aşamasında cep telefonunu sanık ...'ın aldığını beyan etmesi, katılanın bulunduğu arka koltuğa sadece sanık ...'ın geçmesi ve bu süreçte sanık ...'ın sürekli aracın ön yolcu koltuğunda oturması birlikte göz önüne alındığında, sanık ...'ın diğer sanık ... ile birlikte aldığı suç işleme kararının hırsızlık suçunu kapsamaması ve katılana ait cep telefonu ile çantanın araç içerisinde kaldığını bildiğine dair bir delilin de bulunmaması karşısında, sanık ...'ın hırsızlık suçunu sonradan oluşan ani bir kararla tek başına işlediği ve sanık ...'ın bu suçta iştirakinin bulunmadığı kabul edilmelidir.

Bu itibarla, sanık ...'un hırsızlık suçunu işlediğine yönelik delil bulunmadığından beraatine karar verilmesi gerektiği yönündeki Özel Daire bozma kararı isabetli olup, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı itirazının bu uyuşmazlık yönünden reddine karar verilmelidir.

Bu uyuşmazlık konusu yönünden çoğunluk görüşüne katılmayan Ceza Genel Kurulu Üyesi ...; "Sanıklar ... ve ... hakkında cinsel saldırı ve kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçlarından kurulan hükümlere katılmakla birlikte sayın çoğunluğun sanık ...'a atılı hırsızlık suçunun sabit olmadığı yönündeki kararına aşağıdaki gerekçelerle katılmak mümkün olmamıştır.

Olay gecesi arkadaş olan her iki sanığın mağdurenin çalıştığı bara gidip saat 05.00'a kadar eğlendikten sonra evine bırakmayı teklif ettikleri mağdureyi de yanlarına alarak sanık ...'a ait olup sanık ...'ın kullandığı araçla bardan ayrıldıkları, sanık ...'ın bir süre sonra aracın kapılarını kilitleyip mağdurenin evinin bulunduğu adres yerine güzergah değiştirerek aracı تنها bir yere götürdüğü, arka koltukta oturan mağdureye cinsel ilişki teklif ettiği, reddedilmesi üzerine yanına gelerek darp edip zorla cinsel saldırıda bulunduğu, cinsel saldırı sonrasında da şiddet eylemlerine devam etmesi üzerine aracın ön koltuğunda oturan diğer sanık ...'ın 'yeter artık vurma, öldüreceksin, başımıza bela açacaksın' yönündeki uyarılarından sonra saldırılarını sonlandırdığı, akabinde içerisinde cep telefonu ve bir miktar para bulunan çantasını alıkoyarak mağdureyi araçtan dışarı atıp yollarına devam ettikleri, bilahare telefonun bir seyyar satıcıya satıldığı ve yağma suçundan tanzim edilen iddianameye konu eylemin hırsızlık olarak kabul edildiği eylemde; aracın kendisine ait olduğu hususu da hatırd tutularak, gerek mağdureye ait çantanın görülemeyecek kadar küçük bir nesne olmadığı, gerekse diğer sanığın cinsel saldırı sonrasında da şiddet içerikli eylemlerine

devam etmesi nedeniyle endişeye kapılıp tüm dikkatini arkaya vererek sözlü olarak uyarılarda bulunması hususları da nazara alındığında sanık ...'ın kendisinin de içerisinde bulunduğu araçta işlenen hırsızlık suçundan haberdar olup, tüm eylemlerden asli fail olarak diğer sanıkla birlikte sorumlu olduğu ve cezalandırılması gerektiği kanaatiyle sayın çoğunluğun bu sanık yönünden hırsızlık suçunun sabit olmadığı yönündeki gerekçeyle beraatine dair kararına iştirak edilmemiştir" düşüncesiyle,

Çoğunluk görüşüne katılmayan dört Ceza Genel Kurul Üyesi de; benzer düşüncelerle karşı oy kullanmışlardır.

#### SONUÇ:

Açıklanan nedenlerle;

1- Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı itirazının;

a- Sanık ... hakkındaki hırsızlık suçuna ilişkin uyuşmazlık yönünden REDDİNE,

b- Sanıklar ... ve ... hakkındaki nitelikli cinsel saldırı ve kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçlarına ilişkin uyuşmazlıklar yönünden KABULÜNE,

2- Yargıtay 14. Ceza Dairesinin 06.02.2017 gün ve 10807-492 sayılı sanıklar ... ve ... hakkındaki nitelikli cinsel saldırı ve kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçlarından verilen bozma kararının KALDIRILMASINA,

3- Sanıklar ... ve ... hakkındaki nitelikli cinsel saldırı ve kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçları ile ilgili uygulamaların denetlenmesi için dosyanın Yargıtay 14. Ceza Dairesine gönderilmek üzere Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına TEVDİİNE, 21.11.2017 tarihinde yapılan müzakerede her üç uyuşmazlık yönünden oyçokluğuyla karar verildi.