

**FRANSIZ VE TÜRK CEZA KANUNU'NDA
CİNSEL TACİZ SUÇU
(Kanunilik İlkesi Bakımından Bir Değerlendirme)
(*A study of sexual harassment crime in French and Turkish
Penal Codes according to principle of legality*)**

Gülfem PAMUK*

ÖZET

Fransız Anayasa Konseyi, Fransız Ceza Kanunu (CP) madde 222-33'de düzenlenen cinsel taciz suçuna ilişkin hükmü, kanunilik ilkesine aykırı olduğu gerekçesiyle 4 Mayıs 2012 tarihinde iptal etmiş ve 6 Ağustos 2012 tarihinde kabul edilen 2012-954 sayılı Kanun ile cinsel taciz suçu yeniden tanımlanmıştır. Yeni düzenlemede cinsel taciz suçunun temel şekli çok hareketli suç olarak tanımlanmış, madde 222-33'ün birinci ve ikinci fıkralarında cinsel içerikli hareketlerin tekrarlanıp tekrarlanmamasına göre suçun iki farklı şekli öngörülmüştür.

Türk ceza hukukunda TCK m.105/1'de cinsel taciz suçu tanımlanmamış, eylemin "cinsel amaçlı taciz" şeklinde olacağı ifade edilmiştir. Türk Ceza Kanunu'nun madde gerekçesinde ise cinsel tacizin, cinsel yönden ahlak temizliğine aykırı olarak mağdurun rahatsız edilmesi olduğu ve vücut dokunulmazlığının ihlali niteliği taşımayan cinsel davranışlarla gerçekleştirilebileceği belirtilmiştir. Ancak gerekçede, hangi tür hareket veya sözlerin bu madde kapsamında olduğu açık ve net bir biçimde açıklanmamıştır. Çalışmamızda, Türk ve Fransız Ceza Hukuku'nda cinsel taciz suçu, kanunilik ilkesi bakımından mukayeseli olarak incelenecektir.

Anahtar kelimeler: Cinsel taciz suçu, Türk Ceza Kanunu, Fransız Ceza Kanunu, Kanunilik ilkesi.

Abstract

French Conseil Constitutionnel (Constitutional Committee) held that the provision previously included in the Criminal Code (at Article 222-33) was void on the grounds that it was insufficiently precise and therefore unconstitutional on 4 May 2012 (Conseil Constitutionnel, May 4, 2012, n°2012-240).

* Dr., Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi

The new law re-establishes former article 222-33 of the Criminal Code and defines sexual harassment more precisely as two offences: “The criminal offence of sexual harassment by repeated words or actions of a sexual nature” and “The criminal offence of sexual harassment by sexual blackmail”.

The crime of sexual harassment is described in Article 105 of the Turkish Penal Code. Article 105 is considered, actions constituting sexual harassment must have the following key elements: The action should be performed with sexual purpose, should violate moral pureness in a sexual manner, should not be in contact with the victim's body, should have been committed against the victim's will and should have disturbed the victim.

Keywords: Sexual harassment, French Penal Code, Turkish Penal Code, Principle of Legality.

I. Giriş

Suç ve cezanın ancak yasayla konulabileceğini ifade eden “suçta ve cezada kanunilik ilkesi (Nullum crimen, nulla poena sine lege)”, çağdaş ceza hukukunun önemli ilkelerinden biridir. Bu ilke, bireylerin hangi davranışların suç oluşturduğunu ve bunların karşılığında hangi cezaların öngörüldüğünü bilmelerini sağlar; hakimlerin bireyleri keyfi olarak cezalandırmalarını önler ve yasakoyucuyu insan haklarına ve demokratik anayasal haklara aykırı yasalar yapma konusunda sınırlandırır¹.

Suçta ve cezada kanunilik ilkesi, bir yandan kişisel hürriyet ve dokunulmazlığı korurken, bir yandan da bu hürriyeti sınırlar. Ancak bu ilke sayesinde, ceza hukuku sosyal savunmayı sağlayıcı amacı ile ferdi koruma amacını bağdaştırabilir².

Alman hukukçu Feuerbach tarafından hukuki bir ilke haline getirildiği kabul edilen³ suçta ve cezada kanunilik ilkesine, Fransız İhtilali'nden hemen sonra yayınlanan Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi'nin 8. maddesinde, 1791 ve 1793 tarihli Fransız Anayasalarında ve 1810 tarihli Fransız Ceza Kanunu'nda yer verilmiştir⁴. Türk hukukunda ilk defa 1839 tarihli Tanzimat Fermanı'nda örtülü olarak yer alan bu ilke, 1876 tarihli Kanunu Esasi'de (madde 10) açık olarak düzenlenmiştir⁵. Cumhuriyet döneminde, 1961 ve 1982 Anayasası'nda bu ilkeye yer verilmiştir.

1982 Anayasası'nın 38. maddesinin ilk fıkrasında, “Kimse kanunun suç say-

¹ N.Centel/H.Zafer/Ö.Y.Çakmut, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, İstanbul 2011, 46-47.

² S.Dönmezer/S.Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C. 2, İstanbul 1999, 17.

³ F.Erem/A.Danışman/M.E.Artuk, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 1997, 94-95.

⁴ Bu ilkenin ilk izlerine Montesquieu ve Beccaria'nın eserlerinde rastlanmaktadır. 18. Yüzyılda Montesquieu “Kanunların Ruhu Üzerine” adlı eserinde suçta ve cezada kanunilik ilkesini ele almış ve özgürlüğü kanunların izin verdiği her şeyi yapma hakkı olarak tanımlanmıştır. Bkz: C.Montesquieu, *Kanunların Ruhu Üzerine*, (Çev. Fehmi Baldaş), Ankara 2004, 155; C.Beccaria, *Suçlar ve Cezalar Hakkında*, (Çev. Sami Selçuk), Ankara 2004, 31-32.

⁵ T.Taner, *Ceza Hukuku-Umumi Kısım*, İstanbul 1949, 132-134.

madığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz” denilerek “suçun yasallığı”, üçüncü fıkrasında ise “ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur” denilerek, “cezanın yasallığı” ilkesi getirilmiştir. Anayasa'nın 38. maddesine paralel olarak Türk Ceza Kanunu'nun 2. maddesinde yer alan “suçta ve cezada kanunilik” ilkesi gereğince, yasaklanan eylemlerin ve bu yasak eylemlere verilecek cezaların hiçbir kuşkuyla yer bırakmayacak biçimde yasada gösterilmesi, açık, anlaşılır ve belirli olması gerekmektedir.

Benzer şekilde Fransız Anayasası'nın 34. maddesi suçta ve cezada kanunilik ilkesini düzenlemektedir. Buna göre, cünha ve cürümlerin tayini, cezalar, uygulanacak muhakeme usulü, yeni yargı düzeninin ihdası ve yargı üyelerinin statüsü yasalar tarafından belirlenir. Kanunkoyucu ceza kanununun sınırlarını belirlemekle yükümlüdür⁶.

Çalışmamızın konusunu, Türk ve Fransız Ceza Hukuku'nda cinsel taciz suçunun kanunilik ilkesi bakımından mukayeseli olarak incelenmesi oluşturmaktadır. Bu konunun seçiminde, Fransız Anayasa Konseyi'nin, Fransız Ceza Kanunu (CP) madde 222-33'de düzenlenen cinsel taciz suçuna ilişkin hükmünü, kanunilik ilkesine aykırı olduğu gerekçesiyle 4 Mayıs 2012 tarihinde iptal etmesi ve 6 Ağustos 2012 tarihinde kabul edilen 2012-954 sayılı Kanun ile cinsel taciz suçunun yeniden tanımlanması etkili olmuştur.

Fransız Anayasa Konseyi tarafından cinsel taciz suçuna ilişkin hükmün iptal edilmesinden önce, Fransız öğretisinde, cinsel taciz suçunun tanımının açık ve belirli olmadığı ve bu şekilde suçun kanunilik ilkesine aykırı olduğu yönünde görüşler ileri sürülmekteydi. Diğer taraftan, kanun metninde açık bir düzenleme olmamasına rağmen, uygulamada “cinsel taciz suçunun çok hareketli suç olduğu” yönünde bir kabul oluşmuştu. Son yasal değişiklikle, Fransız kanunkoyucu, öğretiyi ve uygulamadaki çok hareketli suç eğilimini dikkate almış ve kanunilik ilkesi çerçevesinde cinsel taciz suçunu daha belirli bir şekilde tanımlamıştır⁷. Yeni düzenlemede cinsel taciz suçunun temel şekli çok hareketli suç olarak tanımlanmış, madde 222-33'ün birinci ve ikinci fıkralarında cinsel içerikli hareketlerin tekrarlanıp tekrarlanmamasına göre suçun iki farklı şekli öngörülmüştür.

Türk ceza hukukunda cinsel taciz suçu, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun ikinci kitabının “kişilere karşı suçlar” başlıklı ikinci kısmının, “cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar” başlıklı altıncı bölümünde, 105. maddede düzenlenmiştir. Aslında, TCK m.105/1'de cinsel taciz suçu tanımlanmamış, eylemin “cinsel amaçlı ta-

⁶ Belirtmek gerekir ki, evrensel hukuk kurallarından olan “kanunilik ilkesi” uluslararası belgelerde de yerini almıştır. İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nin 11. maddesinde, Uluslararası Siyasi ve Medeni Haklar Sözleşmesi'nin 15. maddesinde ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 7. maddesinde yasallık ilkesi düzenlenmiştir.

⁷ J.Perrier, “Harcèlement sexuel: précisions sur l'abrogation en raison de l'imprécision-Arret rendu par Conseil constitutionnel”, Actualité Juridique Pénale, no: 9 du 13.09.2012, 482.

ciz” şeklinde olacağı ifade edilmiştir. Türk Ceza Kanunu’nun madde gerekçesinde ise cinsel tacizin, cinsel yönden ahlak temizliğine aykırı olarak mağdurun rahatsız edilmesi olduğu ve vücut dokunulmazlığının ihlali niteliği taşımayan cinsel davranışlarla gerçekleştirilebileceği belirtilmiştir. Ancak gerekçede, hangi tür hareket veya sözlerin bu madde kapsamında olduğu açık ve net bir biçimde açıklanmamıştır. Belirtmek gerekir ki, Türk hukukunda, “cinsel taciz” suçunun hangi eylemleri suç olarak öngördüğü hususunda, gerek öğreti, gerekse yerel mahkeme ve Yargıtay uygulamalarında farklılıklar bulunmaktadır.

Çalışmamızda öncelikle, Fransız Ceza Kanunu’nda cinsel taciz suçunun, ilk defa suç olarak kabul edilmesinden, ilgili hükmün Anayasa Konseyi tarafından 4 Mayıs 2012 tarihinde kanunilik ilkesine aykırı görülerek iptal edilmesine kadar geçen süreçte geçirdiği değişiklikler kronolojik olarak ele alınacaktır. Fransız öğretisinde ileri sürülen görüşler ve Yüksek Mahkeme’nin bu konudaki kararları incelenerek, cinsel taciz suçunun çok hareketli suç olarak kabul edilmesi sonucunu doğuran son yasal değişiklik üzerinde durulacaktır. İkinci olarak, Türk Ceza Kanunu’nda cinsel taciz suçu, kanunilik ilkesi açısından mevzuat ve uygulama ışığında değerlendirilecektir.

II. Fransız Ceza Kanunu’nda Cinsel Taciz Suçunun Kanunilik İlkesi Bakımından İncelenmesi

1. Genel olarak

Fransız Ceza Kanunu’nda, cinsel taciz suçu, “kişilere karşı işlenen cürüm ve cünhalar” başlıklı ikinci kitabın, “kişinin fiziksel ve ruhsal bütünlüğüne karşı suçlar” başlıklı ikinci bölümünün, “cinsel saldırılar” başlıklı üçüncü kısmında, m. 222-33’de düzenlenmiştir⁸.

Fransız Ceza Kanunu m.222-33’de düzenlenen cinsel taciz suçuna ilişkin hüküm, Fransız Anayasa Konseyi tarafından madde metninin belirsizliği gerekçesiyle 4 Mayıs 2012 tarihinde iptal edilmiş⁹ ve 6 Ağustos 2012 tarihinde kabul edilen Kanun ile cinsel taciz suçu yeniden tanımlanmıştır¹⁰.

Fransız Anayasa Konseyi’nin cinsel taciz suçunu düzenleyen maddeyi kanunilik ilkesine aykırı bularak iptal etmesine ve yeni kanuni düzenlemeye kadar, cinsel taciz suçu seneler içerisinde birçok kez değişikliğe uğramıştır.

⁸ Fransız Ceza Kanunu’nun orijinal resmi metni için bkz: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070719> (Erişim tarihi: 08.01.2013).

⁹ Fransız Anayasa Konseyi, 04.05.2012, no: 2012-240 QPC, Journal officiel de la République française (JORF), no: 0106 du 5 mai 2012, p. 8015, texte no: 150.

Karar metninin tamamı için bkz:

http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexteArticle.do;jsessionid=CAE31829762A46C8216AFC64DCE35941.tpdjo04v_1?cidTexte=JORFTEXT000025803132&idArticle=JORFARTI000025803133&dateTexte=20120505&categorieLien=cid#JORFARTI000025803133 (Erişim tarihi: 08.01.2013).

¹⁰ 6 Ağustos 2012 tarih ve 2012-954 sayılı Kanun.

2. Fransız Ceza Hukukunda cinsel taciz suçunun tarihi gelişimi

a. 22 Temmuz 1992 tarih ve 92-684 sayılı Kanun

Fransız Ceza Kanunu'nda cinsel taciz suçu, ilk defa 1992 tarihli Kanun'la düzenlenmiştir¹¹.

Fransız Hükümeti tarafından meclise sunulan kanun tasarısında cinsel taciz suçuna yer verilmemişti. 21 Haziran 1991 tarihinde gerçekleştirilen birinci meclis görüşmesi sırasında Yvette Roudy ve Gérard Gouzes isimli milletvekilleri cinsel tacizin suç olarak düzenlenmesi önerisinde bulunmuşlardı. Bu öneriye göre cinsel taciz suçu, Fransız Ceza Kanunu, 5. Bölüm 1. Kısım'da, ayrımcılık suçlarının düzenlendiği bölümde yer alacaktı¹².

İkinci meclis görüşmesi 2 Aralık 1991 tarihinde gerçekleştirilmiş ve cinsel tacizin suç olarak düzenlenmesi konusunda görüş birliğine varılmıştır. Ancak suçun tanımı üzerinde farklı görüşler ileri sürülmüştür. Örneğin bazı milletvekilleri, tasarıda geçen "rahatsız etmek" ifadesinin kaldırılarak cinsel taciz suçunun daha açık ve anlaşılır şekilde tanımlanması gerektiğini ileri sürmüşlerdir. Diğer taraftan, Raportör Michel Pezet tarafından, cinsel taciz suçunun çok hareketli suç olarak düzenlenmesi ve suçun tekrarlayan hareketlerin yapılması ile oluşması önerilmiştir. Ancak bu öneri, somut olaya göre bazı durumlarda tekrarlanma şartı aranmadan, tek bir cinsel içerikli hareketin de cinsel taciz suçunu oluşturabileceği gerekçesiyle reddedilmiştir¹³.

Toplantı, cinsel taciz suçunun, ayrımcılık suçlarının düzenlendiği bölümde değil, cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar bölümünde düzenlenmesi hususunun kabulü ile sona ermiştir. Ancak aksi görüşlere rağmen, cinsel taciz suçunun tanımında "rahatsız etmek" ifadesine yer verilmiştir. Suçun oluşabilmesi için, hareketin birden fazla kez yapılması yönünde bir düzenlemeye de gidilmemiştir.

1992 Tarihli Kanun'da, cinsel taciz suçu şu şekilde tanımlanmıştır; "*Görevinin verdiği yetkiyi kötüye kullanarak, emir, tehdit veya maddi cebir ile cinsel çıkar sağlamak amacıyla başkasını rahatsız eden kişi bir sene hapis ve yüz bin frank para cezası ile cezalandırılır*"¹⁴.

¹¹ 22 Temmuz 1992 tarih ve 92-684 sayılı Kanun.

¹² Projet de loi relatif au harcèlement sexuel, Etude d'impact, Juin 2012, 3. http://www.legifrance.gouv.fr/content/download/2808/19806/version/1/file/ei_harcelement_sexuel_cm_13.06.2012.pdf (Erişim tarihi: 06.01.2013).

¹³ Projet de loi relatif au harcèlement sexuel, 3.

¹⁴ Services du Conseil constitutionnel, "Décision no 2012-240 QPC, Article 222-33 du Code Pénal, Définition du délit d'harcèlement sexuel", Dossier Documentaire, 4. <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/download/2012240QPCdoc.pdf> (Erişim tarihi: 08.01.2013).

b. 17 Haziran 1998 tarih ve 98-468 sayılı Kanun

1998 Tarihinde, cinsel taciz suçu yeniden tanımlanmış ve madde metnindeki; “*emir, tehdit veya maddi cebir ile*” ifadeleri “*emirler vererek, tehditler savurarak, ciddi baskılar veya kuvvet uygulayarak*” şeklinde değiştirilmiştir¹⁵.

Cinsel taciz suçu bu değişiklik sonucunda şu şekli almıştır:

“*Görevinin verdiği yetkiyi kötüye kullanarak, emirler vererek, tehditler savurarak, ciddi baskılar veya kuvvet uygulayarak, cinsel çıkar sağlamak amacıyla başkasını rahatsız eden kişi bir sene hapis ve yüz bin frank para cezası ile cezalandırılır*”.

Bu dönemde öğretilerde bazı yazarlar, cinsel taciz suçunun oluşabilmesi için “emir, tehdit ve maddi cebir” aranması şartını eleştirmişlerdir. Bu yazarlara göre, söz konusu kavramlar ırza geçme suçu ve diğer cinsel suçlar bakımından da arandığından karışıklığa sebebiyet verecek niteliktedir. Cinsel dokunulmazlığa yönelik suçların tanımlarında ortak kavramlar kullanılması suçları birbirine yaklaştırmakta, dolayısıyla hakime geniş takdir yetkisi tanımaktadır. Örneğin bu düzenlemede hakim, cinsel saldırı suçuna teşebbüs halini cinsel taciz suçu olarak kabul ederek, faille cinsel saldırı suçuna oranla daha az ceza verebilecektir¹⁶.

c. 17 Ocak 2002 tarih ve 2002-73 sayılı Kanun

2002 Tarihinde cinsel taciz suçu tekrar değişikliğe uğramış, “*görevinin verdiği yetkiyi kötüye kullanarak*” ve “*emirler vererek, tehditler savurarak, kuvvet veya ciddi baskı uygulayarak*” ifadeleri madde metninden çıkarılmıştır¹⁷. Anayasa Konseyi’nin iptaline kadar yürürlükte kalan düzenleme şu şekildedir: “*Cinsel çıkar sağlamak amacıyla başkasını rahatsız eden kişi bir sene hapis ve 15.000 Euro para cezası ile cezalandırılır*”¹⁸.

Anayasa Konseyi tarafından iptal edilmesine kadar yürürlükte kalan bu düzenleme öğretilerde eleştirilere uğramıştır. Bir görüşe göre, “rahatsız etmek” kavramının tam olarak neyi ifade ettiği açık değildir, söz konusu tanım belirsizdir ve bu şekilde kanunilik ilkesine aykırıdır¹⁹. Fransız Yüksek Mahkemesi’nin de bu görüşü destekleyen kararlarına rastlanmaktadır. Yüksek Mahkeme’nin 2007 tarihli bir kararına göre, cinsel taciz suçunun tanımında geçen “cinsel çıkar sağlamak amacıyla başkasını rahatsız etmek” ifadesi muğlak bir kavramdır. Cinsel taciz suçunun tanımı

¹⁵ 17 Haziran 1998 tarih ve 98-468 sayılı Kanun.

¹⁶ Projet de loi relatif au harcèlement sexuel, 4.

¹⁷ 17 Ocak 2002 tarih ve 2002-73 sayılı Kanun.

¹⁸ Services du Conseil constitutionnel, “Décision no. 2012-240 QPC, Article 222-33 du Code Pénal, Définition du délit d’harcèlement sexuel”, 5.

¹⁹ M.Dini/F.Zocchetto/Y.Détraigne, “Proposition de loi-Relative à la définition du harcèlement sexuel”, Sénat, Session Ordinaire de 2011-2012, no: 556, 3. <http://www.senat.fr/rap/r11-596/r11-5961.pdf> (Erişim tarihi: 08.01.2013).

suçun unsurlarını kuşkuya yer bırakmayacak şekilde ortaya koyamamaktadır ve bu durum yasallık ilkesine aykırıdır²⁰.

Diğer bir görüşe göre, yeni düzenlemede, “görevin verdiği yetkiyi kötüye kullanma” şartının kaldırılması ve “*emirler vererek, tehditler savurarak, kuvvet veya ciddi baskı uygulayarak*” ifadelerine yer verilmemesi nedeniyle cinsel taciz suçunun kapsamı çok genişletilmiştir²¹. Bu bağlamda, flört etmek isteyen insanların bu suçun faili, gece klüplerinin ve barların ise cinsel taciz suçunun organize şekilde işlendiği yerler haline dönüşmesi kaçınılmaz olacaktır²².

Belirtmek gerekir ki, Fransız Adli İstatistik Kurumu'nun verilerine göre, 2002 yılından sonra cinsel taciz suçundan hüküm giyenlerin sayısında artış olmuştur. Buna göre, 1994-2002 yılları arasında cinsel taciz suçundan her yıl ortalama 30-40 kişi mahkum olmaktadır. 2002 Yılından sonra bu sayı artmış, 2004 yılında 63'e, 2005-2010 yılları arasında ise yılda ortalama 70-85'e yükselmiştir²³. Öğretide bu artış, 2002 tarihli Kanun ile cinsel taciz suçunun tanımının genişletilmesine bağlanmıştır²⁴.

3. Fransız Yüksek Mahkemesi'nin konu ile ilgili kararları

Fransız Yüksek Mahkemesi, cinsel taciz suçunun tanımının açık olmadığı yönünde öğretide ileri sürülen eleştirileri dikkate almış, suçun gerçek anlamını ve kapsamını ortaya koymak amacıyla birbirini destekleyen ve besleyen birçok karar vermiştir.

Fransız Yüksek Mahkemesi'nin 2002 yılından sonra cinsel taciz suçuna ilişkin verdiği kararlarda daraltıcı yorum metodunu kullandığı, diğer bir deyişle, cinsel taciz suçunun kapsamını mahkeme içtihatlarıyla daraltma yoluna gittiği söylenebilir. Bu çerçevede, özellikle tanımda geçen “rahatsız etmek” kavramının tam olarak neyi ifade ettiği hususu içtihatlarla ortaya konulmak istenmiştir. Böylelikle, suçun tanımının daha açık ve anlaşılır şekilde ortaya konulması, hakimnin takdir yetkisini sınırlandırarak keyfi uygulamaların önüne geçilmesi amaçlanmıştır. Diğer taraftan, Yüksek Mahkeme, hangi durumlarda suçun oluşumu için hareketin tekrarının aranacağı, hangi durumlarda suçun tek hareketle işlenmiş sayılacağı konusunda önemli kararlar vermiştir.

Öğretide haklı olarak ifade edildiği gibi, tedbirli bir yasakoyucunun, yeni hükümler getirirken alışılmış uygulamayı ve Yargıtay içtihatlarını gözardı etmemesi gerekir²⁵. Bu doğrultuda, Fransız Yüksek Mahkemesi'nin cinsel taciz suçunun tek-

²⁰ Cour de Cassation, Chambre Criminelle, 24.01.2007, no: 06-84429. Karar için bkz: Services du Conseil constitutionnel, “Décision no. 2012-240 QPC, Article 222-33 du Code Pénal, Définition du délit d'harcèlement sexuel”, 9.

²¹ Projet de loi relatif au harcèlement sexuel, 6.

²² (Maître) Eolas, “L'abrogation du délit de harcèlement sexuel”, Journal d'un avocat, 05.05.2012, <http://www.maitre-eolas.fr/post/2012/05/05/L-abrogation-du-delit-de-harcement-sexuel> (Erişim tarihi: 08.01.2013).

²³ Projet de loi relatif au harcèlement sexuel, 8-9.

²⁴ Projet de loi relatif au harcèlement sexuel, 9.

²⁵ N.Centel, “Yeni Türk Ceza Yasası ve Kadın”, İstanbul Barosu 127. Kuruluş Yılı ve Avukatlar Günü

rarlanan çok hareketli suç olarak kabulü yönünde gösterdiği eğilim Ağustos 2012 tarihli yasal değişikliğe yansımıştır.

Fransız Yüksek Mahkemesi'nin 2004 tarihli bir kararına göre, *rahatsız etmek* kavramının içerisinde agresif bir davranış da vardır. Kişinin karşı tarafa duygularını ifade etmesi, teklifini düşünmesini istemesi ve onu dudağından öpmesi agresif bir davranış değildir. Mahkemenin mevcut delilleri değerlendirmesi ve hareketin ne şekilde cinsel çıkar amacı taşıdığını ortaya koyması şarttır. Fiilin suç kalıbına uymaması, suçun yokluğuna eşdeğerdir. Bu nedenle, bu gibi davranışların her durumda cinsel taciz suçunu oluşturacağını söylemek doğru olmaz²⁶.

Fransız Yüksek Mahkemesi'nin benzer bir başka kararına göre, cinsel taciz suçunun oluşabilmesi için, failin açık veya örtülü hareketlerle mağdur üzerinde belirli bir baskı veya nüfus kurması gerekir. İltifat etmek, aşkını itiraf ederek akşam yemeğine gitme teklifinde bulunmak gibi hareketler tek başına, failin mağdur üzerinde baskı kurarak cinsel çıkar sağlamak amacına yöneldiğini göstermez²⁷.

Belirtmek gerekir ki, Fransız Yüksek Mahkemesi çoğunlukla, karşı tarafla gönül ilişkisi kurmak amacıyla yapılan hareketleri, diğer bir deyişle, flört etme girişimlerini cinsel taciz suçu kapsamında görmemiştir. Kaba ve nezaketsiz olmamak koşuluyla, sadece bir kere gerçekleştirilen hareketlerin cinsel taciz suçunu oluşturmayacağı kabul edilmiştir. Mahkeme'ye göre, bu hareketlerin bir kere yapılması durumunda kişinin taciz amacı netleşmez. Ancak birkaç defa tekrarlanması durumunda, kişinin kastı netleşir ve davranışların cinsel taciz suçunu oluşturduğu kanaati ağır basar²⁸. Bu dönemde öğretilde, Yüksek Mahkeme'nin cinsel taciz suçu bakımından örtülü de olsa çok hareketli suç²⁹ yaklaştığı ifade edilmiştir³⁰.

Yüksek Mahkeme'ye göre, kişi davranışlarıyla karşı tarafa eğilimini ve samimi sevgisini ifade etmek istemiş olabilir. Kişilerin duygularını açıklamak amacıyla ger-

Kutlama Etkinlikleri çerçevesinde 06.04.2005 tarihinde yapılan "AB'ne Uyum Yasalarında Kadın Erkek Eşitliği ve Eşitlik Kurumları" konulu panelde sunulan tebliğin güncellenmiş metni, 8. (Polis Dergisi 44 (2005)'de yayınlanmıştır). Bkz: <http://nurcentel.com/makaleler/yenitckvekadin.pdf> (Erişim tarihi: 10.01.2013).

²⁶ Cour de Cassation, Chambre Criminelle, 10.11.2004, no: 03-87986. Karar için bakınız: Services du Conseil constitutionnel, "Décision no. 2012-240 QPC, Article 222-33 du Code Pénal, Définition du délit d'harcèlement sexuel", 8.

²⁷ Cour de Cassation, Chambre Criminelle, 31.01.2012, no: 11-82985. Karar için bakınız: Services du Conseil constitutionnel, "Décision no. 2012-240 QPC, Article 222-33 du Code Pénal, Définition du délit d'harcèlement sexuel", 11.

²⁸ Cour d'Appel de Versailles, 29.11.1996, no: 1996-055890; Cour d'Appel de Paris, 23.05.2000, no: 2000-125316; Cour d'Appel de Paris, 10.05.2001, no: 2001-147949; Cour d'Appel de Paris, 27.06.2001, no: 2001-155582. Kararlar için bakınız: Projet de loi relatif au harcèlement sexuel, 12.

²⁹ Fransız Ceza Hukuku'nda alışkanlık suçuna (les délits d'habitude) yer verilmiştir. Buna göre, bazı suçların cezalandırılabilmesi için en az iki kere işlenmiş olmaları gerekmektedir. Bkz: G.Cornu, Vocabulaire Juridique, Paris 2009, 284.

³⁰ Cour de Cassation, Chambre Criminelle, 10.11.2004, no: 03-87.986. Karar için bkz: Projet de loi relatif au harcèlement sexuel, 14.

çektirdikleri flört girişimlerini ve samimi beyanlarını taciz saymak doğru olmaz. Mahkeme'ye göre bu gibi davranışlar bir arkadaşlığın başlangıcı olabilir ve bir aile kurulması için de ümit vaat eder. Karşı tarafı daha iyi tanımak, içten ve samimi şekilde duygularını ifade edip, hissettirmek amacıyla yapılan hareketler suç olarak kabul edilemez. Aksi takdirde, flört girişimlerinin cinsel taciz suçunu oluşturduğunu kabul etmek gerekecektir³¹.

Yüksek Mahkeme'nin bazı kararlarında belli bir yoğunluğa ulaşsa dahi, bu gibi hareketlerin cinsel taciz suçunu oluşturmayacağını kabul ettiği görülmektedir. Örneğin, belirli aralıklarla öğlen ve akşam yemeklerine davet etmek, çiçek hediye etmek, telefonla arayıp, mail atmak gibi hareketler karşı tarafı tavlama girişimleri olarak görülmüş ve bu hareketlerin cinsel taciz suçunu oluşturmayacağı ifade edilmiştir³².

Belirttiğimiz gibi, Fransız Yüksek Mahkemesi kural olarak, kaba ve nezaketsiz olmamak koşuluyla, karşı tarafla sevgili olmak amacıyla yapılan hareketleri, diğer bir deyişle, flört etme girişimlerini cinsel taciz suçu kapsamında görmemektedir. Ancak, Yüksek Mahkeme'nin, nezaket sınırlarını aşan flört girişimlerini dahi cinsel taciz suçu kapsamında görmediği kararlarına rastlamak mümkündür. Örneğin, X şirketi müdürü Paris'te bir toplantı olduğu konusunda çalışanına yalan beyanda bulunarak kendi arabasıyla Paris'e gelmesini sağlamış, Paris'e ulaştıklarında ise toplantının gününü yanlış hatırladığını söyleyerek birlikte akşam yemeğine gitmeyi önermiş, akşam yemeğinden sonra geldikleri otelde ise sekreterinin yanlışlıkla tek kişilik oda rezervasyonu yaptırdığını söylemiştir. Yüksek Mahkeme söz konusu olayda cinsel taciz suçunun oluşmadığına karar vermiştir. Mahkeme'ye göre, patronun davranışları nezaket sınırlarını aşmış olsa da, flört amacıyla yapılan, karşı tarafa ilgi ve eğilimi gösteren bu gibi hareketler basit sosyal davranışlardır ve cinsel taciz suçunu oluşturmazlar³³.

Fransız Yüksek Mahkemesi'nin kararları incelendiğinde cinsel taciz suçunun çoğunlukla çok hareketli suç olarak kabul edildiği ve hareketin belli bir yoğunluğa ulaşmasının arandığı görülmektedir. Ancak önemle belirtmek gerekir ki, Mahkeme bazı kararlarında suçun oluşumu için tek bir hareketin varlığını yeterli görmüştür. Örneğin, karşı tarafı yersiz ve lüzumsuz şekilde ellemek, karşı tarafa telefon ederek açık saçık konuşmak, iç çamaşırı hediye etmek gibi hareketlerin tekrarı aranmamış ve bu hareketlerin sadece bir kere yapılmış olması ile cinsel taciz suçunun oluştuğu kabul edilmiştir³⁴.

³¹ Cour d'Appel de Douai, 10.09.1997, no: 1997-990026. Karar için bakınız: *Projet de loi relatif au harcèlement sexuel*, 12.

³² Cour d'Appel de Metz, 01.09.2003, no: 2003-228443. Karar için bakınız: *Projet de loi relatif au harcèlement sexuel*, 13.

³³ Cour de Cassation, Chambre Criminelle, 19.01.2005, no: 04-83.443. Karar için bkz: *Projet de loi relatif au harcèlement sexuel*, 13.

³⁴ Cour de Cassation, Chambre Criminelle, 21.11.2007, no: 2007-042085.

Bu dönemde öğretilerde, cinsel taciz suçunun yeniden ve daha açık şekilde tanımlanması, pozitif bir düzenleme yapılarak uygulamadaki “cinsel taciz suçunun kural olarak çok hareketli suç olduğu” yönündeki kabulün yasallaşması gereği ifade edilmekteydi³⁵. Fransız kanunkoyucu, öğretilerdeki görüşleri ve uygulamadaki eğilimi dikkate almış, kanunilik ilkesine aykırı olduğu gerekçesiyle cinsel taciz suçuna ilişkin hükmü iptal etmiş ve yeni yasal düzenleme ile suçu daha belirli bir tanıma kavuşturmuştur³⁶.

4. Cinsel taciz suçuna ilişkin hükmün kanunilik ilkesine aykırı bulunarak Fransız Anayasa Konseyi tarafından iptal edilmesi

Fransız Ceza Kanunu m. 222-33’de “*cinsel çıkar sağlamak amacıyla başkasını rahatsız eden kişi bir sene hapis ve 15.000 Euro para cezası ile cezalandırılır*” şeklinde tanımlanmış bulunan cinsel taciz suçunun, Fransız Anayasası ile garanti altına alınan hak ve özgürlükleri ihlal ettiği iddiasıyla, 29 Şubat 2012 tarihinde Anayasa Konseyi’ne başvuruda bulunulmuş ve hükmün iptali istenmişti³⁷.

Fransız Anayasa Konseyi, cinsel taciz suçunun tanımında yer alan “cinsel çıkar sağlamak amacıyla başkasını rahatsız etmek” ifadesinin yeterince açık olmadığı ve maddenin bu haliyle suçta ve cezada kanunilik ilkesine aykırılık teşkil ettiği gerekçesiyle maddenin iptaline karar vermiştir³⁸.

Fransız Anayasası’nın 34. maddesi suçta ve cezada kanunilik ilkesini düzenlemektedir. Buna göre, cünha ve cürümlerin tayini, cezalar, uygulanacak muhakeme usulü, yeni yargı düzeninin ihdası ve yargı üyelerinin statüsü yasalar tarafından belirlenir. Anayasa Konseyi’ne göre, Fransız Anayasası’nın 34. maddesi ve 1789 tarihli Fransız İnsan Hakları Beyannamesi’nin 8. maddesi gereğince kanunkoyucu ceza kanununun sınırlarını belirlemekle yükümlüdür. Suçların açık, seçik ve belirli olması kanunilik ilkesinin bir gereğidir.

Fransız Anayasa Konseyi’nin cinsel taciz suçunu tanımlayan hükmü iptal etmesindeki öncelikli amaç, kanunilik ilkesini düzenleyen Fransız Anayasası m. 34’ün gereklerini yerine getirmek, bu çerçevede suçu anlaşılabilirlik, açıklık ve belirlilik ilkelerine uygun hale getirecek kanuni düzenlemelerin yapılmasını sağlamaktır. İptal kararının ikinci amacı ise, cinsel taciz suçundan mağdur olan kişileri daha geniş bir alanda ve daha etkili şekilde korumak olarak ifade edilmiştir³⁹.

³⁵ Projet de loi relatif au harcèlement sexuel, 13.

³⁶ Cinsel taciz suçunun daha belirgin bir tanıma kavuşturulmasında, Avrupa Komisyonu’nun 23.09.2002 tarih ve 2002/73/CE sayılı, 13.12.2004 tarih ve 2004/113/CE sayılı, 05.07.2006 tarih ve 2006/54/CE sayılı tavsiye kararları etkili olmuştur. Bkz: E.Allain, “Harcèlement sexuel: la loi et la circulaire”, *Actualité Juridique Pénale*, No: 09 du 13.09.2012, 435.

³⁷ Cour de Cassation, Chambre Criminelle, 29.02.2012, no: 1365. Bkz: *Journal officiel de la République française (JORF)*, no: 0106 du 5 mai 2012, 8015.

³⁸ Fransız Anayasa Konseyi, 04.05.2012, no: 2012-240 QPC, *Journal officiel de la République française (JORF)*, no: 0106 du 5 mai 2012, p. 8015, texte no: 150.

³⁹ Projet de loi relatif au harcèlement sexuel, 30-31.

5. Cinsel taciz suçunun yeni tanımı

6 Ağustos 2012 tarihli Kanun'un 1. maddesi ile cinsel taciz suçu yeniden düzenlenmiştir. Fransız Ceza Kanunu m. 222-33'e göre cinsel taciz suçunun yürürlükte bulunan yeni tanımı şu şekildedir:

Cinsel taciz; tekrarlanan bir şekilde bir kimseyi, onur kırıcı veya aşağılayıcı niteliğiyle haysiyetini zedeleyen veya kişiye karşı korkutucu, düşmanca veya saldırgan bir durum yaratan cinsel içerikli söylem veya davranışlara maruz bırakmaktır.

Tekrarlanan nitelikte olmasa dahi, failin, kendisinin veya üçüncü bir kişinin yararına olarak, açıkça veya görünüş itibarıyla cinsel bir fayda elde etmek amacıyla kişiye her çeşit ciddi baskı uygulaması da cinsel taciz kapsamındadır.

Yeni düzenleme ile cinsel taciz suçunun cezası, Fransız Ceza Kanunu'nda düzenlenen diğer cinsel içerikli suçların cezalarına ve meydana gelen mağduriyetin ağırlığına paralel olarak arttırılmıştır. Buna göre, hem birinci hem de ikinci fıkrada düzenlenen cinsel taciz suçunun cezası iki yıl hapis ve 30 000 Euro adli para cezasıdır.

Cinsel taciz suçunun, görevin verdiği yetkiyi kötüye kullanmak suretiyle işlenmesi, 15 yaşından küçük çocuklara veya yaşı, hastalığı, sakatlığı, fiziksel veya psikolojik zayıflığı veya gebe olması nedeniyle kendisini koruyamayacak kişilere karşı işlenmesi ve birden fazla kişi tarafından işlenmesi durumu ağırlaştırıcı neden olarak düzenlenmiştir. Nitelikli hallerin gerçekleşmesi durumunda suçun cezası üç yıl hapis ve 45 000 Euro adli para cezası olarak öngörülmüştür.

Cinsel taciz suçu, failin veya üçüncü bir kişinin yararına olarak, açık veya örtülü şekilde, cinsel içerikli bir tatmin elde etmek amacıyla yönelik olmalıdır. Cinsel bir fanteziye dayalı veya cinsel bir arzuyu ortaya çıkaran basit fiziksel temas da bu kapsamdadır⁴⁰.

Yeni yasal düzenlemede, cinsel taciz suçu hareketlerin tekrarlanıp tekrarlanmamasına göre madde 222-33'ün birinci ve ikinci fıkralarında iki farklı şekilde tanımlanmıştır.

a. Cinsel taciz suçunun tekrarlanan hareketlerle işlenmesi

6 Ağustos 2012 tarihli Kanun'la yapılan değişikliklerle, Fransız Ceza Kanunu m. 222-33'ün ilk fıkrasında, cinsel taciz suçunun temel şekli çok hareketli suç olarak düzenlenmiştir. Bu fıkraya göre, failin suç sayılması, hareketlerin tekrarlanması

⁴⁰ La Garde des Sceaux Ministre de la Justice, "Présentation des dispositions de droit pénal et de procédure pénale de la loi no: 2012-954 du 6 août 2012 relative au harcèlement sexuel", 7 Aout 2012, 6.

Metnin tamamı için bkz: <http://www.affaires-publiques.org/textof/TO/12/6191-0812.htm> (Erişim tarihi: 06.01.2013).

şartına bağlanmıştır. Hareketin tekrarlanması en az iki kere yapılmasını ifade eder. Hareketler arasında belirli bir zaman geçmiş olması şart değildir. Hareketler kısa bir zaman dilimi içerisinde yapılmış olsa dahi suç oluşabilir⁴¹.

b. Cinsel taciz suçunun bir kere işlenmesi

Fransız Ceza Kanunu m. 222-33'ün ikinci fıkrası tekrarlanan nitelikte olmayan cinsel taciz suçunu düzenlemektedir. Suçun açık veya örtülü şekilde veya failin kendisinin veya üçüncü bir kişinin yararına olacak şekilde işlenmesi mümkündür.

Tekrarlanan nitelikte olmasa dahi, failin hareketinin cinsel taciz suçunu oluşturabilmesi için, bu hareketin ilk fıkradaki hareketten daha ağır olması, diğer bir deyişle mağdur üzerinde “ağır baskı” yaratması gerekir. Hareketin ağırlığı, mağdur üzerinde yarattığı etki ve amacına bağlı olarak hareket tek bir kere yapılmış olsa dahi cinsel taciz suçu oluşacaktır.

Cinsel taciz suçuna ilişkin yeni yasal düzenlemenin yapıldığı günün ertesinde, 7 Ağustos 2012 tarihinde, Fransa Adalet Bakanlığı tarafından bir genelge yayınlanmış ve bu genelgede “ağır baskı” kavramı üzerinde durularak, bu kavramın neyi ifade ettiği örnekleme yoluyla açıklanmaya çalışılmıştır.

Genelgeye göre, cinsel taciz suçunun, örneğin bir işe girmek, bir işte yükselmek, bir yeri kiralamak, bir sınavdan geçmek gibi talepleri bulunan mağdura karşı, mağdurun bu taleplerini karşılayabilecek bir pozisyonda bulunan fail tarafından, kendisinin veya üçüncü bir kişinin yararına olarak işlenmesi halinde, “ağır baskı”nın olduğu kabul edilecektir. Benzer şekilde, suçun, bir işten çıkarılmamak veya sınıfta kalmamak gibi kendisine zarar verecek bir durumdan kaçınmak isteyen mağdura karşı işlenmesi halinde de “ağır baskı”nın olduğu kabul edilecektir. Çünkü bu gibi durumlar, mağdurun maruz kaldığı baskıya karşı direncini kırmaktadır. Mağdur üzerinde bu ağır baskı, tek bir hareketle veya tekrarlayan hareketlerle meydana getirilebilir. Ancak tek bir hareket suçun oluşması için yeterlidir⁴².

⁴¹ La Garde des Sceaux Ministre de la Justice, “Présentation des dispositions de droit pénal et de procédure pénale de la loi no: 2012-954 du 6 août 2012 relative au harcèlement sexuel”, 4; Türk öğretisinde, hukuki anlamda hareketin teklifinden ne anlaşılması gerektiğini ifade eden Zafer'e göre; “Bir irade ile birbirine bağlanan birden fazla doğal anlamda hareket varsa, hareketler aynı hedefe yönelmişse ve aralarında yer ve zaman bakımından sıkı bir ilişki varsa, hareketler kesintisiz olarak birbirini takip ediyor veya aynı hareket tekrarlanıyorsa, hareketler dışarıdan objektif olarak bakıldığında bir bütün olarak değerlendirilebiliyorsa hukuki anlamda hareketin teklifinden söz edilecektir. Bkz: H.Zafer, Ceza Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2011, 172.

⁴² La Garde des Sceaux Ministre de la Justice, “Présentation des dispositions de droit pénal et de procédure pénale de la loi no: 2012-954 du 6 août 2012 relative au harcèlement sexuel”, 6.

III. Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Taciz Suçunun Kanunilik İlkesi Bakımından İncelenmesi

1. Genel olarak

1982 Anayasası'nın 38. maddesinin ilk fıkrasında, "Kimse kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz" denilerek "suçun yasallığı", üçüncü fıkrasında ise "ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur" denilerek, "cezanın yasallığı" ilkesi getirilmiştir. Anayasa'nın 38. maddesine paralel olarak Türk Ceza Kanunu'nun 2. maddesinde yer alan "suçta ve cezada kanunilik" ilkesi gereğince, yasaklanan eylemlerin ve bu yasak eylemlere verilecek cezaların hiçbir kuşkuyla yer bırakmayacak biçimde yasada gösterilmesi, açık, anlaşılır ve belirli olması gerekmektedir.

Öğretide haklı olarak ifade edildiği gibi, çağdaş ceza hukuku belirsiz, muğlak, keyfiliğe yol açacak gevşek suç modellerine sırtını dönmek durumundadır⁴³. Suçları tespit eden kanun hükümlerinin tanımları açık ve seçik nitelik göstermeli, farklı anlamlara gelen, belirsiz kavramlar kullanılmamalıdır⁴⁴.

Türk ceza hukukunda cinsel taciz suçu, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun ikinci kitabının "Kişilere karşı suçlar" başlıklı ikinci kısmının, "Cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar" başlıklı altıncı bölümünde, 105. maddede düzenlenmiştir. TCK m.105/1'de cinsel taciz suçu tanımlanmamış, eylemin "cinsel amaçlı taciz" şeklinde olacağı ifade edilmiştir. Türk Ceza Kanunu'nun madde gerekçesinde ise cinsel tacizin, cinsel yönden ahlak temizliğine aykırı olarak mağdurun rahatsız edilmesi olduğu ve vücut dokunulmazlığının ihlali niteliği taşımayan cinsel davranışlarla gerçekleştirilebileceği belirtilmiştir. Ancak gerekçede, hangi tür hareket veya sözlerin bu madde kapsamında olduğu açıklanmamıştır.

2. Türk Ceza Kanunu'nda cinsel taciz suçunun tarihi gelişimi

a. 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu

765 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda cinsel taciz suçuna yer verilmemişti. 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun ikinci kitabının sekizinci babı (m. 414-447) "Adabı Umumiye ve Aile Nizamı Aleyhine Cürümler" başlığını taşımakta ve 44 maddeden oluşan bu bab içerisinde, diğer suçlar yanında, ırza geçme, ırza tasaddi, edep ve iffete saldırı, söz atma ve sarkıntılık suçlarına da yer verilmekteydi⁴⁵.

⁴³ U.Alacakaptan, "Ceza Hukukunda Tamamlayıcı Kurallar Ya Da Öteki Ceza Hukuku", 3. Yılında Ceza Adalet Sistemi, Hukuk Devletinde Suç Yaratılmasının ve Suçun Aydınlatılmasının Sınırları Sempozyumu, Ankara 2009, 18.

⁴⁴ A.Önder, Ceza Hukuku Dersleri, İstanbul 1992, 60.

⁴⁵ Cinsel özgürlüğe yönelik suçların "Adabı Umumiye ve Aile Nizamı Aleyhine Cürümler" başlığı altında düzenlenmiş olması öğretide eleştirilmiştir. Centel'e göre, böyle bir başlık altında toplanan suçlarda korunan hukuki yarar, cinsel özgürlüğe yönelik suçlarla korunması gereken hukuki yararlar

765 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda söz atma ve sarkıntılık eylemleri tanımlanmamış, suçun kapsamı öğreti ve mahkeme içtihatlarıyla ortaya konulmaya çalışılmıştır⁴⁶. Örneğin, 1990 tarihli bir Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararına göre sarkıntılık, belirli bir kimseye karşı işlenen, o şahsın edep ve iffetine dokunan ani ve hareketler yönünden kesiklik gösteren, şehvet kastıyla işlenen edepsizce davranışlardır. Tasaddi ise, mağdur üzerinde işlenen ve cinsel birleşme kastı taşımayan, devamlılık gösteren şehvi hareketlerdir. Sarkıntılık suçunda ani ve kesiklik gösteren hareketler tasaddi fiilinde süreklilik kazanmakta ve ısrarla sürdürülmektedir⁴⁷.

Diğer taraftan, şehvet duygusu ile belirli bir kimseye sözle veya mektupla yapılan saldırı olarak tanımlanan söz atmak cürmünde hareketin ani olması aranmıştır. Failin hareketlerinin devamlılık göstermesi, sırnaşıkça bir hal alması durumunda ise maddenin ikinci kısmında düzenlenen sarkıntılık suçunun oluştuğu kabul edilmiştir⁴⁸.

aa. 1997 Tarihli Türk Ceza Kanunu Öntasarısı

Türk hukukunda cinsel taciz suçuna ilk defa 1997 tarihli Türk Ceza Kanunu Öntasarısı'nda yer verilmiştir. "Söz atma, sarkıntılık ve cinsel taciz" başlıklı 317. maddeye göre cinsel taciz suçu söz atma ve sarkıntılık fiillerinin ağırlatıcı nedeni olarak düzenlenmişti. Öntasarıdaki metin şu şekildedir:

*"Kadınlara veya erkeklere söz atanlara üç aydan altı aya kadar hapis veya 6 milyon Liradan 10 milyon Liraya kadar ağır para cezası verilir. Kadınlara ve erkeklere sarkıntılık edenlere altı aydan iki yıla kadar hapis cezası verilir. Bu fiiller mağdurun hüküm ve nüfuzu altında bulunduğu kimsenin cinsel tacizi şeklini alırsa faile verilecek ceza bir yıldan az olamaz. Bu maddede yer alan suçların kovuşturulması şikayete bağlıdır"*⁴⁹.

bb. 2000 Tarihli Türk Ceza Kanunu Tasarısı

Cinsel taciz suçu, 2000 tarihli Türk Ceza Kanunu Tasarısı'nın 319. maddesinde, 1997 tarihli Türk Ceza Kanunu Öntasarısı'na paralel şekilde düzenlenmişti.

aynı olamaz. Bu suçların düzenlenmesinde genel adap ve aile düzeni değil, insan onurunu, bireyin kendisini koruma amacı güdülmelidir. Bkz: N.Centel, "Kadını Şiddete Karşı Korumaya Yönelik Yasa Hükümlerine Eleştirel Yaklaşım", İstanbul Ticaret Üniversitesi İnsan Hakları Hukuku ve Kadın Paneli, İstanbul 2003, 7. <http://nurcentel.com/makaleler/kadinakarsisiddet.pdf> (Erişim tarihi: 20.01.2013).

⁴⁶ H.Y.Sevük, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Saldırı ve Cinsel Taciz Suçları", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 57, 2005, 270.

⁴⁷ YCGK, 24.12.1990, 343/361; Y4CD, 09.10.2002, 12216/14621. Aktaran: Sevük, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Saldırı ve Cinsel Taciz Suçları", 271.

⁴⁸ A.Önder, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, İstanbul 1991, 381.

⁴⁹ Madde metni için bkz: Türk Ceza Kanunu Ön Tasarısı (1997), T.C. Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Dairesi Başkanlığı, Özel Seri: 3, 97.

Madde gerekçesinde ise cinsel taciz suçu “cinsel yönden ahlak temizliğine aykırı olarak mağdurun rahatsız edilmesi” şeklinde tanımlanmıştır⁵⁰.

cc. 2003 Tarihli Türk Ceza Kanunu Tasarısı

2003 Tarihli Türk Ceza Kanunu Tasarısı küçük bazı değişiklikler dışında, 1997 Ön Tasarısı ve 2000 Tasarısı'na paralel düzenlenmiştir. 2003 Tasarısı, 28.07.2003 tarihinde TBMM Adalet Komisyonu tarafından Adalet Alt Komisyonu'na gönderilmiş, Adalet Alt Komisyonu 2003 tarihli Hükümet Tasarısı üzerinde kapsamlı değişikliklere gitmiştir. Tasarı'da yapılan değişikliklerden biri de cinsel taciz suçuna ilişkindir.

Cinsel taciz suçunun düzenlendiği madde 108'de, bir kimseyi cinsel amaçlı olarak taciz eden kişi hakkında mağdurun şikayeti üzerine, üç aydan iki yıla kadar hapis cezasına veya adli para cezasına hükmedileceği ifade edilmiştir. Madde gerekçesinde ise, “cinsel yönden ahlak temizliğine aykırı olarak mağdurun rahatsız edilmesi” olarak tanımlanan cinsel tacizin, kişinin vücut dokunulmazlığının ihlali niteliği taşımayan cinsel davranışlarla gerçekleştirilebileceği belirtilmiştir⁵¹.

Adalet Komisyonu'nda 105. madde olarak kabul edilen bu metin, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 105. maddesinde yer alan cinsel taciz suçunun ilk şeklini oluşturmuştur. 29.06.2005 Tarihinde, 5377 sayılı Kanun'la maddenin ikinci fıkrasında değişiklik yapılmış ve madde bugünkü halini almıştır⁵².

⁵⁰ Türk Ceza Kanunu Tasarısı ve Türk Ceza Kanununun Yürürlüğe Konulmasına ve Mevzuata Uyumuna Dair Kanun Tasarısı, Ankara 2000, 323-324. Aktaran: M.E.Artuk, “Cinsel Taciz Suçu”, Hukuki Perspektifler Dergisi, S. 7, Temmuz 2006, 72.

⁵¹ Hükümet tasarısında cinsel taciz suçunu düzenleyen maddenin gerekçesi şöyledir: “Maddede yer alan söz atma, sarkıntılık fiilleri aslında 320. maddede öngörülen suçun özel şekillerini oluşturur. Söz atma, sarkıntılık derecesine varmayan, sadece sözle gerçekleştirilen yani süreklilik göstermeyen, örf ve adet dışı ve edebe aykırı saldırılardır. Sözler bir defa söylenmekle kalmayıp devamlılık gösterir yani tekrarlanırsa, fiili, sarkıntılık olarak nitelendirmek gerekir. Söz atma suçunun faili kadın veya erkek, mağduru da kadın veya erkek olabilir. Ancak erkeğin mağdur olabilmesi için genç olması aranmaz. Sarkıntılığa da fail ve mağdur bakımından aynı durum vardır. Ancak erkek mağdurun varlığı halinde genç olması gerekmez. Sarkıntılık fiili, bir kişiye karşı onun rızasına aykırı olarak şehvet maksadıyla söz ve hareketle edep ve iffete saldırı oluşturacak surette ve ırza tecavüz veya tasaddi suçuna veya bunların teşebbüsüne varmayacak hareketlerden oluşur. Amerikan hukukunda öteden beri var olan ve 1994 Fransız Ceza Kanununda da yer verilen “cinsel taciz” suçunu, söz atma ve sarkıntılık suçları kapsamaktadır. Ancak maddenin üçüncü fıkrasında söz konusu fiillerin mağdurun hüküm ve nüfusu altında bulunduğu kimsenin cinsel tacizi (cinsel yönden ahlak temizliğine aykırı olarak rahatsız edilmesi) şeklini alması ağırlaştırıcı neden sayılmıştır. Bu ağırlaştırıcı nedenin oluşması için, failin bir kere sarkıntılık veya söz atma fiillerini işlemiş bulunması yeterlidir. Bu fiillerin üçüncü fıkrada nitelikleri belirtilen kimseler tarafından yapılması zorunludur. Maddenin son fıkrası suçların soruşturulması ve kovuşturulmasını şikâyete bağlı tutmuştur.” Bkz: R.Özmen, Notlu-Gerekçeli- Karşılaştırmalı 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu, Ankara 2004, 322-323.

⁵² 105. maddenin ikinci fıkrası, 5377 sayılı ve 29.06.2005 tarihli Yasa ile genişletilerek, eğitim ve öğretim ilişkisi ile aile içi ilişkiyi de kapsar hale getirilmiştir. Maddenin ikinci fıkrasında, 29.06.2005

b. 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Dönemi

5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda cinsel taciz suçu, "cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar" başlıklı bölümde, 105. maddede düzenlenmiştir⁵³. Maddenin birinci fıkrasında, bir kimseyi cinsel amaçlı olarak taciz eden kişi hakkında, mağdurun şikayeti üzerine, üç aydan iki yıla kadar hapis cezasına veya adli para cezasına hükümlenileceği belirtilmiş, ikinci fıkrasında ise suçun nitelikli hallerine yer verilmiştir⁵⁴.

5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda cinsel taciz suçu, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 421. maddesinde düzenlenen "söz atma ve sarkıntılıktaki bulunma" suçuna karşılık düzenlenmiş, maddede geçen "söz atma ve sarkıntılıktaki bulunma" ifadeleri yerine "cinsel amaçlı taciz" ifadelerine yer verilmiştir⁵⁵.

TCK m.105/1'de cinsel taciz suçu tanımlanmamış, eylemin "cinsel amaçlı taciz" şeklinde olacağı belirtilmiştir. 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun madde gerekçesinde ise cinsel tacizin, cinsel yönden ahlak temizliğine aykırı olarak mağdurun rahatsız edilmesi olduğu ve vücut dokunulmazlığının ihlali niteliği taşımayan cinsel davranışlarla gerçekleştirilebileceği ifade edilmiştir. Ancak gerekçede de, hangi tür hareket veya sözlerin bu madde kapsamında olduğu açık ve net bir biçimde açıklanmamıştır⁵⁶.

tarif ve 5377 sayılı Yasa ile yapılan değişikliğin gerekçesi şu şekildedir: "Yapılan değişiklikle, cinsel taciz suçunun eğitim ve öğretim ilişkisinden veya aile içi ilişkiden kaynaklanan nüfusun kötüye kullanılması suretiyle işlenmesi hali, bu suçun daha ağır cezayı gerektiren bir nitelikli unsur olarak tanımlanmıştır. Ayrıca belirtmek gerekir ki cinsel taciz suçunun nitelikli unsurlarının gerçekleştiği durumlarda, soruşturma ve kovuşturmanın yapılması mağdurun şikâyetine bağlı değildir". Aktaran: M.Artunç, *Kişilere Karşı Suçlar*, Ankara 2008, 735.

⁵³ 765 Sayılı TCK m. 421'de düzenlenen "söz atma ve sarkıntılıktaki bulunma" genel adap ve aile düzeni aleyhindeki cürümler arasında düzenlenmişken, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenen "cinsel taciz suçu", kişilere karşı suçlar kısmında ve cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar bölüm başlığı altında düzenlenmiştir. Bkz: N.Centel, "Cinsel Suç Mağduru Kadının Korunması", Prof.Dr. Kenan Tunçomağ'a Armağan, İstanbul 1997, 61; V.Ö.Özbek/N.Kanbur/K.Doğan/P.Bacaksız/İ. Tepe, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Ankara 2010, 398.

⁵⁴ TCK m.105: (1) Bir kimseyi cinsel amaçlı olarak taciz eden kişi hakkında, mağdurun şikayeti 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 ailesinden ayrılmak zorunda kalmış ise, verilecek ceza bir yıldan az olamaz.

⁵⁵ Sevük, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Saldırı ve Cinsel Taciz Suçları", 269.

⁵⁶ 105. maddenin gerekçesi şu şekildedir: "Madde 105– Madde metninde cinsel taciz suçu tanımlanmıştır. Cinsel taciz, kişinin vücut dokunulmazlığının ihlali niteliği taşımayan cinsel davranışlarla gerçekleştirilebilir. Cinsel taciz, cinsel yönden, ahlak temizliğine aykırı olarak mağdurun rahatsız edilmesinden ibarettir. Maddenin ikinci fıkrasında cinsel taciz suçunun nitelikli halleri 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 tutulmuştur". Aktaran: H.Erol, *5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu*, Ankara 2007, 1303.

Belirtmek gerekir ki, gerekçede ifade edilen “cinsel davranış” ve “ahlak temizliğine aykırı hareket” ifadeleri muğlaktır. Ahlak göreceli bir kavram olup, suç tanımlarında bu gibi kavramların kullanılması, suçun maddi unsurunun belirlenmesini zorlaştırmaktadır⁵⁷.

Gerekçedeki ifadeye paralel şekilde, Yargıtay kararlarında da, mağdurun cinsel yönden ahlak temizliğine aykırı olarak rahatsız edilmesinden ibaret eylemin cinsel taciz suçunu oluşturduğu ifade edilmektedir⁵⁸. Belirtmek gerekir ki, “ahlak temizliğine aykırı hareket” kavramı toplum içerisinde değişik sosyal sınıflara göre değişebilen göreceli bir kavramdır. Bu gibi kavramları bir hukuk kuralına dönüştürmek hususuna kuşkuyla yaklaşmak gerekir⁵⁹.

Diğer taraftan, 105. maddede fiilin cinsel amaçlı olmasından bahsedilirken, gerekçede fiilin cinsel davranışla gerçekleştirileceğinden bahsedilmiştir. Ancak, cinsel amaçlı olarak yapılan her hareketin cinsel davranış olarak kabul edilmesi mümkün değildir⁶⁰. Örneğin, mağduru evine kadar takip edip ona telefon numarasını veren failin hareketi cinsel amaçlı olabilir, ancak cinsel davranış olduğu söylenemez. Cinsel amaçlı olmayan hareketler ise cinsel taciz suçunu oluşturmaz⁶¹. Örneğin bir futbol maçında karşı takımı rencide etmek için yapılan el kol hareketleri veya söylenen sözler cinsel taciz suçunu değil, hakaret suçunu oluşturacaktır. Benzer şekilde bir kimsenin yol kenarında tuvaletini yapmak için cinsel organını çıkarması durumunda, eylem cinsel amaç taşımadığından cinsel taciz suçunu oluşturmayacaktır⁶².

Anayasa'nın 2. maddesinde düzenlenen hukuk devleti ilkesinin, suçta ve cezada kanunilik ilkesi, belirlilik ilkesi, kıyas yasağı ve geçmişe uygulama yasağı ilkelere de içerdiği Anayasa Mahkemesi tarafından kabul edilmektedir⁶³. Bu kabule rağmen, cinsel taciz suçunun kanunilik ilkesine aykırı olduğu gerekçesiyle yapılan iptal başvurusu Anayasa Mahkemesi tarafından reddedilmiştir.

⁵⁷ Madde gerekçesinde geçen “ahlak temizliğine aykırı” ifadesi öğretilerde eleştirilmiş ve cinsel tacizin tanımının değişken ve belirsiz bir kavram olan ahlak temizliğine bağlanmasının tartışmaya açık bir durum yarattığı ifade edilmiştir. Bkz: Centel, “Yeni Türk Ceza Yasası ve Kadın”, 11; D.Tezcan/M.R.Erdem/ R.M.Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Ankara 2007, 311.

⁵⁸ Y5CD, 13.06.2007, 3968/4751. Aktaran: A.Parlar/M.Hatipoğlu, Türk Ceza Kanunu Yorumu, Ankara 2010, C.2, 1732.

⁵⁹ D.Yarsuvat, “Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar”, Değişen Toplum ve Ceza Hukuku Karşısında TCK'nun 50 Yılı ve Geleceği, İstanbul 1977, 648 ve 663; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 402.

⁶⁰ Sevik, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Saldırı ve Cinsel Taciz Suçları”, 273.

⁶¹ Artuk, “Cinsel Taciz Suçu”, 73.

⁶² M.Artunç, “Cinsel Taciz Suçu”, Terazi Hukuk Dergisi, Temmuz 2007, S. 11, 105 ve 107.

⁶³ Anayasa Mahkemesi, 19.04.2007, 39/53. Resmi Gazete: 29.12.2007 T., No: 26741.

3. Cinsel taciz suçuna ilişkin hükmün iptali istemiyle Anayasa Mahkemesi'ne yapılan başvuru

Cinsel taciz suçunu düzenleyen 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu m. 105/1'in Anayasa'nın hukuk devleti ile suçta ve cezada kanunilik ilkelerini düzenleyen 2. ve 38. maddelerine aykırı olduğu iddiasıyla Kırklareli Sulh Ceza Mahkemesi tarafından iptali istenmiştir⁶⁴.

Cinsel taciz suçundan açılan söz konusu kamu davasında, sanık, üzerine atılı suçlamayı kabul etmemiş, sadece katılanla tanışmak amacıyla mesaj çektiğini, kesinlikle katılana hakaret dolu ve cinsel taciz içerir bir şey söylemediğini savunmuştur.

Maddenin iptalini isteyen Kırklareli Sulh Ceza Mahkemesi başvurusunda, cinsel taciz suçunun madde metninde değil, gerekçede tanımlandığını, Resmi Gazete'de yayımlanmayan madde gerekçesinin ise yargı mercilerini bağlamayacağını ifade etmiştir. Yerel Mahkeme'ye göre, madde metninde suçun maddi unsurunun hangi eylemleri içerdiğinin açıkça belirtilmemesi ve bu konuda öğreti ile uygulamada farklılıklar bulunması, itiraz konusu kuralın Anayasa'nın 2. ve 38. maddelerine aykırı olduğunu göstermektedir.

İptal istemini inceleyen Anayasa Mahkemesi, TCK m. 105/1'in, Anayasa'nın 2. ve 38. maddelerine aykırı olmadığına ve iptal isteminin reddine karar vermiştir. Anayasa Mahkemesi'ne göre, hukuk devletinde ceza hukukuna ilişkin düzenlemelerde Anayasa'ya ve ceza hukukunun temel ilkelerine bağlı kalmak koşuluyla hangi eylemlerin suç sayılacağı, bunlara uygulanacak yaptırımın türü ve ölçüsü, cezayı ağırlaştırıcı ve hafifletici nedenlerin belirlenmesi gibi konularda yasakoyucunun takdir yetkisi bulunmaktadır.

Her ne kadar, itiraz konusu TCK m. 105/1'de, hangi tür davranışların "cinsel taciz" sayılacağı açıklanmamışsa da, Türk Ceza Kanunu'nun "Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar" başlıklı Altıncı Bölümünde yer alan 102. maddesinde cinsel saldırı, 103. maddesinde de çocukların cinsel istismarı düzenlenmiştir. Anılan maddeler ile birlikte 105. maddenin değerlendirilmesinden cinsel taciz suçunun, cinsel saldırı ve cinsel istismar boyutuna ulaşmayan, cinsel amaçlı rahatsız etme fiilleri olduğu anlaşılmaktadır. Ayrıca maddenin gerekçesi ve her olayın kendine özgü şartlarının mahkemece değerlendirileceği açık olduğundan itiraz konusu kuralın belirsizliğinden söz edilemez.

4. Konu ile ilgili Yargıtay kararları

Fransız Ceza Kanunu'ndaki düzenlemenin aksine Türk Ceza Kanunu'nda, cinsel taciz suçunun bir kere veya tekrarlanan şekilde işlenmesi hususu düzenlen-

⁶⁴ R.G. Tarihi: 22.06.2010, R.G. Sayısı: 27619, 2008/55 E., 2010/41 K. Karar için bkz: www.kazan-ci.com.tr.

memiştir. Türk Ceza Kanunu'na göre, cinsel taciz suçuna ilişkin hareketlerin mutlaka süregelmesi veya sıklıkla yapılıyor olması gerekmez. Cinsel taciz suçu tekrarlanan şekilde işlenebileceği gibi, yapılan tek bir hareketle de işlenebilir⁶⁵. Kanuni düzenlemeye paralel şekilde, Yargıtay kararlarında da hareketin tekrarlanıp tekrarlanmaması hususu hiç tartışılmamıştır.

765 Sayılı Kanun döneminde, “söz atmak” cürmünün oluşabilmesi için, söz atmak ibaresindeki “atmak” eyleminden de anlaşılabilirliği gibi, hareketin ani olması gerekmektedir⁶⁶. Eğer failin hareketleri devamlılık göstermiş, sırnaşıkça bir hal almışsa maddenin ikinci kısmında düzenlenen sarkıntılık suçu oluşmaktaydı. Diğer bir deyişle, sarkıntılık suçunun bünyesinde teselsülü de kapsadığı kabul edilmekteydi⁶⁷. Yargıtay 765 sayılı Kanun döneminde verdiği bir kararında sarkıntılık suçunu; “belli bir kişiye karşı işlenen ve o kişinin edep ve iffetine dokunan, mücerret, aralıklı ve şehvet hissine dayalı, iz' aç edici davranışlar” olarak tanımlamıştır⁶⁸.

765 Sayılı Kanun döneminde Yargıtay, mağdurenin cevapsız bırakmasına rağmen, sanığın mağdureye birden fazla aşk mektubu yazmaya devam etmesinin⁶⁹ veya kısa aralıklarla mağdureyi arayarak “seni seviyorum, evlenmek istiyorum” demesinin⁷⁰ mağdureyi rahatsız eden sırnaşıkça hareketler olup sarkıntılık fiilini meydana getirdiğini kabul etmiştir.

Benzer şekilde, sanığın arabası ile mağdureyi ısrarla ve sürekli bir biçimde takip etmesi; sanığın mağdureye araya uzunca bir zaman girmeden sırnaşıkça laf atması; sanığın ısrarlı biçimde mağdureyi izleyip evinin çevresinde dolaşması; sanığın mağdureyi telefonla değişik günlerde arayarak kendisiyle buluşup tanışmak istediğini söylemesi, sanığın mağdureye edep ve iffete dokunacak birden fazla aşk mektubu göndermesi sarkıntılık olarak değerlendirilmiştir⁷¹.

5237 Sayılı Kanun döneminde ise sırnaşıkça hal alan bu gibi eylemlerin cinsel taciz suçunu oluşturduğu kabul edilmektedir. Sanığın mağdureyi yaklaşık olarak

⁶⁵ Artuk, “Cinsel Taciz Suçu”, 70 ve 76; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 402; Sevük, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Saldırı ve Cinsel Taciz Suçları”, 274; Artunç, “Cinsel Taciz Suçu”, 107.

⁶⁶ M.E.Artuk, “Cinsel Taciz ve Ceza Hukuku”, Prof.Dr.Yılmaz Günel'a Armağan, Ankara 1995, 37.

⁶⁷ “Telefonla söz atma eylemlerinin teselsül ederek sırnaşık bir hal alması sonucu sarkıntılık suçunun oluştuğu ve bu özelliği itibarıyla bünyesinde teselsülü de kapsadığı gözetilmeden sanığın cezasının TCK m. 80 uyarınca artırılması”. Y5CD, 12.10.1998, 3038/3640. Aktaran: Artuk, “Cinsel Taciz Suçu”, Hukuki Perspektifler Dergisi, 75.

⁶⁸ YCGK, 16.09.1963, 5-47/47. Aktaran: M.Çağlayan, Türk Ceza Kanunu, C. III, Ankara 1970, 88.

⁶⁹ Y5CD, 10.11.1994, 2848/3257. Aktaran: Artuk, “Cinsel Taciz Suçu”, 75.

⁷⁰ Y5CD, 28.11.2002, 2100/8108. Aktaran: Artunç, “Cinsel Taciz Suçu”, 106.

⁷¹ Y5CD, 31.05.1983, 1733/2025; Y5CD, 06.09.1983, 2813/2750; Y5CD, 31.01.1984, 3948/222; Y5CD, 06.04.1982, 1131/1177; YCGK, 16.09.1963547/47; Y5CD, 17.11.1983, 3981/3896. Aktaran: Artuk, “Cinsel Taciz Suçu”, 74.

6-7 ay takip edip, değişik tarihlerde okulun önünde bekleyerek mağdureye el sallaması ve eliyle ona öpücük göndermesi şeklinde devamlılık gösteren ve sırnaşıkça bir hal alan eylemlerinin cinsel taciz suçunu oluşturduğu kabul edilmiştir⁷². Benzer şekilde, Yargıtay'a göre, sanığın müştekiyi telefonla birkaç kez aramak suretiyle "görüşelim, arkadaş olalım" şeklinde tekliflerde bulunması cinsel taciz suçunu oluşturur⁷³.

Diğer taraftan, Yargıtay kararları incelendiğinde, Fransız Yüksek Mahkemesi'nin uygulamasının aksine, Yargıtay'ın karşı tarafla sevgili olmak ve gönül ilişkisi kurmak amacıyla yapılan hareketleri, diğer bir deyişle flört etme girişimlerini cinsel taciz suçu kapsamında kabul ettiği görülmektedir.

Yargıtay somut olaya göre, tek bir hareketi de devamlılık arz etmeyen cinsel taciz saymaktadır. Örneğin, evine doğru giden mağdureyi evine kadar ısrarla takip eden ve yazdığı kağıdı mağdureye verip "beni bu numaradan ararsın" şeklinde hareketlerde bulunan sanığın eyleminin cinsel taciz suçunu oluşturduğu kabul edilmiştir⁷⁴. Benzer şekilde, 765 Sayılı Kanun döneminde verilen bir Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararında, sanığın mağdureye karşı gül koklaması söz atmak olarak değerlendirilmiştir⁷⁵. Benzer şekilde, sanığın mağdureye "ne kadar güzelsin, seni seviyorum" demekten ibaret eylemi⁷⁶ veya "bugün çok güzelsin, benimle bu gece kalırmısın"⁷⁷ demesi söz atmak olarak kabul edilmiştir. Sanığın aynı zaman dilimi içinde mağdureye kaş göz işareti yapıp, öpücük göndermesi⁷⁸, "Bursa'ya geldiğin zaman seninle buluşmak istiyorum, beni bu kart ile bulursun" diyerek kartvizitini vermesi⁷⁹, sanığın mağdurenin masasına dondurma göndermek istemesi, reddedilmesi üzerine masasına giderek konuşmak istediğini söylemesi ve "gözlerin çok güzel" demesi⁸⁰ örneklerinde de tek bir hareket suçun oluşumu için yeterli görülmüştür.

⁷² Y5CD, 17.10.2005, 1567-21248. Aktaran: Parlar/Hatipoğlu, Türk Ceza Kanunu Yorumu, C. 2, 1736.

⁷³ Y5CD, 30.03.2006, 3266/2715. Aktaran: Parlar/Hatipoğlu, Türk Ceza Kanunu Yorumu, C. 2, 1734.

⁷⁴ Y4CD, 15.3.2012, 7453/3116; Benzer bir karar için bkz: Y5CD, 27.4.2011, 2804/3503. Bkz: www.kazanci.com.tr.

⁷⁵ YCGK, 25.02.1934, 110/51. Aktaran: Artunç, "Cinsel Taciz Suçu", 106.

⁷⁶ Y5CD, 11.02.1993, 10/545. Y.G.Erdurak, Notlu-İçtihatlı Türk Ceza Kanunu, Ankara 1994, 697. Aktaran: Artuk, "Cinsel Taciz Suçu", 74.

⁷⁷ Y5CD, 21.12.1987, 2459/7570. Aktaran: S.Bakıcı, Açıklamalı-İçtihatlı Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler, Ankara 1994, 258.

⁷⁸ Y5CD, 28.10.1999, 3165/5106. Aktaran: R.Gündüz/V.Gültaş, Cinsel Suçlar, Ankara 2011, 467; Artunç, "Cinsel Taciz Suçu", 107.

⁷⁹ Y5CD, 08.06.2004, 5889/4691. Aktaran: Gündüz/Gültaş, Cinsel Suçlar, 464.

⁸⁰ Y5CD, 30.10.2001, 1342/6909. Aktaran: Artunç, "Cinsel Taciz Suçu", 106.

IV. Sonuç

Anayasa'nın 38. maddesinin ilk fıkrasında, "Kimse kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz" denilerek "suçun yasallığı", üçüncü fıkrasında ise "ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur" denilerek, "cezanın yasallığı" ilkesi getirilmiştir. Türk Ceza Kanunu'nun 2. maddesinde yer alan "suçta ve cezada kanunilik" ilkesi gereğince, yasaklanan eylemlerin ve bu yasak eylemlere verilecek cezaların hiçbir kuşkuyla yer bırakmayacak biçimde yasada gösterilmesi, açık, anlaşılır ve belirli olması gerekmektedir. Bu ilkeyle, temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınması amaçlanmaktadır.

Benzer şekilde Fransız Anayasası'nın 34. maddesi suçta ve cezada kanunilik ilkesini düzenlemektedir. Evrensel hukuk kurallarından olan kanunilik ilkesi uluslararası belgelerde de yerini almıştır. İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nin 11. maddesinde, Uluslararası Siyasi ve Medeni Haklar Sözleşmesi'nin 15. maddesinde ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 7. maddesinde yasallık ilkesi düzenlenmiştir.

Türk Ceza Kanunu m.105/1'de cinsel taciz suçu tanımlanmamış, eylemin "cinsel amaçlı taciz" şeklinde olacağı ifade edilmiştir. Madde gerekçesinde, cinsel tacizin, cinsel yönden ahlak temizliğine aykırı olarak mağdurun rahatsız edilmesi olduğu ve vücut dokunulmazlığının ihlali niteliği taşımayan cinsel davranışlarla gerçekleştirilebileceği belirtilmiştir. Oysa "ahlak temizliğine aykırı hareket" kavramı toplumdan topluma hatta aynı toplum içerisinde değişik sosyal sınıflara göre değişebilen göreceli bir kavramdır.

Her ne kadar, Anayasa Mahkemesi'nce hükmün Anayasa'ya aykırı olmadığı sonucuna varılmış ise de, "cinsel taciz" suçunun hangi eylemleri suç olarak öngördüğü, hangi eylemlerin bu madde kapsamında değerlendirileceği hususunda, gerek öğretisi, gerekse yerel mahkeme ve Yargıtay uygulamalarında farklılıklar bulunmaktadır. Kanımızca cinsel taciz suçunun kapsamının belirsizliği kanunilik ilkesi bakımından sorun oluşturmaktadır.

Kişilerin davranışlarını yönlendirebilmelerine olanak vermek amacıyla, ceza yaptırımı taşıyan kuralların herkesçe anlaşılacak şekilde açık olması gerekmektedir. Bu çerçevede, suçları tespit eden kanun hükümlerinin tanımları açık ve seçik nitelik göstermeli, farklı anlamlara gelen, belirsiz ve çok kapsamlı terimler kullanılmamalıdır. Çağdaş ceza hukuku belirsiz, muğlak, keyfiliğe yol açacak gevşek suç modellerine sırtını dönmek durumundadır.

Fransız Anayasa Konseyi, Fransız Ceza Kanunu madde 222-33'de düzenlenen cinsel taciz suçunu düzenleyen hükmü, madde metninin belirsizliği gerekçesiyle 4 Mayıs 2012 tarihinde iptal etmiş ve cinsel taciz suçu yeniden tanımlanmıştır. Yeni düzenlemede cinsel taciz suçunun temel şekli çok hareketli suç olarak düzenlenmiş, suç madde 222-33'ün birinci ve ikinci fıkralarında cinsel içerikli hareketlerin tekrarlanıp tekrarlanmamasına göre iki farklı şekilde tanımlanmıştır.

Son yasal değişiklikle, Fransız kanunkoyucu, öğretiyi ve uygulamadaki çok hareketli suç eğilimini dikkate almış ve kanunilik ilkesi çerçevesinde cinsel taciz suçunu daha belirli bir tanıma kavuşturmuştur. Türk Ceza Hukuku sisteminde de, Fransız sisteminde olduğu gibi cinsel taciz suçunun kanunilik ilkesi bakımından tekrar gözden geçirilmesi ve bu doğrultuda gerekli değişikliklerin yapılmasının yerinde olacağı görüşünderiz.

KAYNAKÇA

- Alacakaptan, Uğur, “**Ceza Hukukunda Tamamlayıcı Kurallar ya da Öteki Ceza Hukuku**”, 3. Yılında Ceza Adalet Sistemi, Hukuk Devletinde Suç Yarattılması ve Suçun Aydınlatılmasının Sınırları Sempozyumu, Ankara 2009.
- Allain, Emmanuelle, “**Harcèlement sexuel: la loi et la circulaire**”, *Actualité Juridique Pénale*, No: 09 du 13.09.2012.
- Artuk, Mehmet Emin, “**Cinsel Taciz Suçu**”, *Hukuki Perspektifler Dergisi*, S. 7, Temmuz 2006.
- Artuk, Mehmet Emin, “**Cinsel Taciz ve Ceza Hukuku**”, Prof.Dr. Yılmaz Günel’a Armağan, Ankara 1995.
- Artunç, Mustafa, “**Cinsel Taciz Suçu**”, *Terazi Hukuk Dergisi*, Temmuz 2007, S. 11.
- Artunç, Mustafa, **Kişilere Karşı Suçlar**, Ankara 2008.
- Bakıcı, Sedat, **Açıklamalı-İçtihatlı Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler**, Ankara 1994.
- Beccaria, Cesare, **Suçlar ve Cezalar Hakkında**, (Çev. Sami Selçuk), Ankara 2004.
- Centel, Nur, “**Cinsel Suç Mağduru Kadının Korunması**”, Prof.Dr. Kenan Tunçomağ’a Armağan, İstanbul 1997.
- Centel, Nur, “**Yeni Türk Ceza Yasası ve Kadın**”, İstanbul Barosu 127. Kuruluş Yılı ve Avukatlar Günü Kutlama Etkinlikleri çerçevesinde 06.04.2005 tarihinde yapılan “AB’ne Uyum Yasalarında Kadın Erkek Eşitliği ve Eşitlik Kurumları” konulu panelde sunulan tebliğin güncelleştirilmiş metni (*Polis Dergisi* 44 (2005)’de yayınlanmıştır). <http://nurcentel.com/makaleler/yenitckvekadın.pdf>.
- Centel, Nur, “**Kadını Şiddete Karşı Korumaya Yönelik Yasa Hükümlerine Eleştirel Yaklaşım**”, İstanbul Ticaret Üniversitesi İnsan Hakları Hukuku ve Kadın Paneli, İstanbul 2003. <http://nurcentel.com/makaleler/kadınakarsisiddet.pdf> (Erişim tarihi: 20.01.2013).
- Centel, Nur/Zafer, Hamide/Çakmut, Özlem Yenerer, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, İstanbul 2011.

- Cihan, Erol, “**Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi**”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 70. Yılında Türk Ceza Kanunu, 26 - 27 Mart 1997, İstanbul.
- Cornu, Gérard, **Vocabulaire Juridique**, Paris 2009.
- Çağlayan, Muhtar, **Türk Ceza Kanunu**, C. 3, Ankara 1970.
- Dini, Muguet/Zocchetto, François/Détraigne, Yves, “**Proposition de loi-Relative à la définition du harcèlement sexuel**”, Sénat, Session Ordinaire de 2011-2012, No: 556. <http://www.senat.fr/rap/r11-596/r11-5961.pdf> (Erişim tarihi: 08.01.2013).
- Dönmezer, Sulhi/Erman, Sahir, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, İstanbul 1997, C. 1.
- Erem, Faruk/Danışman, Ahmet/Artuk, Mehmet Emin, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 1997.
- Erol, Haydar, **5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu**, Ankara 2007.
- Gündüz, Remzi/Gültaş, Veysel, **Cinsel Suçlar**, Ankara 2011.
- Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara 2009.
- La Garde des Sceaux Ministre de la Justice, “**Présentation des dispositions de droit pénal et de procédure pénale de la loi no: 2012-954 du 6 août 2012 relative au harcèlement sexuel**”, 7 Aout 2012. <http://www.affaires-publiques.org/textof/TO/12/6191-0812.htm>, (Erişim tarihi: 06.01.2013).
- Montesquieu, Charles de Secondat baron de, **Kanunların Ruhu Üzerine**, (Çev. Fehmi Baldaş), Ankara 2004.
- Önder, Ayhan, **Ceza Hukuku Dersleri**, İstanbul 1992.
- Önder, Ayhan, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, İstanbul 1991.
- Özbek, Veli Özer/Bacaksız, Pınar/Doğan, Koray/Kanbur, M. Nihat, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2010.
- Özek, Çetin, “**1997 Türk Ceza Yasası Tasarısına İlişkin Düşünceler**”, Sahir Erman’a Armağan, İstanbul 1999.
- Özmen, Remzi, **Notlu-Gerekeçli- Karşılaştırmalı 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu**, Ankara 2004.
- Parlar, Ali/Hatipoğlu, Muzaffer, **Türk Ceza Kanunu Yorumu**, C.2, Ankara 2010.
- Perrier, Jean-Baptiste, “**Harcèlement sexuel: précisions sur l’abrogation en raison de l’imprécision- Arrêt rendu par Conseil constitutionnel**”, Actualité Juridique Pénale, no: 9 du 13.09.2012.
- Projet de loi relatif au harcèlement sexuel, Etude d’impact**, Juin 2012. http://www.legifrance.gouv.fr/content/download/2808/19806/version/1/file/ei_harcement_sexuel_cm_13.06.2012.pdf (Erişim tarihi: 06.01.2013).

- Services du Conseil constitutionnel, “**Décision no 2012-240 QPC, Article 222-33 du Code Pénal, Définition du délit d’harcèlement sexuel**”, Dossier Documentaire, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/download/2012240QPCdoc.pdf> (Erişim tarihi: 08.01.2013).
- Sevük, Handan Yokuş, “**5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Saldırı ve Cinsel Taciz Suçları**”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 57, 2005.
- Taner, Tahir, **Ceza Hukuku-Umumi Kısım**, İstanbul 1949.
- Tezcan, Durmuş/Erdem, Ruhan/Önok, Murat, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, Ankara 2007.
- V.Özer Özbek/N.Kanbur/K.Doğan/P.Bacaksız/İ.Tepe, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Ankara 2010, 398.
- Zafer, Hamide, **Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m.1-75**, İstanbul 2011.