

**T.C.
GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI**

REŞİT OLMAYANLA CİNSEL İLİŞKİ SUÇU



YÜKSEK LİSANS TEZİ

Ceren SONER BAYKAL

Tez Danışmanı: Doç. Dr. Vesile Sonay EVİK

HAZİRAN 2019

ÖNSÖZ

“Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu” başlıklı bu tez, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı bünyesinde hazırlanan bir yüksek lisans tezidir.

Yardımları için tez danışmanım ve değerli hocam Doç. Dr. Vesile Sonay Evik’e çok teşekkür ederim. Desteği ve anlayışı için kendisine minnettarım. Tez konuma ilişkin mesleki tecrübesini benimle paylaşan sevgili dayım Cumhuriyet Savcısı Serdar Baker’e, ablam Av. Pınar Soner’e ve sevgili annem, babam ile özellikle eşim Emre Baykal’a tüm destekleri için sonsuz teşekkürlerimle...

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ.....	ii
İÇİNDEKİLER.....	iii
KISALTMALAR.....	vi
RESUME.....	viii
ABSTRACT.....	xiv
ÖZET.....	xx
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

**ÇOCUK KAVRAMI, CİNSEL SUÇ KAVRAMI, TÜRK HUKUKUNDA SUÇUN TARİHSEL GELİŞİMİ,
YABANCI ÜLKELERDE SUÇUN DÜZENLENİŞİ, BENZER SUÇLARDAN FARKI**

I. Çocuk Kavramı.....	5
A. Yasal Düzenlemelerde Çocuk Kavramı.....	5
1- Uluslararası Metinlerde Çocuk Kavramı.....	5
a) Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi.....	5
b) Avrupa Konseyi Çocukların Cinsel İstismar ve Sömürüye Karşı Korunması Sözleşmesi (Lanzarote Sözleşmesi).....	6
c) Kadınlara Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi (İstanbul Sözleşmesi).....	7
2- Ulusal Metinlerde Çocuk Kavramı.....	8
a) Anayasa’da Çocuk Kavramı.....	8
b) Çocuk Koruma Kanunu ve TCK Kapsamında Çocuk Kavramı.....	8
II. Cinsel Suç Kavramı Hakkında Genel Açıklamalar.....	9
III. Türk Hukukunda Suçun Tarihsel Gelişimi.....	12
A. Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçunun 765 Sayılı TCK’da Düzenlenişi ve 5237 Sayılı TCK ile Karşılaştırılması.....	12
1- Suçun 765 Sayılı TCK’da Düzenlenişi.....	12
2- TCK ile 765 Sayılı TCK Açısından Suçun Karşılaştırılması.....	15
B. Türk Ceza Kanunu Tasarılarındaki Düzenlemeler.....	16
1- 1987 ve 1989 TCK Ön Tasarıları.....	16
2- 1997 ve 2000 TCK Tasarıları.....	17
3- 2003 TCK Tasarısı.....	18
4- Adalet Alt Komisyonunda Kabul Edilen Metin	18
C. Failin Mağdurdan Beş Yaş Büyük Olması Hali.....	18
IV. Yabancı Ülkelerde Suçun Düzenlenişi.....	22
A. Genel Olarak.....	22
B. Almanya.....	24
C. İtalya.....	25
D. Fransa	25
E. İngiltere	26
F. İspanya.....	27
G. Kanada	27
H. Amerika Birleşik Devletleri.....	28

I. Çin.....	29
V. Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçunun Benzer Suçlardan Farkı.....	29
A. Cinsel Saldırı Suçu (TCK m.102) ile Karşılaştırma.....	29
B. Çocukların Cinsel İstismarı Suçu (TCK m.103) ile Karşılaştırma.....	30
C. Cinsel Taciz Suçu (TCK m.105) ile Karşılaştırma.....	32

İKİNCİ BÖLÜM

TÜRK CEZA KANUNU'NDA REŞİT OLMAYANLA CİNSEL İLİŞKİ SUÇU

I. Genel Olarak.....	33
II. Korunan Hukuki Yarar.....	34
III. Suçun Unsurları.....	38
A. Maddi Unsurlar.....	38
1- Fail	38
a) Failin Cinsiyeti	39
b) Failin Yaşı	41
2- Mağdur	46
a) Mağdurun Yaşı ve Cinsiyeti.....	46
b) Mağdurun Evlenme veya Mahkeme Kararıyla Reşit Olması Hali.....	46
c) Mağdurun Yaşının Tespiti.....	50
d) Mağdurun Fiilin Hukuki Anlam ve Sonuçlarını Algılama Yeteneği.....	52
3- Hareket	54
B. Manevi Unsur	60
C. Hukuka Aykırılık Unsuru	61
1- Genel Olarak.....	61
2- Rıza.....	62
a) Genel Olarak	62
b) Rızanın Açıklanması	64
c) Hukukî Geçerli Rıza.....	65
d) Yargıtay Kararlarında Rıza.....	67
D. Suça Etki Eden Nedenler.....	71
1- Genel Olarak.....	71
2- Suçun Mağdur ile Evlenme Yasağı Bulunan Kişi Arasında Gerçekleşmesi (m.104/2).....	72
3- Suçun Evlat Edineceği Çocuğun Evlat Edinme Öncesi Bakımını Üstlenen veya Koruyucu Aile İlişkisi Çerçevesinde Koruma, Bakım ve Gözetim Yükümlülüğü Bulunan Kişi Tarafından Gerçekleşmesi (m.104/3).....	76
E. Kusurluluğa Etki Eden Nedenler.....	77
1- Mağdurun Yaşında Hata.....	77
2- Mağdurun Rızasında Hata.....	78
IV. Suçun Özel Görünüş Biçimleri.....	79
A. Teşebbüs ve Gönüllü Vazgeçme.....	79
B. İştirak	81
C. İçtima.....	83
V. Yaptırım.....	86
VI. Dava ve Ceza Zamanaşımı.....	89
VII. Muhakeme Kuralları.....	90
A. Şikayet	90
1- Genel Olarak.....	90
2- Şikayet Hakkı Sahibi.....	93

B. Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması.....	99
C. Uzlaşma.....	100
D. Görevli ve Yetkili Mahkeme.....	101
VIII. İnfaz.....	102
SONUÇ.....	104
KAYNAKÇA.....	112
ÖZGEÇMİŞ.....	118



KISALTMALAR

ABD	Amerika Birleşik Devletleri
AİHM	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AY	Anayasa
AYM	Anayasa Mahkemesi
Bkz.	Bakınız
C.	Cilt
CD	Ceza Dairesi
CK	Ceza Kanunu
CMK	Ceza Muhakemesi Kanunu
CMUK	1412 Sayılı Mülga Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu
ÇKK	5395 Sayılı Çocuk Koruma Kanunu
Çev.	Çeviren
E.	Esas
Ibid.	Ibidem (Aynı)
K.	Karar
m.	Madde
No	Numara
RG	Resmi Gazete
s.	Sayfa
S.	Sayı

T.	Tarih
TBMM	Türkiye Büyük Millet Meclisi
TCK	Türk Ceza Kanunu
TMK	Türk Medeni Kanunu
v.	Versus (karşı)
vb.	Ve benzeri
vd.	Ve diğerleri
Y.	Yıl
YCGK	Yargıtay Ceza Genel Kurulu

RÉSUMÉ

Cette étude traite des infractions pénales en matière de Relation Sexuelle avec un Mineur au sens de l'article 104 du Code Pénal Turc. Le délit pour relation sexuelle avec un mineur est réprimé par le sixième chapitre intitulé de "Délit Commis Contre l'Immunité Sexuelle" dans le deuxième livre du Code Pénal Turc intitulé "Délit Commis Contre les Personnes". Le délit concerne la poursuite d'un enfant mineur dans la tranche d'âge 15 à 18 ans en mesure de comprendre le sens juridique et les conséquences des faits, suite à un rapport sexuel sans contraintes, ni menaces et ni dols.

En première partie de notre étude, nous analyserons la notion d'enfant mineur. Toute personne de moins de 18 ans est considérée comme un enfant conformément aux réglementations internationales et nationales. Les mineurs de moins de 18 ans sont définis par le Code civil. Le Code civil utilise le terme d'adulte pour désigner le statut des personnes majeures et selon le Code civil il faut être majeur pour contracter le mariage civil. En vertu des dispositions du Code civil, le tribunal peut octroyer le statut de majeur à un adolescent de 15 ans sur la demande de ce dernier avec le consentement de son tuteur. Selon le Code Pénal Turc N° 5237, la personne qui n'a pas encore atteint l'âge de 18 ans est considérée comme un enfant, et en vertu de la loi n ° 5395 relative à la protection de l'enfant, même si l'enfant est devenu majeur avant l'âge légal, il sera considéré comme une personne qui n'a pas encore atteint l'âge de 18 ans. Bien que le titre de l'article 104 du Code Pénal Turc soit la relation sexuelle avec un mineur est un délit, les dispositions de cet article ne mentionnent aucun élément sur le statut des majeurs, la notion d'enfant ayant atteint l'âge de 15 ans n'a pas été mentionnée. Cette situation concerne la personne qui a acquit la majorité entre 15-18 ans et peut faire l'objet d'un débat pour déterminer si l'enfant est victime ou non. Cette contradiction entre le titre et le texte de l'article devrait être rectifié par le législateur.

Dans notre étude, le concept de sexualité a également été abordé. Bien que les rapports sexuels soient un sujet de la nature humaine, aujourd'hui ce n'est pas un domaine sur lequel on discute librement. Bien que le taux d'infractions sexuelles ne soit pas faible, la victime hésite souvent à signaler ce délit auprès des autorités judiciaires, en effet ce type de signalement est moins élevé que d'autres délits.

Le concept de sexualité nécessitant un examen approfondi et l'intervention d'autres disciplines liées au domaine de l'étude, a été analysé avec des explications générales. Antérieurement les délits sexuels étaient considérés comme une infraction commise contre l'ordre général et l'ordre familial, aujourd'hui il concerne la liberté sexuelle de la personne et nécessite la protection de l'immunité sexuelle conformément à l'évolution des mœurs à l'échelle mondiale.

Dans le cadre de cette étude, l'évolution historique a également été analysée. Nous examinerons également le code pénal abrogé numéro 765 sur la relation sexuelle avec un mineur et la comparaison avec la législation en vigueur. Ce délit figure dans le Code Pénal Turc N° 765 sous le chapitre intitulé "Crimes et délits contre la famille et la pudeur publique ", mais il prend place sous le titre "Délits contre l'Immunité Sexuelle" dans le chapitre intitulé "Délits et infractions contre les personnes" dans le Code Pénal N°5237. Les dispositions du projet du Code Pénal Turc ont également été analysées dans cette partie.

Dans le premier cas de l'article, le fait que l'auteur de l'infraction soit âgé de plus de 5 ans par rapport à la victime était accepté comme un cas aggravé et cette disposition a été annulée par la Cour Constitutionnelle. La décision de la Cour constitutionnelle relative à l'annulation du premier alinéa de l'article 104 du Code Pénal Turc a été traitée sous le titre l'évolution historique.

Après avoir étudié l'évolution historique, les législations concernées dans les pays étrangers ont été examinées. Il a été constaté que les dispositions mises en œuvre pour le développement des droits des enfants au XVIIIe siècle et l'augmentation de l'âge de consentement aux relations sexuelles dans le monde, initialement prévues pour les filles uniquement, ont été étendues aux garçons qui peuvent également être victimes, ainsi il a été adopté une approche non sexiste.

Il a été constaté que cette infraction ne figurait pas dans le droit pénal de certains pays et que l'âge du consentement aux rapports sexuels variait d'un pays à l'autre. Bien que l'âge du consentement ait été déterminé, celui-ci a été maintenu supérieur à l'âge normal dans les rapports sexuels de la victime.

Dans le premier chapitre de cette étude, nous avons examiné la différence entre le délit sexuel sur un mineur avec les autres délits sexuels. Dans ce contexte nous avons étudié les différents délits comme les agressions sexuelles, abus sexuels sur un mineur et harcèlements sexuels. Dans la pratique la relation sexuelle avec un mineur est

souvent confondu avec le délit d'abus sexuels sur un enfant, en conséquence il a été constaté que les procès sont parfois entamés pour abus sexuels sur enfant mineur.

En deuxième partie nous étudierons les éléments du délit concernant la relation sexuelle avec un mineur. L'auteur, la victime et l'acte ont été étudiés en tant qu'éléments matériels du délit. Les questions concernant l'auteur étaient liées au sexe et à l'âge de l'auteur, en outre il a été fait mention des incertitudes existantes dans le texte de l'article.

Le fait de ne pas spécifier l'âge de l'auteur a provoqué une controverse dans la doctrine. Si l'auteur des faits a entre 15 et 18 ans tout comme la victime, dans ce cas l'auteur est considéré juridiquement comme un enfant, nous avons donc examiné les perspectives de la doctrine et les décisions de la Cour pour déterminer si cela est un délit. L'âge et le sexe de la victime ont été étudiés, puis une analyse a été réalisée pour déterminer si un délit peut être considéré comme constitué dans le cas où la victime est devenue majeur par mariage ou par décision de justice. La victime peut être une fille ou un garçon, cependant elle doit avoir au moins 15 ans et ne pas avoir atteint l'âge de 18 ans et doit être suffisamment développé pour comprendre le sens juridique et les conséquences de l'acte. L'âge de la victime et la capacité à comprendre le sens juridique et les conséquences des faits, ont joué un rôle important dans la détermination du type de délit, ces questions ont été examinées en plusieurs parties. Si la victime a moins de 15 ans ou n'est pas en mesure de comprendre le sens juridique et les conséquences des faits, alors l'article 103 du Code Pénal Turc sur les abus sexuel sur un enfant sera applicable et non l'article 104 du Code Pénal Turc sur la relation sexuelle avec un mineur.

L'acte constitutif de l'élément matériel, c'est le rapport sexuel réalisé sans offense, sans menace, ni manipulation (ou tromperie), et il a été déterminé que les comportements sexuels qui se produisent en dehors de ce rapport sexuel, c'est à dire la pénétration d'un autre organe ou objet dans le corps d'une personne ne constitue pas les éléments exigés pour ce type de délit. Le texte de l'article prend en compte seulement la notion de la relation sexuelle, mais ne prend pas en considération que l'auteur et la victime sont tout deux des femmes, cette situation n'étant pas prévue dans l'article il est difficile de déterminer si cela est un délit ou non. Le sexe de l'auteur est déterminé en fonction de l'interprétation étroite ou large de la notion de rapport sexuel. En fait, si le concept de rapport sexuel est interprété de manière étroite, si la victime est une femme alors l'auteur ne peut pas être une femme, car l'action doit avoir lieu

avec un organe sexuel masculin. Cette situation a pour conséquence que la victime et l'auteur du crime ne peuvent être toutes les deux des femmes, ce qui suscite une certaine controverse. Sous cette forme, cet article semble être une disposition qui ne protège pas suffisamment les intérêts de l'enfant. Lorsqu'on prend en compte le développement approprié de l'enfant, le texte de l'article est à juste titre critiqué dans la doctrine, car il ne prévoit pas l'insertion d'un autre objet comme un acte pouvant générer des résultats traumatisants plus graves que l'insertion d'un organe. Toujours dans l'acte, nous avons examiné des exemples des décisions de la Cour suprême et jurisprudence sur la manière de déterminer le délit.

Le consentement a été analysé dans le cadre du délit parmi les éléments constituant le délit et l'atteinte à la loi, puis on s'est demandé s'il y a consentement dans les relations sexuelles réalisées sans contraintes, ni menaces et ni manipulations. Il est nécessaire de prévoir une disposition relative au consentement de la victime au lieu de la contrainte, menace et manipulation. L'âge du consentement aux relations sexuelles, l'affirmation du consentement, le consentement au sens juridique ainsi que les décisions de la cour suprême ont été examinées dans cette partie. Lors de la détermination de l'existence du consentement de la victime, chaque fait concret doit être méticuleusement examiné dans son propre cadre. En l'absence du consentement juridiquement valable, il est établi que les enfants sont victimes d'abus sexuels au sens de l'article 103 du Code Pénal Turc et cela ne peut être considéré comme une relation sexuelle avec un mineur qui est un délit réprimé par l'article 104 du Code Pénal Turc.

Lors de l'examen du type de délit, les raisons ayant motivées le délit ont été analysées. L'existence d'une relation sexuelle entre la victime et la personne interdite de contracter le mariage civil, ou la personne qui prend en charge la protection, entretien et garde de l'enfant avant l'adoption ou dans le cadre de la relation de famille d'accueil, fait partie des cas aggravés. Si le délit est commis par les personnes mentionnées dans les cas aggravés mentionnés ci-dessus, les procédures d'enquête et poursuites à entamer ne sont pas liées à la plainte et la sanction est plus importante que les simples cas. Même si on affirme dire que le législateur interdit l'inceste en réglementant les cas aggravés dans cet article, il est faux de reconnaître que ces personnes qui ont la possibilité d'opprimer et de pénétrer l'enfant et d'avoir des relations sexuelles avec des enfants sans contraintes, sans menaces et sans manipulations, c'est une situation qui affecte négativement le bon développement des aspects physiques et sociaux de l'enfant. Il n'est pas approprié que l'inceste soit inclus

dans le champ d'application de l'article 104 de cette disposition, car il n'y a pas de consentement dans ce type de cas.

Parmi les motifs qui influencent le délit, nous avons analysé les erreurs dans l'âge et le consentement de la victime. Étant donné que la victime est un enfant, il convient d'examiner attentivement les causes de la faute. Il faut empêcher que la victime subisse cela une nouvelle fois.

Les aspects particuliers du délit ont été examinés, nous avons vérifié si c'est une tentative, s'il y a participation et s'il existe une jurisprudence à ce sujet. Lors de l'analyse du type de délit, on observe que la sanction prévue au premier cas du premier alinéa de l'article 104 intitulé sanction concerne une peine d'emprisonnement de six mois à deux ans, la loi portant modification de certaine loi et le Code Pénal Turc numéro 6545, a permis d'augmenter cette peine de deux à cinq ans, cela a été vivement critiqué. Augmenter la sanction ne permet pas de diminuer les délits. Au lieu d'augmenter la quantité de la sanction, il est nécessaire de la faire exécuter. Si la personne qui commet le délit est consciente qu'il sera réellement sanctionné, alors cela permettra d'éviter que le délit soit commis. En réalité pour la personne qui veut commettre le crime, le fait que la peine prévue dans les dispositions légales soit de 2 ans ou 5 ans n'est pas dissuasif.

Tout en examinant le droit de déposer plainte au regard des règles de procédures, il a été constaté que le droit d'utiliser le droit de porter plainte n'était pas explicitement mentionné dans le texte de l'article, ce qui a donné naissance à une controverse dans la doctrine pour déterminer si le droit de porter plainte devait être exercé par la victime ou par le tuteur légal ou les deux. Dans les cas où des faits sont qualifiés de graves, ils devront donner lieu à des enquêtes et poursuites. La doctrine a fait l'objet de critique au sujet des faits qui ont été considérés comme un délit, alors qu'il y avait consentement, mais que la personne a tout de même déposé une plainte.

Dans la partie conclusion de notre étude, nous avons mentionné les résultats obtenus et proposés des recommandations à ce sujet. Il a également été fait mention des devoirs des parents et des autorités judiciaires. Nous avons recommandé l'enseignement de la sexualité aux jeunes et aux parents.

Les employés impliqués dans le procès devraient également être soumis à une formation spéciale afin d'empêcher que la victime ne subisse une nouvelle fois des actes similaires. Il a été précisé la nécessité de réduire les durées des procès ainsi que les recommandations au sujet des autres actions à mener pour éviter que l'enfant soit victime une seconde fois et protéger le bon développement sexuel de l'enfant.

Nous avons également abordé la nécessité de déterminer si le délit doit être considéré comme une infraction par la doctrine, en outre il a été observé que certaines des questions prévues dans le texte de l'article sont contraires au principe de légalité. Comme il sera examiné en détail dans notre étude, il existe des éléments en contradiction au principe de certitude dans le texte de l'article, si le législateur estime que le délit doit être mentionné dans le texte de loi comme une infraction, alors il doit rectifier les incertitudes et lacunes concernant le délit dans le texte de l'article.

Dans notre étude, les perspectives de la doctrine et décisions judiciaires ont été examinées et nous avons mentionné nos suggestions pour éliminer les situations d'incertitude créées par le délit. En réalité, les enfants sont des membres à part de notre société et forment notre avenir, c'est pourquoi ils doivent être soigneusement protégés par l'ordre juridique.

Je souhaite une société où les enfants sont protégés des abus, les mariages précoces sont évités, les enfants et parents sont conscients des problèmes de sexualité, en espérant que notre étude sera utile pour les praticiens garants d'un monde où l'intérêt de l'enfant est fondamental.

ABSTRACT

In our study, the Crime of Sexual Intercourse with a Minor specified in Article 104 of Turkish Criminal Law is examined. The Crime of Sexual Intercourse with a Minor is regulated under the title of “Crimes against Sexual Inviolability” in Chapter 6, under the second section of “Crimes against Individuals” stated in second book of Turkish Criminal Law. The crime is related to the investigation to be carried out after the sexual intercourse by a minor aged 15-18 who can understand the legal meaning and results of the action without force, threat and deception.

In our study, first of all, the notions of adult - minor are evaluated. Every individual under the age of 18 is considered a minor in accordance with international and national regulations. The majority age of persons under 18 is regulated in the Civil Code. The Civil Code uses the term majority for the status of underage and it is arranged under the Civil Code that marriage would make the person major. Again, in accordance with the regulation in the Civil Code, a minor can be recognized as major by the court upon his/her request and with the consent of parent after he/she turns 15. In the Turkish Criminal Law numbered 5237, the child, who has not yet turned eighteen, is identified as a minor and pursuant to Child Protection Law no. 5395 child is defined to be the individual under the age of eighteen although he/she becomes major at earlier age. While the title of Article 104 of the Turkish Criminal Law is the crime of sexual intercourse with a minor, the article text includes the concept of minor who has reached the age of 15 but the status of majority is not mentioned. This situation has caused debates in terms whether the child aged 15 to 18 and being a major will be victim or not. This contradiction within the article title and article text should be corrected by the legislator.

In our study, the concept of sexuality is also discussed. Although sexual intercourse is a subject in human nature, it is not something that can be talked comfortably today. Even though the rate of sexual offenses is not small in number, the reflection of the incident to the judicial authorities is less compared to other crimes due to the hesitancy experienced by the victim. The concept of sexuality is evaluated within the general terms because of the necessity of detailed examination and the interest by other disciplines related to the field of study. While

sexual offenses are thought to have, primarily, been committed against public morality and family order, it is expressed in the world that it is now related to sexual freedom of the person in accordance with the changing vision and that sexual inviolability should be protected.

Within the scope of this study, historical development is also evaluated. Under the title of historical development, that the crime of sexual intercourse with a minor is regulated in the repealed criminal law no. 765 and its comparison with the current regulation are examined. While the crime is included under the section “Crimes against Public Morality and Family Order” in TCL no. 765, it is a proper regulation to regulate this crime under the title of “Crimes against Sexual Inviolability” in the section “Crimes against Individuals” of TCL no. 5237. The regulations in the draft Turkish Criminal Law are also evaluated in this section.

In the first version of the article, the fact that the perpetrator being 5 years older than the victim was accepted as a major state and this provision was canceled by the Constitutional Court. The decision of the Constitutional Court regarding the annulment of the first paragraph of Article 104 of the TCL is discussed under the title of historical development.

In our study, after the historical development section, the regulation of crime in foreign countries is examined. In the development and continuation of the 18th century children's rights, it has been determined that the age of consent to sexual intercourse has increased and that these arrangements for girls were initially extended to include the male being the victim, and the non-sexist approach was adopted. It is concluded that in some countries, this crime is not included in the criminal laws and that the age of consent to sexual intercourse varies in different countries. While the age of consent is being determined, the age of consent is considered higher than normal for the sexual intercourse of the victim and the influential person.

Within the scope of this study, the difference between the crime of sexual intercourse with a minor and other sexual crimes is evaluated in the first chapter. It is examined at which points where the crime of sexual assault, the crime of sexual abuse of children and the crime of sexual harassment - all included in sexual crimes - differ from the crime of sexual intercourse with a minor. It has been found that the crime of sexual intercourse with a minor is confused, in practice, with the crime of abuse of children and that sometimes the legal suits are opened within the scope of crime of ‘abuse of children’.

In the second chapter of our study, the elements of crime of sexual relations with minors are discussed. The perpetrator, victim and action are evaluated as the material elements of the crime. The problems related to the perpetrator is related to the age and gender of the perpetrator and the uncertainties in the text are expressed. That the age of perpetrator is not mentioned causes debates in the doctrine. If there would be a crime committed in case that the perpetrator is also aged 15 to 18 just like the victim, in other words, when the perpetrator is accepted as minor by the law, is evaluated within the frame of views in the doctrine and Supreme Court decisions. The age and gender of the victim are studied and it is examined whether the crime would occur if the victim is married or recognized as a major with a decision of court. The victim may be a girl or boy, he/she must be at least 15 years but not turned 18, and must have the sophistication to perceive the legal meaning and consequences of the act. Since the age of the victim and the ability to perceive the legal meaning and consequences of the act are important in terms of determining the type of crime, these issues are evaluated under different titles. In the event that the victim is under the age of 15 or does not have the ability to perceive the legal meaning and consequences of the act, not the crime of sexual intercourse with a minor stated in Article 104 of TCL, but the crime of sexual exploitation of the children included in Article 103 of TCL would occur.

The act constituting the material element is sexual intercourse without force, threat and deception, and it is determined that sexual behaviors that occur outside sexual intercourse or the insertion of another organ or object into the body will not constitute this crime. Only the concept of sexual intercourse is included in the text of the article and it has been a debate whether there would be a crime when both perpetrator and the victim are female. The gender of the perpetrator is determined according to the narrow or broad interpretation of the concept of sexual intercourse. Actually, if the concept of sexual intercourse is interpreted in a narrow manner, the perpetrator cannot be female if the victim is a woman, because the action must take place with a male sexual organ. This situation results in the fact that both the victim and the perpetrator of the crime cannot be female and naturally this brings about some controversy. With this version, the article appears to be an arrangement that cannot adequately protect the child's interests. When the right and proper development of the child is to be considered, it is rightly criticized in the doctrine that an act such as inserting another object, to create more severe traumatic results than organ insertion, may not be regulated in the text of the article.

Again in the part related to the act, examples are given from the application on how crime evidence is assessed and the decisions of the Supreme Court.

The concept of ‘consent’ is evaluated within the frame of unlawfulness, being among the crime elements and it is discussed whether or not to accept the consent of the sexual relationship carried out without force, threat and deception. There must be a clear regulation in the text of the article about the existence of consent by the victim during the sexual intercourse instead of concepts like force, threat and deception. The age of consent for sexual intercourse, the expression of consent, the legally accepted consent are evaluated in this chapter and the consent notion is examined in the decisions of Supreme Court. When assessing the existence or absence of consent, each concrete case should be carefully examined within its framework. In the absence of legally accepted consent, not the crime of sexual intercourse with a minor stated in Article 104 of TCL, but the crime of sexual exploitation of the children included in Article 103 of TCL would occur.

While examining the type of crime, the reasons affecting the crime are also examined. The crimes are accepted to be major when the sexual intercourse occurs between the victim and a person who is prohibited to marry, or when the crime is committed against a child to be adopted and a person who undertakes the care before the adoption or a person who is obliged to protect, care and monitor the child. When the crime is committed by a person indicated among the major cases, the investigation and prosecution procedures do not depend on complaint and the resulting punishment is much severe compared to petty crimes. Although it can be said that the legislator imposes a partial ban on incest by the regulation of major cases in this article, it is an erroneous evaluation to acknowledge that these persons who have the possibility of oppressing and influencing the child would have sexual intercourse with child without force, threat and deception; it is a condition that negatively affects the correct and proper development of the child and also his/her physical and social development. It is not appropriate for the incest to be included within the scope of Article 104 of these regulations since there cannot be consent in terms of incest.

Among the reasons influencing the faultiness, the mistake in the age and consent of the victim are examined. Due to the fact that the victim is a minor, the reasons influencing the faultiness must be examined carefully. Victims must be protected against a repeating abuse.

Special aspects of the crime are examined, whether they are suitable for attempt, whether they could be committed collectively, and the rules of gathering are evaluated. While examining the type of crime, the sanction imposed in the first case of Article 104 (1) under the title of sanction is a sentence from six months to two years, and this sentence is increased from two to five years with the Law No. 6545 on the Amendment of the Turkish Criminal Code and Some Laws, which is criticized. Crimes cannot be prevented by increasing the level of penalties. Penalties should be executed instead of increasing its quantity. If the person who is going to commit the crime knows that he is going to be truly punished, the committing of the crime can then be prevented. In fact, for the person who wants to commit the crime, the fact that the sentence included in the text of the law is 2 years or 5 years shall not be a deterrent.

While examining the right to complain, being one of the rules of reasoning, it is determined that by whom the right to complain can be exercised is not explicitly stated in the text and whether the right to complain is to be exercised by the victim or by the guardian or parent or both is expressed according to the discussions in the doctrine. In cases of major cases, investigation and prosecution will be *ex officio* conducted. It has been a subject of criticism in the doctrine that the act is considered to be a crime when the person filed a complaint about the act for which he/she gave consent at the beginning.

In the conclusion part of our study, the results obtained from the study are stated and recommendations are given. The duties falling on the shoulders of parents and judicial authorities are explained. It takes place as a recommendation that sexual education be given to young people and their parents. Employees involved in the trial should also receive special training in order to prevent the victim from being victimized again. With the aim of preventing the child from being victimized for a second time because the right and proper sexual development of the child to be protected against the crime, along with other recommendations, it is suggested that the terms of trials should be shortened.

The necessity of whether the crime should be regulated as a crime is discussed in the doctrine, and it has been justified that some of the issues in the text of the article are contrary to the principle of legality. As it will be examined in detail in the future, there are some issues that are contrary to the principle of clarity and definiteness, and it is thought that the crime should be included in the text of the law as a crime by the legislator, it is necessary to eliminate the deficiencies and uncertainties of the article and re-arrange the crime.

In our study, views in the doctrine and judicial decisions are examined and our opinions are included in order to eliminate the uncertain situations generated by the crime. As a matter of fact, it is vital to protect children who are the unique members of our society and who are our future by the legal order itself.

I hope that our study will benefit the practitioners, hoping that we will be a society with high awareness, where children are protected from abuse, early marriages are avoided, young people and parents are conscious about sexuality, hoping for a world where the best interests of children are preserved.



ÖZET

Çalışmamızda, Türk Ceza Kanunu'nun 104. maddesinde yer alan Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu incelenmiştir. Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, Türk Ceza Kanunu'nun ikinci kitabının "Kişilere Karşı İşlenen Suçlar" başlıklı ikinci kısmının altıncı bölümünde "Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar" başlığı altında düzenlenmiştir. Suç, 15 – 18 yaş aralığında olan ve fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını anlayabilecek durumda olan çocuğun, cebir, tehdit ve hile olmaksızın gerçekleştirdiği cinsel ilişkinin, sonrasında kovuşturulmasına ilişkindir.

Çalışmamızda öncelikle reşit – çocuk kavramı değerlendirilmiştir. 18 yaşın altındaki her birey gerek uluslararası gerek ulusal düzenlemeler uyarınca çocuk sayılır. 18 yaşında altında olan kişilerin reşit olma durumu Medeni Kanun'da düzenlenmiştir. Medeni Kanun reşit olma durumu için erginlik terimini kullanmış ve Medeni Kanun uyarınca evlenmenin kişiyi ergin kılacağı düzenlenmiştir. Yine Medeni Kanun'daki düzenleme gereği on beş yaşını dolduran küçük kendi isteği ve velisinin rızasıyla mahkemece ergin kılınabilecektir. 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda henüz onsekiz yaşını doldurmamış kişi çocuk olarak tanımlanmış, 5395 Sayılı Çocuk Koruma Kanunu uyarınca çocuk, daha erken yaşta ergin olsa bile onsekiz yaşını doldurmamış kişi olarak tanımlanmıştır. TCK 104. madde metninin başlığı reşit olmayanla cinsel ilişki suçu iken madde metni içinde reşit olma halinden bahsedilmemiş, 15 yaşını bitirmiş çocuk kavramına yer verilmiştir. Bu durum reşit olup, hala 15 – 18 yaş aralığında bulunan çocukların mağdur olup olmayacağı hususu açısından tartışmaya sebep olmuştur. Madde başlığı ve madde metni içerisindeki bu çelişkinin kanun koyucu tarafından düzeltilmesi gerekmektedir.

Çalışmamızda cinsellik kavramı da ele alınmıştır. Cinsel ilişki her ne kadar insan tabiatı içinde yer alan bir konu olsa da günümüzce rahatça konuşulabilen bir alan değildir. Hatta cinsel suçların oranı az olmasa da mağdurun suçu bildirmesinden çekinmesinden dolayı adli mercilere yansımaları diğer suçlara göre daha azdır. Cinsellik

kavramının, detaylı inceleme yapılması gerekliliğinden ve diğer disiplinlerin de çalışma alanını ilgilendirmesinden dolayı kavram genel açıklamalar ile değerlendirilmiştir. Cinsel suçların, öncesinde genel adap ve aile düzenine karşı işlendiği düşünülürken, dünyada da değişen görüş uyarınca artık kişinin cinsel özgürlüğünü ilgilendirdiği ve cinsel dokunulmazlığın korunması gerektiği ifade edilmiştir.

Bu çalışma kapsamında tarihsel gelişim de değerlendirilmiştir. Tarihsel gelişim başlığı altında reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun 765 Sayılı mülga ceza kanununda düzenlenişi ve mevcut düzenleme ile karşılaştırılması incelenmiştir. 765 Sayılı TCK'da suç, "Adabı Umumiye ve Nizamı Aile Aleyhinde Cürümler" bölümü altında yer alırken, 5237 Sayılı TCK'da "Kişilere Karşı Suçlar" kısmında "Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar" başlığı altında düzenlenmesi yerinde bir düzenleme olmuştur. Türk Ceza Kanunu tasarılarındaki düzenlemeler de bu bölümde değerlendirilmiştir.

Maddenin ilk halinde failin mağdurdan 5 yaştan büyük olması hali nitelikli hal kabul edilmiş iken, bu hüküm Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir. Anayasa Mahkemesi tarafından TCK 104. maddesinin ilk halinde yer alan 2. fıkranın iptaline ilişkin karar da yine tarihsel gelişim başlığı altında ele alınmıştır.

Çalışmamızda tarihsel gelişimden sonra yabancı ülkelerde suçun düzenlenişi incelenmiştir. 18. yüzyıl çocuk haklarının gelişimi ve devamında dünyada cinsel ilişkiye rıza yaşının yükseldiği, hatta başlangıçta sadece kız çocukları için yapılan bu düzenlemelerin, mağdurun erkek olmasını da kapsayacak şekilde genişletildiği ve cinsiyet ayrımı gözetmeyen yaklaşımın benimsendiği tespit edilmiştir. Kimi ülkelerde bu suçun ceza kanunlarında yer almadığı sonucuna ulaşılmış, cinsel ilişkiye rıza yaşının ülkelere göre değişiklik gösterdiği belirlenmiştir. Rıza yaşı tespit edilirken, mağdur üzerinde nüfuz sahibi olan kişilerle mağdurun gireceği cinsel ilişkide rıza yaşı normale göre daha yüksek tutulmuştur.

Bu çalışma kapsamında birinci bölümde reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun diğer cinsel suçlarla farkı da değerlendirilmiştir. Cinsel suçlar içinde yer alan cinsel saldırı suçunun, çocukların cinsel istismarı suçunun ve cinsel taciz suçunun reşit

olmayanla cinsel ilişki suçundan hangi noktalarda ayrıldığı incelenmiştir. Reşit olmayanla cinsel ilişki suçu uygulamada çocuk istismarı suçu ile karıştırılıp bazen davaların çocuk istismarı suçu kapsamında açılmakta olduğu tespit edilmiştir.

Çalışmamızın ikinci bölümünde reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun unsurları incelenmiştir. Suçun maddi unsurları olarak fail, mağdur ve hareket değerlendirilmiştir. Faile ilişkin sorunlar, failin cinsiyeti ve yaşına ilişkin olup, madde metnindeki belirsizlikler aktarılmıştır. Failin yaşının belirtilmemesi doktrinde tartışmalara sebep olmuştur. Failin yaşının da mağdur gibi 15 – 18 yaş aralığında olması halinde, yani failin de hukuken çocuk kabul edildiği bu durumda, suç oluşup oluşmayacağı doktrindeki görüşler ve Yargıtay kararları çerçevesinde değerlendirilmiştir. Mağdurun yaşı ve cinsiyeti üzerinde çalışılmış, mağdurun evlenme veya mahkeme kararıyla reşit olması halinde suçun oluşup oluşmayacağı incelenmiştir. Mağdur kız veya erkek çocuk olabilir, 15 yaşını doldurmuş fakat 18 yaşını doldurmamış olmalı ve fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayabilecek gelişmişliğe sahip olmalıdır. Mağdurun yaşının ve fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğinin gelişip gelişmediği suç tipinin belirlenmesi açısından önem arz ettiğinden bu hususlar ayrı başlıklar altında değerlendirilmiştir. Mağdurun 15 yaşın altında olması veya fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayabilecek gelişmişlik düzeyinde olmaması halinde, TCK 104'üncü maddesinde yer alan reşit olmayanla cinsel ilişki suçu değil, TCK 103. maddesinde yer alan çocukların cinsel istismar suçu olacaktır.

Maddi unsuru oluşturan hareket, cebir, tehdit ve hile olmaksızın gerçekleştirilen cinsel ilişkidir ve cinsel ilişki dışında gerçekleşen cinsel davranışların veya vücuda başka bir organ veya cisim sokulmasının bu suçu oluşturmayaacağı tespit edilmiştir. Madde metninde sadece cinsel ilişki kavramına yer verilmesi ile failin ve mağdurun her ikisinin de kadın olması durumunda suçun oluşup oluşmayacağı tartışma konusu olmuştur. Cinsel ilişki kavramının dar veya geniş yorumlanmasına göre failin cinsiyeti belirlenmektedir. Nitekim cinsel ilişki kavramı dar yorumlandığı takdirde mağdurun kadın olması halinde fail kadın olamayacaktır, çünkü eylemin bir erkek cinsel organı ile gerçekleşmesi gerekmektedir. Bu durum suçun mağdurunun ve failinin ikisinin de kadın olamaması sonucunu doğurmakta ve bu da birtakım tartışmaları beraberinde getirmektedir. Bu haliyle madde çocuğun menfaatini yeterince koruyamayan bir

düzenleme olarak karşımıza çıkmaktadır. Çocuğun doğru ve düzgün gelişimi düşünülecek olduğunda, sair bir cisim sokma gibi organ sokmadan belki daha ağır travmatik sonuçlar yaratabilecek bir hareketin madde metninde düzenlenmemesi doktrinde de haklı olarak eleştirilmiştir. Yine hareket kısmında, suçun sübutunun nasıl değerlendirildiğine ilişkin uygulamadan ve Yargıtay kararlarından örnekler aktarılmıştır.

Suçun unsurları arasında yer alan hukuka aykırılık unsuru kapsamında rıza değerlendirilmiş ve cebir, tehdit ve hile olmadan gerçekleştirilen cinsel ilişkinin rıza dahilinde gerçekleştirilmiş olarak kabul edilip edilmeyeceği tartışılmıştır. Cebir, tehdit ve hile kavramı yerine cinsel ilişkide mağdurun rızasının bulunduğu dair madde metninde açık bir düzenleme yapılmalıdır. Cinsel ilişkiye rıza yaşı, rızanın açıklanması, hukuken geçerli rıza bu bölümde değerlendirilmiş, Yargıtay kararlarında rıza incelenmiştir. Mağdurun rızası olup olmadığı değerlendirilirken her somut olay kendi çerçevesinde dikkatlice irdelenmelidir. Hukuken geçerli rızanın olmaması halinde, TCK 104'üncü maddesinde yer alan reşit olmayanla cinsel ilişki suçu değil, TCK 103. maddesinde yer alan çocukların cinsel istismar suçu oluşacaktır.

Suç tipi incelenirken suça etki eden nedenler de incelenmiştir. Cinsel ilişkinin, mağdur ile evlenme yasağı bulunan kişi arasında olması ya da suçun evlat edineceği çocuğun evlat edinme öncesi bakımını üstlenen veya koruyucu aile ilişkisi çerçevesinde koruma, bakım ve gözetim yükümlülüğü bulunan kişi arasında yaşanması durumları nitelikli haller kapsamında yer almaktadır. Suçun, nitelikli hallerinde belirtilen kişiler tarafından işlenmesi durumunda soruşturma ve kovuşturma usulleri şikâyete bağlı değildir ve cezası basit şekline göre daha fazladır. Kanun koyucunun, bu maddede nitelikli halleri düzenlemesi ile kısmı bir encest yasağı getirdiği söylenebilirse de, çocuk üstünde baskı kurma ve nüfuz sağlama imkanı olan bu sayılan kişilerin çocuk ile cebir, tehdit ve hile olmaksızın cinsel ilişkiye girdiğini kabul etmek, hatalı bir değerlendirmedir ve çocuğun doğru ve düzgün gelişimini, fiziksel ve sosyal açıdan gelişimini de olumsuz yönde etkileyecek bir durumdur. Encestte rıza olamayacağından bu düzenlemelerin 104. maddesi kapsamında yer alması yerinde olmamıştır.

Kusurluluğa etki eden nedenler arasında mağdurun yaşında hata ve rızasında hata incelenmiştir. Mağdurun çocuk olması sebebiyle kusurluluğa etki eden nedenler titizlikle incelenmelidir. Mağdurların bir kez daha mağdur edilmesi engellenmelidir.

Suçun özel görünüş biçimleri incelenmiş, teşebbüse elverişli olup olmadığı, iştirak halinde işlenip işlenemeyeceği ve içtima kuralları değerlendirilmiştir. Yine suç tipi incelenirken yaptırım başlığı altında 104. maddenin birinci fıkrasının ilk halinde uygulanacak yaptırım altı aydan iki yıla kadar hapis cezası iken, 6545 Sayılı Türk Ceza Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile artırımı gidilerek cezanın iki yıldan beş yıla kadar yükseltilmesi eleştirilmiştir. Cezaların arttırılması ile suçun işlenmesi önlenemez. Cezaların nicelik olarak artırılması yerine infazının sağlanması gerekir. Suçu işleyecek kişi gerçek anlamda cezasını çekeceğini bilirse suçun işlenmesi önlenebilecektir. Nitekim suç işlemek isteyen kişi için kanun metninde cezanın 2 yıl veyahut 5 yıl yazıyor olması caydırıcı nitelikte olmayacaktır.

Muhakeme kurallarından olan şikâyet hakkı incelenirken, şikâyet hakkının kim tarafından kullanılacağına madde metninde açıkça belirtilmediği tespit edilmiş, şikâyet hakkının mağdur tarafından mı yoksa veli veya vasi veyahut her ikisi tarafından mı kullanılacağı doktrindeki tartışmalar uyarınca aktarılmıştır. Nitelikli hallerin olduğu durumlarda ise re'sen soruşturma ve kovuşturma yapılacaktır. Eyleme ilk başta rıza veren kişinin sonrasında bu eylemi şikâyet ederek eylemin suç sayılması doktrinde eleştiri konusu olmuştur.

Çalışmamızın sonuç kısmında çalışmadan elde ettiğimiz sonuçlar aktarılmış ve tavsiyelere yer verilmiştir. Ebeveynlere ve yargı mercilerine düşen görevler aktarılmıştır. Gençlere ve ebeveynlere cinsel eğitim verilmesi gerektiği tavsiyemiz olarak yer almıştır. Yargılamada görev alan çalışanların da mağdurun tekrar mağdur olmaması adına özel bir eğitime tabi tutulması gerektiği belirtilmiştir. Suçla korunmak istenen çocuğun doğru ve düzgün cinsel gelişimi olduğundan çocuğun ikinci kez mağdur edilmemesi için dava sürelerinin kısaltılması ve diğer yapılabilecekler öneri olarak belirtilmiştir.

Suçun suç olarak düzenlenip düzenlenmemesi gerekliliği doktrinde tartışılmış, madde metnindeki bazı hususların kanunilik ilkesine aykırı olduğu haklı olarak ifade edilmiştir. Çalışmamızda ileride detaylı olarak inceleneceği üzere madde metninde

belirlilik ilkesine aykırı hususlar mevcut olup, kanun koyucu tarafından suçun suç olarak kanun metninde yer alması gerektiği düşünülüyorsa, madde metnindeki eksiklikleri ve belirsizlikleri giderip, suçu tekrar düzenlenmesi gerekmektedir.

Çalışmamızda, doktrindeki görüşler ve yargı kararları incelenmiş, suçun yarattığı belirsiz durumların giderilmesi gayesiyle görüşlerimize yer verilmiştir. Nitekim toplumumuzun biricik üyeleri olan ve geleceğimizi oluşturacak olan çocukların hukuk düzenince titizlikle korunması gerekmektedir.

Çocukların istismardan korunduğu, erken yaşta evliliklerin önüne geçildiği, gençlerin ve ebeveynlerin cinsellik konusunda bilinçli oldukları, farkındalığı yüksek bir toplum olmamız temennisiyle, çocukların üstün yararının korunduğu bir dünya umarak, çalışmamızın uygulamacılara faydası olmasını dilerim.

GİRİŞ

Suç rakamının adli mercilere tam olarak yansımadağı, suç istatistiğinde suçun siyah rakam olarak yer aldığı cinsel suçlar içerisinde yer alan reşit olmayanla cinsel ilişki suçu, fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını kavrayabilecek, 15 ila 18 yaş aralığındaki mağdur çocuğun cebir, tehdit ve hile olmaksızın cinsel ilişkide bulunmasına ilişkindir. Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, Türk Ceza Kanunu'nun ikinci kitabının "Kişilere Karşı İşlenen Suçlar" başlıklı ikinci kısmının altıncı bölümünde "Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar" başlığı altında 104. maddede yer almaktadır.

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda mağdur, fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını anlayabilen 15 – 18 yaş aralığındaki kız ya da erkek çocuktur ve mağdurun, fail ile cebir, tehdit ve hile olmaksızın cinsel ilişkide bulunması suçu oluşturur.

Korunan hukuki yarar, kanımızca karma nitelikte olup, çocuğun üstün yararı ilkesi çerçevesinde çocuğun cinsel dokunulmazlığı ve çocuğun doğru ve düzgün cinsel gelişimidir.

Madde metninde, failin yaşı ve cinsiyeti ile ilgili düzenleme yapılmamış, failin yaşının belirtilmemesi doktrinde tartışmalara sebep olmuştur. Failin yaşının da mağdur gibi 15 – 18 yaş aralığında olması halinde, yani failin de hukuken çocuk kabul edildiğı bu durumda, suçun oluşup oluşmayacağı doktrindeki görüşler ve Yargıtay kararları çerçevesinde değerlendirilmiştir. Maddenin ilk halinde failin mağdurdan 5 yaş büyük olması hali nitelikli hal kabul edilmiş iken ilgili hüküm Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir.

Madde metninin başlığı reşit olmayanla cinsel ilişki suçu olup, madde metni içinde reşit olma halinden bahsedilmemiş, 15 yaşını bitirmiş çocuk kavramına yer verilmiştir. Bu durum reşit olup, hala 15 – 18 yaş aralığında bulunan çocukların mağdur olup olmayacağı hususu açısından tartışmaya sebep olmuştur.

Mağdurun 15 yaşın altında olması veya fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayabilecek gelişmişlik düzeyinde olmaması halinde, TCK 104'üncü maddesinde

yer alan reşit olmayanla cinsel ilişki suçu değil, TCK 103. maddesinde yer alan çocukların cinsel istismar suçu oluşacaktır.

Maddi unsuru oluşturan hareket, cebir, tehdit ve hile olmadan 15 yaşını bitiren çocukla cinsel ilişkidir. Cinsel ilişki dışında kalan cinsel davranışlar, hareket unsuru olarak belirtilmemiş, madde metninde vücuda organ veya sair cisim sokulması ifadesi yer almamıştır. Cinsel ilişki dışında kalan cinsel davranışlar suç oluşturmaz. Cinsel ilişki kavramının dar veya geniş yorumlanmasına göre failin cinsiyeti belirlenmektedir. Nitekim cinsel ilişki kavramı dar yorumlandığı takdirde mağdurun kadın olması halinde fail kadın olamayacaktır, çünkü eylemin bir erkek cinsel organı ile gerçekleşmesi gerekmektedir. Bu da birtakım tartışmaları beraberinde getirmekte ve çocuğun menfaatinin yeterince koruyamayan bir düzenleme olarak karşımıza çıkmaktadır. Cinsel ilişkiden belki daha travmatik sonuçlara yol açabilecek sair cisim sokulmasının hareket unsuru olarak yer almaması yerinde bir düzenleme olmamıştır.

Suçun manevi unsuru kasttır. Suç olası kastla ya da taksirle işlenemez.

Hukuken korunan geçerli bir rıza olması halinde bu suç oluşabilecektir. Cebir, tehdit ve hile araç unsurları yerine cinsel ilişkide mağdurun rızasının bulunması gerektiği madde metninde açık bir düzenleme ile yer almalıdır. Hukuken geçerli rızanın olmaması halinde, TCK 104'üncü maddesinde yer alan reşit olmayanla cinsel ilişki suçu değil, TCK 103. maddesinde yer alan çocukların cinsel istismar suçu oluşacaktır. Mağdurun rızası olup olmadığı değerlendirilirken her somut olay kendi çerçevesinde dikkatlice irdelenmelidir.

104. maddenin 1.fikrasında suç şikâyetine tabi bir suç olarak düzenlenmiş, 18.06.2014 tarihli 6545 Sayılı Kanun'la nitelikli hal olarak 2. ve 3. fıkra hükümleri maddeye eklenmiştir. 2. ve 3. fıkra hükümlerinde şikâyet koşulu aranmamaktadır. Suçun, mağdur ile evlenme yasağı bulunan kişi arasında gerçekleşmesi ya da suçun evlat edineceği çocuğun evlat edinme öncesi bakımını üstlenen veya koruyucu aile ilişkisi çerçevesinde koruma, bakım ve gözetim yükümlülüğü bulunan kişi tarafından gerçekleştirilmesi hali nitelikli haller olarak yer almıştır. Bu fıkralar ile kısmi bir ensest yasağı getirdiği söylenebilir de çocuk üstünde baskı kurma ve nüfuz sağlama imkanı olan bu sayılan kişilerin çocuk ile cebir, tehdit ve hile olmaksızın cinsel ilişkiye

girdiğini kabul etmek hatalı bir değerlendirmedir ve çocuğun doğru ve düzgün gelişimini, fiziksel ve sosyal açıdan gelişimini de olumsuz yönde etkileyecek bir durumdur ve bu husus çocuk istismarı maddesi altında düzenlenmelidir. Enseste rıza kabul edilemez.

Madde metninin ilk halinde hapis cezası altı aydan iki yıla şeklinde öngörülmüşken, 6545 S. Kanun'la ceza miktarı arttırılmış ve birinci fıkrada düzenlenen suçun basit hali için ceza iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası olarak düzenlenmiştir. Nitelikli haller için on yıldan on beş yıla kadar hapis cezası öngörülmüştür. Cezaların arttırılması aracılığıyla suçun işlenmesi önlenemez. Cezaların nicelik olarak artırılması yerine infazının sağlanması gerekir.

Şikâyet hakkının kim tarafından kullanılacağı madde metninde açıkça belirtilmemiş olup, şikâyet hakkının mağdur tarafından mı yoksa veli veya vasi veyahut her ikisi tarafından mı kullanılacağı doktrinde tartışılmıştır. Eyleme başta rıza veren kişinin sonrasında eylemi şikâyet ederek eylemin suç sayılması doktrinde eleştirilmiştir.

Suçu derinlemesine incelemeye başladıkça kısa bir suç tipi gibi görünen bu suçun bir buzdağı gibi derinlemesine incelenmesi gereken bir konu olduğu ve suçu düzenleyen ilgili madde metninin teknik hukuk anlamında hatalarla ve belirsizliklerle dolu olduğu fark edilmiştir. Madde metnindeki çelişmeler aktarılmaya çalışırken, bazı yazarların da değindiği gibi bu suç tipine ihtiyaç olup olmadığı düşünülmüştür. Çalışmamız süresince değerlendirmelerimiz yapılırken çocukların korunması gerekliliği düşüncesi ile ceza kanunlarının ahlak kurallarına ilişkin düzenleme yapmadığı fikri arasında kalırsa da, kanun koyucunun çözüm olarak ergenleri istemedikleri cinsel ilişkiden korumak ile kendi karar verdikleri ve ihtiyaçları olan cinselliği yaşama özgürlüğü arasında makul ve adil bir denge kurması gerekliliği fikri hakim gelmiştir.

Suçun teknik hukuk anlamında belirsizliklerle dolu olması bizi suçu inceleme hususunda motive etmiştir. Ayrıca hala cinselliğin günümüzde rahatça konuşulamaması, gençlerin cinselliğe yaklaşımı ve yaşayışları üzerinde pek fazla tartışılmayan, düşünülmeyen bir alan olması ve suçun siyah rakamlar arasında kalan bir suç olması bizi bu konuda çalışma yapmaya sevk etmiştir. Kanun koyucunun teknik

hukuk anlamında belirsizlikler içeren bu suç ile ilgili madde metninde düzenleme yapması gerekliliği aşikardır. Madde metni, kanunilik ilkesinin alt dalı olan belirlilik ilkesine aykırı şekilde düzenlenmeler içermektedir. Nitekim madde bu hali ile doktrinde haklı olarak eleştirilmekte ve uygulamada sık sık sorunlar yaşanmaktadır.

Sorunun çözümü için sadece madde metninde değişiklik yeterli olmayacak, gençlerin ve ailelerin eğitilmesi için hukukçuların ve sivil toplum örgütlerinin iş birliği içinde çalışması gerekecektir. Lise düzeyinde temel bir ceza hukuku eğitimi verilmesi bu konuda yapılacak olan çalışmalardan biri olabilir.



BİRİNCİ BÖLÜM

ÇOCUK KAVRAMI, CİNSEL SUÇ KAVRAMI, TÜRK HUKUKUNDA SUÇUN TARİHSEL GELİŞİMİ, YABANCI ÜLKELERDE SUÇUN DÜZENLENİŞİ, BENZER SUÇLARDAN FARKI

I. ÇOCUK KAVRAMI

18 yaşın altındaki her birey gerek uluslararası gerek ulusal düzenlemeler uyarınca çocuk sayılır. 18 yaşında altında olan kişilerin reşit olma durumu Medeni Kanun’da düzenlenmiştir. Medeni Kanun reşit olma durumu için erginlik terimini kullanmış ve Medeni Kanun’un 11. maddesi gereği; *erginliğin on sekiz yaşın doldurulması ile başlayacağı düzenlenmiş, evlenmenin kişiyi ergin kılacağı hüküm altına alınmıştır.* Medeni Kanun’un 124. maddesi gereği; *erkek veya kadın on yedi yaşını doldurmadıkça evlenemeyecek, ancak hakim olağanüstü durumlarda ve pek önemli bir sebeple onaltı yaşını doldurmuş olan erkek veya kadının evlenmesine izin verebilecektir.* Yine Medeni Kanun ergin kılınma başlıklı 12. maddesi gereğince; *on beş yaşını dolduran küçük kendi isteği ve velisinin rızasıyla mahkemece ergin kılınabilecektir.*

A) Yasal Düzenlemelerde Çocuk Kavramı

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın 90. madde hükmü gereği usulüne göre yürürlüğe konulmuş uluslararası sözleşmeler kanun hükmündedir. İç hukuk mevzuatı haline gelen uluslararası sözleşmelerdeki ve ulusal metinlerdeki çocuklara ilişkin düzenlemeler, konumuzla sınırlı olarak incelenmiştir.

1) Uluslararası Metinlerde Çocuk Kavramı

a) Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi

Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi 20 Kasım 1989 tarihinde kabul edilmiştir. Türkiye, Sözleşme’yi 14 Eylül 1990 tarihinde imza altına almış ve 9 Aralık 1994 tarihinde onaylamıştır. 4058 Sayılı Onay Kanunu, 22138 Sayılı ve 11 Aralık 1994 tarihli Resmi Gazete’de yayınlanmıştır. Sözleşme, tüm dünya çocuklarının insan hakları yasası niteliğindedir.

Sözleşme'nin 1. maddesi gereği; *Bu Sözleşme uyarınca çocuğa uygulanabilecek olan kanuna göre daha erken yaşta reşit olma durumu hariç, onsekiz yaşına kadar her insanın çocuk sayılacağı düzenlenmiştir.*

Komite tarafından reşit olma durumunun taraf devletler tarafından kötüye kullanılıp kullanılmadığı takip edilmektedir.

Sözleşme'nin 19. maddesinde; *"Bu Sözleşme'ye Taraf Devletler, çocuğun ana-babasının ya da onlardan yalnızca birinin, yasal vasi veya vasilerinin ya da bakımını üstlenen herhangi bir kişinin yanında iken bedensel veya zihinsel saldırı, şiddet veya suistimale, ihmal ya da ihmalkâr muameleye, ırza geçme dahil her türlü istismar ve kötü muameleye karşı korunması için; yasal, idari, toplumsal, eğitsel bütün önlemleri alırlar. "* düzenlenmesi mevcuttur.

Sözleşme'nin 34. maddesi uyarınca; *Taraf Devletler, çocuğu her türlü cinsel sömürüye ve cinsel suistimale karşı koruma güvencesi verirler.*

Sözleşmeye taraf devletler, çocukların suç mağduru olmamaları için gerekli tedbirleri alma yükümlülüğü altındadır ve mağdur çocukların fiziksel, psikolojik sağlıklarına kavuşturularak toplumla yeniden bütünleşmelerini sağlamak için gerekli önlemleri almakla yükümlüdürler.¹

b) Avrupa Konseyi Çocukların Cinsel İstismar ve Sömürüye Karşı Korunması Sözleşmesi (Lanzarote Sözleşmesi)

25 Ekim 2007 tarihinde Lanzarote'de imza altına alınan *"Avrupa Konseyi Çocukların Cinsel Sömürü ve İstismara Karşı Korunması Sözleşmesi(Lanzarote Sözleşmesi)"* ni Türkiye 25 Kasım 2010 tarihinde kabul etmiş, 6084 Sayılı Onay Kanunu 27781 Sayılı ve 10 Aralık 2010 tarihli Resmi Gazete'de yayınlanmıştır.

¹ Vesile Sonay Evik, "Ceza Muhakemesinde Çocuk Mağdurların Hakları ", **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.12, S:151-152, (s. 69 – 115) s.72, Ankara: Seçkin Yayıncılık, Mart – Nisan 2017

Lanzarote Sözleşmesi 3. maddesinde; Çocuk 18 yaşın altındaki herhangi bir kişi olarak tanımlanmıştır. Sözleşme'nin 18/1-a maddesi, taraf devletlere ulusal yasaya göre cinsel eylemler bakımından yasal yaşa ulaşmamış çocukla cinsel eylemlerde bulunmanın suç olarak düzenlenmesi yükümlülüğünü yüklemektedir ve yine aynı maddenin 3. fıkrasında ise 1. fıkranın a bendinde yer alan hükümlerin, küçük yaştaki çocuklar arasındaki karşılıklı rıza ile gerçekleşen cinsel faaliyetleri düzenleme amacının bulunmadığı, küçüklerin kendi aralarında rızayla gerçekleştirdikleri cinsel faaliyetlerin suç kapsamı dışında bırakılması gerektiği hüküm altına alınmıştır.²

c) Kadınlara Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi (İstanbul Sözleşmesi)

11 Mayıs 2011 tarihinde İstanbul'da imza altına alınan "*Kadınlara Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi(İstanbul Sözleşmesi)*" ni Türkiye 24 Kasım 2011 tarihinde kabul etmiş, 6251 Sayılı Onay Kanunu 28127 Sayılı ve 29 Kasım 2011 tarihli Resmi Gazete'de yayınlanmıştır.

İstanbul Sözleşmesi ile aile içi her türlü şiddete maruz kalmış aile fertlerinin hukuki menfaatlerinin korunması hedeflenmekle birlikte çocuklar da bunun bir parçası olarak kabul edilmektedir.³ Sözleşme'nin 3. maddesindeki tanımlar kısmında kadınlar kelimesinin 18 yaşın altındaki kız çocuklarını da kapsadığı belirtilmiştir.⁴ Sözleşme'de fiziksel şiddetle birlikte cinsel şiddet öngörülmekte ve taraf devletler hukuki düzenlemelerinde buna uymakla yükümlü tutulmaktadır.⁵

² Nurullah Kantarcı, **Türk Ceza Hukukunda Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu**, Adalet Yayınevi, Ankara: Adalet Yayınevi, Kasım 2016, s.115, 116 "*Bir milletlerarası andlaşma hükmünün iç hukuka doğrudan uygulanabilmesi için hükmün açık ve kendiliğinden uygulanabilir nitelikte olması gerekmektedir. Ancak Lanzarote Sözleşmesi ilgili maddesinin bir kanun hükmü gibi doğrudan uygulanabilecek kadar açık ve net bir hüküm olmaması sebebiyle, doğrudan iç hukuka uygulanabilecek nitelikte bir hüküm olmayıp, taraflara bu konuda düzenleme yapılmasına ilişkin yükümlülük yükleyen bir hükmüdür. Böyle bir durumda doğrudan uygulanabilir nitelikte olmayan sözleşme hükümleri – ceza hukukunda kanunilik ilkesini ihlal etmemek şartıyla – ancak mevcut kanun hükmünün yorumlanmasına yardımcı olabilir.*"

³ Pınar Memiş Kartal, **Türk Ceza Hukuku'nda Çocukların Cinsel İstismarı**, İstanbul: D&R Yayınları, 2014, s. 79

⁴ <http://www.kazanci.com/kho2/mbb/giris.html>, Erişim tarihi: 10.12.2017

⁵ Memiş Kartal, **Çocukların Cinsel İstismarı**, s. 80

Sözleşme'nin 37. maddesinin 1.fıkrası uyarınca taraf devletler çocuğu evlenmeye zorlayan kasıtlı davranışların suç sayılmasını sağlamak üzere hukuki veya diğer tedbirleri, 2. fıkrası uyarınca çocuğu evlenmeye zorlamak amacıyla, kendi ikamet yeri dışında diğer ülke veya taraf devletin topraklarına çekmeye ilişkin kasti davranışların suç sayılmasını sağlamak üzere gerekli hukuki veya diğer tedbirleri almakla yükümlüdürler.⁶

2) Ulusal Metinlerde Çocuk Kavramı

a) Anayasa'da Çocuk Kavramı

Anayasa 41. maddesi uyarınca; devlet, çocukların korunması için gerekli tedbirleri alır, teşkilâtı kurar. İlgili madde hükmü gereği; her çocuk, korunma ve bakımdan yararlanma, yüksek yararına açıkça aykırı olmadıkça ana ve babasıyla kişisel ve doğrudan ilişki kurma ve sürdürme hakkına sahiptir. Devlet, her türlü istismara ve şiddete karşı çocukları koruyucu tedbirleri almakla yükümlüdür. Anayasanın eşitlik ilkesini düzenleyen 10. maddesi gereğince, çocukların korunması için alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak değerlendirilemez.⁷

b) Çocuk Koruma Kanunu ve TCK Kapsamında Çocuk Kavramı

5395 Sayılı Çocuk Koruma Kanunu (ÇKK), 25876 Sayılı ve 15 Temmuz 2005 Tarihli Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir. ÇKK 3. maddesinin 1. fıkrasının a bendi gereği Çocuk; daha erken yaşta ergin olsa bile, onsekiz yaşını doldurmamış kişi olarak tanımlanmıştır. Bu tanım gereği; kişi Medeni Kanun uyarınca ergin kılınmış bile olsa on sekiz yaşını doldurmamış olduğu için çocuk olarak kabul edilecektir. Yine TCK'nın 6. maddesi 1. fıkrasının b bendi gereği henüz onsekiz yaşını doldurmamış kişi çocuk olarak tanımlanmıştır.

⁶ <http://www.kazanci.com/kho2/mbb/giris.html>, Erişim tarihi: 10.12.2017

⁷ Murat Aydın, **Çocukların Cinsel İstismarı ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu**, 2. baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, Ağustos 2014, s.97

II. CİNSEL SUÇ KAVRAMI HAKKINDA GENEL AÇIKLAMALAR

Bazı konularda hala bir sessizlik hakimdir ve cinsellik de bunlardan biridir.⁸ İnsanlar için cinsellik doğal değil baştan sona sorunlarla, korkularla, endişelerle dolu karmaşık bir olgudur.⁹ Bu sebeple günümüzde bile üzerinde rahatça konuşulabilen bir alan değildir.

Cinsel ilişki, insanın doğasında yer alan ve hatta bünyenin kişiyi icrasına zorladığı biyolojik bir durumdur.¹⁰ Psikolojik boyutta cinsellik, cinsel ilişkiden keyif alarak kişinin temel ihtiyaçlarının karşılanmasıdır.¹¹ Toplumsal anlamda cinsellik ise toplumu oluşturan değer yargıları, kanuni düzenlemeler, farklı cinse paylaşılan roller, eş seçimi ve evlenme seçimleri ile ilişkilidir.¹²

Abraham Maslow “*İhtiyaçlar Hiyerarşisi*” teorisinde cinselliği yemek, hava, su, barınma gibi temel ihtiyaçlar ile birlikte fiziksel ihtiyaçlar kapsamında değerlendirmiştir.¹³

İnsanoğlunun cinsel davranışlarına yöneltile sosyal tutumlar zaman içerisinde çok fazla değişiklik arz etmiş, toplumda yaygın olan tutumlar, saatin sarkacı gibi bir ileri bir geri hiç durmadan değişmiştir.¹⁴ Toplumlar, belirli dönemlerde cinselliğin zevkine varıp, tadını çıkartırken bazen cinselliği yasaklayarak, kısıtlamıştır.¹⁵

Bütün dinler, sosyal sistemler biz sıradan, sokaktaki insanları cinsel hazların ve cinsel çeşitlemelerin dışında tutmak için uğraştılar ve en önemlisi bilgi edinmeyi, bilinçlenmeyi ayıp, bilgisizliğin ise erdem olduğuna inandırdılar.¹⁶ Çocuklar ve gençler, aynı cinsiyettekiler, engelliler, yaşlılar arasında yaşanan cinsellik,

⁸ Akif Poroy, **Cinsellik El Kitabı**, İstanbul: Alfa Basım, Ocak 2006, s.103

⁹ Ümit Sayın, **Cinselliğin Farklı Boyutları**, İstanbul: Yol Yayınları, Mayıs 1993 s.9 İlhan Güngören Önsöz’ü

¹⁰ Sulhi Dönmezer - Feridun Yenisey, “Cinsel ve Cinselliğe İlişkin Suçlarda Yeni Trentler“, **Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları**, Ceza Hukukunun Güncel Kaynakları C. I, s.18, İstanbul: Aralık 2003

¹¹ Kemal Vuraldoğan, “Cinsel Özgürlük Üzerine“, 2006, www.kazanci.com/hebgirisi, erişim tarihi: 27.03.2018

¹² Vuraldoğan, 2006

¹³ Kantarcı, s. 5

¹⁴ Desmond Morris, **Hayvansı İnsan – İnsan Soyuna Kişisel Bir Bakış**, İstanbul: İnkılap Kitabevi, 1997, s. 151

¹⁵ Ibid.

¹⁶ Sayın, s.11

evlenmeden önce gerçekleşen cinsel ilişkiler veya hastane ve hapisanelerde yaşanan cinsel ilişkiler sanki yokmuş, gerçekleşmiyormuş gibi göz ardı edilmektedir.¹⁷ Konuşulamayan, baskılanan duygu ve düşünceler insanların, toplumların gelişmesine mâni olduğu gibi cinselliğin üstü örtülmesi veya bastırılması yaşanmasına engel değildir. Kaldı ki sağlıklı yaşanan bir cinsellik yani kişinin kendi özgür iradesi ile bile isteye yaşadığı bilinçli bir cinsellik kişiyi mutlu edecek, sağlıklı bir toplum bu şekilde inşa edilecektir. Çünkü cinsellik sadece insanın üremesini sağlayan bir durum olmayıp, aynı zamanda insanın duygusal ve sosyal bütünlüğüne katkıda bulunan ve engellenmesi mümkün olmayan bir içgüdüdür.¹⁸

Cinsellik, yetişkin olmayı başarmak, kişilerle olumlu ilişkiler sürdürebilmek, duygusal ve fiziksel anlamda tatmin olmak, zevk ve sınırlar arasında dengede olmayı başarmak, cinsel içgüdüye hakim olup bizi yönetmesine izin vermemek, ondan korkmamak ve onu bastırmaktan memnun olmamak, bazı yasakları içselleştirmek, hayal kırıklığını kabul etmek ve aynı zamanda suçluluk duygusuyla acı çekmemek, güzel bir yaşam enerjisiyle hayatın diğer önemli alanlarını da besleyerek zevk almak, kendi kişisel kimliğinin bilincinde olarak kültürel çevreye iyi bir şekilde entegre olmak ve eğlenmek demektir.¹⁹

Anayasa, 17. maddede, herkesin, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğunu düzenlemiştir.²⁰ Bu hak, kişinin güvenli bir şekilde ve kimseye zarar vermeden tabii cinselliğini yaşama hakkını da kapsamaktadır.²¹

Dünyada cinsel suçlara bakış açısının değişmesi ve gelişmesi ile cinsel suçlara ilişkin ceza kanunlarında yer alan düzenlemeler özgürlük ile yapılandırılmaktadır.²² Cinsel suçların koruduğu yarar, kişinin cinsel bütünlüğü, otonomisi ve cinsel tercihlerini yapabilme serbestliği olarak ifade ediliyor.²³ Gelişen anlayış, cinsel

¹⁷ Poroy, s.103

¹⁸ Kantarcı, s.6

¹⁹ Ghislaine Paris, **Cinselliğin Önemi-Arzuyla Yeniden Kavuşmak**, İstanbul: Ayrıntı Yayınları, Temmuz 2016, s.154

²⁰ Zeki Hafızoğulları, Beşeri Cinsellik, 2004,

<http://www.baskent.edu.tr/~zekih/uygulamaci/cinselsuclar.doc>, Erişim tarihi : 11.02.2018

²¹ Ibid.

²² Fahri Gökçen Taner, **Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar**, 2. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, Nisan 2017, s.49

²³ Dönmezer -Yenisay, s. 8

suçların ceza kanunlarında cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar altında yer alması ile cinsel özgürlüğün korunduğunu gösteriyor.²⁴ Böylece cinsellik, bir genel ahlak sorunu olmak yerine artık bir özgürlük sorunu olarak kabul ediliyor.²⁵ 765 Sayılı mülga Türk Ceza Kanunu’nda Adabı Umumiye ve Nizamı Aile Aleyhine Cürümler Bölümünde cinsel suçlar yer almaktayken, günümüzde Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar kapsamında kanunda yer alması da cinselliğe genel ahlak sorunu olarak yaklaşma fikrinin terk edildiğini ortaya koyuyor.

Cinsel suçlar alanındaki doktrindeki modern görüş, ahlakın kanun ile düzenlenip korunabileceğini düşünmenin yanılgı olduğu ve devletin, toplum ve birey için geçerli ahlak kurallarını saptayıp, bunlara aykırı davrananlara ceza yaptırımını uygulamak hak veya görevinde olmadığı gibi, aksinin düşünülmesi durumunda “devlet gücünün, çağdışı bir anlayışla egemenlik sağlamanın hizmetine koşulması” olmaktan öteye geçemeyeceğidir.²⁶ Ceza hukuku aracılığı ile sadece cezalandırma gayesine ulaşma hedefi ile değil, kişisel hakları koruma gayesi ile de hareket edildiği ve bu hususun cinsel suçlar açısından da kendini ortaya koyduğu tespit edilmektedir.²⁷ Alman Federal Yüksek Mahkemesi’nin “*Fanny Hill*” kararında da açıkça ifade ettiği gibi, ceza hukukunun “*cinsel alanda gelişmiş vatandaşı ahlaki (moral) standardını oluşturmak*” gibi bir ödevi yoktur; aksine ağır ihlallere karşı kişi haklarını korumak yükümlülüğü vardır.²⁸

Cinsel suçlar açısından, ceza hukukunun müdahalesine neden olan toplumsal değerler, ülkelere göre farklılık arz etmekte ve bu yüzden suçlara ceza kanununda verilen yerler de farklı olabilmektedir.²⁹ Yabancı ülkelerdeki mevzuat incelendiğinde cinsel suçların düzenlendikleri yer itibarıyla cinsel özgürlüğün esas alındığı tespit edilmiştir.³⁰ Mesela İsviçre’de cinsel bütünlüğe karşı suçlar, Almanya’da cinsel

²⁴ Handan Yokuş Sevrük, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Saldırı ve Cinsel Taciz Suçları”, **TBB dergisi**, S.57, s.243, Ankara: 2005

²⁵ Kantarcı s. 83 “765 Sayılı TCK döneminde doktrinde birçok yazar cinsel suçların ahlak sorunu yerine değil, bireysel özgürlük sorunu olduğunu ve dolayısıyla bu suçların “*Kişilere Karşı İşlenen Suçlar*” başlığı altında düzenlenmesi gerektiğini ileri sürmüştür.”

²⁶ Yener Ünver, “Türk Maddi Ceza Hukukunda Cinsel Suçların Eleştirisel Olarak İncelenmesi”, “Cinsel Suçlar ve Evlilik Hukuku”, **II. Türkiye – Slovenya Uluslararası Hukuk Sempozyumu**, s.23, Ankara: Seçkin Yayıncılık, Mayıs 2014

²⁷ Yokuş Sevrük, s. 246

²⁸ Ünver, Cinsel Suçların Eleştirisel Olarak İncelenmesi, s. 24

²⁹ Dönmezer – Yenisey, s. 8

³⁰ Yokuş Sevrük, s.243

özgürlüğe karşı suçlar altında düzenlenerek cinsel ilişkinin bireyin kişisel seçimine ilişkin olduğu tespit edilmiştir.³¹

Kanunun cebir ve şiddete dayalı olduğu durumlarda bu fiili cezalandırmasının nedeni ise cinsel özgürlüğe bir müdahale teşkil etmekle beraber mağdurun onur ve şerefini, nefesine olan saygısını zedelemesi, mağdurun kendisini ayıplı hale gelmiş, aşağılanmış bir kişi olarak görmeye başlaması ve yerine göre kamu edep kurallarının da ihlal edilmesidir.³²

III - TÜRK HUKUKUNDA SUÇUN TARİHSEL GELİŞİMİ

A) Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçunun 765 Sayılı TCK’da Düzenlenişi ve 5237 Sayılı TCK ile Karşılaştırılması

1) Suçun 765 Sayılı TCK’da Düzenlenişi

15 yaşını tamamlamış çocuklarla kurulan cinsel ilişkiye ilişkin fiiller, 765 Sayılı TCK’da m.416 hükmünde yer almaktaydı.³³ 765 Sayılı mülga TCK’nın 416 maddesinin 3. fıkrası hükmü “*Reşit olmıyan bir kimse ile rızasıyle cinsi münasebette bulunanlar fiil daha ağır cezayı müstelzim bulunmadığı takdirde altı aydan üç seneye kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*” şeklinde idi.

765 Sayılı TCK’da, 9.7.1953 tarih ve 6123 Sayılı Kanunla düzenleme yapılmış ve 416. maddeye yeni ve son bir fıkra eklenerek bu hüküm eklenmişti.³⁴ Değişiklik öncesinde ise 15 yaşını doldurmuş ve ergin olmamış bir kimseyle rızasıyla cinsel ilişkide bulunma durumunda, diğer koşulların da mevcut olması şartıyla, reşit olmayan bir kişinin cebir, şiddet, tehdit veya hile olmaksızın, rızasıyla şehvet hissi veya evlenme maksadıyla kaçırılması veya alıkonulması suçu (m.430/2) veya evlenme vaadiyle kızlık bozma suçu (m.423) kapsamında hüküm kurulmaktaydı.³⁵

³¹ Ibid.

³² Dönmezer – Yenisey, s. 18

³³ Veli Özer Özbek- M. Nihat Kanbur - Koray Doğan - Pınar Bacaksız - İlker Tepe, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2010, s. 389

³⁴ Ayhan Önder, **Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler**, 1. Bası, İstanbul: Beta Yayın, Ekim 1985, s. 242, Sulhi Dönmezer, **Ceza Hukuku Hususi Kısım Umumi Adab ve Aile Nizamı Aleyhinde Cürümler**, 3.Bası, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları No. 258 Hukuk Fakültesi No.55, 1961, s.54

³⁵ Kantarcı s. 23

Yargıtay, 25.04.1956 Tarihli 1956/5 E., 1956/2 K. Sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında, reşit olmayan ve 15 yaşından büyük mağdure ile evlenme vaadinde bulunarak rızaya dayalı olarak cinsel ilişkide bulunan failin eyleminin evlenme vaadi ile kızlık bozma suçu kapsamında olmadığına, m.416 fıkra 3 uyarınca hüküm kurulması gerektiğine karar vermiş, kızlığın kaybedilmesinin ise m.418/son açısından ayıplılık kabul edilerek cezanın ağırlaştırılmasına hükmetmiştir.³⁶

TCK 416. maddenin son fıkrası ile mağdurun reşit olmayan ve fakat 15 yaşını bitirmiş bir kişi olması ve cinsel ilişkide rızasının da bulunması aranmaktaydı.³⁷ Mağdurun rızası yoksa 416. maddenin ilk iki fıkrasında yer alan suçların oluşup oluşmadığı değerlendirilmekteydi.³⁸

Doktrinde bazı yazarlar suçu “Küçüklerle Cinsi Temas” olarak tanımlamakta, diğer bazı yazarlar ise “Onbeş ila onsekiz yaşları arasında bulunanlarla rızalarıyla cinsi münasebette bulunmak suçu” diye tarif etmekteydiler.³⁹

Kanun koyucu 15-18 yaş grubu içinde olan çocukları cinsi hislerinin kuvvetli tesiriyle cinsi münasebet eylemine rıza gösterebileceklerini kabul etmiş, fakat bu rızaya rağmen onları korumak istemiştir.⁴⁰ Nikah mevcut olması halinde cinsi münasebetin suç oluşturmayacağı kabul ediliyordu zira hukuka aykırılık bu halde yoktur görüşü mevcuttu.⁴¹

Suçun mağduru kadın, kız veya erkekti.⁴²

TCK 416. maddenin son fıkrasının uygulanabilme koşullarını Yargıtay’ın kararları da gözönünde bulundurulduğunda aşağıdaki şekilde belirtmek mümkündür: ⁴³

³⁶ Mehmet Nihat Kanbur, “6545 S. Kanun Değişiklikleri Çerçevesinde Türk Ceza Kanunu’nda Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu”,2014 <http://hukuk.deu.edu.tr/wp-content/uploads/2015/09/NİHAT-KANBUR.pdf>, Erişim tarihi, 14.04.2019

³⁷ Önder, s.242

³⁸ Dönmezer, Umumi Adab ve Aile Nizamı Aleyhinde Cürümler, 1961, s.55

³⁹ Önder, s.243

⁴⁰ Ibid.

⁴¹ Dönmezer, Umumi Adab ve Aile Nizamı Aleyhinde Cürümler,1961, s. 54

⁴² Ibid.

⁴³ Önder, s.243

- a- Bu fıkra mağdurun erkek veya kadın olması durumunda uygulanabilir.
- b- Mağdurun 15 yaşını bitirmiş 18 yaşını doldurmamış olması lazımdır. Eğer mağdur 18 yaşından küçük olmakla beraber evlenmiş bir kadın ise, evlenen kadın reşit sayılacağından fıkra hükmü uygulanmaz.
- c- Mağdur ile cinsi münasebet gerekir. Tasaddi niteliğinde kalan eylemlerde fıkra hükmü uygulanmaz.
- d- Rızanın mevcut olması hükmün uygulanabilmesi için koşuldur.

765 Sayılı TCK zamanında da suça ilişkin eleştiriler yapılmıştı.⁴⁴

765 Sayılı TCK 418. maddesinde, işlenen eylemler sonucu mağdurun ölmesi veya sağlığına zarar verilmiş olması halinde ya da ayıplı hale gelmesi durumunda cezanın artırılacağı düzenlenmişti.⁴⁵ Nitelikli halin uygulanması, kızlık zarının bozulup bozulmamasına göre belirlenmişti.⁴⁶ Her ne kadar yasa koyucu mağduru daha fazla korumayı amaçlamış olsa da, mağduru ayıplı durumuna düşüren ve insan onuruyla bağdaşmayan böyle bir düzenlemenin ceza kanununda bulunması hatalı idi.⁴⁷

765 Sayılı TCK'nın 434. maddesi hükmü uyarınca; reşit olmayan kimseyle rızasıyla cinsi münasebette bulunma suçlarında fail, daha sonra mağdur ile evlenmişse fail hakkında kamu davasının açılması ve eğer ceza verilmişse cezanın çektirilmesi ertelenecekti.⁴⁸

⁴⁴ Faruk Erem– Nevzat Toroslu, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Ders Kitabı**, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No. 321, 1973, s. 375 “*Bu yaşlarda bulunan mağdur, icabında evlenebileceğinden rızası ile vaki cinsi temasın niçin suç sayıldığını anlamak mümkün değildir. Kaldı ki rıza ifsat edilmiş ise (mesela evlenmek vaadi ile) ayrı hükümler mevcuttur. Bu suçun takibinin şikayete bağlanmamış olması mantıksızlığı daha fazla arttırmaktadır.*”

⁴⁵ Kantarcı, s. 25

⁴⁶ Ibid., s.26

⁴⁷ Ibid.

⁴⁸ Ibid. “*Eğer fail zamanaşımı süresi içerisinde kusurlu davranışı ile boşanmaya sebep olursa, kamu davası kaldığı yerden devam edecek, ceza daha önceden tespit edilmiş ise cezanın çektirilmesine karar verilecektir. Ancak yine mezkur madde hükmü gereğince failin, mağdurla evlenmesi halinde diğer şerikler hakkında da davanın ve cezanın düşmesi söz konusu olacaktır.*”

2) TCK ile 765 Sayılı TCK Açısından Suçun Karşılaştırılması

5237 Sayılı TCK’da bu suç ayrı bir madde ile yer alırken, 765 Sayılı TCK’da 15 yaşını bitiren çocukların ırzına geçme suçu maddesine ilave edilen bir düzenleme ile yer almaktaydı.⁴⁹

765 Sayılı TCK’da, TCK’daki cinsel ilişki terimi bulunmamakta fakat doktrin ve Yargıtay kararlarında ırza geçmeden, *"aktif failin tenasül organını kadının vücuduna anal veya vajinal yoldan, erkeğin vücuduna anal yoldan sokulması"* anlaşılmaktaydı.⁵⁰ Bu durumda suçun faili sadece erkek olabilmekteydi. Bu ifadeye göre, failin mağdurun vücuduna cinsel organ dışında başka cisim sokması cinsel ilişki olarak değerlendirilmeyordu.⁵¹

765 Sayılı TCK ve 5237 Sayılı TCK metinlerinde farklı terimler kullanılmıştır. 765 Sayılı TCK mağdurun rızası kavramına yer vermişken, 5237 Sayılı TCK’da cebir, hile ve tehdit olmaksızın mağdurla cinsel ilişki ibaresine yer verilmiştir. Yine 765 Sayılı TCK’da reşit olmayan ibaresi kullanılmışken, 5237 Sayılı TCK düzenlemesinde on beş yaşını bitirmiş çocuk kavramı kullanılmıştır. Farklı şekilde ifade edilse de her iki düzenleme maddi ve manevi unsurları itibariyle aynı suç tipi olup, her iki durumda cezalandırılan eylem cinsel ilişkidir.⁵²

765 Sayılı TCK’da suç, “Adabı Umumiye ve Nizamı Aile Aleyhinde Cürümler” bölümü kısmında yer alırken, 5237 Sayılı TCK’da çağdaş ceza hukukunda bireyin haklarını öne alan gelişime koşut biçimde⁵³ “Kişilere Karşı Suçlar” kısmında “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar” başlığı altında düzenlenmiştir.

765 Sayılı TCK’da “Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Suçlar” arasında suçun yer alması ile cinsel suçlar açısından kişinin cinsel dokunulmazlığı ve özgürlüğü

⁴⁹ Enver Aksakal, “Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu”, **İstanbul Barosu Dergisi**, C.88, S.2, (s.257-275) s.258, İstanbul: 2014

<https://www.istanbulbarosu.org.tr/files/yayinlar/dergi/doc/19.pdf>, Erişim tarihi: 13.01.2019

⁵⁰ Atacan Köksal, “Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu”, Ankara 2015

<http://www.kazanci.com/kho2/hebb/giris.htm>, Erişim tarihi: 01.12.2017

⁵¹ Kantarcı, s.139

⁵² Erdal Baytemir, **Açıklamalı – İçtihatlı Cinsel Dokunulmazlığa, Kişi Hürriyetine ve Genel Ahlak Karşı Suçlar**, Ankara: Adalet Yayınevi, Ekim 2007, s. 623

⁵³ Serap Keskin Kızıroğlu, “Türk Ceza Kanunu’nda Kadına İlişkin Düzenlemeler ve Cinsel Suçlar”, 2008 <http://www.kazanci.com/kho2/hebb/giris.htm>, erişim tarihi : 01.04.2018

yerine, toplumun bireye biçtiği edep değerinin önemli olduğu anlaşılmakta ve artık çağ dışı kalmış bir anlayışı yansıtmaktaydı.⁵⁴

Suçun düzenlendiği yer korunan hukuki değer açısından önem arz etmektedir. 765 Sayılı TCK ile aile düzeni ve toplum korunmak istenirken, 5237 Sayılı TCK ile kişilerin cinsel özgürlükleri ve dokunulmazlıkları korunmak istenmiştir.

765 Sayılı TCK’da bu suç re’sen soruşturulma ve kovuşturulma usulüne bağlı bir suç iken, 5237 Sayılı TCK ile suçun nitelikli halleri hariç olmak üzere suçun basit işlenişine ilişkin fiiller şikâyet tabidir.

765 Sayılı TCK’da suçun yaptırımına ilişkin altı aydan üç seneye kadar hapis cezası öngörülmüş iken, 5237 Sayılı TCK ile suçun basit halinin yaptırımına ilişkin iki seneden beş seneye kadar hapis cezası öngörülmüştür.

765 Sayılı TCK döneminde verilen bazı kararlara ilişkin, hükümden sonra 5237 Sayılı TCK’nın yürürlüğe konulması ile 5237 Sayılı TCK m.7/2 gereği lehe kanun uygulanması sebebiyle zamanaşımı süresinin dolması veyahut şikâyet yokluğu ile davanın düşmesine karar verilmesi gerekçesi ile Yargıtay tarafından bozma kararı verilmiştir.

B) TÜRK CEZA KANUNU TASARILARINDAKİ DÜZENLEMELER

1) 1987 ve 1989 TCK Ön Tasarıları

1987 TCK Ön Tasarısı gerekçesi ile birlikte yayımlandıktan sonra eleştiriler toplanarak 1989 TCK Tasarısı oluşturulmuş ve 1989 yılında yayınlanan bu düzenleme ile cinsel suçlarla ilgili düzenlemeler hemen hemen aynı şekilde aktarılmış; 1987 tarihli tasarısının 270. maddesinde düzenlenen “Küçüklerin Irzına Geçilmesi” suçunun madde başlığı, 1989 tarihli tasarının 306. maddesinde “Küçüklerin ve Çocukların Irzına Geçilmesi” şeklinde değiştirilmiştir.⁵⁵

⁵⁴ Taner, s.67

⁵⁵ Kantarcı, s.46

2) 1997 ve 2000 TCK Tasarıları

765 S. TCK'dan farklı olarak bölüm başlığında “*Cinsel Özgürlük*” kavramının kullanılmış olması, 1997 Tasarısında cinselliğin bir bireysel özgürlük sorunu olarak kabul edildiği izlenimini uyandırır da, gerek bölüm başlığında “*Cinsel Özgürlük*” kavramının yanında “*Edep Töreleri*” ifadesine de yer verilmiş olması, gerekse bu suçların “*Kişilere Karşı Suçlar*” yerine “*Topluma Karşı Suçlar*” başlığı ile yer alması kanun koyucunun cinsel suçlarla ilgili geleneksel bakış açısını değiştirmediyi gösterir nitelikteydi.⁵⁶

“*Küçüklerin ve Çocukların Rızası ile İrzina Geçilmesi Suçu*”, 2000 TCK Tasarısı'nın 314. maddesinde yer almaktaydı.

Tasarının 314. maddesinde reşit olmayanla cinsel ilişki suçuna ilişkin şu düzenleme yer almakta idi:

"Onbeş yaşını bitirmiş olup da, henüz onsekiz yaşını bitirmemiş olan bir küçüğün rızası ile ırzına geçen kimseye altı aydan üç yıla kadar hapis cezası verilir.

*Hükmen veya evlenme suretiyle reşit olan veya reşit kılınanlara karşı işlenen fiiller hakkında bu madde hükmü uygulanmaz.”*⁵⁷

Örneğin 17 yaşındaki mahkeme kararıyla reşit kabul edilmiş birinin rıza ile yaşadığı cinsel ilişki suç sayılmayacaktı.⁵⁸

Doktrinde bu husus eleştiri konusu olmuş ve evlilik ya da mahkeme kararıyla bir kişinin reşit olmasının medeni hukukun konusu ve sonucu olduğu, ceza hukukunun konusunu oluşturmadığı, ceza hukukunun maddi gerçeği araştırma ve bulma amacı ile hareket ederek gerçek yaşın dikkate alınarak değerlendirilme yapılması gerektiği ifade edilmişti.⁵⁹

⁵⁶ Kantarcı, s.46, 47

⁵⁷Türkan Yalçın Sancar, “Türk Ceza Kanunu Tasarısının (2000) Bazı Hükümleri Hakkında Düşünceler”, 2004, www.kazanci.com/kho2/hebb/giris.htm, 14.08.2018

⁵⁸ Ibid.

⁵⁹ Ibid.

3) 2003 TCK Tasarısı

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçuna karşılık gelen eylemler tasarının 316. maddesinin 1. fıkrasına karşılık gelmekte idi ve bu düzenleme, 1997 TCK Tasarısı ve 2000 TCK Tasarısı hükümleri ile aynı doğrultuda idi.⁶⁰

4) Adalet Alt Komisyonunda Kabul Edilen Metin

Tasarının, 107. maddesinde; “(1) Cebir, tehdit ve hile olmaksızın, onbeş yaşını bitirmiş olan çocukla cinsel ilişkide bulunan kişi, şikayet üzerine, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Fail mağdurdan üç yaştan daha büyük ise, şikayet koşulu aranmaksızın, cezası iki kat artırılır. ” hükmü düzenlenmişti.⁶¹

Tasarı oluşturulurken, sistematik yerine oldukça zor karar verilen cinsel suçların “Kişilere Karşı İşlenen Suçlar” bölümü başlığı altında düzenlenmesiyle cinsel suçlara karşı olan geleneksel bakış açısı değişmiş, cinsellik bir özgürlük değeri olarak kabul edilmiştir.⁶²

C) Failin Mağdurdan Beş Yaş Büyük Olması Hali

104. maddenin ilk halinin 2. fıkrasında nitelikli hal olarak failin mağdurdan beş yaş daha büyük olması hali düzenlenmişti. 2. Fıkra hükmü; *Fail mağdurdan beş yaştan daha büyük ise, şikayet koşulu aranmaksızın, cezası iki kat artırılır* şeklinde idi. Bu durumda resen kovuşturma yapıp kamu davası açılacak ve suç oluştuyorsa ceza iki kat artırılarak hükmedilecekti. Anayasa Mahkemesi 23.11.2005 Tarihli 2005/103 Esas ve 2005/89 Karar Sayılı kararıyla bu fıkrayı iptal etmiştir.

TCK’nın hazırlık çalışmalarına ilişkin yapılan açıklamalardan bu maddenin daha çok görece yaşlı erkeklerin, genç yaştaki kızlarla birlikte olmalarını önlemeye

⁶⁰ Kantarcı, s. 49

⁶¹ Feridun Yenisey - Ayşe Nuhoğlu, “ Yeni Ceza Adalet Sistemi Giresun Semineri”, **Bahçeşehir Üniversitesi IGUL Yayınları**, No:3, s.200, İstanbul: Ekim 2004

⁶² Kantarcı, s.50

yönelik bir düzenleme olduğu izlenimi edinilmektedir.⁶³ TCK kanunlaşmadan önce, tasarı görüşmeleri sırasında bu hükmün, yetişkinleri, aralarında çok fazla yaş farkı bulunan çocuklardan uzak tutmak amacıyla düzenlendiği belirtilmiş; ancak düzenleme, maddede yer alan yaş ölçütünün herhangi bir bilimsel temele dayanmadığı gerekçesiyle eleştirilmiştir.⁶⁴ Ayrıca düzenleme, yargıya intikal eden olayların büyük çoğunluğunun belirtilen yaş sınırının (tasarının ilk düzenlemesi itibarıyla üç yaş fark) üzerinde olan failler tarafından işlendiği ve dolayısıyla suçun temel şekli olarak yer alan düzenlemenin istisnai uygulanabilen bir düzenleme olduğu gerekçesiyle eleştirilmiştir.⁶⁵

Doktrinde bu düzenlemenin gerek ceza artırımı gerek kovuşturma koşulu bakımından eşitlik ilkesine aykırılık teşkil ettiği, muhtemelen hatalı bir çeviri hatası veya yabancı kanunlarda buna benzeyen ve fakat gerek suç tipi gerek iptal edilen fıkranın esası, şartları ve sonuçlarından tamamen farklı düzenlemelerden esinlenilerek ve fakat batı ülkelerinde mevcut olanın tam tersi bir düzenleme olduğu belirtilmiştir.⁶⁶

Doktrinde bir görüşe göre; burada Alman CK'nun gençlerin cinsel istismarını cezalandıran hükmün bir fıkrasında düzenlenen (prg. 182/II) düzenlemeden esinlenildiği ve fakat o düzenlemede faille mağdur arasında maksimum 3 yıl yaş farkı bulunması, cezanın hürriyeti bağlayıcı ceza veya para cezası olarak tayini açısından hakime takdir yetkisi tanınması, eylemin takibinin şikayete bağlanması, kamusal yararın bulunması halinde soruşturma ve kovuşturma organlarına re'sen harekete geçme yetkisinin tanınması, eylemin haksızlığının azlığı durumunda hakim ceza vermekten kaçınabilmesi yetkisinin düzenlenmesi ve diğer suçlara nazaran burada cezanın kanunda daha hafif düzenlenmesi gibi durumlar gözden kaçırılmış ve iptal edilen hatalı düzenleme getirilmişti.⁶⁷ İtalyan Ceza Kanunu'nun 609 – quarter maddesi

⁶³ Taner, s.370

⁶⁴ Kantarcı, s. 96. Tasarıdaki eleştiriler için ayrıca bakınız Türk Ceza Kanunu Reformu Birinci Kitap Panel Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 68, Ankara: 21 – 22 Mayıs 2004 <http://tbbyayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/tck-reformu-1.pdf>

⁶⁵ Kantarcı, s.97

⁶⁶ Yener Ünver, “Cinsel Dokunulmazlığa ve Genel Ahlaka Karşı Suçlar”, Sempozyum Türk Ceza Kanununun 2 Yılı Teori ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar, s.316-317, İstanbul: **Türk Ceza Hukuku Derneği Yayınları** :10, Nisan 2008

⁶⁷ Yener Ünver, “Cinsel Dokunulmazlığa ve Genel Ahlaka Karşı Suçlar”, s. 317

gereği de yaş farkının üçü aşmaması koşuluyla 13 yaşını doldurmuş bir kimse ile rızasıyla cinsel ilişkiye giren çocuk ceza almayacaktır.⁶⁸

Yaş farkı, cezasızlık nedeni olarak değil, tam tersine eşitlik ilkesine aykırılık teşkil edecek bir hususta cezayı artıran bir sebep olarak yer almaktadır.⁶⁹ Kanunun 5 yaşını kabul etmesinin bilimsel veya kriminolojik olarak bir dayanağı yoktu.⁷⁰ Cezalandırma failin iradesinin dışında ve rastlantıya kalan bir durumla belirlenmişti.⁷¹ Bu hükme göre mesela 16 yaşında ve 22 yaşında iki kişi evlenmeden önce cinsel ilişkide bulunsalar ve sonrasında evlenseler, suç resen kovuşturulacak ve ceza arttırılarak hüküm tesis edilecekti.⁷² TCK'da 765 Sayılı TCK'nın 434. maddesindeki gibi evlenme halinde dava ve cezanın ertelenmesine olanak tanıyan telafi edici ve onarıcı bir hüküm de mevcut olmadığından mağdur, eşinin ceza almasıyla birlikte tekrar mağdur edilmiş olacak idi.⁷³

Hukuki veya bilimsel temelden yoksun bu düzenlemenin Anayasa ve TCK'da yer alan eşitlik ilkesine aykırılık teşkil etmesi bakımından tartışılması gerektiği doktrinde ifade edilmişti.⁷⁴

Nitekim ilgili fıkranın Anayasa'ya aykırı olduğu gerekçesi ile başvuran mahkemeler⁷⁵ *"Medeni Kanunun 124. maddesine göre, onyediyi dolduran erkek ve kadının yasal temsilcilerinin izni ile onaltı yaşını dolduran kişilerin ise hakim kararıyla evlenmelerinin olanaklı kılındığını, onbeş yaşını tamamlamış olan bir kadınla aralarında beş yaştan fazla fark olan bir erkeğin rızayla ilişkide bulunmaları, hatta çocuklarının olması halinde, sanığın mağdur taraf şikayet etmese de itiraz konusu hüküm nedeniyle cezalandırılacağını, böylece, Medeni Kanun yönünden sakıncası olmayan bir birlikteliğin, Ceza Yasası ile soruşturulması ve kovuşturulması*

⁶⁸ Durmuş Tezcan - Mustafa Ruhan Erdem - R. Murat Önok, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, Güncellenmiş 13. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, Ekim 2016, s.413, *Buradaki hüküm küçükler arasındaki ilişkileri korumuştur.*

⁶⁹ Kantarcı, s. 98

⁷⁰ Tezcan - Erdem - Önok, s.413

⁷¹ Erdener Yurtcan, **Türk Ceza Kanunu ve Yorumu- Yeni TCK'nın Yürürlük ve Uygulama Yasası**, 2. Bası, İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınları, Şubat 2006, s. 298

⁷² Tezcan – Erdem – Önok, s. 413

⁷³ Kantarcı, s. 101

⁷⁴ Süheyl Donay, **Türk Ceza Kanunu Şerhi**, 1. Bası, İstanbul: Beta Yayınları, Eylül 2007, s.168

⁷⁵ İtiraz yoluna başvuran mahkemeler ve dosya numaraları: Akdağmadeni Sulh Ceza Mahkemesi 2005/103 Esas, Çorlu Sulh Ceza Mahkemesi 2005/117 Esas ve Sandıklı Asliye Ceza Mahkemesi 2005/140 Esas

şikayete bağlı olmayan bir suç kabul edilmesinin, eşin cezaevine girmesine, anne ve çocuğun korunmadan yoksun kalmasına ve belki de ailenin parçalanmasına yol açacağını belirterek kuralın, Anayasa'nın 41. maddesine de aykırı olduğunu" ileri sürmüşlerdi. ⁷⁶

Anayasa Mahkemesi 25.02.2006 tarihli ve 26091 Sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren iptal kararında, 104. maddenin 2. fıkrasının Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine hukuk devleti ile eşitlik ilkelerine aykırı olduğu gerekçesiyle fıkranın iptaline oyçokluğu ile karar vermiştir.

AYM kararının gerekçesinde; *"Aynı yaştaki mağdurlarla cinsel ilişkide bulunan failler arasında sadece yaş farkına dayanan bir ayırım yapıldığı gibi, faille aralarındaki yaş farkının beşten az olması halinde suçun şikayete bağlı olarak takip edilip edilmemesi hususunda mağdurun iradesi esas alınıp, failin beş yaştan büyük olması durumunda ise, bu irade gözetilmeyerek mağdurlar yönünden de farklılık yaratılmıştır. Aynı yaşta olup, aynı eylemin tarafı olan mağdurlar arasında yapılan bu ayırım ile aynı yaştaki kişilere karşı aynı eylemi gerçekleştiren failler arasında sadece yaş farkına dayanılarak yapılan ayırımın, Kural'ın belli yaştaki çocukların cinsel dokunulmazlıklarını koruma amacını gerçekleştirmeye elverişli bulunmadığı ve adalet ilkeleriyle de bağdaşmadığı sonucuna varılmadığı."* belirtilmiştir.

Ayrıca eşitlik ilkesine aykırılık açısından da; "Eşitlik ilkesi aynı konumda bulunan kadın ve erkeğin yasalar önünde eşit haklara sahip olmasını gerektirir. Oysa 5237 Sayılı Kanunun 104/2 uygulamasında aynı eylemi işleyen iki kişi – her iki halde de rıza olmasına rağmen – salt yaşından ötürü şikayet aranmaksızın farklı bir cezaya maruz kalmaktadır. Bu yaş sınırı ise ceza yasalarının düzenlenmesi tekniğine ve suç ve yasaların kesinliği ilkesine aykırı olarak sübjektif bir belirleme ile 5 yaş olarak belirlenmiştir. Oysa yeni ceza kanunun hakime geniş takdir hakları veren ve nicelikten niteliğe kayan bir yorum anlayışını getirmiştir. Bu nedenle 104/2 maddesinde de bir ölçü getirilmek istenmiş ise de bu ölçünün niceliksel değil niteliksel bir ölçü olarak

⁷⁶ AYM 2005/103 Esas ve 2005/89 Karar Sayılı 23.11.2005 Tarihli Karar

konulması – örneğin, failin mağdur üzerinde inisiyatif kuracak kadar büyük olması gibi – daha doğru bir yaklaşım olurdu.”⁷⁷

Maddenin ilk halinde yer alan bu düzenleme ile yapılan ayırım keyfi ve haklı dayanaktan yoksun olup, Anayasa Mahkemesinin ilgili hükmü iptal etmesi yerindedir.⁷⁸

IV- YABANCI ÜLKELERDE SUÇUN DÜZENLENİŞİ

A) Genel Olarak

Çocuk haklarının özellikle 18. yüzyıl’da gelişmeye başlaması ile çocukların istismara uğramamaları için yapılması gereken çalışmalar arttırılmıştır.⁷⁹ Yaklaşık 15. yüzyıla kadar çocuklar yetişkinler gibi görülmekte ve yetişkinlerle aralarında ayırım yapılmamakta, yetişkinlerle aynı elbiseleri giymekte, aynı oyunları oynamakta, alkol almakta ve cinsel ilişkilerde bulunmaktaydılar.⁸⁰ Son 200 – 300 yıl içerisinde çocukların cinsel aktivitelerde bulunmasına ilişkin yaş sınırı tatbik edilmiştir.⁸¹

1920’lerde çoğu Avrupa ülkesinde (Danimarka, Fransa, Finlandiya, Yunanistan, İrlanda, İtalya, İspanya, Birleşik Krallık ve İsviçre kantonlarında) rıza yaşı 12 ve 13 olarak düzenlenmişti.⁸² Başlangıçta, bu yaş limitleri kız çocuklarla vajinal ilişkiyi kapsarken sonraki dönemlerde erkekleri de kapsayacak şekilde düzenlenmeler yapılmıştır.⁸³

⁷⁷ Tamer Soysal, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanununun 104/II Maddesinin Anayasa’ya Aykırılığı Savıyla Anayasa Mahkemesi’ne Başvuru ve Bir Değerlendirme”, **Legal Hukuk**, Yıl:3 Sayı: 36, Aralık 2005, s. 4238

⁷⁸ Ersan Şen, **Türk Ceza Kanunu Yorumu Cilt:I (Madde 1- Madde 140)**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2006, s.408

⁷⁹ Memiş Kartal, **Çocukların Cinsel İstismarı**, s. 5

⁸⁰ Guangxing Zua - Suzan van der Aa, “A Comparison of the Gender-Specificity of Age of Consent Legislation in Europe and China: Towards a Gender-Neutral Age of Consent in China?” 2017 https://www.researchgate.net/publication/319088470_A_comparison_of_the_gender-specificity_of_age_of_consent_legislation_in_Europe_and_China_Towards_a_gender-neutral_age_of_consent_in_China, Erişim tarihi:27.08.2018

⁸¹ Zua - Van der Aa, 2017

⁸² Helmut Groupner, “Sexual Consent: The Criminal Law in Europe and Overseas”, 2000 <https://link.springer.com/content/pdf/10.1023%2FA%3A1001986103125.pdf>, Erişim Tarihi: 27.08.2018

⁸³ Groupner, 2000

Rıza yaşının yükseltilmesi 1950'lilerin sonunda, 1960 ve 1970'li yıllarda gerçekleşmiştir.⁸⁴

Dünya Sağlık Örgütü cinsel ilişkiye rıza yaşının 14 ila 18 olarak değiştiğini tespit etmiştir.⁸⁵ Bu çerçevede çocuk tanımı on sekiz yaşından küçük kişi olarak kabul edilmekte, ancak çocuğun cinsel ilişkiye girme hususundaki rızasının kabul edileceği yaşın ülkeden ülkeye değişen bir kavram olduğu belirtilmektedir.⁸⁶

Çocukların cinsel ilişkiye gösterecekleri rıza yaşı pek çok ülke hukukunda, toplumsal özellikler dikkate alınarak tespit edilmiştir.⁸⁷ Dünyanın çoğu ülkesinde ergenlik yaşı 18 olmasına rağmen, cinsel ilişkiye rıza yaşı farklılık göstermekte ve bazılarında 18, bazılarında daha düşük olarak belirlenmiştir.⁸⁸ Örneğin, Almanya 14 yaşı doldurmakla, Avusturya ve Belçika 15 yaşını doldurmakla ve İngiltere 16 yaşını doldurmakla rızayı geçerli saymaktadır.⁸⁹

Avrupa ülkelerindeki cinsel ilişki yaşı ülkelerin ceza kanunlarında ya da cinsel suçlara ilişkin kanunlarında yer almakta olup, rıza yaşı konusunda cinsiyet ayrımı gözetmeyen bir yaklaşım benimsenmiş, erkek ve kız çocuklar heteroseksüel ya da homoseksüel ilişkilerde aynı kapsamda korunmaya alınmıştır.⁹⁰ 2004 yılında Avrupa'da bazı ülkelerde homoseksüel ilişkiye ya da anal ilişkiye rıza yaşı farklılık göstermekteydi. Örneğin 2004 yılında Bulgaristan'da heteroseksüel ilişkiye rıza yaşı 14, fail 18 yaşın altında ise homoseksüel ilişkiye rıza yaşı 16 ve fail eğer 18 yaşın üzerinde ise homoseksüel rıza yaşı 18 idi. Yine aynı şekilde Sırbistan'da anal ilişkiye rıza yaşı 18 ve diğer her türlü cinsel ilişkiye rıza yaşı 14'tü. Bosna Hersek'te anal ilişki erkekler arasında yasak iken, cinsel ilişkiye rıza yaşı 14'tü. Kosova da Bosna Hersek ile aynı düzenlemeye sahipti. Portekiz'de ise heteroseksüel ilişkiye rıza yaşı 14, failin 18 yaşından küçük olduğu durumda erkek homoseksüel ilişki rıza yaşı 14, eğer fail 18 yaşından büyük ise erkek homoseksüel ilişki rıza yaşı 16 idi.⁹¹

⁸⁴ Ibid.

⁸⁵ Dönmezer – Yenisey, s. 10

⁸⁶ Ibid, s. 10

⁸⁷ Ibid., s.65

⁸⁸ Ibid, s. 6

⁸⁹ Memiş Kartal, Çocukların Cinsel İstismarı, s. 91

⁹⁰ Zua - Van der Aa, 2017

⁹¹ Ibid.

Avrupa ülkelerinde cinsiyet ayrımı gözetmeyen yaklaşım gereği düzenlemeler yapılmış ve cinsel ilişkiye rıza yaşı heteroseksüel/homoseksüel/anal ilişki ayrımı yapılmaksızın tek bir yaş olarak belirlenmiştir. Yukarıda örnek verilen ülkelerdeki cinsel ilişkiye rıza yaşı 2016 yılında Bulgaristan'da, Sırbistan'da, Bosna Hersek'te ve Portekiz'de 14 ve Kosova'da 16 olarak kabul edilmiştir.⁹²

Çoğu ülkede koruma ve bakım gibi yetkiden kaynaklanan ve bu yetkinin kötüye kullanılması sonucu oluşan cinsel ilişkiye rıza yaşı normalden yüksek tutulmuş ve genelde bu durumda rıza yaşı 16 - 18 yaş olarak kabul edilmiştir.⁹³

B) Almanya

Alman Ceza Kanunu incelendiğinde çocuklarla ilgili ayrıntılı düzenleme ve çok yönlü koruma sağlandığı görülmektedir.⁹⁴

Alman Ceza Kanunu'nda reşit olmayanla cinsel ilişki suçuna karşılık gelen bir düzenleme mevcut değildir.⁹⁵ Alman Ceza Kanunu bölüm 174, 176, 180 ve 182'de çocukların cinsel istismarı düzenlenmiştir. 14 yaş altındaki çocuğa cinsel davranışlarda bulunan kişinin 6 aydan 10 yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacağı hüküm altına alınmıştır.⁹⁶

14 yaş rıza yaşı olarak kabul edilmektedir.⁹⁷ Çocuk üzerinde nüfuzu bulunan kişiler açısından ise cinsel davranışlara rıza yaşı 16 ve 18'dir, örneğin fail, kendisine öğrenim amacıyla teslim edilen 16 yaşından küçük çocuğa veya kendi altsoyu olan 18 yaşından küçük çocuğa cinsel davranışlarda bulunursa cezaya hükmedilecektir.⁹⁸ Ayrıca kanun koyucu, gençlerin cinsel istismarı suçunda failin yaşını kanunda açıkça belirterek gençlerin kendi aralarında rıza ile gerçekleşen cinsel davranışları cezasız bırakmıştır.⁹⁹

⁹² Ibid.

⁹³ Groupner, 2000

⁹⁴ Memiş Kartal, Çocukların Cinsel İstismarı, s. 103

⁹⁵ Aksakal, s. 259

⁹⁶ <https://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes>, Erişim Tarihi: 31.08.2018

⁹⁷ Memiş Kartal, Çocukların Cinsel İstismarı, s. 103, <https://www.ageofconsent.net/world/germany>, Erişim Tarihi: 31.08.2018

⁹⁸ Kantarcı, s. 73

⁹⁹ Ibid., s. 74

C) İtalya

İtalyan ceza hukukunda cinsel suçlarla ilgili değişiklikler de tıpkı Türk hukukunda olduğu gibi feminist akımın etkisi ile olmuştur.¹⁰⁰ İtalyan Ceza Kanunu'nda reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu düzenleyen bir hüküm mevcut değildir.¹⁰¹ İtalyan CK çocuklara karşı cinsel saldırı fiillerinde on yaş, on dört yaş ve on altı yaşa kadar olan çocuk ayırımına giderek fiilin cezasını kademeli olarak artırmıştır.¹⁰²

İtalya'da kural olarak cinsel davranışlara rıza gösterme yaşı 14 olarak kabul edilmiş, failin mağdur üzerinde nüfuz sahibi olması halinde rıza yaşı 16'ya yükseltilmiştir.¹⁰³ Ayrıca mağdurun 13 yaşını doldurmuş olması halinde, fail ile mağdur arasında 3 yaştan az fark varsa ve fiil rıza ile gerçekleşmiş ise fail cezalandırılmayacaktır.¹⁰⁴

D) Fransa

Fransız hukukunda cinsel ilişkiye rıza gösterme yaşının tespiti hususunda birtakım tartışmalar yaşanmış ve çocuğun çaresizliği dikkate alınarak yaş tespiti yapılmıştır.¹⁰⁵

Fransız hukukunda ergenlik yaşı on beş olarak kabul edilene kadar 1832 Kanununda on bir; 1863 Kanununda on üç olarak belirlenmişti fakat yapılan Meclis tartışmalarında on bir yaştan ergenlik başlama yaşı olarak kabul edilebileceği ifade edilse de çocuğun hala çaresiz ve etki altında kalmaya müsait olmasından dolayı rıza yaşının on beş olması gerektiği belirtilmiş ve 1945 talimatı ile on beş yaş ergenlik, cinsel ilişkiye rıza yaşı olarak kabul edilmiştir.¹⁰⁶

¹⁰⁰ Memiş Kartal, Çocukların Cinsel İstismarı, s. 97

¹⁰¹ Kantarcı, s. 74

¹⁰² Memiş Kartal, Çocukların Cinsel İstismarı, s. 99

¹⁰³ Kantarcı, s.76, <https://www.ageofconsent.net/world/italy>, Erişim Tarihi: 03.09.2018

¹⁰⁴ Tezcan – Erdem – Önok, s.413, Memiş Kartal, Çocukların Cinsel İstismarı, s.101, <https://www.ageofconsent.net/world/italy>, Erişim Tarihi: 03.09.2018

¹⁰⁵ Memiş Kartal, Çocukların Cinsel İstismarı, s. 11

¹⁰⁶ Ibid., “ 2004 yılında yaş sınırının on üçe çekilmesi teklif edilmiş ve bunun da sebebini çocuğun on üç yaşından itibaren cinsel ilişki teklifini, sonuçlarını anlayıp kavrayabileceği ve mağdur çocuk ile yetişkin fail arasındaki yaş aralığının beş yaş olmasını sağlaması yönünden on beş yaşına göre daha

Fransız Hukukunda on beş yaşını doldurmamış çocuğa ve on beş on sekiz yaş arası çocuğa karşı gerçekleşen cinsel istismar eylemleri olacak şekilde ikili düzenleme mevcuttur.¹⁰⁷

Fransız Ceza Hukuku'nda kural olarak cinsel davranışlara rıza gösterme yaşı 15 olarak kabul edilmiştir.¹⁰⁸ Ancak kanun koyucu failin mağdur üzerinde nüfuz sahibi olduğu hallerde rıza yaşını yükseltmiş ve bu hallerde rıza yaşını 18 olarak kabul etmiştir.¹⁰⁹ Fransız hukukunda rızanın kabulü için belirlenen on beş yaş çocuğu koruyan yaklaşımı göstermektedir.¹¹⁰

Fr. CK'nun 227-27. Maddesinde TCK'da yer alan reşit olmayanla cinsel ilişkiye benzer bir hüküm mevcut olup, on beş yaş ile on sekiz yaş arasındaki çocuklar aleyhine işlenen cinsel saldırı suçu düzenlenmiştir.¹¹¹

E) İngiltere

İngiltere'de bir kişinin cinsel eğitim ve yönelimlerinin 16 yaşına kadar belirlenmediği 20. yüzyılın ortalarında tıbbi delil olarak ispat edilmişti.¹¹² Bu yüzden cinsel ilişkilerde bulunma yaşı olarak 16 yaşın makul olduğu İngiliz kanun koyucusu tarafından kabul edilmişti.¹¹³

Cinsel suçlar Cinsel Suçlar Yasasında düzenlenmiştir. Cinsel davranışlara rıza gösterme yaşı kural olarak 16 olup, kanun, failin mağdur üzerinde nüfuz sahibi olduğu durumlarda rıza yaşını 18 kabul etmiştir.¹¹⁴

yerinde bir düzenleme olacağı ifade edilmiştir. Ancak bu teklif kabul edilmemiştir.”
<https://www.theatlantic.com/international/archive/2018/03/frances-existential-crisis-over-sexual-harassment-laws/550700/>, Erişim Tarihi: 07.09.2018

¹⁰⁷ Ibid., s. 93

¹⁰⁸ <https://www.ageofconsent.net/world/france>, Erişim Tarihi: 07.09.2018

¹⁰⁹ Ibid.

¹¹⁰ Memiş Kartal, Çocukların Cinsel İstismarı, s. 95

¹¹¹ Ibid, s. 94

¹¹² Zua - Van der Aa, 2017

¹¹³ Ibid.

¹¹⁴ Kantarcı, s. 78, Richard Card – Rupert Cross – Philip Asterley Jones, **Criminal Law**, 19th edition, Oxford University Press, 2010, s.346, s. 391-392

Kanun'un 13. maddesinde ise 18 yaşından küçük bir kimsenin bu suçları işlemesi halinde cezası 18 yaşını tamamlamış olan bir kimseye göre indirilerek verileceği hüküm altına alınmıştır.¹¹⁵ Kanundaki bu madde ile iki küçüğün rızaları ile birbirleriyle cinsel ilişkide bulunmaları fiili cezalandırılabilir hale gelmiştir.¹¹⁶

F) İspanya

İspanya'da cinsel davranışlara rıza gösterme yaşı 13 iken 2013 yılında yapılan değişiklik ile 16 olarak belirlenmiştir.¹¹⁷ İspanyol Ceza Kanunu'nda doğrudan reşit olmayanla cinsel ilişki suçuna karşılık gelen bir düzenleme yer almamaktadır.¹¹⁸

G) Kanada

Kanada Ceza Kanunu'nda 1890 yılından itibaren cinsel davranışlara rıza yaşı 14 olarak kabul edilmesine rağmen, erken ergenlik çağında bulunan çocukların geç ergenlik çağındaki çocuklara göre daha fazla risk altında olduğu ve cinsel davranışlara gösterdikleri rızanın anlam ve sonuçlarını tam olarak idrak edemedikleri gerekçe gösterilerek, 2008 yılında yapılan bir düzenleme ile cinsel davranışlara rıza yaşı 14'ten 16'ya yükseltilmiştir.¹¹⁹

Kanunun 150. maddesinde yer alan düzenlemeye göre, 12-13 yaşında bulunan çocukların rızalarıyla kendisinden 2 yaştan daha fazla büyük olmayan bir kişiyle cinsel davranışlarda bulunması; 14-15 yaşında bulunan çocukların ise rızalarıyla kendisinden 5 yaştan daha fazla büyük olmayan bir kişiyle cinsel davranışlarda bulunması cezalandırılmayacak, ayrıca m.150/2.1. e göre 14 -15 yaşında bir çocukla rızasıyla cinsel davranışta bulunan kişinin sonradan bu çocukla evlenmesi durumunda fail ceza almayacaktır.¹²⁰

¹¹⁵ Detaylı bilgi için <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2003/42/part/1>, Erişim tarihi: 10.09.2018

¹¹⁶ Kantarcı, s.79

¹¹⁷ <https://www.theweek.co.uk/92121/ages-of-consent-around-the-world>, Erişim tarihi: 10.09.2018

¹¹⁸ Kantarcı, s.80

¹¹⁹ Kantarcı, s. 80-81, Janine Benedet, *The Age of Innocence: A Cautious Defense of Raising The Age of Consent in Canadian Sexual Assault Law*, 2010

https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/buclr13&div=37&g_sent=1&casa_token=&collection=journals, Erişim tarihi: 14.09.2018 Belinda Carpenter, Erin O'Brien, Sharon Hayes and Jodi Death, *Harm, Responsibility, Age and Consent*, 2014

https://www.researchgate.net/publication/267329359_Harm_Responsibility_Age_and_Consent,

Erişim tarihi: 16.09.2018

¹²⁰ Kantarcı, s. 81

Kanada Ceza Kanunu'nun 159. maddesi hükmüne göre anal yoldan cinsel ilişkiye girme fiilleri ayrı bir suç olarak düzenlenmiş ve anal ilişkiler bakımından rıza yaşı 18 olarak kabul edilmiştir.¹²¹

H) Amerika Birleşik Devletleri

Amerika Birleşik Devletleri'nde cinsel ilişkiye rıza gösterme yaşı eyaletlere göre değişmekle birlikte çoğunlukla 16 olarak düzenlenmiştir. Eyaletlere göre rıza gösterme yaşının 14 ve 18 yaş aralığında değişmekte olduğu belirtilmiştir.¹²² Örneğin California'da cinsel ilişkiye rıza gösterme yaşı 18'dir.¹²³ Bazı eyaletlerde (örneğin Maryland, Missouri, Nevada ve New York) cezanın ağırlığı failin yaşına göre belirlenmekte, failin yaşı arttıkça daha fazla cezaya hükmedilmektedir.¹²⁴ New York eyaletinde 21 yaşından küçük birisi ve 15 ya da 16 yaşlarında birisi birlikte olursa veya 11, 12, 13 veya 14 yaşında birisi 17 yaşından küçük birisi ile birlikte olursa bu durumda failer 1 yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılıyorlar.¹²⁵

Yaşı yakın küçükler arasındaki ilişkiler Romeo ve Juliet kanunları olarak bilinmektedir.¹²⁶

Evlenme yaşı da eyaletlere göre farklılık göstermektedir. 2017 Yılında New York eyaletinde 17 yaş altı kişilerin evlenmesi yasaklanmıştır ve 17 ve 18 yaşındaki kişilerin evlenmek için mahkeme onayına ihtiyacı bulunmaktadır.¹²⁷ Akademisyenler, kürtaj karşıtı gruplar arasında yaygın olan görüş evlenme yaşı ve cinsel ilişkiye rıza yaşının aynı olması gerektiğidir.¹²⁸ Belirtmek gerekir ki Amerika'da 18 yaş altı evlilik sık görülen bir durum olmayıp, göçmenler ve dini gruplar arasında rastlanmaktadır.¹²⁹ Evlilik yaşı ve cinsel ilişkiye rıza yaşının farklı olması eleştirilmiştir.¹³⁰

¹²¹ Kantarcı, s. 81, Groupner 2000

¹²² <https://www.cga.ct.gov/2003/olrdata/jud/rpt/2003-R-0376.htm>, Erişim tarihi: 11.09.2018

¹²³ <https://www.ageofconsent.net/states/california>, Erişim Tarihi: 11.09.2018

¹²⁴ <https://www.cga.ct.gov/2003/olrdata/jud/rpt/2003-R-0376.htm>, Erişim Tarihi: 11.09.2018

¹²⁵ <https://www.criminaldefenselawyer.com/resources/new-york-statutory-rape-laws.htm>, Erişim Tarihi: 11.09.2018

¹²⁶ <https://www.ageofconsent.net/close-in-age-exemptions>, Erişim Tarihi: 11.09.2018

¹²⁷ Emily Belz, A Ring by Spring, 2017, https://world.wng.org/2017/08/a_ring_by_spring, Erişim tarihi: 12.09.2018, Öncesinde New York'ta 14 yaşındaki kişi aile ve mahkeme onayı ile evlenebilmekteydi.

¹²⁸ Ibid.

¹²⁹ Ibid.

¹³⁰ Ibid.

D) Çin

18. yüzyıldan beri Çin, hukuk sisteminde Batı ülkelerinden etkilenmekte ve kanunlarını Batı'dan esinlenerek düzenlemektedir.¹³¹ 1997 yılında yürürlüğe giren Çin Ceza Kanunu'nun 236. ve 237. maddeleri gereği; 14 yaşın altındaki bir kız çocuğuna cinsel davranışlar cezalandırılmış, cinsel ilişkiye rıza yaşı kızlar açısından 14 olarak kabul edilmiştir.¹³² Avrupa'daki cinsiyet ayrımı gözetmeyen yaklaşımın aksine, Çin kanunlarında erkek/kadın ve homoseksüel/heteroseksüel ilişki ayrımı mevcuttur. 14 yaş üzeri erkeğin, 14 yaş altındaki kız çocukla vajinal ilişkisi ölüm cezası olarak düzenlenmişken, 16 yaş üzerindeki erkek failin 14 yaş altı mağdur kız çocuğuna vajinal ilişki dışındaki cinsel davranışları 15 yıl hapis cezası, 16 yaş üzerindeki kadın failin kız ya da erkek 14 yaş altındaki mağdur çocuğa cinsel davranışları 15 yıl hapis cezası, 16 yaş üzerindeki erkek failin 14 yaş altındaki erkek mağdura karşı tüm cinsel davranışları 15 yıl hapis cezası ile cezalandırılacağı düzenlenmiştir.¹³³

V- REŞİT OLMAYANLA CİNSEL İLİŞKİ SUÇUNUN BENZER SUÇLARDAN FARKI

A) Cinsel Saldırı Suçu (TCK m.102) ile Karşılaştırma

TCK m.102 cinsel saldırı suçunu düzenlemektedir. 18.06.2014 tarihli 6545 Sayılı değişiklik kanunun 58. maddesi ile madde metninde değişiklikler yapılmıştır. Cinsel saldırı suçu da cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar içerisinde düzenlenmiş olup, korunan hukuki değer bireyin cinsel dokunulmazlığı ve cinsel özgürlüğüdür. Bu suç yetişkinlerin cinsel özgürlüğüne karşı işlenebilen bir suçtur.¹³⁴ Çocukların cinsel istismarı TCK m.103 kapsamında yer aldığı için bu hüküm çocuklar için uygulanan bir hüküm değildir. 1. fıkra suçun basit hali, 2. fıkra suçun vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle işlenmesi haline yer verilmiş, 3. fıkra nitelikli haller ve 4. ve 5. fıkralarda ise suç sonucunda mağdurun yaralanması veya ölümü halleri düzenlenmiştir. Suçun faili kadın veya erkek olabilir, mağdur ise 18 yaşından büyük

¹³¹ Zua - Van der Aa, 2017

¹³² Ibid.

¹³³ Ibid.

¹³⁴ Memiş Kartal, Çocukların Cinsel İstismarı, s. 123, Kantarcı, s.52, Taner, s.85

kadın veya erkektir.¹³⁵ Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda ise fail çocuk olabileceği gibi yetişkin bir kişi olabilir, mağdur ise 15 – 18 yaş aralığında olan çocuktur.

Cinsel saldırı suçunda hareket cinsel davranışlarla bir kişinin vücut dokunulmazlığının ihlali olup, failin mağdur ile fiziksel temasta bulunması gerekir, eğer fiziksel temas mevcut değil ise ve diğer koşullar mevcut ise cinsel taciz suçu oluşacaktır.¹³⁶ 102. maddenin 2. fıkrasında vücuda organ veya sair bir cisim sokulması hali düzenlenmiştir. Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda ise hareket cinsel ilişkide bulunmadır ve cinsel ilişki dışında olan hareketler eğer mağdurun rızası var ise suç teşkil etmeyecektir, eğer mağdurun rızası yok ise yapılan fiiller 103. madde kapsamında değerlendirilecektir.

Cinsel saldırı suçunda mağdurun rızası yok iken, reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda mağdurun rızası ile cinsel ilişki gerçekleşmesi gerekir.

Mağdur, 18 yaşından önce ergin olmuş ise TCK m.102 mi yoksa 103 mü söz konusu olacağı doktrinde tartışılmıştır.¹³⁷ Mağdur ergin olsa bile çocuk sayılacağını kabul eden görüşe göre, 18 yaşından önce ergin olan kişilere karşı cinsel saldırı suçunun işlenmesi halinde 103. madde kapsamında suçun değerlendirilmesi gerektiği belirtilmiştir.¹³⁸ Yine doktrinde evlilik ile ergin olanların mağdura karşı, eş tarafından gerçekleştirilen davranışların 102. madde kapsamında değerlendirilmesi, 3. kişiler tarafından gerçekleştirilen davranışların ise 103. maddesi kapsamında değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmiştir.¹³⁹

B) Çocukların Cinsel İstismarı Suçu (TCK m.103) ile Karşılaştırma

TCK'nın 103. maddesi çocukların cinsel istismarı suçunu düzenlemektedir. 24.11.2016 Tarihli 6763 Sayılı değişiklik kanunun 13. maddesi ile madde metninde yeniden düzenlemeler yapılmıştır.

¹³⁵ Memiş Kartal, Çocukların Cinsel İstismarı, s. 126, Kantarcı, s.52, Taner, s.83

¹³⁶ Kantarcı, s.55- 56

¹³⁷ Taner, s. 172, Memiş Kartal, Çocukların Cinsel İstismarı, s.148, 149

¹³⁸ Memiş Kartal, Çocukların Cinsel İstismarı, s.148

¹³⁹ Taner, s.172

TCK 103. maddenin 1. fıkrasının a ve b bentleri gereği;

a) 15 yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla bile fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan çocuklara karşı gerçekleştirilen her türlü cinsel davranış,

b) Diğer çocuklara karşı sadece cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilen cinsel davranışlar,

cinsel istismar olarak anlaşılabacaktır.

15-18 yaş aralığında bulunan çocuklara karşı işlenen her türlü cinsel davranışlarda ilk olarak mağdurun, fiilin hukuki anlam ve sonuçları kavrama yeteneğinin bulunup bulunmadığı araştırılacaktır. Mağdurun fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını kavrama yeteneğini mevcut değilse, çocukların cinsel istismarı suçu oluşacaktır. Eğer mağdur fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını kavrayabilecek durumda ise ve cebir, tehdit, hile olmadan cinsel ilişki gerçekleşmişse reşit olmayanla cinsel ilişki suçu oluşabilecektir.

15 – 18 yaş aralığında olan çocuğun fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını anlama yeteneğinin araştırılması haricinde, çocuğa karşı gerçekleştirilmiş olan cinsel davranışların cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen diğer bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilip gerçekleştirilmediği de araştırılacaktır. Onbeş yaşını tamamlamış ve fiilin hukuksal anlam ve sonuçlarını anlama yeteneği gelişmiş olan çocuğa karşı cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilen cinsel davranışlar cinsel istismar kabul edilip 103. madde hükümleri kapsamında cezalandırılacaktır.¹⁴⁰

TCK'nın 103/2. maddesine göre suçun vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle işlenmesi halinde on altı yıldan aşağı olmamak üzere hapis cezasına hükmolunur. Ayrıca bu durumda soruşturma veya kovuşturma re'sen

¹⁴⁰Ali Kemal Yıldız, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Seminer Notları, Açıklamalar – Değerlendirmeler Öğretiden Görüşler ve Yargıtay Kararları, İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları 2007, s.223

yapılabilecekken, 104. maddenin 1. fıkrasında yer alan suçun temel şekli ise şikâyet tabi tutulmuştur.

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçu uygulamada çocuk istismarı suçu ile karıştırılıp davalar çocuk istismarı suçu kapsamında açılabilmekte ve böylelikle aslında 104. madde kapsamında kalan bir suç ağır ceza mahkemesinde görülebilmektedir.

Çocukların cinsel istismar suçu ile reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun ceza yaptırımları arasındaki fark dikkate alındığında, mağdurun fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını anlama yeteneği ve rızasının sakatlanıp sakatlanmadığı titizlikle ve hiçbir kuşkuyla mahal kalmayacak şekilde araştırılmalıdır. Aksi takdirde adalete uygun olmayan sonuçlar doğabilecek, failler hak etmediği ceza yaptırımları ile karşılaşabilecek veya mağdurlar tekrar mağdur olabilecektir.

C) Cinsel Taciz Suçu (TCK m.105) ile Karşılaştırma

TCK m.105 cinsel saldırı suçunu düzenlemektedir. 18.06.2014 Tarihli 6545 Sayılı değişiklik kanunun 61. maddesi ile madde metninde değişiklikler yapılmıştır. Cinsel taciz suçu, bedensel temas olmadan işlenen bir suçtur ve faili ve mağduru kadın ya da erkek olabilir.¹⁴¹ Mağdur her iki suç açısından da 15 – 18 yaş aralığında olabilir. Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda mağdurun rızası ile cinsel ilişki gerçekleşmesi gerekirken, cinsel taciz suçunda bedensel temas bulunmasına gerek yoktur ve rıza bulunmamaktadır. Cinsel taciz suçunun vasi, eğitici, öğretici, bakıcı, koruyucu aile veya sağlık hizmeti veren ya da koruma, bakım veya gözetim yükümlülüğü bulunan kişiler tarafından işlenmesi hali nitelikli haller olarak düzenlenirken, reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda mağdur ile evlenme yasağı bulunan kişi arasında gerçekleşmesi ya da suçun evlat edineceği çocuğun evlat edinme öncesi bakımını üstlenen veya koruyucu aile ilişkisi çerçevesinde koruma, bakım ve gözetim yükümlülüğü bulunan kişi tarafından gerçekleştirilmesi hali nitelikli haller olarak yer almıştır.

¹⁴¹ Kantarcı, s. 69

İKİNCİ BÖLÜM

TÜRK CEZA KANUNU'NDA REŞİT OLMAYANLA CİNSEL İLİŞKİ SUÇU

I. GENEL OLARAK

TCK'nın 104. maddesi ile;

Reşit Olmayanla Cinsel İlişki

Madde 104- (1) Cebir, tehdit ve hile olmaksızın, onbeş yaşını bitirmiş olan çocukla cinsel ilişkide bulunan kişi, şikâyet üzerine, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. ¹⁴²

(2) (İptal: Ana.Mah.nin 23/11/2005 tarihli ve E: 2005/103, K: 2005/89 sayılı kararı ile; Yeniden düzenleme: 18/6/2014-6545/60 md.) Suçun mağdur ile arasında evlenme yasağı bulunan kişi tarafından işlenmesi hâlinde, şikâyet aranmaksızın, on yıldan on beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

(3) (Ek: 18/6/2014-6545/60 md.) Suçun, evlat edineceği çocuğun evlat edinme öncesi bakımını üstlenen veya koruyucu aile ilişkisi çerçevesinde koruma, bakım ve gözetim yükümlülüğü bulunan kişi tarafından işlenmesi hâlinde, şikâyet aranmaksızın ikinci fıkraya göre cezaya hükmolunur. şeklinde düzenlenmiştir.

Suç, Türk Ceza Kanunu'nun ikinci kitabının "Kişilere Karşı İşlenen Suçlar" başlıklı ikinci kısmının altıncı bölümünde "Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar" başlığı altında düzenlenmiştir.

Kanunun sistemine göre; 15 yaşından küçükler, hiçbir şekilde cinsel özgürlüğe sahip değil iken, 15 -18 yaş arasındakiler nisbi bir özgürlüğe sahip bulunmaktadır.¹⁴³

¹⁴²18/6/2014 tarihli ve 6545 sayılı Kanunun 60 ıncı maddesiyle bu fıkra yer alan “altı aydan iki” ibaresi “iki yıldan beş” şeklinde değiştirilmiştir.

¹⁴³ Türkan Yalçın Sancar, “Çocuk İstismarı ve Türk Ceza Kanunu”, **Güncel Hukuk Dergisi**, Nisan 2008, s.14

15 – 18 yaş aralığında olan mağdur (kadın veya erkek) çocuğun cebir, tehdit ve hile olmaksızın yaşadığı cinsel ilişki şikayete tabi bir suç olarak kabul edilmiş, 2. ve 3. fıkra ile suçun nitelikli hali düzenlenmiştir.

Maddenin gerekçesi yeterli açıklama içermemektedir. Reşit olmayan kişiyle cinsel ilişkide bulunmanın bağımsız bir suç olarak düzenlendiği gerekçede belirtilmekle yetinilmiştir.

Kanun koyucu, bu madde ile reşit olmayan kişilerin yaşadığı cinsel ilişkiyi yasaklamış gibi görünse de, suçun basit şeklinin takibi için şikayet koşulu arandığından ve şikayet olmadığında suç adli merciilere yansımayaacağından, on beş yaşını tamamlamış ve fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını kavrayabilecek çocuğun yaşadığı ilişkiyi aslında suç saymamıştır.¹⁴⁴

II. KORUNAN HUKUKİ YARAR

Öğretide, bu suçla korunan hukuki yarar ile ilgili çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Bu görüşler; çocuğun cinsel özgürlüğünün korunması, cinsel özerkliğinin korunması, cinsel dokunulmazlığının ve cinsel gelişiminin korunması, çocuğun üstün yararının korunması, çocuğun doğru ve düzgün cinsel gelişiminin korunması veya genç yaşta cinsellik yaşanmasının kabul edilmesinin kamu düzenini bozabileceği şeklinde çeşitlidir.

15 yaşını dolduran çocuk, yaşadığı cinsel ilişkinin fiilen ne anlama geldiğini bilebilecek durumdadır ve zaten bu kadarlık bir bilinçte değil ise; eylem ile TCK'nın 103. maddesinde yer alan suçun oluşup oluşmayacağı gündeme gelecektir.¹⁴⁵

Mağdur çocuğun, bildiği ve hatta belki de kendisinin de haz alıp, kendi arzularını, merakını tatmin ettiği fiilin, kişisel, sosyal, fiziksel ve psikolojik sonuçlarını da öngörüp kabullendiğini söylemek çoğu kez mümkün değildir ve bu nedenle, bu tür

¹⁴⁴ Hafızogulları – Özen, s. 169

¹⁴⁵ Aydın, s.87

fiillerin, cezası düşük tutularak ve mağdurun şikayetine bağlı olarak suç sayılması yerindedir.¹⁴⁶

Korunan hukuki yararın çocuğun cinsel özgürlüğü olduğunu savunan yazarlara göre; on beş on sekiz yaş aralığında fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını anlayabilecek olan ve hatta evlenebilen çocuğun cinsel dokunulmazlığının değil cinsel özgürlüğünün korunduğu belirtilmektedir.¹⁴⁷ Bu özgürlüğün içerisinde çocuğun bireysel, psikolojik ve bedensel gelişimi ve varlığı da bulunmaktadır.¹⁴⁸ Cinsel dokunulmazlık kavramı ile korunan hukuki değer, sanki çocuğun vücudu/bedeni olduğu izlemine edinildiği, cinsel özgürlük kavramı ile ise kişinin hukuksal sınırlar içerisinde cinsellikle ilgili tasarruflarını özgürce yapabilmesi imkanının tanındığı ifade edilmektedir.¹⁴⁹

Bu görüşe getirilen eleştiri ise, çocukların cinsel özgürlüğünün korunduğunun kabul edilmesinin durumunda, rızanın fiili neden tamamen hukuka uygun kılmadığını açıklamanın mümkün olmamasıdır.¹⁵⁰ Rızanın olmasının suçun kurucu unsuru olduğu dikkate alındığında, mağdurun rızaen gerçekleştirdiği fiilde cinsel özgürlüğünün ihlal edildiğini ileri sürmesi tutarlı gözükmemektedir.¹⁵¹

Suçun hukuki konusuna ilişkin belirleme, düzenlemenin kanunun sistematigindeki yerinden bağımsız olarak değerlendirilmemelidir.¹⁵² Suçun ceza kanununda yer aldığı kısım, suç ile korunan hukuki yarar hakkında fikir vermekte veya unsurlar yorumlanırken, o suçun ceza kanununda düzenlendiği kısmın, bölümün dikkate alınması gerekmektedir.¹⁵³

¹⁴⁶ Aydın, s.87

¹⁴⁷ Şen, Türk Ceza Kanunu Yorumu, s. 404, Ünver, “ Cinsel Dokunulmazlığa ve Genel Ahlak Karşı Suçlar”, s. 317, İsmail Ercan, **Ceza Hukuku, Özel Hükümler**, 8. Baskı, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, Ağustos 2013, s.92, Ali Parlar - Muzaffer Hatipoğlu, **Türk Ceza Kanunu Yorumu (Madde 1-140)**, I. Cilt, Ankara 2007, s. 859

¹⁴⁸ Pınar Memiş Kartal, “Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu”, İstanbul 2016

<http://www.kazanci.com/kho2/hebb/giris.htm>, Erişim tarihi: 27.11.2017

¹⁴⁹ Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Cinsel İstismarı Kliniği Öğrencileri Tarafından Hazırlanan TCK'nın "Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar" ve "Aile Düzenine Karşı Suçlar" Bölümleri Hakkında Kanun Taslağı; in : TBBD., Sayı:122, Yıl:2016, (Çalışma Koordinatörü: Fahri Gökçen Taner), <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2016-122-1553>

¹⁵⁰ Taner, s. 365

¹⁵¹ Köksal, 2015

¹⁵² Taner, s. 364

¹⁵³ Ayşe Nuhoglu, “Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar”, Kadın Hakları Adli Yardım Eğitim Seminerleri, **İstanbul Barosu Yayınları**, Mart 2018, s.109

765 Sayılı TCK ile suç, "Adabı Umumiye ve Nizamı Aile Aleyhinde Cürümler" başlığı altında yer alması ile korunan hukuki değer genel ahlak ve aile düzeni iken, 5237 Sayılı TCK ile suç, "Kişilere Karşı İşlenen Suçlar" içerisinde ve "Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar" başlığı altında yer almış ve böylelikle korunan hukuksal yararın, çocuğun cinsel dokunulmazlığı ve gelişmesi olduğu belirlenmiştir.¹⁵⁴ Bu görüşe gerekçe olarak, TCK'nın reşit olmayanlara tam özgürlük tanımaması ve 15 yaşını dolduran çocuğun temyiz kudretini haiz bile olsa rızasıyla gerçekleştirdiği cinsel ilişkinin hukuki ve fiili sonuçlarını tam olarak algılayamaması gösterilir.¹⁵⁵ Temyiz kudretini haiz bile olsa 15 yaşını tamamlamış çocuğun cinsel bütünlüğü yasa yapıcı tarafından korunmak istenmiştir.¹⁵⁶

Fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayabilen mağdur çocuğun, bu farkındalığının dışında diğer şahsi, sosyal, fiziksel ve psikolojik sonuçları algılayamayacağının ileri sürülmesi ise çelişkili bir durum arz etmektedir.¹⁵⁷

Doktrinde başka bir görüş ise; TCK m.103 ve 104'te düzenlenen suçlar bir arada değerlendirildiğinde, 15 yaşını doldurmuş olan çocuğun cinsel ilişki boyutuna varmayan cinsel özgürlüğü üzerinde tasarrufta bulunabileceği kabul edilmiştir.¹⁵⁸ Bu suçla korunan hukuksal yararın, cinsel ilişki dışında kalan cinsel davranışlara gösterilen rızanın geçerli sayılması sebebiyle, cinsel özerklik olduğu ifade edilmiş ve mağdurun cinselliği üzerinde tasarruf özgürlüğünün korunduğu belirtilmiştir.¹⁵⁹

Bir diğer görüş ise çocuğun cinsel özgürlüğünün yanı sıra çocuğun yararının korunduğu ve kanun koyucunun çocukların cinsel duyguları ile verdikleri rızaya karşı, onları kanunun koruması altına almayı hedeflediği yönündedir.¹⁶⁰ Cinsel özgürlük

¹⁵⁴ Veli Özbek – Koray Doğan – Pınar Bacaksız – İlker Tepe, **Türk Ceza Hukuku – Özel Hükümler**, 12. Baskı Ankara: Seçkin Yayıncılık, Eylül 2017, s.366, 390, Ahmet Ceylanı Tuğrul, **Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar & Encest İlişkiler**, Ankara: Eylül 2010, s.502, Osman Yaşar, Hasan Tahsin Gökcan, Mustafa Artuç, **Yorumlu – Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Cilt III, Madde 86 - 146**, Ankara: Adalet Yayınevi, Şubat 2010, s.3414, Mustafa Artuç, **Kişilere Karşı Suçlar**, 2. Baskı, Ankara: Adalet Yay., Ocak 2008, s. 696

¹⁵⁵ Kanbur, 2014, Doğan Soyaslan, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 11. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2016, s.249

¹⁵⁶ Özbek-Doğan-Bacaksız-Tepe, s.366

¹⁵⁷ Köksal, 2015

¹⁵⁸ Tezcan – Erdem – Önok, s. 411

¹⁵⁹ Ibid.

¹⁶⁰ Taner, s. 365 atıf Yokuş Sevik, Handan “**5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Çocukların Cinsel İstismarı ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçları**”, hVA, y.2, S.5, Nisan 2005, s. 295

yanında mağdur çocuğun erken cinsel ilişkiden uzak tutularak çocuğun cinsel gelişimin sağlıklı olması amaçlanmıştır.¹⁶¹

Bu yaş aralığındaki çocuklara cinsel özgürlüğün tam tanınmamasının nedeni olarak kanun koyucu tarafından kamu düzeninin korunmasının amaçlandığı düşüncesinde olan yazarlar mevcuttur. Toplum ve ailenin çocuğun yaşadığı cinsel ilişkiyi gelenek ve göreneklere göre kabul edemeyeceği ve kamu düzeninin bozulacağı belirtilmiştir.¹⁶² Lakin kanun koyucu kamu düzeninin bozulacağı görüşü ile bu suça kanunda yer vermiş olsa idi, suçu cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar başlığı yerine aileye veya topluma karşı suçlar başlığı altında düzenlerdi.¹⁶³

Bir diğer görüşe göre, suçla korunmak istenen öncelikle 15 – 18 yaş grubundaki çocuk olup, TCK'nın 103'ncü maddesi dışında kalan çocuğun da cinsel dokunulmazlığı korunmak istenmektedir.¹⁶⁴ Çocukların çabuk etkide kalması ve her ne kadar fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını anlayabilecek olsalar da fiilin anlam ve sonuçları hakkında tam, sağlıklı ve doğru değerlendirme yapamayacak olmaları sebebiyle erken veya belki de yanlış bir cinsel deneyimden korunmaları gerektiği amaçlandığı belirtilmiştir.¹⁶⁵ Çocukları erken cinsel deneyimlere karşı korumak isteyerek, cinsel özgürlüğe doğrudan karışılmadan ve fail ceza tehdidi ile kalarak dolaylı yoldan çocukların korunmak istendiği ifade edilmiştir.¹⁶⁶

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçu ile ceza kurallarıyla korunması lazım olan hukuki bir değer olmadığı, ceza kanunlarının ahlak kurallarına ilişkin düzenleme yapmadığı ve bu nedenle eylemin suç olarak düzenlenmemesi gerektiğini belirten yazarlar da vardır. Bu görüşe göre, bu yaşta cinsel ilişkinin çocuk için tercih edilebilir bir durum olup olmadığı veya çocuk için psikolojik travma yaratıp yaratmadığı ceza hukukunun konusu değildir. Medeni Kanun uyarınca 16 ve 17 yaşında evlenebilen kişiler cinsel ilişki kurabiliyorken, evlenmeyenlerin cinsel ilişki kurmasının

¹⁶¹ Özlem Yenerer Çakmut, "Cinsel Şiddet Mağduru Çocuk Kavramı ve Türk Ceza Kanunu'nun Çocuğa Yönelik Cinsel Şiddet Düzenlemelerine Genel Bakış", 2016 <http://dergipark.gov.tr/download/article-file/274327>, Erişim Tarihi: 17.03.2018

¹⁶² Soyaslan, s.249

¹⁶³ Taner, s 366

¹⁶⁴ Remzi Gündüz, **Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar**, Ankara: Bilge Yayınevi, Mart 2017, s.117

¹⁶⁵ Mahmut Koca - İlhan Üzülmöz, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Ankara: Adalet Yayınevi, Kasım 2013 s. 330

¹⁶⁶ Özgür Beyazıt, Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, <http://www.kazanci.com/kho2/hebb/giris.htm>, İstanbul 2010, Erişim tarihi: 27.11.2017

cezalandırılmasında toplumsal ahlak kurallarının gözetilerek suç tipinin oluşturulduğu ve evlilik öncesi cinsel ilişkinin önüne geçilmeye çalışıldığı savunulmaktadır. Bu durumun ceza hukukuna uygun olmadığı, ceza kanunlarının ahlaka ilişkin düzenleme yapmadığı belirtilerek suç olmaması gerektiği belirtilmiştir.¹⁶⁷

Suçun kanunda yer alması ile toplumun ahlakı, aile yapısı, çocukların yanlış erken cinsel deneyimler yaşamamaları, cinsel ilişkiye erken heveslenmemeleri, erken yaşta cinsellikle ruhsal ve bedensel gelişimlerini sağlıklı şekilde tamamlayamamaları, erken yaşta istenmeyen gebelik yaşayıp kürtaj olmalarının önüne geçilmesi gibi bir çok değerin korunmaya çalışıldığı anlaşılmaktadır.¹⁶⁸

Kanımızca suçla korunan hukuki değer, karma nitelikte olup, suçla korunan hukuki menfaat çocuğun cinsel dokunulmazlığı ve çocuğun üstün yararı ilkesi çerçevesinde çocuğun doğru ve düzgün cinsel gelişimidir.

III. SUÇUN UNSURLARI

A) Maddi Unsurlar

1- Fail

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda fail, kadın veya erkek olabilir.¹⁶⁹ Failin cinsiyetine ve yaşına ilişkin düzenleme madde metninde yer almamaktadır. Failin ceza sorumluluğu genel kurallar uyarınca belirlenecektir. Örneğin, fail on sekiz yaşın altında olabilir ve fail bu suçtan cezalandırılırken cezasında yaştan ötürü indirim yapılabilir.¹⁷⁰

Doktrinde, faile ilişkin tartışmalar iki sorun üzerine odaklanmaktadır. Bu sorunlardan biri, failin kadın olması durumunda bu suçun bir kadına karşı işlenip

¹⁶⁷ Taner, s. 367, Kantarcı, s. 93

¹⁶⁸ Memiş Kartal, Çocukların Cinsel İstismarı, s. 134

¹⁶⁹ Kadınların suçun doğrudan faili olamayacağı, sadece erkeklerin fail olabileceği yönünde bakınız Baytemir, s. 624, Haydar Erol, **Türk Ceza Kanunu Gerekçeli ve Açıklamalı**, Yayın Matbaacılık, 2010, sayfa 2045 “*Bu görüş 765 sayılı TCK döneminde benimsenen görüşün uzantısı niteliğindedir.*”

¹⁷⁰ Erdener Yurtcan, Yargıtay Kararları Işığında Cinsel Suçlar, 3.Baskı, TBB Yayınları, Ankara 2018, s.298

işlenmeyeceğine ilişkin olup, diğer sorun ise failin de mağdur gibi 15 – 18 yaş aralığında olması durumunda suçun oluşup oluşmayacağına ilişkindir.

Suçun mağdur ile arasında evlenme yasağı bulunan kişi tarafından veya evlat edineceği çocuğun evlat edinme öncesi bakımını üstlenen veya koruyucu aile ilişkisi çerçevesinde koruma, bakım ve gözetim yükümlülüğü bulunan kişi tarafından işlenmesi hali suçun nitelikli hali olup, failin bu kişilerden biri olması halinde şikâyet aranmayacaktır.

a) Failin Cinsiyeti

Madde metninde maddi unsuru oluşturan hareket, cinsel ilişki olarak belirtildiği için bu suçun kadın fail tarafından mağdur kadına karşı işlenmesi mümkün olup olmadığı doktrinde tartışılmıştır. Failin cinsiyeti konusunda yapılan tartışmalar, hangi cinsel ilişki tanımının benimsendiğine göre ortaya çıkmıştır.¹⁷¹

Cinsel ilişki kavramı ileride detaylı olarak açıklanacağından burada kısa bir değerlendirme yapılmakla yetinilmiştir. Cinsel ilişki kavramının dar yorumlanması, yani kavramın sadece anal ve vajinal ilişkiyi kapsadığının düşünülmesi durumunda, bu suçun kadınlar arasında işlenmesi mümkün değildir. Kanunilik ilkesi uyarınca, kimseye kanunun suç saymadığı bir davranış nedeniyle ceza verilemez ve kanunda yer alan başka bir yaptırım uygulanamaz.¹⁷² Madde metninde hareket cinsel ilişki olarak belirtildiği için bu suçun failin ve mağdurunun kadın olması kanunilik ilkesi gereği mümkün değildir.¹⁷³ Kanun koyucu, vücuda organ veya diğer bir cisim sokulmasını madde metninde düzenleseydi, bu durumda her iki tarafında kadın olması, suçun gerçekleşmesi açısından yeterli sayılabilirdi.¹⁷⁴

Yargıtay'ın görüşü de kadın tarafından kadına karşı bu suçun işlenmeyeceği yönündedir.¹⁷⁵

¹⁷¹ Köksal, 2015

¹⁷² Timur Demirbaş, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 11. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, Nisan 2016, s. 111

¹⁷³ Tezcan – Erdem – Önok, s.411, ŞEN, Ceza Kanunu Yorumu, s. 405, Tuğrul, s.503, Taner, s. 369, Parlar – Hatipoğlu, s.859, Ercan, s.93, Gündüz s.120, Mustafa Özen, **Ceza Hukuku Özel Hükümler Dersleri**, 2. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, Ekim 2017, s. 318

¹⁷⁴ Şen, Ceza Kanunu Yorumu, s. 405 – 406

¹⁷⁵ Yargıtay 14. Ceza Dairesi 2012/6729 Esas ve 2014/5373 Karar Sayılı 21.4.2014 Tarihli Kararı

Kanunilik ilkesi göz önünde bulundurulunca, failin kadın olduğu halin tek örneği, kadın failin 15 – 18 yaş arasındaki erkek mağdurla cinsel ilişkiye girmesi halidir.¹⁷⁶ Kadınların bu suçta azmettiren veya yardım eden olmaları ise mümkündür.¹⁷⁷

Cinsel ilişki kavramını geniş yorumlayan yazarlar ise bu suçun kadınlar arasında işlenebileceğini savunmaktadır.¹⁷⁸ Çünkü bu yazarlara göre cinsel ilişki vajinal ve anal ilişki dışında diğer cisim sokmaları da kapsadığından, bu durumda bu suç bir kadın tarafından diğer kadına karşı işlenebilecektir.

Kanaatimizce cinsel ilişki ifadesine ilave olarak madde metnine organ veya sair cisim sokma durumu dahil edilerek metindeki bu belirsizlik giderilmelidir. Belirsizliğin giderilmemesi halinde, eşitlik ilkesine aykırı durumlar oluşacak, iki kadın arasında gerçekleşen fiil cinsel ilişki kabul edilmeyeceğinden suç oluşmayacak, eylem içinde erkek olması aranacaktır.¹⁷⁹

Failin erkek olduğu durumda suçun mağdurunun cinsiyetinin önemi olmayacak, failin kadın olması durumunda ise suçun mağdurunun mutlaka erkek olması aranacaktır. Bu durum eşitlik ilkesine aykırı olduğu gibi lezbiyen ilişkiye rıza yaşının 15 olması, heteroseksüel ve erkek homoseksüel ilişkiye rıza yaşının 18 olması şeklinde bir sonuç doğuracaktır. Bu durum Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 8. Maddesinde düzenlenen kişinin özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesi ilkesine de aykırıdır.

Failin yalnızca erkek olabileceğini düşünerek, psikolojik ve bedensel olarak aynı statüde olan çocuklardan erkek çocuğu sadece erkek diye cezalandırmak hakkaniyetli bir ceza hukuku siyasetine de aykırıdır.¹⁸⁰ Failin daima erkek olması gerektiği görüşü, gerçeklerle uyuşmadığı gibi, Kanunun cinsel suçlar konusundaki anlayışıyla da

¹⁷⁶ Taner, s.369

¹⁷⁷ İsmail Malkoç, **Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar**, Malkoç Kitabevi, 2009, s. 274

¹⁷⁸ Kantarcı, s. 103, Ünver- Cinsel Suçların Eleştirisel Olarak İncelenmesi, s.48, Kanbur, 2014

¹⁷⁹ Memiş Kartal, Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, 2016

¹⁸⁰ Taner, s. 369 atıf Öykü Didem Aydın “**Ceza Hukuku’nun Çağdaş İlkeleri ve Avrupa Birliği Kriterleri Açısından Türk Ceza Kanunu**”, TBBD, Y.2004, S. 53, s.63-140, s. 104

uyumlu değildir.¹⁸¹ Neticede erkek çocuğun da suçla korunmak istenen hukuki yarar kapsamında korunması gereken bir değer olduğu göz ardı edilmemelidir.

Cinsel ilişki kavramında düzenleme yapılarak vücuda organ veya sair cisim sokulması halinde de suçun oluşacağının madde metninde düzenlenmesi gerekmektedir. Bu durumda failin de mağdurun da kadın olması halinde suç oluşacaktır. Aksi takdirde; failin de mağdurun da kadın olması durumunda suçun oluşmaması gibi mantıksız, adaletsiz ve eşitlik ilkesine aykırı ve ayrımcı bir sonuç doğacaktır. Suçla korunmak istenen hukuki yarar da tam olarak sağlanamamış olacaktır. Failin kadın olması halinde sair cisim sokulması durumu ile mağdur için belki daha ağır ve travmatik sonuçlar yaşanabilecek ve suçla korunmak istenen hukuki yarara ulaşılamamış olunacaktır.

b) Failin Yaşı

Tartışılması gereken bir diğer husus ise failin yaşının da mağdur gibi 15 – 18 yaş aralığında olmasıdır. Failin de hukuken çocuk kabul edildiği bu durumda suç oluşacak mıdır? Veyahut fail bu yaş aralığında olup reşit kılınmış ise suç oluşacak mıdır?

Madde metninde failin yaşına ilişkin düzenleme yer almamaktadır. Cinsel ilişkiye girenlerin ikisi de 15-18 yaş dilimi arasında bulunduğu takdirde suçun oluşup oluşmayacağı, suç oluşacaksa failin hangi çocuk olacağı doktrinde tartışılmıştır. Hem mağdurun hem failin 15 – 18 yaş aralığında olması durumunda suçun oluşmayacağı, suçun oluşacağı veya ikna eden tarafın fail olacağı gibi çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Tarafların, 15 – 18 yaş aralığında olması durumunda şikayet hakkının kim tarafından kullanılacağı, her iki tarafında şikayetçi – mağdur sıfatı mı alacağı gibi sorunlar belirmiştir.

Kanun koyucu reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda cinsel ilişkiyi cezalandırdığından, cinsel ilişkiye giren çocuklar açısından şikayet şartı gerçekleştiğinde, iki tarafın da hem fail hem de mağdur olması gibi çelişkili ve çarpık bir durum oluşacak ve cinsel ilişkiden dolayı her iki çocukta birlikte

¹⁸¹ Koca – Üzülmüş, s. 332

cezalandırılacaktır.¹⁸² Bu nedenle bu suçun failinin ancak reşit olabileceği savunulmuştur.

Kimi yazarlara göre; failin yaşı madde metninde belirtilmese bile aslında failin yaşının 18 yaş ve üzeri olduğudur.¹⁸³ Suçun başlığının “reşit olmayanla cinsel ilişki” olması ile aslında suçun failinin reşit olduğu sonucuna ulaşılması gerektiğini belirtmişlerdir.¹⁸⁴ Kanun koyucunun amacının, reşit ve cinsellik hakkında bilinçli kişi ile reşit olmayan ve cinsellik konusunda henüz yeterli bilince sahip olmayan kişinin arasındaki cinsel ilişkiyi suç saymak istendiği ifade edilmiştir.¹⁸⁵ Gerçekten, reşit olmayanla cinsel ilişki şeklindeki madde başlığı ilk anda failin reşit olması gerektiği izlenimini uyandırır bile, Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilen failin mağdurdan 5 yaş büyük olması hali de aksini düşündürmeye elverişlidir.¹⁸⁶

Kanunilik ilkesinin alt ilkesi olan belirlilik ilkesine uygun şekilde failin yaşının 18’den büyük olması gerektiğinin madde metninde açıkça ifade edilmesi gerektiği doktrinde haklı olarak ifade edilmiştir.¹⁸⁷

Bazı yazarlara göre failin 15 – 18 yaş aralığında olması suçun oluşması açısından engel değildir.¹⁸⁸ Madde metnindeki 15-18 yaş sınırlamasının faillik açısından değil, mağdurun yaşı açısından getirildiği belirtilmiştir.¹⁸⁹

Bu suçun 18 yaşından küçükler arasında işlenmesi halinde tarafların her ikisinin de mağdur sanık olacağı, bu durumda her iki tarafın da şikâyet hakkını kullanabileceği

¹⁸² Yıldız, s.223

¹⁸³ Özbek-Doğan-Bacaksız-Tepe, s. 368, Şen, Ceza Kanunu Yorumu, s. 404, Nevzat Toroslu, **Ceza Hukuku Özel Kısım**, Ankara: Savaş Yayınevi, 2012, s. 67, Zeki Hafizoğulları – Muharrem Özen, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar**, 5. Baskı, U.S.A. Yayıncılık, Ankara 2016, s.168, Aydın s.90, Bilgehan Savaşçı, **Çocukların Cinsel İstismarı Suçu**, İstanbul: Legal Yayıncılık, Şubat 2012, s.113, Koca- Üzülmüş, s. 332, Aksakal, s.261, Köksal, 2015, Kanbur, 2014, Aksi görüş Yener Ünver, Cinsel Suçların Eleştirisel Olarak İncelenmesi, s.44 “*Kanunilik ilkesi, madde metni ve gerekçesi karşısında bu görüş kabul edilemez.*”

¹⁸⁴ Koca – Üzülmüş, s. 332, 765 sayılı R-TCK döneminden benzer görüş ; Erem – Toroslu, s.376 “*Kanunun kullandığı “reşit olmayan kimse ile cinsi münasebet” ibaresinden failin reşit olması gerektiği neticesine varmak mümkündür.*”

¹⁸⁵ Tezcan – Erdem – Önok, s. 412, Kanbur, 2014

¹⁸⁶ Malkoç, s.271

¹⁸⁷ Kantarcı, s. 107

¹⁸⁸ Çakmut, 2016, Ünver, Cinsel Suçların Eleştirisel Olarak İncelenmesi, s.44, Özbek-Doğan-Bacaksız-Tepe, s. 368

¹⁸⁹ Ünver, Cinsel Suçların Eleştirisel Olarak İncelenmesi, s.44

ve her iki tarafın da cezalandırılabilmesi doktrinde ifade edilmiştir.¹⁹⁰ Bu görüş sahiplerine göre; fail ve mağdurun her ikisinin de karşılıklı şikayetlerinin bulunması durumunda aynı dosya üzerinde her iki taraf için de mağdur – sanık sıfatı ile yasal işlem yapılacaktır.¹⁹¹

Bazı yazarlara göre bu durumda, çocuklar açısından fail ve mağdur sıfatı birleştikten bunların cezalandırılması hususunda tereddütlerin giderilmesi için cinsel ilişkiye ikna eden tarafın fail olması gerektiği belirtilmiştir.¹⁹² İkna eden tarafın kim olduğu, ilk teklifin kimden geldiği tam olarak belirlenemeyeceğinden bu görüş benimsenemeyecektir.¹⁹³

Doktrindeki diğer bir görüşe göre her fail kendi fiilinin faili veya kendisine karşı gerçekleştirilen eylemin mağduru olup, eğer tek fiil, tek fail ve tek mağdur varsa, bir sorun görünmeyecektir.¹⁹⁴ Ancak zaman itibarıyla birbirini takip eder tarzda veya rol değiştirerek önceki fiilin faili, daha sonra mağdur konumuna geçmişse, birden fazla fiilin olduğu ve kişilerin kendi işledikleri fiil/suç bakımından fail, diğerinin ise mağdur olduğu kabul edilmelidir.¹⁹⁵ Fakat bu da ispat açısından sorun teşkil edebilecek niteliktedir.

Mağdurun ve failin çocuk olması durumunda aktif hareketi yapanın, yani erkek çocuğun fail olması gerekeceği görüşü de mevcuttur. Bu gibi hallerde suçun failinin toplumda geçerli olan örf ve adetlere göre belirleneceği ve aynı yaşta iki çocuğun cinsel ilişkisinde failin erkek olacağı akla gelmekte ise de cinsel ilişkide kadının da aktif taraf olması mümkün olduğundan bu görüşe katılmak mümkün değildir.¹⁹⁶

Doktrinde bir görüşe göre ise tarafların her ikisi de 18 yaşından küçükse, cinsel ilişki teklifi ilk kimden gelmişse teklifi yapan fail kabul edilmeli, teklifin ilk kimden geldiği tespit edilemezse, şüphe hali sanık lehine yorumlanmalı ve bu durumda ceza

¹⁹⁰ Yaşar-Gökcan-Artuç, s. 3415, Gündüz s.120-121

¹⁹¹ Gündüz, s. 120 -121

¹⁹² Mehmet Emin Artuk - Ahmet Gökcan- Ahmet Caner Yenidünya, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 15. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, 2015, s. 322

¹⁹³ Aksakal, s.263

¹⁹⁴ Ünver, Cinsel Suçların Eleştirisel Olarak İncelenmesi, s.45

¹⁹⁵ Ibid.

¹⁹⁶ Koca – Üzülmüş, s. 332

sorumluluğu doğmaması gerektiği belirtilmiştir.¹⁹⁷ Fakat bu durum ispat açısından sıkıntı yaratacak bir durum olup, teklifin ilk kimden geldiği, beyanlar ve ikrar dışında ispatı zor olan bir husus olduğu için tespit edilemeyecektir. İlişki önerisinin pasif durumdaki mağdurdan gelme ihtimali de bulunmaktadır.¹⁹⁸

Bazı yazarlara göre; tarafların ikisinin de 15 – 18 yaş aralığında olması halinde suç oluşmayacaktır.¹⁹⁹ Bu durumda, suçun failinin ve mağdurunun kim olduğunu belirlemek mümkün olmamaktadır.²⁰⁰ Bu görüşe göre reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun taraflarının çocuk olması halinde, eylemin suç oluşturmayaacağına kanunda açıkça düzenlenmesi gerektiği belirtilmiştir.²⁰¹ Aksi durum, kanunilik ilkesine aykırılık teşkil edecektir.

Doktrinde kimi yazarlara göre; 15 yaşından büyük olan çocuklar arasındaki rıza ile gerçekleşen cinsel ilişki suç olarak düzenlenmemeli ve bu yaş grubundaki çocuklar arasındaki cinsel ilişkinin toplum ve aile disiplini çerçevesinde çözümlenmesi gereklidir.²⁰² Suçun failinin çocuk olması durumunda, fail çocuğun suça sürüklenen çocuk olduğu ve onun da korunması gerektiği göz ardı edilmemelidir.²⁰³

Yargıtay tarafların ikisi de 15 – 18 yaş arasında çocuk olsa dahi, burada cinsel ilişkide aktif olan tarafı fail, pasif olan tarafı mağdur kabul etmektedir.²⁰⁴ Cinsel ilişkiye giren kişilerden, niçin vücuda organ sokan kişinin fail, sokulan kişinin ise mağdur olduğunu anlamak mümkün değildir; bir cinsel ilişkide faillik ve mağdurluk sıfatının, organı kimin soktuğuna göre belirlenmesi mümkün değildir. ²⁰⁵ Aktif olan taraf fail değil, mağdur da olabilir. Aksinin düşünülmesi, ceza kanunun cinsel suçlara ilişkin yaklaşımına da uygun değildir.

Fail 15 – 18 yaş aralığında yer alsa fakat mahkeme kararıyla veya evlenmeyle ergin kılınmış olması durumunda bu suçun faili olacak mıdır? Bu durumda, failin

¹⁹⁷ Özen, s. 318

¹⁹⁸ Malkoç, s.271

¹⁹⁹ Tezcan- Erdem- Önok, s. 412, Özbek-Kanbur-Doğan-Bacaksız-Tepe, s.390, Şen, Ceza Kanunu Yorumu, s. 405, Koca – Üzülmmez, s. 332, Kanbur, 2014

²⁰⁰ Koca – Üzülmmez, s. 332

²⁰¹ Aydın, s.98

²⁰² Ibid., s. 90

²⁰³ Ibid., s.98

²⁰⁴ Taner, s. 369, Kanbur, 2014

²⁰⁵ Tezcan – Erdem – Önok, s.412

gerçek yaşı göz önüne alınmalı ve çocuk yaştaysa bu suçun faili olamayacağı kabul edilmelidir²⁰⁶ görüşünün yanı sıra doktrinde aksi yönde görüşler de mevcuttur. Failin yaşının 15 – 18 yaş aralığında olması fakat Medeni Kanun hükümleri gereği evlenme veya başka bir yolla reşit kılınmış olması durumunda suçun oluşacağı belirtilmiştir.²⁰⁷ Maddede failin ergin bir kişi olduğunu açıklayan bir düzenleme olmadığı, failin, ceza sorumluluğu olan büyükler veya küçükleri de kapsamına alacak şekilde düzenlendiği ifade edilmiştir.²⁰⁸ Aksi takdirde eylemin ceza sorumluluğu olan kişiler için suç olacağı, ceza sorumluluğu azalmış olsa bile küçükler açısından suç olmayacağı gibi tutarsız ve çelişkili bir neticeye varılacağı belirtilmiş, diğer cinsel saldırı ve taciz eylemlerinin çocuklar için suç teşkil edeceği ama ondan daha ağır nitelikli bir fiilin suç oluşturmaması açısından eleştirilmiştir.²⁰⁹

Yargıtay da kararlarında fail ile ilgili Çocuk Koruma Kanunu kapsamında suça sürüklenen çocuk terimini kullanmakla beraber, yani faili hukuken çocuk kabul etmesine rağmen, 15 – 18 yaş arasındaki çocukları suçun faili olarak kabul etmektedir.²¹⁰

Bütün bu tereddütleri gidermek için madde metninde düzenleme yapılmalı ve failin 18 yaşından büyük olduğu belirtilmelidir.²¹¹ Aksi görüşün kabulü, şikayet hakkının kime ait olduğunun belirlenmesi, fail mağdur sıfatının birleşmesi gibi problemleri beraberinde getireceği gibi; çocuğun doğru ve düzgün cinsel gelişimi yönündeki menfaat göz önüne alındığında, her iki çocuğun da cezalandırılması gibi anlamsız bir sonuca da yol açacaktır.²¹²

Şayet Kanun koyucu tarafından failin 15 – 18 yaş aralığında olması durumunda illa suçun oluşacağı kabul ediliyorsa; suça sürüklenen çocuklara sadece TCK m.31’de belirlenen ceza indirimi ile yetinilmemeli ve çocuk ceza adalet sistemine uygun olarak bu küçükler bakımından hapis cezası yerine adli para cezası veya sadece bu yaş grubuna dahil olan failler için suçu hafifleten bir düzenleme getirilmelidir. Bu

²⁰⁶ Taner, s.370, Şen, Yorum, s. 405, Aksakal, s.263

²⁰⁷ Tezcan – Erdem – Önok, s.414, Ercan, s.93

²⁰⁸ Malkoç, s. 275

²⁰⁹ Ibid., s. 269, s. 275

²¹⁰ Yargıtay 14. Ceza Dairesi 2014/1552 Esas ve 2015/5994 Karar Sayılı 30.04.2015 Tarihli Kararı

²¹¹ Tuğrul, s. 503, Köksal, 2015

²¹² Köksal, 2015

durumdaki faillerin de çocuk olduğu ve korunması gerektiği unutulmamalı, failler açısından cinsiyet ayrımı yapılmamalıdır.

2) Mağdur

a) Mağdurun Yaşı ve Cinsiyeti

Mağdur, kız veya erkek çocuğu olabilir. Mağdurun canlı bir kişi olması gerekir.²¹³ Mağdur, 15 yaşını doldurmuş fakat 18 yaşını doldurmamış olmalı ve fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayabilecek gelişmişliğe sahip olmalıdır.

TCK 6.maddesi, ÇKK 3. Maddesi ve uluslararası sözleşmelerde de belirtildiği üzere; 18 yaşını doldurmamış her kim ise çocuk sayılır.

15 yaşın altındaki çocuklara veyahut 15 yaşını doldurmuş olan fakat fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş çocuklara karşı gerçekleştirilen cinsel davranışlara ilişkin yaptırımlar, daha ağır cezayı gerektiren TCK m. 103'te hüküm altına alınmıştır. Örneğin mağdurun gerçek yaşının 14 olması durumunda TCK m.104'teki suç oluşmayacak, mağdurun rızası bile olsa fail cezalandırılacaktır. 15 yaşını doldurmamış veyahut 15 yaşını doldurmuş olmakla birlikte fiilin anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş küçüklerin cinsel ilişkiye rızası hukukumuzda geçerli kabul edilmemiştir.

Suç tipinin belirlenmesi ve adaletin doğru şekilde tecelli etmesi için mağdurun yaşının ve algılama yeteneğinin gelişip gelişmediğinin doğru tespiti çok önemlidir.

b) Mağdurun Evlenme veya Mahkeme Kararıyla Reşit Olması Hali

Madde başlığında suç reşit olmayanla cinsel ilişki suçu olarak belirtilmişse de madde metninde reşit ibaresine yer verilmemiş, suçun 15 – 18 yaş aralığındaki çocuğa karşı işleneceği belirtilmiştir. Mağdurun evlilikle veya Medeni Kanun'da belirtilen diğer sebepler uyarınca ergin kılınması durumunda bu suç oluşacak mıdır?

²¹³ Ali Parlar – Meltem Banko, **6545 Sayılı Kanun ile yapılan değişiklikler çerçevesinde Cinsel Suçlar**, Ankara: Adalet Yayınevi, 2014, s. 329

Madde metninin ve başlığın çelişkili olması durumu doktrinde tartışmaya yol açmıştır. Ayrıca, TMK ile reşit terimi yerine ergin terimi kullanılmış iken, kanun koyucu TCK’da reşit terimini kullanmaya devam etmiştir.²¹⁴

TCK’da madde başlıklarının metne dahil olup olmadığına ilişkin açık bir hüküm yer almamaktadır.²¹⁵ Adalet Alt Komisyonu Raporu uyarınca, madde başlıkları ve gerekçesi madde metninin ayrılmaz parçası olup, kanun koyucunun özensizlik sonucu madde başlığı ile içeriği konusunda çelişkiye düşmüş olduğu doktrinde belirtilmiştir.²¹⁶

Madde başlıkları, maddenin konusunu belirleyici fonksiyona sahip olmakla birlikte, suçun ve yaptırımın asıl düzenlendiği yer maddenin tipikliğidir ve madde metni ile madde başlığı çeliştiğinde madde metninin esas alınması gerekir.²¹⁷

Kimi yazarlara göre, kişi 18 yaşın altında olmasına rağmen TMK uyarınca ergin kılındığı takdirde bu suçtan dolayı mağdur sayılamayacaktır.²¹⁸ Madde başlığı reşit olmayanla cinsel ilişki olup, 18 yaşından küçük, TMK m.11 uyarınca evlenme yoluyla veya TMK m.12 uyarınca mahkeme kararıyla reşit kılınan 15 yaşını doldurmuş kişiler bu suçun mağduru olamaz.²¹⁹

Kimi yazarlara göre ise mağdur 18 yaşın altına olmasına rağmen; reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda 15 yaşını tamamlamış çocuktan bahsedildiği ve çocuk da TCK m.6/1-b’de “18 yaşını doldurmamayan kişi” olarak tanımlandığı için, ilk bakışta, evli olsun olmasın, mağdurun 18 yaşından küçük olması durumunda bu suçun oluşacağı belirtilmiştir.²²⁰ Kişi evlenme ya da mahkeme kararıyla reşit olsa bile yaşı 18’den küçük olduğu için mağdur olabilecektir.²²¹

²¹⁴ Yaşar-Gökcan-Artuç, s. 3415

²¹⁵ Kantarcı, s. 118 – 119

²¹⁶ Artuç, s.697

²¹⁷ Kantarcı, s.119

²¹⁸ Tezcan-Erdem-Önok, s. 414 – 415, Yaşar-Gökcan-Artuç, s. 3415, Aydın s. 91, Mustafa Arslantürk, **Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar**, 3. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, Mart 2017, s. 504 , Ünver, Cinsel Suçların Eleştirel Olarak İncelenmesi, s. 46, Selman Dursun,“Türk Ceza Hukuku’nda Cinsel Suçlara Genel Bir Bakış”, 2014 <http://www.selmandursun.com/wp-content/uploads/sdursun-cinsel-suclar.pdf>, Erişim Tarihi: 05.06.2018

²¹⁹ Tezcan-Erdem-Önok, s.415

²²⁰ Tezcan-Erdem-Önok, s.415, Kantarcı, s. 121

²²¹ Yenerer Çakmut, 2016

Evlilik suretiyle reşit hale gelme durumunda, bu halin eş açısından hukuka uygunluk sebebi oluşturduğu doktrinde bazı yazarlarca belirtilmiştir.²²² Evlenme suretiyle reşit hale gelen kişinin, artık cinsel ilişkinin sonuçlarını kavrama açısından sorun yaşamayacağı düşünüldüğünden, evlenme suretiyle reşit olanın bu suçun mağduru olamayacağı belirtilmiştir.²²³ Başka birisi ile evli olan bir kadın, kendisi ile rızası dahilinde ilişkiye giren fail tarafından çocuk olarak görülemeyeceğinden, failin bir “çocuğa” karşı cinsel saldırıda bulunduğu söylenememelidir.²²⁴ Evlilik birliği içinde rızaya dayalı ilişkiler suç teşkil etmeyecek olsa da doğru olan çözümün evlilik yaşının 18 olarak yükseltilmesi ve çocuk evliliklerine son verilmesi gerektiği de doktrinde belirtilmiştir.²²⁵

15 - 18 yaş aralığında olan ve reşit kılınmış bulunan bir çocuk, eşi ile cinsel ilişkiye girme konusunda rıza göstermemiş ve eşi zorla cinsel ilişkiye girmişse, TCK. m.102/2 – ikinci cümleye, üçüncü bir kişi zorla cinsel ilişkiye girmişse, TCK m. 103/2’ye göre cezalandırılması gerektiği ifade edilmiştir.²²⁶

Doktrinde eş dışında başka biri ile cinsel ilişkiye girilmesi durumunda suçun oluşup oluşmayacağı da tartışılmıştır. Bir görüşe göre; 15 – 18 yaş arasında olan evli kişiler, üçüncü kişiler bakımından çocuk olarak değerlendirilmelidir.²²⁷ Zira evlilik birliğinden kaynaklanan hukuka uygunluk sebebi, yalnızca eşler bakımından uygulama alanı bulabilecektir.²²⁸ Bu görüşe getirilen eleştiri, bu durumun eşitlik ve adalet ilkesine aykırılık teşkil etmesidir.²²⁹

Mağdurun reşit olması halinde suçun oluşmayacağı görüşünde olanlara göre; ayrıca evlenmekle reşit olan kişinin boşanması veya dul kalması durumunda yine bu sıfatını koruyacak ve bu medeni hal durumlarında da suç oluşmayacaktır.²³⁰ Yani bu

²²² Kantarcı, s.135, Kanbur, 2014

²²³ Koca-Üzülmüş, s. 333, Özen,s. 319

²²⁴ Aydın, s.91

²²⁵ Özbek-Doğan-Bacaksız-Tepe, s. 370

²²⁶ Özen, s. 326

²²⁷ Ibid., s.320

²²⁸ Kantarcı, s.136, Özbek-Doğan-Bacaksız-Tepe, s. 371

²²⁹ Memiş Kartal, Çocukların Cinsel İstismarı, s.132

²³⁰ Özen, s. 326, Artuç, s. 697 “Kadın veya erkek evlenmekle kazandığı erginliği, evliliğin sona ermesiyle yitirmeyeceğinden evliliği sona eren ve suç tarihinde 18 yaşını tamamlamayan bir kimse ile rızasıyla cinsel ilişkiye giren kimsenin eylemi suç oluşturmayacaktır.”

hallerden sonra dahi suçun mağduru olması halinde yine yetişkin olarak değerlendirilecektir.²³¹

Bu görüşte olanlara göre; Madde metni 2001 TCK Tasarısı'ndan alınırken, maddenin kenar başlığının korunup, reşitlik kavramından vazgeçerek 15 – 18 yaş dilimlerine dayalı düzenleme getirilmesi hatalı olmuş ve evlenmesine TMK'nın izin verdiği hukuk sisteminin bu kişileri 18 yaşına dolduruncaya kadar cinsel ilişki kurmaktan yasaklamak istemeyeceği aşikâr olduğu belirtilmiştir.²³²

Evli kişilerin durumuna ilişkin getirilen diğer bir eleştiri ise evli olmayanlar açısından yapılmıştır. Aynı gelişmişlik düzeyinde ve aynı yaşta olan iki kişiden evli olanın cinsel özgürlüğü üzerinde serbestçe tasarrufta bulunmasına imkân tanınırken, evli olmayan kişinin cinsel özgürlüğü üzerinde tasarruf hakkı kısıtlandığı belirtilmiştir.²³³ Bu sebeple eğer kişi hukuk düzeninin kabul ettiği evlenme yaşına varmışsa, o kişinin artık cinsel özgürlüğü üzerinde serbestçe tasarruf edebilmesine izin verilmesi gerektiği görüşü savunulmuştur.²³⁴

Suçu düzenleyen madde metninde açıkça çocuk kavramına yer verildiği için ÇKK'nın 3. maddesi ve TCK'nın 6. maddesindeki çocuk tanımı dikkate alındığında, evlenerek veya mahkeme kararıyla ergin kılınan şahıslarla gerçekleştirilecek cinsel ilişkilerin suç oluşturacağı düşüncesindeyim.²³⁵ Dolayısıyla mağdur kişinin mahkeme kararıyla veya evlenmiş olması nedeniyle rüştünü elde etmiş olması suçun oluşmasına engel olmayacaktır.²³⁶ Cinsel ilişkiden sonra faille mağdur evlense de bu durum, failin cezalandırılmasına mani olmayacaktır.²³⁷ Bu durumda rızanın varlığı ve şikayet hakkının kullanılmaması, suçun re'sen soruşturulabilir ve kovuşturulabilir olmaması fiilin takibini mümkün olmaktan çıkaracaktır.²³⁸ Yargıtay vermiş olduğu bir

²³¹ Fatma Ayrıl, Çocukların Cinsel İstismarı ve Bu Suçla Mücadele, Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2010, s.45, Yarg. 5 Ceza 18.12.1990, 4886/5818: *“Evlenmekle reşit olan kadının boşanma halinde, kazandığı bu kişisel durumu koruyacağı...evlenmekle reşit olan mağdurenin sonradan boşanmakla rüştünü muhafaza edeceği ve kendisine karşı işlenen rızadan alıkoyma ve ırza geçme eylemlerinin suç teşkil etmeyeceği gözetilmeden sanığın beraati yerine yazılı gerekçelerle, 765 sayılı TCK'nın 416/son, 80, 430/2 maddeleriyle mahkumiyetine karar verilmesi, yasaya aykırıdır.”*

²³² Ünver, Cinsel Suçların Eleştirisel Olarak İncelenmesi, s. 46

²³³ Kantarcı, s. 137

²³⁴ Ibid.

²³⁵ Gündüz, s.120

²³⁶ Tezcan-Erdem-Önok, s.414, Gündüz, s.120

²³⁷ Yenerer Çakmut, 2016

²³⁸ Yenerer Çakmut, 2016

kararında²³⁹ 18 yaşını doldurmamış olan kişinin daha önce ergin olmuş olsa da çocuk kabul edilmesi gerektiğine karar vermiştir. Fakat bu kararın aksine, Yargıtay, cinsel ilişkiden önce evlenmiş olan mağdure ile yaşanan cinsel ilişkinin, mağdurenin evlilik ile reşit olması sebebiyle suç oluşturmadığına da karar vermiştir.²⁴⁰

Kanun koyucu mahkeme kararıyla veya evlilikle ergin olmuş kişilerin bu suçun mağduru olamayacağı görüşünde ise madde metninde değişiklik yapılması gerekmektedir. Salt evliliğin cinsel bilinci oluşturduğu düşünülüyorsa evli çiftler arasında rıza ile yapılan cinsel ilişkinin suç oluşturmayacağına ilişkin düzenleme yapılabilir.

c) Mağdurun Yaşının Tespiti

Yaşın tespiti, cinsel ilişkinin gerçekleştiği tarihe göre belirlenir. Mağdurun, nüfus müdürlüğünden nüfus kaydı temin edilip, nüfus kaydı ve mağdurun görünüşü ve eğer varsa sanık itirazları değerlendirilmelidir. İhtiyaç halinde, mağdurun doğum tutanakları getirilmeli, mağdur resmi bir kurumda doğmamış ise kemik film ve grafileri çekilerek röntgen uzmanının bulunduğu sağlık kurul raporu alınmalı, eğer bunlar da yaşın tespitini sağlayamıyorsa Adli Tıp Kurumu ilgili ihtisas dairesine başvurulmalı ve gerçek yaşın tespiti şüpheye yer bırakmayacak şekilde sağlanmalıdır.²⁴¹

Yargıtay kararlarında doğum raporunun temin edilmesi, edilemediği takdirde yaş tespitine esas olacak şekilde kemik grafileri çektilirip tam teşekküllü bir hastaneden içinde radyoloji uzmanının da bulunduğu sağlık kurulundan rapor alınması, şüphenin giderilmemesi halinde Adli Tıp Kurumundan görüş alınması

²³⁹ 14 CD 2014/582 E ve 2014/14622 K. 22.12.2014

²⁴⁰ Aksakal, s.263, Tuğrul, s.542, Yargıtay 14 CD 19.01.2012 Tarih ve 12610/460 Sayılı Karar

²⁴¹ Erol, s. 2045 – 2046

gerektiğine karar vermektedir.²⁴² Yaş konusunda belirleme yapan heyette, radyoloji uzmanının bulunmaması bozma sebebidir.²⁴³

Sanığın “mağdur bana yaşının büyük olduğunu söyledi” veya “mağdur 18 yaşından büyük göstermektedir.” Gibi ifadeler yaşa itiraz niteliğindedir.²⁴⁴

Mahkemenin, yaşa herhangi bir şekilde itiraz gelmesi veya nüfus kaydı ile vücut ölçüleri arasında uyumsuzluk olduğunu fark etmesi veya okulda devam ettiği sınıf itibarıyla yaşının farklı olma olasılığının fazla olması durumunda, yaşı tereddüte yer vermeden belirlemesi gerektiği Yargıtay kararlarında belirtilmiştir.²⁴⁵

Gerçek yaş eğer nüfus kaydındaki yaşını doğrulamıyor ve bu durum suçun vasfını etkiliyorsa, o takdirde CMK’nın 218. Maddesi uyarınca yaş düzeltilmesi yapılması gerekir.²⁴⁶ Yaşın tespiti problemi açısından CMK özel bir düzenleme getirmiş, kanun koyucu açıkça bir ek muhakeme yapma zorunluluğu düzenlemiştir.²⁴⁷ Ceza Mahkemesi, yaşı düzeltilecek kişiye ilişkin bilirkişi raporu alıp, diğer delilleri elde ettikten sonra gerçek yaşı belirleyerek sonuca ulaşacaktır.²⁴⁸

²⁴² Yargıtay 14. Ceza Dairesi’nin 2014/6017 Esas ve 2016/8448 Karar Sayılı, 12.12.2016 Tarihli kararında “Sanık müdafii tarafından mağdurenin yaşına itiraz edilmesi üzerine mahkemece temin edilen doğum kaydına göre mağdurenin Bursa Zübeyde Hanım Doğum Evinin raporuna istinaden nüfusa tescil edildiği anlaşılmış ise de; söz konusu hastaneye ait doğum raporunun temin edilmesi, raporun temin edilememesi halinde, yaş tespitine esas olacak şekilde kemik grafileri çektilirip tam teşekküllü bir hastaneden içinde radyoloji uzmanının da bulunduğu sağlık kurulundan rapor alınması, duraksama halinde Adli Tıp Kurumundan görüş alınarak gerçek yaşının bilimsel olarak saptanmasından sonra suçun niteliği ile sanığın hukuki durumunun tayin ve takdiri gerektiği gözetilmeden eksik araştırma ile yazılı şekilde hüküm kurulması ..”

²⁴³ Yargıtay 14. Ceza Dairesi’nin 2016/3663 Esas ve 2016/7846 Karar Sayılı, 15.11.2016 Tarihli kararında; “Sanığın savunmalarında kendisine 1993 doğumlu olduğunu söyleyen mağdurenin büyük görüldüğünü ifade ederek yaşına itiraz ettiği, dosya içerisinde yer alan MERNİS doğum tutanağında mağdurenin resmî bir kurumda doğduğuna dair bir kaydın bulunmadığı, annesi katılanın, mağdurenin hastane doğumlu olduğuna dair beyanı nazara alınarak yapılan araştırmalara rağmen doğum raporunun temin edilemediği, mağdurenin yaşının tespiti hususunda ... Devlet Hastanesinden alınıp mağdurenin yaşının nüfus kaydına uygun olduğu yönündeki 30.10.2013 tarihli raporu düzenleyen heyette radyoloji uzmanının bulunmadığı anlaşıldığından, suçun vasfı ile oluşumuna etkisi bakımından, mağdureye ait yaş tespitine dair grafilerde eklenip Adli Tıp Kurumu ilgili ihtisas kurulundan görüş alınarak suç tarihindeki gerçek yaşının bilimsel olarak saptanması ve hata hükümlerinin şartları itibarıyla oluşup oluşmadığı da tartışılarak sanığın hukuki durumunun tayin ve takdiri gerekirken eksik araştırma ile yazılı şekilde hükümler kurulması, hukuka aykırıdır”

²⁴⁴ Tuğrul, s. 506, 5 CD. 22.05.2006 ve 2006/1499 – 2006/4274 sayılı kararı aktaran Artuç s. 698

²⁴⁵ Yargıtay 5. Ceza dairesi 2006/6738 Esas ve 2006/6514 Karar sayılı kararı 10.07.2016 aktaran Artuç, s. 698

²⁴⁶ Erol, s.2045

²⁴⁷ Yener Ünver - Hakan Hakeri, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 12. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, Eylül 2016, s. 659

²⁴⁸ Yargıtay Ceza Genel Kurul Kararı 15.04.2008, 5-239/86 Aktaran Ünver – Hakeri, s. 660

Tıbbi tespit için çeşitli kriterler (boy, ağırlık, bulüş belirtileri, cilt değışiklikleri, kıl, göz değışikliği, ruhi durumu, dişlerin durumu, kemiklerin gelişimi) vardır ve radyolojik inceleme yaş tayini için en sık kullanılan ve güvenilir yöntem olma özelliği yanında, kemiklerdeki büyüme plaklarının oluşum ve gelişmesi, epifiz ve diafiz hatları ile kemikleşme noktalarını bulma yöntemine dayanan kemiklerin radyolojik olarak incelenmesi ve mevcut atlara uyarlanması, yaş tayininde çok kullanılan ve gerçeğe en yakın sonuçlar elde edilen metottur.²⁴⁹

Yaş belirlemede dişler de önemli olup, kemiklerden yaş tespiti, vücudun belli kemiklerinin röntgen tetkikleri ile yapılır ve oldukça doğru sonuçlar verir.²⁵⁰ Yaş tayini davalarında radyolojik olarak saptanan kemik yaşı ile diş, zihinsel, psikolojik gelişim vb. klinik bulguları dikkate alınmalı, genetik, endokrin, çevresel ve beslenme durumu gibi diğer faktörlerin de kemik gelişimini etkileyebileceği göz önünde bulundurularak değerlendirme yapılmalıdır.²⁵¹

Yaşın doğru tespiti bakımından uygulanacak hukuk normu önem arz etmekte olup, hiçbir kuşkuyla yer vermeyecek şekilde yaş belirlenmelidir.

d) Mağdurun Fiilin Hukuki Anlam ve Sonuçlarını Algılama Yeteneği

Mağdurun, fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği, uygulanacak ceza normunun belirlenmesi açısından önemlidir. Mahkemece bu tespit her somut olay bakımından re'sen ve cinsel ilişkinin gerçekleştiği tarih uyarınca yapılmalıdır.²⁵²

Doktrinde birçok yazar tarafından mağdurun fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğinin gelişmemiş olması ifadesinin yerinde bir düzenleme olmadığı, algılama yeteneği tespit edilirken kişinin işlediği fiili idrak edebilmesi yeterli olup, hukuki anlam ve sonuçlarını bilmesine gerek olmadığı ifade edilmiş, düzenlemenin fiilin anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğinin gelişip gelişmediği şeklinde

²⁴⁹ Aysun Baransel Isır, "Adli Hekimlikte Yaş Tayini", 2009
http://www.klinikgelisim.org.tr/eskisayi/klinik_2009_22/18.pdf, 17.09.2018

²⁵⁰ Baransel Isır, 2009

²⁵¹ Ali Yıldırım - İlhan Çetin - Erdal Özer - Burak Gümüş, "Adli Tıp Anabilim Dalına 2006 – 2010 Yılları Arasında Yaş Tayini İçin Başvuran Olguların Değerlendirilmesi", 2011
<http://dergipark.gov.tr/download/article-file/81911>, 18.09.2018

²⁵² Kantarcı, s. 124

anlaşılması gerektiği haklı olarak savunulmuştur.²⁵³ Önemli olan mağdurun fiilin hukuksal açıdan ne anlama geldiğini bilmesi değil; kendi vücudu ve cinsel bütünlüğü üzerinde fiilin ne anlam ifade ettiğini kavrayabilmesidir.²⁵⁴ Yargıtay vermiş olduğu bazı kararlarında fiilin hukuki anlam ve sonuçları ifadesi yerine fiilin anlam ve sonuçları ifadesini kullanmıştır.²⁵⁵

Akıl hastalığı veya akıl zayıflığı varsa bunun hekim olmayanlar ile çevresinde yaşayanlar ve kendisini tanıyanlarca anlaşılıp anlaşılamayacağının tereddüte mahal bırakmayacak şekilde tespit edilmesi ve bu tespitten sonra maddi gerçeğe ulaşılması gerekir.

Doktrinde bir görüşe göre; akıl hastalığı veya akıl zayıflığının mevcut olduğu her durumda mağdurun verdiği rızanın doğrudan geçersiz olduğunu kabul etmenin mümkün olmadığı, akıl hastalarının da cinsel hislerinin ve cinsel yaşamlarının var olduğu, söz konusu akıl hastalığının fiilin anlam ve sonuçlarını anlama yeteneğini ne ölçüde etkilediğinin araştırılması gerektiği belirtilmiş, ancak bu tespitin büyük bir titizlikle yapılması gerektiği, çünkü kişinin hem akıl hastası hem de çocuk olduğu ve normal olan yaşlılarına oranla daha fazla korumaya muhtaç olduğu da ifade edilmiştir.²⁵⁶

Yargıtay kararlarında mağdurda akıl hastalığı veya akıl zayıflığı bulunup bulunmadığı, fiile ruhsal yönden mukavemete muktedir olup olmadığı, eylemin ahlaki kötülüğünü idrak edip edemeyeceği, akıl hastalığı veya akıl zayıflığı varsa bunun hekim olmayanlar ile çevresinde yaşayanlar ve kendisini tanıyanlarca anlaşılıp anlaşılamayacağı, bu durumun beden veya ruh bakımından kendisini savunmasına mani olacak mahiyet ve derecede bulunup bulunmadığı, beyanlarına itibar edilip edilemeyeceği ve raporlar arasında çelişki varsa giderilmesi hususlarında karar vermektedir.²⁵⁷ Mağdurenin ruh sağlığında ifadesini saptıracak davranım bozukluğu

²⁵³ Kantarcı s.125, Memiş Kartal, Çocukların Cinsel İstismarı, s.152, Taner, s.291

²⁵⁴ Kantarcı, s. 126

²⁵⁵ Kantarcı, s.126, Yargıtay 14 CD 2011/22180 E. 2013/11403 Karar 12.11.2013

²⁵⁶ Kantarcı s.131

²⁵⁷ Yargıtay 14. Ceza Dairesi'nin 2014/6020 Esas ve 2016/8447 Karar Sayılı 12.12.2016 tarihli kararı, Yargıtay 14. Ceza Dairesi 2016/2896 Esas ve 2016/3319 Karar Sayılı 5.4.2016 Tarihli kararı, Yargıtay 5. Ceza Dairesi 2005/9874 Esas ve 2006/5862 Karar Sayılı 22.06.2006 Tarihli kararı

bulunması durumunda ifadelerine itibar edilip edilmeyeceği de araştırılacağına karar verilmiştir.²⁵⁸

Uygulamada, çocuğun fiil tarihi itibarıyla hukuki anlam ve sonuçlarını anlama yeteneğinin gelişip gelişmediği belirlenirken, fiilin üzerinden zaman geçtikten sonra geçmişe yönelik saptamalar yapılmaya ve bu hususunda mağdurla gerçekleşen kısa görüşmelerle sağlanmaya çalışıldığı görülmekte ve bu durumun doğru sonuçlara ulaşmayı güçleştirdiği, mağdur veya sanık aleyhine sonuçlar çıktığı görülmektedir.²⁵⁹

3) Hareket

765 Sayılı TCK'da, 5237 Sayılı TCK'daki cinsel ilişki kavramı yer almamaktaydı.²⁶⁰ Cinsel ilişki 765 Sayılı TCK döneminde gerek Yargıtay kararlarında gerekse doktrinde “*aktif failin tenasül organını diğerinin vücuduna normal veya anormal şekilde kısmen veya tamamen ithal etmesi*” olarak kabul edilmekteydi.²⁶¹ Oral yoldan gerçekleşen duhuller cinsi münasebet sayılmayarak ırza tasaddi olarak nitelendirilmekteydi.²⁶²

Suçun maddi unsurunu oluşturan hareket cinsel ilişkide bulunmaktır. Bu suç açısından cinsel ilişki, erkek cinsel organının, vajinaya veya anüse sokulması veya sokturulmasıdır.²⁶³ Vajina veya anüs dışındaki bir vücut boşluğuna penisin sokulması ya da vajinaya veya anüse cinsel organ dışında başka bir organ ya da cisim sokulması durumlarında bu suç oluşmaz.²⁶⁴ Örnek vermek gerekirse parmak, kulak gibi diğer organlarla veya kalem, plastik parça, şişe gibi çeşitli cisimlerle bu suç işlenemez.²⁶⁵ Cinsel ilişki boyutuna ulaşmayan cinsel davranışlar örneğin öpmek, sarılmak,

²⁵⁸ Yargıtay 5. Ceza Dairesi 25.11.2009 tarih ve 2009/11334 – 2009/13205 sayılı kararı

²⁵⁹ Ersan Şen, Yorumluyorum – XII, Seçkin Hukuk, Ankara 2016 (s.257-261) <https://ws1.turcademy.com/ww/webviewer.php?doc=1379>, Erişim tarihi, 27.09.2018

²⁶⁰ Köksal, 2015

²⁶¹ Taner, s. 372, Malkoç, s.274

²⁶² Artuk – Gökçen – Yenidünya, s. 323.

²⁶³ Tezcan- Erdem- Önok, s. 416

²⁶⁴ Ercan, s.93, Tuğrul, s.508, Tezcan -Erdem- Önok, s. 416

²⁶⁵ Ercan, s.93, Tuğrul, s.508, Tezcan – Erdem -Önok, s. 416

sürtünmek bu suçu oluşturmaz.²⁶⁶ Oral yoldan gerçekleştirilen davranışlar cinsel ilişki sayılmaz zira oral davranışlar, bilinen cinsel ilişki tanımının dışındadır.²⁶⁷

Vajinal veya anal yoldan birine parmağın sokulması sonucu, bu parmak sokma kızlık bozmaya neden olsa bile, reşit olmayanla cinsel ilişki suçu oluşmayacaktır.²⁶⁸ Kızlık bozma suçu, 765 Sayılı TCK'da düzenlenen bir suç olup, TCK'da yer almaması yerinde olmuştur. Bu durumda mağdurun parmak sokmaya rızası varsa herhangi bir suç oluşmayacaktır.

Yargıtay 14. Ceza Dairesi 2011/6606 Esas ve 2012/12803 karar sayılı kararında; *“Anüise parmak sokmanın TCK'nın 104/1. maddesinde yazılı cinsel ilişki suçunu oluşturmayaacağı gözetilmeden sanığın bu madde ile mahkumiyetine karar verilmesi....kanuna aykırı”* Diyerek cinsel ilişkiyi dar yorumladığını ortaya koymuştur.

Yargıtay sadece öpüşme ve cinsel organı sürtme şeklinde eylemlerin de suçu oluşturmayaacağına karar vermiştir.²⁶⁹ Yine, Yargıtay oral yoldan ilişkiyi de cinsel ilişki kapsamında kabul etmemektedir.²⁷⁰

Kanunilik ilkesi gereğince, cinsel ilişki dışında gerçekleşen cinsel davranışlar veya vücuda başka bir cisim sokulması bu suçu oluşturmayaacaktır. Sair cisim veya organ sokulması TCK m. 102 ve 103 gereği cezalandırılırken bu suç açısından sadece cinsel ilişki kavramına yer verilmiştir. Bu durumda, 15 yaşındaki bir kişinin vajina veya anüsüne, bu kişinin rızasıyla herhangi bir cisim sokan kişi ceza almayacaktır.²⁷¹ Çocuğun doğru ve düzgün gelişimi düşünülecek olduğunda, sair bir cisim sokma gibi

²⁶⁶ Ercan, s.93

²⁶⁷ Tuğrul s.508, Köksal, 2015, Yaşar-Gökcan-Artuç, s.3417, Suat Çalışkan, **5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar ve Cinsel Amaçlı Hürriyetten Yoksun Kılma Suçu**, Ankara: Adalet Yayınevi, Ocak 2013, s.179, Taner, s.373

²⁶⁸ Tuğrul, s. 508, Yaşar- Gökcan- Artuç, s.3417,

²⁶⁹ Yargıtay 14. Ceza Dairesi 2014/11596 Esas ve 2016/198 Karar 13.1.2016 Tarihli Kararı; aynı doğrultuda Yargıtay 14. Ceza Dairesi 2014/211 Esas ve 2015/12304 Karar 30.12.2015 Tarihli Kararı

²⁷⁰ Yargıtay 14. Ceza Dairesi'nin 2014/9737 Esas ve 2015/11240 Karar Sayılı 2.12.2015 tarihli kararında *“Suça sürüklenen çocuk ile onyediy yaşındaki mağdure arasında rızaya dayalı olarak gerçekleştirildiği sabit olan cinsel davranışların cinsel ilişki boyutuna ulaşmadığı gibi oral yoldan penis ihracının da anılan kapsamda bulunmadığı..”* Bu karar ile aynı doğrultuda olan Yargıtay 14 CD 2011/7214 E. ve 2013/240 K., T. 16.01.2013 kararı aktaran Gündüz s. 482

²⁷¹ Artuk – Gökçen - Yenidünya, s.323, Çalışkan, s. 179

organ sokmadan belki daha ağır travmatik sonuçlar yaratabilecek bir hareketin suç olarak düzenlenmemesi kanunda bu konuda bir açıklık olduğunu gösterir niteliktedir.

Cinsel ilişki kavramının dar yorumlanması ile erkek-kadın arasındaki ve erkek-erkek arasındaki ilişkiye rıza yaşı 18; kadın eşcinsel ilişkiye rıza yaşı ise 15 olarak kabul edilmiş olacak ve cinsel yönelimler arasında makul gerekçelere dayanmayan bu ayrım AİHS m.8’de yer alan özel ve aile hayatına saygı ilkesi bakımından ayrımcılık yasağına aykırılık teşkil edebilecektir.²⁷²

Doktrinde cinsel ilişki kavramını geniş yorumlayan yazarlar da mevcuttur. Cinsel ilişki kavramını geniş yorumlayan yazarlara göre; cinsel ilişki, kadının veya erkeğin bir kadının veya erkeğin, vajinasına, anüsüne veya ağzına cinsel organını, yapay penisi veya sair bir cismi sokması cinsel ilişki kavramı içinde değerlendirilir.²⁷³ Kanun koyucunun cinsel ilişki kavramını penetrasyonu da içerecek şekilde geniş kullandığı ve dokunma, öpme, yalama gibi hareketlerin de geniş anlamda cinsel ilişki kapsamında olduğu belirtilmiştir.²⁷⁴ Aksi yorum kabul edilmesi durumunda 15 yaşındaki bir kız çocuğuna, 20 yaşındaki bir erkeğin cinsel organını sokması ile suç oluşacakken, aynı çocuğa 20 yaşındaki bir kadının yapay penis sokması durumunda suç oluşmayacaktır ve bu yorum tarzını haklı kılan bir düzenlemenin maddede bulunmadığı belirtilmiştir.²⁷⁵ Ayrıca aksi yorumun kanun koyucunun 15-18 yaş arasındaki çocukları koruma hususundaki gayesine de aykırılık teşkil ettiği ifade edilmiştir.²⁷⁶ Yazarlar bu yorumlarında haklı olsalarda TCK 2. maddesinde yer alan *suçta ve cezada kanunilik ilkesi* uyarınca cinsel ilişkinin geniş yorumlanmasına katılmak mümkün değildir.²⁷⁷

Yukarıda da belirttiğimiz gibi kanunilik ilkesi gereğince bu suç bir kadın tarafından diğer bir kadına karşı işlenemeyecek, mutlaka eylemde bir erkek olması gerekecektir.²⁷⁸

²⁷² Kantarcı, s.140, Aksakal, s. 273

²⁷³ Aydın, s. 89, Ünver, Cinsel Suçların Eleştirisel Olarak İncelenmesi, s.48

²⁷⁴ Kanbur, 2014

²⁷⁵ Aydın, s. 89

²⁷⁶ Kanbur, 2014

²⁷⁷ Taner, s.374, Şen, Ceza Kanunu Yorumu, s.406, Memiş Kartal, Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, 2016

²⁷⁸ Aynı yönde, Şen, Ceza Kanunu Yorumu, s. 405, Tezcan – Erdem – Önok, s. 416, Memiş Kartal, Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, 2016

Yargıtay da bu suçun kadınlar arasında işlenemeyeceği görüşündedir. Yargıtay 14. Ceza Dairesi 2012/6729 Esas ve 2014/5373 Karar Sayılı 21.4.2014 Tarihli Kararında²⁷⁹ “*Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun düzenlendiği TCK.nın 104. maddesinin metninde suç olarak tarif edilen cinsel ilişkinin, erkek cinsel organının bir kadına vajinal veya anal yoldan ya da bir erkeğe anal yoldan ithal edilmesi olarak tanımlanması karşısında, mahkemenin oluşa uygun kabulüne göre, kayden 10.6.1991 doğumlu olup suç tarihinde 15 yaşını doldurmuş olan mağdureyle rızası ile öpüşüp seviştiği sırada mağdurenin cinsel organına parmağını soktuğu anlaşılan hemcinsi sanığın, cinsel ilişki boyutuna varmayan cinsel davranışları sebebiyle hukuka aykırılıktan söz edilemeyeceğinden reşit olmayanla cinsel ilişki suçundan beraati yerine, yazılı şekilde düşme karar verilmesi hukuka aykırı, ” olduğuna karar vermiştir.*

Aynı eylemin cinsel organla yapılanını suç sayarken, belki de ondan daha zararlı ve ağır sonuçlar doğurabilecek, cisimle veya diğer organlarla gerçekleştirilen eylemleri suç saymamak ceza politikası itibariyle tutarlı görünmemektedir.²⁸⁰ Belki burada doğal yolla ilişki sonunda istenmeyen gebelik ve doğumların daha vahim oldukları ve bu nedenle suç haline getirildiği ileri sürülebilirse de o durumda anal yolla yapılan eylemlerin de kapsam dışı olduğu sonucuna varmak gerekecektir.²⁸¹

Bu suçun oluşması için tarafların cinsel doyuma ulaşmış, cinsel duygularının tatmin edilmiş olması aranmaz.²⁸²

Suç, sırf hareket suçu olup, cinsel ilişkinin başlamasıyla yani duhulün gerçekleşmesiyle suç tamamlanır.²⁸³ Failin iktidarsızlığı nedeniyle cinsel ilişkiyi başaramaması halinde teşebbüs hükümlerine başvurulmalıdır.²⁸⁴

Maddede yer alan cinsel ilişki kavramına açıklık getirilmeli ve kavramın sadece erkeğin cinsel organının karşısındaki kişinin cinsel organına girmesi olarak uygulanması önlenmelidir.²⁸⁵ Madde metnine diğer maddelerle uyumlu şekilde organ

²⁷⁹ <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=14cd-2012-6729.htm&kw='2012/6729'#fm,21.05.2018>

²⁸⁰ Malkoç, s.272

²⁸¹ Malkoç, s.272

²⁸² Tuğrul, s.508, Aydın, s.94, Gündüz, s.124, Koca – Üzülmüş, s. 335

²⁸³ Taner, s. 385

²⁸⁴ Tuğrul, s. 511

²⁸⁵ Aydın, s. 98

veya sair cisim sokulması ifade olarak eklenmelidir.²⁸⁶ Çocuğun üstün yararının gözetilmesi açısından bu yönde bir değişiklik yapılması yerinde olacaktır.

Suçun sübutu değerlendirilirken yakalama tutanakları, tanık beyanları, doktor raporları, kriminal raporlar, failin yakalanışı, yakalandığı yer, mağdurun yaşam şekli birlikte değerlendirilmelidir.²⁸⁷ Öncelikle somut deliller ve tıbbi verilere itibar edilmeli, örneğin çocuk doğmuşsa doğan çocuğun kimden olduğu araştırılmalı, olay yeri incelemesi yapılmalı, mağdur veya sanığın elbiseleri üzerindeki inceleme sonuçları değerlendirilmeli, mağdurenin kızlık zarındaki yırtığın yeni ya da eski olup olmadığı, kızlık zarının yırtılmaksızın duhüle müsait olup olmadığı doktor raporu ile tespit edilip mağdurenin beyanı ile karşılaştırılmalıdır.²⁸⁸

Yargıtay istikrar kazanmış kararlarında; mağdurla fail arasında husumet varsa, mağdur ifadeleri çelişkiliyse, mağdurun iddiasının durumu çevresine mazur gösterme düşüncesinden kaynaklandığı anlaşılıyorsa, mağdur olayı uzun süre gizlemişse ve bu gizleme makul nedenlere dayanmıyorsa, mağdurun beyanına itibar edilmeyeceğini belirtmektedir.²⁸⁹

Mağdurenin ikrarı da ispat aracı olarak kabul edilir.²⁹⁰ Mağdurenin çelişkili soyut anlatımları ise hüküm kurmak için yeterli değildir.

Yargıtay 5. Ceza Dairesi 6.10.2004 tarih ve 2004/5131 E. ve 2004/6379 K. sayılı kararı²⁹¹ ile “*Olay tarihinde 16 yaşını bitirmediği anlaşılan mağdurenin öz dayısı sanık tarafından zorla ırzına geçildiği ileri sürülmesine karşın, mağdurenin bu durumu olay sonrası ailesinden gizlediği gibi sanıkla görüşmeye de devam ettiği ve bir müddet sonra rızasıyla sanıkla Denizli’ye kaçtığı anlaşılmış; ailesi tarafından evden kaçığının emniyete bildirilmesi üzerine de tek başına Ardahan’a dönen mağdurenin ilk defa bu aşamada zorla ırza geçme olayından söz ettiği, bununla*

²⁸⁶ Koca – Üzülmüş, s. 335, Aksakal, s.260

²⁸⁷ Türkan Yalçın Sancar, “Türk Ceza Hukukunda Kadın”, 2013

<https://ws1.turcademy.com/ww/webviewer.php?doc=823>, erişim tarihi: 27.09.2018

²⁸⁸ Uğur Parlak – Emrah Kırat, “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar”

www.taa.gov.tr/dosya/cinsel_dokunulmazlik_sunum.pptx, 17.02.2018

²⁸⁹ Yalçın Sancar, Türk Ceza Hukukunda Kadın, 2013

²⁹⁰ Yargıtay 5. Ceza Dairesi 08.08.2006 tarih ve 8206/6665 sayılı kararı, Aktaran Tuğrul, s. 557, Aynı doğrultuda Yargıtay 14. Ceza Dairesi 2015/8275 Esas ve 2016/387 Karar Sayılı ve 19.01.2016 tarihli karar <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=14cd-2015-8275.htm&kw='2015/8275' #fm> (21.05.2018)

²⁹¹ <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=5cd-2004-5131.htm&kw=zor+iddiasinin+durumu+cevreye+mazur+#fm>, erişim tarihi. 08.08.2017

*birlikte eylemin zora dair bölümüne ilişkin açıklamalarında, önce korkudan bayıldığına, aşamalarda ise başını çarpması veya meyve suyunu içmesi sonucu bilincini yitirdiğinde eylemin gerçekleşmiş olduğu şeklinde, değişen ve tutarsız anlatımlarda bulunduğu görülmüş olup, bu hususun mağdurenin kendisini çevresine mazur gösterme düşüncesinin sonucu olduğu kanaatine varılmış ve bu suretle mağdurenin hayatın olağan akışına uygun düşmeyen soyut anlatımları dışında cinsel ilişkinin zorla yapıldığı hususunda başkaca kanıt elde edilemediği gözetilerek sanığın reşit olmayan mağdureyle rızasıyla cinsi müinasebette bulunmaktan TCK.nun 416/3. maddesi yerine, aynı yasanın 416/1. maddesi uyarınca cezalandırılmasına karar verilmesi kanuna aykırı...*²⁹²

Mağdurların cinsel ilişkiye rıza göstermedikleri, zorla ırzlarına geçildiğini beyan ettiği bazı dosyalarda diğer deliller dikkate alındığında zor iddiasının aslında durumu çevreye mazur gösterme düşüncesinden kaynaklanabileceği ile TCK m.104/1 hükmü uyarınca sanığın hukuki durumunun değerlendirilmesi gerektiği gerekçesi ile Yargıtay tarafından bozma kararı verilmektedir.²⁹³

²⁹² Yine aynı doğrultuda “ Mağdurenin aşamalardaki oluşa uygun düşmeyen soyut beyanları, sanık ile mağdure arasında bilgisayar üzerinden yapılmış görüşme dökümleri, sanığın mağdureye yönelik zora dayalı eyleminin bulunmadığına dair savunmaları ve tüm dosya kapsamına göre, mağdurenin ikinci cinsel ilişkinin rızası dışında zorla gerçekleştiğine dair anlatımını doğrulayacak kesin ve inandırıcı delil bulunmadığı, sanığın, mağdurenin rızası ile gerçekleşen her iki eylemi sebebiyle zincirleme şekilde reşit olmayanla cinsel ilişki suçundan bir kez mahkûmiyetine karar verilmesi gerektiği halde yazılı şekilde karar verilmesi hukuka aykırıdır.” Yargıtay 14. Ceza Dairesi 2012/13036 Esas ve 2014/9926 Karar Sayılı 15.09.2014 Tarihli karar

²⁹³ Bu doğrultuda ; Yargıtay 5. CD. 27.03.2006 Tarih ve 2006/31 Esas ve 2006/2355 Sayılı Karar aktaran Tuğrul, s. 560, 5 CD. 13.11.2006 Tarih ve 2006/9874 Esas ve 2006/8837 Karar sayılı karar, Tuğrul s. 561, Yargıtay 14. Ceza Dairesi 30.09.2013 tarih ve 2013/4129 Esas ve 2013/9816 Karar sayılı kararı ile;

“Mağdurenin Cumhuriyet Savcılığında alınan 23.12.2010 tarihli beyanında sanık ile üç kez anal yoldan ilişkiye girdiği, 27.12.2010 tarihli beyanında sanıkla bir kez anal yoldan, bir kez de vajinal yoldan ilişkiye girdiği, ikinci ilişkisinde kızlığının bozulduğu, duruşmada ise iki kez anal yoldan, en son vajinal yoldan ilişkiye girdiği, kızlığının bu ilişki sırasında bozulduğu şeklindeki aşamalarda çelişki gösteren anlatımları, sanık ile mağdurenin olay sırasında iki ay süre ile yoğun bir şekilde karşılıklı mesajlaştıklarının tespit edilmesi, olayın komşularından aldığı duyum üzerine mağdurenin annesi tarafından soruşturma makamlarına intikal ettirilmesi, sanığın mağdurenin Ahmet isimli şahısla sevişme görüntülerini ailesine göstereceği yönündeki tehditin, nitelikli cinsel istismar eylemlerinden daha ağır sonuç doğuracak nitelikte olmaması, sanıktan bu görüntülerin ele geçirilememesi, sanığın aşamalardaki inkara dayalı savunması ile mağdurenin sanıkla olan ilişkisinin komşuları ve annesi tarafından öğrenilmesi sonucu durumu çevresine mazur gösterme düşüncesi ile eylemin zorla gerçekleştirildiğini beyan etme ihtimali karşısında, suç tarihinde sanığın mağdurenin rızası dışında, elinde Ahmet ile mağdurenin sevişme görüntüleri bulunup, bu görüntüleri başkalarına göstereceği tehdidiyle zora dayalı cinsel eylemde bulunduğu ve kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu işlediğine dair, mağdurenin itibar edilemeyen çelişkili iddiaları dışında, savunmanın aksine, kesin ve inandırıcı delil bulunmadığı, sanığın eyleminin TCK.nın 104/1. maddesinde öngörülen reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu oluşturduğu ve bu suçtan mahkûmiyeti ile kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan beraati yerine, her iki suçtan yazılı şekilde mahkûmiyetine karar verilmesi

Yargıtay 14. Ceza Dairesi 11.11.2014 tarih ve 2013/2858 Esas ve 2014/12496 Karar sayılı kararı²⁹⁴ ile; *“Mağdurenin, olay tarihinde sanık ile birlikte gittikleri kafede talep ettiği kolasının içine sanığın ilaç atarak kendinden geçmesini sağladığı ve devamında evine götürerek burada kendisi ile anal yoldan ilişkiye girdiğini iddia etmesine rağmen, akabinde evde bulunan sanık ve arkadaşlarına çay demlediğini beyan etmesi, sanık ile özellikle internet üzerinden görüşmeye devam etmesi ve bu esnada sanığın talebi ile göğüslerini açarak sanığa göstermesi, sanık savunması, tanıkların anlatımları ile tüm dosya içeriğine göre, sanık ve mağdurenin duygusal anlamda arkadaşlık kurdukları, olay tarihinde 16 yaşı içerisinde bulunan mağdurenin sanık ile buluşarak sanığın kaldığı eve gittikleri ve burada anal yoldan cinsel ilişkiye girdikleri, sanık tarafından bu ilişkinin kayda alındığı ve arkadaşlarına gösterildiği, bu durumun duyulması üzerine, olaydan yaklaşık dört ay sonra mağdurenin sanık hakkında kendisine nitelikli cinsel istismarda bulunduğunu belirterek şikâyetçi olduğunun anlaşılması karşısında, mağdurenin sanığın evine rızası ile gittiği ve kendi isteğiyle sanıkla cinsel ilişkiye girdiğinin kabulü gerektiği, sanığın eyleminin bu haliyle TCK.nın104/1 ve 234/3. maddelerinde reşit olmayanla cinsel ilişki ile çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçlarını oluşturduğu, anlaşılmakla....”*

Mağdurenin hamile olması durumunda Yargıtay verdiği kararda DNA incelemesi yapılmasına karar vermiştir.²⁹⁵

B) Manevi Unsur

Suç, kasten işlenebilen bir suçtur.²⁹⁶ Kastın, cinsel ilişkiye, yaşa ve rızaya ilişkin olması gerekir.²⁹⁷ Failin suçun maddi unsurlarına ilişkin hatası, kastı kaldıracığından (TCK m.30/1) suçun oluşumunu engelleyecektir.²⁹⁸

hukukaaykırıdır. ”<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=14cd-2013-4129.htm&kw=zor+iddiasinin+durumu+cevreye+mazur+#fm>, erişim 08.08.2018

²⁹⁴<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=14cd-2013-2858.htm&kw=reşit+236+ceza+mağdur#fm>

²⁹⁵ Yargıtay 14. Ceza Dairesi 2013/6287 Esas ve 2015/565 Karar sayılı Kararı 26.01.2015 Tarihli Kararı, <http://www.hukukmedeniyeti.org/karar/386469/yargitay-14-ceza-dairesi-c-2013-6287-k-2015-565/>, 21.05.2018, aynı doğrultuda Yargıtay 14. Ceza Dairesi 2012/7415 Esas, 2014/1243 Karar ve 6.2.2014 Tarihli karar, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=14cd-2012-7415.htm&kw=reşit+236+ceza+mağdur#fm>, 18.09.2018

²⁹⁶ Tezcan-Erdem-Önok, s.418, Parlar-Hatipoğlu, s.860, Taner, s.378, Tuğrul s. 508, Memiş Kartal, Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, 2016, Köksal, 2015, Şen, Ceza Kanunu Yorumu, s. 406, Aydın s. 94, Özbek-Doğan-Bacaksız-Tepe, s. 375

²⁹⁷ Tezcan-Erdem-Önok, s.418, Kantarcı, s.189, Parlar-Hatipoğlu, s. 860, Taner, s.378, Özbek-Doğan-Bacaksız-Tepe, s. 375

²⁹⁸ Kantarcı, s. 189

Failin 15 – 18 yaş arasındaki çocukla cinsel ilişkiye gireceğini bilmesi ve bu durumu istemesi suçun oluşumu açısından yeterlidir.²⁹⁹ Şehvet kastı aranmaz.³⁰⁰ Amaç önemli olmayıp, maksat ne olursa olsun failde cinsel ilişki kastı var ise suç oluşacaktır.³⁰¹ Resmi nikah olmadan, örf ve adetlere uygun şekilde yapılan düğün sonucu yasal olmayan evlenmelerde, cinsel ilişkinin evlenmenin sonucu olduğu, şehvet kastının bulunmadığından suçun oluşamayacağı iddia edilemez.³⁰²

Bu suçun olası kastla işlenebileceği görüşünde olan yazarlar mevcuttur.³⁰³ Kanaatimizce cinsel suçlar olası kastla işlenemez.³⁰⁴ Failin hareketi bile isteye gerçekleştirerek fakat neticeyi umursamayarak davranması cinsel suçlar açısından düşünülemez.³⁰⁵

Failin, fiilin esaslı unsurları olan cinsel ilişki, mağdurun yaşı ve mağdurun rızasına ilişkin hatası TCK m. 30/1'de yer alan *"Fiilin icrası sırasında suçun kanuni tanımındaki maddi unsurları bilmeyen bir kimse, kasten hareket etmiş olmaz. Bu hata sebebiyle taksirli sorumluluk hali saklıdır."* hükmü gereğince değerlendirilmelidir.³⁰⁶

C) Hukuka Aykırılık Unsuru

1) Genel Olarak

Bu suç bakımından hukuka uygunluk sebebi yer almamaktadır.³⁰⁷ Rıza, suçun oluşması için aranan ve eylem içerisinde yer alması zorunlu olan bir unsurdur.³⁰⁸ Hukuken geçerli kabul edilen bir rıza mevcut ise reşit olmayanla cinsel ilişki suçu söz konusu olabilecek, aksi halde TCK.m.103'te yer alan çocukların cinsel istismarı suçu meydana gelecektir.³⁰⁹

²⁹⁹ Taner, s.378

³⁰⁰ Baytemir, s. 629, Kantarcı, s. 189

³⁰¹ Tuğrul, s. 509

³⁰² Ibid., s. 508 – 509

³⁰³ Gündüz, s.121, Tezcan -Erdem-Önok, s. 418, Mağdurun çocuk olması açısından failin olası kastının yeterli olduğu kanaatindeler.

³⁰⁴ Memiş Kartal, Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, 2016, Taner, s. 379.

³⁰⁵ Memiş Kartal, Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, 2016

³⁰⁶ Köksal, 2015

³⁰⁷ Memiş Kartal, Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, 2016, Köksal, 2015, Arslantürk, s. 485

³⁰⁸ Köksal, 2015

³⁰⁹ Ünver, Cinsel Suçların Eleştirel Olarak İncelenmesi, s. 48, Aydın, s. 94, Köksal, 2015, Tuğrul s.509

Doktrinde; evlenme, bu suç tipi için özel bir hukuka uygunluk nedeni olarak değerlendirilmektedir.³¹⁰ Bu hukuka uygunluk sebebi, yalnızca Medeni Kanun hükümlerine göre yapılan evlilikler bakımından geçerli olacak, dini nikah gibi Medeni Kanun’a göre yapılmayan evlilikler açısından geçerli olmayacağı belirtilmiştir.³¹¹

Kanunda yer alan diğer hukuka uygunluk sebeplerinin (meşru savunma, zaruret hali) reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun niteliği itibarıyla uygulanması mümkün değildir.³¹²

2) Rıza

a) Genel Olarak

Maddi unsuru oluşturan hareket; cebir, tehdit ve hile olmaksızın gerçekleştirilen cinsel ilişkidir. Yasama tekniği açısından üç kavramın (cebir, tehdit ve hile) ve bağlacı ile bağlanması doğru olmayıp, ve bağlacı yerine veya bağlacı kullanılması yerinde bir düzenleme olurdu.³¹³

765 Sayılı TCK’da reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun düzenlendiği madde metninde “rıza” ibaresi kullanılmışken, 5237 Sayılı TCK’da rıza sözcüğü kullanılmadan cebir, tehdit ve hile olmaksızın gerçekleştirilen cinsel ilişki suçun unsuru olarak düzenlenmiştir. Cebir, tehdit ve hile olmadan gerçekleştirilen cinsel ilişki rıza ile gerçekleştirilmiş cinsel ilişki olarak kabul edilebilir mi?

Doktrinde, cebir, tehdit ve hile olmaksızın şeklinde ifade edilen kalıptan, madde metninde açıkça rıza düzenlenmemesine rağmen, çocuğun cinsel ilişkiye rıza gösterdiğinin anlaşılması gerektiği konusunda görüş birliği mevcuttur.³¹⁴ Bu rıza net olmalıdır ve varsayılan rıza söz konusu olamaz.³¹⁵

³¹⁰ Özbek-Doğan-Bacaksız-Tepe, s. 375, Köksal, 2015

³¹¹ Kantarcı, s.193

³¹² Aydın, s.94

³¹³ Yurtcan, s. 298

³¹⁴ Köksal, 2015, Hafizogulları-Özen, s. 168, Tezcan-Erdem-Önok, s.416

³¹⁵ Malkoç, s.276

Rızasızlık kabul edilen haller örneğin uyku hali, alkollü olma, uyuşturucu madde etkisinde olma, bilincin olmaması halleri kapsam dışında olup, bu durumlardan istifade edilerek girilen ilişki, TCK. 103 ncü maddede düzenlenen çocukların istismarı suçunu oluşturabilecektir.³¹⁶ O nedenle cebir, tehdit ve hile olmaksızın ifadesi amacı tam kapsamamakta ya da sayılan bu haller hile kapsamında değerlendirilmelidir.³¹⁷

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda sadece cebir, tehdit ve hile hükümde belirtilerek, iradeyi etkileyen diğer nedenlere yer verilmemesi yerinde olmamıştır.³¹⁸ Zira cebir, tehdit ve hile kapsamına girmeyen ve fakat iradeyi etkileyen diğer durumlar mevcut olabilir. İfadenin kapsamına “iradeyi etkileyen diğer nedenler” de dahil olarak değerlendirilmelidir.³¹⁹ Fakat en uygunu madde metninde 765 Sayılı TCK döneminde olduğu gibi rıza kavramına açıkça yer verilmesidir.³²⁰ Cebir, tehdit ve hile kavramı yerine cinsel ilişkide mağdurun rızasının olduğu şeklinde bir düzenleme yapılmalıdır.

Cinsel temaslarda esas rızadır; fakat kişinin rızasının geçerli olması için rızanın geçerli sayılacağı bir yaşta olması gerekir ve cinsel ilişkiye rıza yaşı ile erginlik yaşı aynı kavramlar değildir.³²¹ Örneğin çoğu ülkede erginlik yaşı 18 iken, rıza yaşı ülkelere göre farklılık göstermektedir.³²² Ergenler üzerinde yapılan bir araştırmada, 16 – 17 yaşında bulunan gençlerin zihinsel yeteneklerinin yetişkinlerden çokta fazla bir farklılık göstermediği tespit edilmiştir.³²³

Çocuğun cinsel ilişkiye rıza yaşı tespit edilirken, ergenlerin cinsellik konusunda yetişkinlere göre daha cesur olduğu, sırf meraktan dolayı fiilin anlam ve sonuçlarını tam olarak kavramadan erken cinsel ilişki deneyimi yaşadıkları dikkate alınmalı, bilimsel olarak çocuğun cinsel ve zihinsel gelişimi birlikte değerlendirilmelidir.³²⁴ Rıza yaşının bilimsel olarak doğru tespiti çocuğun cinsel yönden sağlıklı gelişimini

³¹⁶ Malkoç, s.274

³¹⁷ Ibid.

³¹⁸ Kantarcı, s.148

³¹⁹ Aksakal, s. 266

³²⁰ Ünver, Cinsel Suçların Eleştirisel Olarak İncelenmesi, s. 48

³²¹ Dönmezer - Yenisey, s.6

³²² Ibid. “Kişinin (*right minded person test*) esas alınmakta ve 16 yaşından küçük bir kişinin cinsel ilişkiye sağlıklı bir rıza veremeyeceği kabul edilmektedir. Böylece bir kadın 16 yaşından ufak bir çocukla ve çocuğun rızası ile cinsel ilişki kurarsa bu fiilin kadın yönünden edep törelerine aykırı bir suç oluşturacağı, çocuk bakımından ise, Tyrell kuralı gereği, herhangi bir suçun oluşmayacağı kabul edilmektedir. Tyrell kuralına göre bir suç kişinin korunması için konulmuş ise, aynı kişi bu suçun tarafı olarak mahkum edilemeyeceği belirtilmiştir.”

³²³ Kantarcı, s.19

³²⁴ Ibid., s.16, 17

sağlayacak ve hem de cinsel olgunluğa erişmeden yaşanan cinsel ilişkiler sonucu meydana gelen hastalıklar ve istenmeyen gebelikler önlenecektir.³²⁵

Türk hukukunda çocukların cinsel istismar suçu ve reşit olmayanla cinsel ilişki suçu dikkate alındığında, 15 yaşından küçüklerin cinsel özgürlüklerine ilişkin rıza ehliyetleri bulunmamaktadır.³²⁶

b) Rızanın Açıklanması

Rıza açıklaması yapılırken açık veya zımni açıklama yapılabilir. Kişi, rızasını sözlü açıklayabileceği gibi başını sallayarak, göz kırparak veya başka türlü davranışlarla belirtebilir.³²⁷

Rızanın aranacağı an önem arz etmektedir. Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda rıza cinsel ilişkinin hemen öncesinde ve gerçekleşme anında bulunmalıdır. Cinsel ilişkide rızanın bulunmaması, TCK m.103'te yer alan çocukların cinsel istismar suçunu oluşturur. İlişki sonrasında rıza geri alınırsa reşit olmayanla cinsel ilişki suçu oluşur.

İsteme unsuru olmadan rıza ehliyeti tam olarak açıklanamaz ve rıza gösteren kişi isteme yeteneğinin yanında ayrıca rızasının anlam ve sonuçlarını anlayabilme yeteneğine de sahip bulunmalıdır.³²⁸

Erkek suç failleri üzerinde yapılan araştırmalarda, faillerin kadının sözlü biçimde hayır demesine rağmen eyleme direnmemesini evet olarak anladıkları tespit edilmiştir.³²⁹ Sessiz kalmak veya faile engel olmamak, tek başına rıza açıklaması değildir.³³⁰ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, mağdurun aktif mukavemette bulunmamasının mağdurun cinsel ilişkiye rıza gösterdiği şeklinde yorumlanarak takipsizlik kararı verildiği arkadaş tecavüzü davasında, Bulgaristan'ı eksik soruşturma yapmaktan tazminata mahkûm etmiştir.³³¹ Sessiz kalmak, karşı koymamak gibi

³²⁵ Kantarcı, s.18

³²⁶ Meral Ekici Şahin, **Ceza Hukukunda Rıza**, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, Ocak 2012, s.132

³²⁷ Kantarcı, s.154

³²⁸ Ekici Şahin, s.73

³²⁹ Kantarcı, s. 158

³³⁰ Ekici Şahin, s. 171

³³¹ Ibid., *M.C./Bulgaristan Kararı*, Karar Tarihi: 04.12.2003, Başvuru Numarası : 39272/98, <http://aihm.anadolu.edu.tr/aihmgooster.asp?id=4108>

davranışlarda rıza bulunduğunu kabul etmek için bunun başka emarelerle desteklenmesi gerekir ve kişinin sessiz kalması ya da karşı koymaması, rıza olduğunu gösterebileceği gibi rıza göstermediği anlamına da gelebilir.³³² Ancak kişinin sessizliğinden, diğer davranışlarıyla beraber faille arasındaki ilişki veya olayın oluşu değerlendirildiğinde, mağdurun rıza gösterdiği sonucuna ulaşılabiliriyorsa, sessiz kalmadan rıza gösterdiği sonucuna ulaşılabilir.³³³

Kişi verdiği rızayı her zaman geri alabilir.³³⁴ Cinsel gelişimi ve cinsel dokunulmazlığı korunmak istenen çocukta rızasını geri alarak süresi içinde şikâyet hakkını kullanabilir. Ayrıca belirtmek gerekir ki ilgilinin aynı fiile daha önce rıza göstermiş olması, o hukuki değer terkedildiği anlamına gelmeyeceğinden, her cinsel ilişki bakımından yeniden kişinin rızası gerekmektedir.³³⁵

c) Hukuken Geçerli Rıza

Toplum tarafından cebir olmaması durumunda rızanın var olduğu düşünülmesi, suçla mücadeleyi güçleştirmekte ve mağdurların tekrar mağdur olmasına sebep olmaktadır.³³⁶ Hukuken geçerli rıza var ise TCK.m.104 söz konusu olabilecek, aksi halde TCK.m.103'te düzenlenen çocukların cinsel istismarı suçu oluşacaktır.³³⁷

Rızanın geçerli olması için fiilin mağdurun açıkladığı rızanın kapsamında olması gerekmekte olup, örneğin, mağdur vajinal yoldan cinsel ilişkiye rıza göstermiş, fakat fail anal yoldan cinsel ilişkiye girmişse, fiil açıklanan rızanın kapsamı dışındadır.³³⁸

Cebir, kişinin üzerinde zor kullanılması ile iradesinden farklı bir hareketi yapmasına sonuç verir.³³⁹

Cebir, mağdurun direncini kırarak fiile rıza göstermesi için fiziksel güç kullanılmasıdır.³⁴⁰ Örneğin, hipnotizma veya uyuşturucu madde verilmesi de

³³² Ibid.

³³³ Ibid.

³³⁴ Ibid., s.139

³³⁵ Kantarcı, s.160

³³⁶ Memiş Kartal, Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, 2016

³³⁷ Ibid.

³³⁸ Kantarcı, s. 154

³³⁹ Yokuş Sevik, s.250

³⁴⁰ Ekici Şahin, s.194, “Cebir kimi zaman vurmak, dövmek gibi fiziksel acı veren şiddet uygulamaları dışında kişinin kendi menfaatlerini ihlal eden bir fiile karşı koyma iradesini ortadan kaldıran veya güçleştiren, vücuda yönelik bir etki, bir zorlama şeklinde de ortaya çıkabilir.”

cebirdir.³⁴¹ Kanun cebir ve şiddet gösterilirken kullanılacak araçların ne olacağını saymadığından herhangi bir araç ile gerçekleştirilecek cebir ve şiddet – dövmek, boğazını sıkmak, yiyecek, içecek veya ilaç vermemek gibi – suçun oluşumu açısından yeterlidir.³⁴² Cebir doğrudan doğruya mağdura karşı yapılmalı ve cebir ve şiddet ile ırza geçmek arasında illiyet bağı bulunmalıdır.³⁴³

Fail cebir, şiddet, tehdit veya iradeyi etkiler diğer şekilde mağduru hipnoz etmiş ya da sarhoş etmiş ve cinsel ilişkiyi bu durumdan faydalanarak gerçekleştirmiş ise 103. Madde uyarınca cezalandırılacaktır.³⁴⁴ Yargıtay, mağdurun alkolü kendi iradesi ile alması durumunda 104. madde uyarınca hüküm kurulması gerektiğine karar vermiştir.³⁴⁵

Tehdit, cebir gibi kişinin irade oluşumu ve karar verme serbestliğine yönelik bir zorlamadır.³⁴⁶ Doktrinde manevi cebir olarak da adlandırılan tehdit; failin mağdurdan bir şey yapmasını veya yapmamasını istemesi ve istenilenin yapılması ya da yapılmaması halinde, gelecekte kendisine kötü bir şey yapılacağına mağdura bildirilmesi şeklinde tanımlanabilir.³⁴⁷ Tehdit sadece kişinin kendisine karşı değil, ailesi, sevdikleri veyahut 3. kişiye karşı da kötülük yapılacağına ilişkin olabilir.

Çocukların cinsel istismarı ve reşit olmayanla cinsel ilişki suçları açısından tehdidin varlığı tespit edilirken, önce tehdidin objektif olarak ciddi olup olmadığı belirlenmeli; daha sonra ise objektif olarak ciddi kabul edilen tehdidin mağdurun iradesini ve serbest seçim özgürlüğünü etkileyip etkilemediği belirlenmesi gerekmektedir.³⁴⁸ Bu belirleme yapılırken mağdurun çocuk olduğu unutulmamalıdır.

Hile, kişiyi ikna etmeye yönelik sözlerle gerçeğin gizlenmesi veya gerçeğe ilişkin kişinin algısının değiştirilmesi için söylenen laf ve yapılan davranışlardır ve kişi

³⁴¹ Ekici Şahin, s.194 *Yargıtay alkol etkisinde olduğu için fiile karşı koyma iradesi gösteremeyen ve fiile ilişkin karar veremeyen kişiye yönelik cinsel saldırı suçunda rızanın olmadığına karar vermiştir. (YCGK, 1999/5-59 Esas 1999/6 Karar, 13.4.1999 Tarihli Kararı)*

³⁴² Sulhi Dönmezer, **Umumi Adab ve Aile Nizamı Aleyhinde Cürümler**, İstanbul:İstanbul Üniversitesi Yayınları No. 258 Hukuk Fakültesi No.55, 1950, s.37

³⁴³ Dönmezer,1950, s. 37

³⁴⁴ Tuğrul, s.507

³⁴⁵ Yargıtay 14. Ceza Dairesi 2015/5752 Esas ve 2015/10400 Karar Sayılı 10.11.2015 Tarihli Kararı

³⁴⁶ Ekici Şahin, s.195

³⁴⁷ Kantarcı, s. 165

³⁴⁸ Ibid., s. 166

aldatılmasaydı rıza göstermeyeceği anlaşılıyorsa hile önem arz edecektir.³⁴⁹ Zenginlik vaadinde ise hile bulunmamaktadır ve fail sanık zenginim diye mağdureyi kandırmış ve böylelikle onunla cinsel ilişkide bulunmuşsa bu durum reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun unsuru sayılacaktır.³⁵⁰

Fail tarafından mağdura evlenme vaadinde bulunulması da Yargıtay tarafından hile kapsamında değerlendirilmemektedir.³⁵¹ Yargıtay 14. Ceza Dairesi 2014/1552 Esas ve 2015/5994 Karar Sayılı 30.04.2015 Tarihli Kararında “.....suça sürüklenen çocuğun evlenme vaadinde bulunması mağdurenin iradesini bertaraf edip fiile karşı koyma gücünü ortadan kaldıracak boyutta bir hile olarak kabul edilemeyeceğinden, mevcut haliyle eylemlerin reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu oluşturup, TCK'nın 104/1, 43. maddelerine uyduğu gözetilmeksizin...çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçundan hüküm kurulması kanuna aykırı...”³⁵² şeklinde hüküm tesis etmiştir.

Yetişkin bir kişiyi evlenme vaadi ile cinsel ilişkiye razı etmek hile kapsamında değerlendirilmese de on beş on sekiz yaş aralığında bulunan çocukla evlenme vaadi ile cinsel ilişkiye girmek hile kapsamında değerlendirilmelidir.³⁵³

d) Yargıtay Kararlarında Rıza

Mağdurun rızası olup olmadığı değerlendirilirken her somut olay kendi çerçevesinde dikkatlice irdelenmelidir. Cinsel ilişkinin cebir, tehdit veya hile kullanmak suretiyle gerçekleştirildiğine dair kuşkudan arındırılmış delil mevcut olmalıdır. Yargıtay kararları da bu doğrultudadır.³⁵⁴

Rızanın varlığı hususunda Yargıtay, mağdurun ifadeleri, suçun işlendiği dönemde mağdurla failin arasındaki ilişki, mağdurun kaçmaması ve yardım

³⁴⁹ Ekici Şahin, s.203

³⁵⁰ Arslantürk, s.511

³⁵¹ Ibid., s.510 – 511, *Evlenme vaadi bir hile unsuru değildir, suç oluşur.*

³⁵² Aynı doğrultuda Yargıtay 14. Ceza Dairesi 2012/7531 Esas ve 2014/515 Karar Sayılı 20.01.2014 Tarihli Karar,

<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=14cd-2012-7531.htm&kw='2012/7531'#fm>

³⁵³ Memiş Kartal, *Çocukların Cinsel İstismarı*, s.172

³⁵⁴ Yargıtay 14. Ceza Dairesi 2015/437 Esas ve 2015/6166 Karar Sayılı 6.05.2015 Tarihli Kararında: “Mağdure ve sanığın aşamalarındaki beyanları, adli rapor ve tüm dosya kapsamına göre; sanığın suç tarihinden önce mağdureyi tanıdığı, olay gecesi onaltı yaşındaki mağdurenin sanıkla birlikte onun evine gidip ertesi gün saat 13.00 sularına kadar kaldığı, ...bu süre içerisinde cinsel ilişkiye girdikleri hususunda bir tereddüt bulunmadığı, ancak, sanığın bu eylemini cebir tehdit veya hile kullanmak suretiyle gerçekleştirdiğine dair cezalandırılmasına yeter nitelikte kuşkudan arındırılmış delil elde edilememesi ve “kuşkudan sanık yararlanır” ilkesi dikkate alındığında eylemlerin bu haliyle reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu oluşturması sebebiyle...”

istememesi gibi kriterleri göz önünde alarak değerlendirmektedir.³⁵⁵ Yargıtay soyut ve çelişkili mağdur beyanlarına itibar etmemektedir.³⁵⁶

Davalarda, mağdurun rızasıyla girdiği cinsel ilişkiyi mağdurenin durumunu çevresine mazur gösterme düşüncesinin sonucu olduğu, mağdurenin süregelen eylemleri ailesine ve yakınlarına anlatmayıp gizlemesine ve cinsel ilişkinin zorla yapıldığına dair başkaca kanıt elde edilememesine de rastlanmaktadır.³⁵⁷ Bu durumda Yargıtay; tıbbi veriler, mağdurun ifadelerinin tutarlılığı ve diğer deliller eşliğinde durumu belirlemeye çalışmakta ve cinsel istismar suçu mu veyahut reşit olmayanla cinsel ilişki suçu mu oluştuğunu tespit etmeye çalışmaktadır.³⁵⁸

Bir somut olayda, mağdurenin sanığın nitelikli cinsel saldırı niteliğindeki hareketlerini kamuya açık yerlerde gerçekleştirmesi, birden fazla yapması, mağdurun bu yerlerde gerçekleştirilen fiillere ses çıkarmayıp etraftan yardım istememesi, her defasında bu yerlere gitmeyi sürdürmesi, uzun süren teselsül niteliğindeki hareketleri en yakını kimselere dahi söylememesini, Yargıtay, zımnen gösterilen rıza şeklinde kabul etmiştir.³⁵⁹

³⁵⁵ Köksal, 2015

³⁵⁶ Yargıtay 14. Ceza Dairesi 2012/3956 Esas ve 2013/8882 Karar Sayılı 10.9.2013 Tarihli Kararında; *“Çocuğun nitelikli cinsel istismarı ve kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçlarından yapılan yargılamada 15 yaşından büyük olan mağdurenin olay tarihinden önce internet ortamında tanışıp msn yoluyla görüşmeye başladığı sanıkla olay günü tekrar görüşüp buluşmaya karar verdikleri ancak sanığın işi olduğunu belirterek buluşma yerine akrabası olan tanık Mustafa’yı gönderdiği, mağdureyle tanığın buluşup bir süre gezdikten sonra mağdurenin de rızasıyla sanığın evine gittikleri, daha sonra sanığın da eve geldiği ve beraber oturup yemek yedikten sonra mağdureyle sanığın ayrı bir odaya geçerek birden fazla kez cinsel ilişkiye girdikleri ve gece boyunca aynı yatakta yatıp uyudukları, sabah olunca da sanığın evine gitmesi için mağdureyi dolmuş duraklarının olduğu yere götürüp bıraktığı, evine gitmeyen mağdurenin 3 hafta boyunca tinerici olarak bilinen kişilerin yanında kalıp en son 15.11.2007 tarihinde babası tarafından bulunarak karakola götürüldüğünün anlaşılması karşısında, mağdurenin soyut ve çelişkili beyanları dışında sanığın eylemini cebir veya tehditle gerçekleştirdiğine dair delil bulunmadığı ve eylemin 5237 Sayılı T.C.K.nın 104 ve 43. maddelerinde öngörülen reşit olmayanla zincirleme şekilde cinsel ilişki suçunu oluşturduğu gözetilmeden dosya kapsamına uygun düşmeyen, mağdurenin kendisini çevreye haklı gösterme düşüncesinden kaynaklanan ve somut delillerle doğrulanmayan beyanlarına itibar edilerek eylemin zorla işlendiğinin kabulüyle çocuğun nitelikli cinsel istismarı ve eylemde rıza bulunduğu T.C.K.nın 109/1. maddesine uyan suçun unsurlarının oluşmadığı düşünülmeyen mahkumiyet hükümleri kurulması, hukuka aykırıdır. ”*

³⁵⁷Yargıtay 5. Ceza Dairesi 2007/7524 Esas ve 2007/10358 Karar Sayılı ve 25.12.2007 Tarihli Kararında: *“Olay tarihinde 16 yaşında olduğu anlaşılan mağdure Dilek’in 2005 yılının Şubat ayında sanığın kendisini boş bir araziye götürerek zorla yarım bardak bira içirdiği, bu halinden istifade ile zorla ırzına geçtiği, daha sonra da müteaddit defa sanıkla buluştuğu, kendisinden kan alıp ilaç enjekte ettiği ve her seferinde uyuşturucu tabletler verdiği, bu sebeple şuurunu kaybettiği, uyandığında kendisini evde bulduğu şeklindeki tutarsız ve hayatın olağan akışına uygun düşmeyen beyanlarının tıbbi delillerle de doğrulanmadığı, iddianın mağdurenin durumunu çevresine mazur gösterme düşüncesinin sonucu olduğu, mağdurenin süregelen eylemleri ailesine ve yakınlarına anlatmayıp gizlemesine ve cinsel ilişkinin zorla yapıldığına dair başkaca kanıt elde edilememesine nazaran, sanığın eyleminin reşit olmayan mağdure ile rızaen cinsel ilişki suçunu oluşturacağı gözetilmeden...”*

³⁵⁸ Köksal, 2015

³⁵⁹ Ünver, Cinsel Dokunulmazlığa ve Genel Ahlaka Karşı Suçlar, Sempozyum s. 323

Rıza değerlendirilirken olayın kiminle ne zaman ilk defa paylaşıldığı, olayın paylaşıldığı andaki mağdurun fiziksel ve ruhsal durumu, yakalama tutanakları, doktor raporları, tanık ifadeleri, şüpheli ve mağdur ifadelerinin istikrarlı olup olmadığı, taraflar arasında husumet bulunup bulunmadığı, mektup ve bunun gibi deliller, telefonda ve bilgisayarda ele geçirilen görüntü ve yazışmalar birlikte değerlendirilerek karar verilmelidir.³⁶⁰

Yargıtay borç karşılığı cinsel ilişkiye girilmesi durumunda ise rızanın var olduğunu kabul etmiştir.³⁶¹

Yargıtay kararlarında tehdit unsuru ile ilgili, mağdurun cinsel istismara uğraması nedeniyle uğrayacağı zarardan daha önemli bir zarara uğratılacağı korkusunun mağdur üzerinde oluşup oluşmadığını aramıştır.

Yargıtay 5. Ceza Dairesi 2011/2970 Esas ve 2011/4134 Karar Sayılı 23.05.2011 Tarihli Kararında³⁶²; “Mahkemece, sanığın mağduru su deposunun bulunduğu yere götürdüğü, olay tarihi itibarıyla 15-18 yaş grubundan olan mağdura yönelik livata suretiyle cinsel istismar suçunu işlediği, o tarihten olayın açığa çıktığı tarihe kadar sanığın mağdura yönelik olarak livata suretiyle cinsel istismar suçunu birden fazla işlediği, ilk olaydan sonra sanığın mağduru kendisi ile gelmediği, cinsel ilişkiye girmediği takdirde ailesine ve arkadaşlarına durumu söyleyeceğinden bahisle tehditte bulunduğu, bu şekilde mağduru egemenlik alanına aldığı ve her cinsel istismar eylemi sonrası hem durumdan mağdurun ailesini haberdar edeceği yönünde tehdit etmek, hem de mağdura cinsel istismar sonrası para vermek suretiyle psikolojik olarak mağdur üzerinde bir tahakküm oluşturduğu kabul edilerek, sanığın zincirleme nitelikli cinsel istismar ve zincirleme zorla kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçlarından mahkûmiyetine karar verildiği anlaşılmakta ise de, mağdurun 01.01.1992 doğumlu

³⁶⁰ Parlak - Kırat

³⁶¹ Yargıtay 5. Ceza Dairesi 2009/11955 Esas ve 2009/14498 Karar Sayılı 17.12.2009 Tarihli Kararında “Toplanan kanıtlar ve tüm dosya içeriğinden; sanığın 01.09.2008 gecesi mağdura yönelik olarak cinsel istismar eylemleri gerçekleştirdiğine ilişkin her türlü kuşkudan uzak kesin, inandırıcı ve cezalandırılmasına yeterli kanıt mevcut değilse de; mağdurun 04.09.2008 günlü C. Savcılığında vekil huzurunda verdiği beyanında, sanığın daha önce aldığı borç karşılığında birlikte olmayı teklif ettiğini, kendisinin de bu teklifi kabul ederek cinsel ilişkiye girdiğini bildirmesi, olayın akabinde alınan 04.09.2008 günlü raporunda ise akıl hastalığı ve zeka geriliği arazi saptanmadığının mütalaa edilmesi karşısında, sanığın zora dayalı olmayan eyleminin reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu oluşturacağı gözetilmeden...., ” Aktaran, Yaşar- Gökcan- Artuç, s. 3445

³⁶² Yurtcan, s.324 – 325

olup suç tarihinde 17 yaşında olduğu, Çukurova Üniversitesi Tıp Fakültesi Çocuk Ruh Sağlığı ve Hastalıkları Anabilim Dalı'nın raporunda mağdurun “gerçeği değerlendirme yetisinin gelişmiş olduğu, algı, bellek, yönelim kusuru olmadığı, düşünce içeriğinde olayın duyulmasıyla çevrenin verdiği tepkilere bağlı sıkıntılı olduğu”nun belirtildiği, olayın gerçekleştiği 9 ay boyunca gerek yakınlarına gerek resmi makamlara bir şikayetin bulunmadığı, olayın sanığın müştekiye basit cinsel saldırıda bulunma eylemi esnasında, mağdura para karşılığı fiili livatada bulunduğunu söylemesi üzerine ortaya çıktığı anlaşılmaktadır. 15 yaşını tamamlamış fiilin anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmiş çocuklara yönelik gerçekleştirilen cinsel istismar suçlarında varlığı kabul edilen tehditin, suçun zor unsurunu oluşturabilmesi için, cinsel istismara uğraması nedeniyle uğrayacağı zarardan daha önemli bir zarara uğratılacağı korkusunun mağdur üzerinde oluşması, tehdite maruz kalanın iki seçenekten kendisine daha az zarar vereni tercihe zorlanması gerekir. Olayımızda her bir eylemde de seçeneklerden birinin ailesine ve arkadaşlarına durumu söyleyeceği, diğerinin ise, eylemin gerçekleştiği yere sanığı mağdurun kendi motosikleti ile götürmesi ve cinsel istismara rıza göstermesidir. Evli olan sanığın, eylemin ortaya çıkmasıyla kendisinin de zarara uğrayacağı aşikardır. Keza olayın ortaya çıkmasıyla içinde bulunduğu durumu çevresine mazur göstermek isteyen mağdurun, 9 ay süreyle devamlı tehdit ve baskı altında kaldığının kabulü de mümkün değildir...”

“TCK. nun 416. maddesinde yer alan tehdidin (kendisi ve yakınları bakımından ırza geçmekten daha büyük, ağır bir zarara uğratılacağı korkusunu yaratarak zarar görenin ırzına geçilmesine katlanmaya manen zorlamak) olarak yorumlanması gerektiğine göre, sanığın mağdureyi diğer sanıkla cinsel ilişkide bulunduklarını görmesi ve bu durumu ailesine nakledeceğini söyleyerek onu cinsel ilişkiye razı etmesinde tehdidin bulunmadığı düşünülmektedir. TCK. nun 416/son fıkrası uygulanmalıdır. ” (Y.5.CD. 16.2.1983 1983/153-488)³⁶³

³⁶³ Aktaran, Cevat Özel, **İçtihatlı Türk Ceza Kanunu**, İstanbul: Arion Yayınevi, Temmuz 1995, s.363 – 364

D) Suça Etki Eden Nedenler

1) Genel Olarak

6545 Sayılı Kanun ile 104. maddeye ikinci ve üçüncü fıkra olarak eklenen nitelikli haller, özgü fail tarafından işlenebilir.³⁶⁴ İkinci fıkrada mağdur ile arasında evlenme yasağı bulunan kişi, üçüncü fıkrada ise evlat edinme öncesi bakımını üstlenen veya koruyucu aile ilişkisi çerçevesinde koruma, bakım ve gözetim yükümlülüğü bulunan kişi tarafından suçun işlenmesi halleri daha ağır cezayı gerektiren nitelikli haller olarak düzenlenmiştir. Suçun, nitelikli halinde belirtilen kişiler tarafından işlenmesi durumunda soruşturulması ve kovuşturulması şikâyeteye bağlı değildir.

Nitelikli hallerin adli mercilere yansıma sayısı azdır. 2017 yılı içerisinde 104 maddenin 1. fıkrasına ilişkin 1273 adet sanık hakkında dava açılmışken, 104 maddenin 2. fıkrasına ilişkin 15 sanık hakkında dava açıldığı görülmüştür.³⁶⁵ Bu sanıkların 13 tanesi 18 ve üzeri yaş olarak belirtilmiş olup, sanıkların 12'si erkek, 1'i kadındır.³⁶⁶ 2017 yılı içerisinde 104. maddenin 1. fıkrası gereği; 1087 adet mahkûmiyet, 143 beraat, 235 adet hükmün açıklanmasının geri bırakılması verilmiş, 104. maddenin 2. fıkrası gereği 19 mahkûmiyet, 2 adet beraat kararı verilmiştir.³⁶⁷

Nitelikli haller 6545 Sayılı Kanun ile ilave edilmeden önce doktrinde bu durum eleştirilmiş ve reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun şikayete tabi olması, özellikle evlenmesi yasak yakın akraba arasındaki rızaya dayalı cinsel ilişkiler açısından çocuğu korumasız bırakmakta olduğu, bunu önlemek için maddeye ikinci fıkra getirilerek, böyle bir durumun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli unsur sayılması ve takibinin şikayete bağlı olmaması gerektiği görüşü belirtilmişti.³⁶⁸

TCK 104/2 ve 3. fıkralarında yer alan nitelikli haller, çocuğun cinsel istismarına ilişkin hükümlerde düzenlenmişken, reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda ayrıca düzenlenmesi anlaşılamamaktadır.³⁶⁹ Kanun koyucunun bu maddede nitelikli halleri

³⁶⁴ Taner, s. 379

³⁶⁵ <http://www.adlisicil.adalet.gov.tr/Istatistikler/1996/2017TckAcilanDavaSucVeSanikSayisi.pdf>, 16.09.2018

³⁶⁶ Yıllara ve illere göre detaylı bilgi için bakınız , <http://www.adlisicil.adalet.gov.tr/ac-cik.html>

³⁶⁷ <http://www.adlisicil.adalet.gov.tr/Istatistikler/1996/2017TckUyarıncaKararaBaglananDavalardakiS ucVeKararSayilari.pdf>

³⁶⁸ Artuk-Gökcen-Yenidünya, s. 322

³⁶⁹ Gökhan Taneri, **Cinsel Suçlar**, 2. Baskı, Ankara: Bilge Yayınevi, Mayıs 2015, s.160

düzenlemesi ile kısmı bir ensest yasağı getirdiği söylenebilirse de çocuk üstünde baskı kurma ve nüfuz sağlama imkanı olan bu sayılan kişilerin çocuk ile cebir, tehdit ve hile olmaksızın cinsel ilişkiye girdiğini kabul etmek hatalı bir değerlendirmedir ve çocuğun doğru ve düzgün gelişimini, fiziksel ve sosyal açıdan gelişimini de olumsuz yönde etkileyecek bir durumdur ve bu husus çocuk istismarı maddesi altında düzenlenmelidir. Nitekim bu husus doktrinde de eleştirilere sebep olmuş ve haklı olarak TCK 104 maddesine iki fıkra ekleyerek sorunu daha karmaşık haline getirmek yerine, TCK 103 maddesinin daha anlaşılır hale getirilmesi ile sorunun çözümlenebileceği belirtilmiştir.³⁷⁰

Eğer ki kanun koyucu tarafından nitelikli haller bu madde altında düzenlenmek isteniyorsa, eğitici ve öğreticilerin nitelikli hal kapsamına alınmaması da eleştirilmiştir.³⁷¹

2) Suçun Mağdur İle Evlenme Yasağı Bulunan Kişi Arasında Gerçekleşmesi (TCK m.104/2)

104. maddenin 2. Fıkrası *"Suçun mağdur ile arasında evlenme yasağı bulunan kişi tarafından işlenmesi halinde, şikayet aranmaksızın, on yıldan on beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur."* şeklinde düzenlenmiştir.

Fıkroda kastedilen evlenme yasağı bulunan kişiler Medeni Kanun'un Hısımlık başlığı adı altında 129. maddesinde belirtilmiştir. 129. Maddeye göre; *"1. Üstsoy ile altsoy arasında; kardeşler arasında; amca, dayı, hala ve teyze ile yeğenleri arasında, 2. Kayın hısımlığı meydana getirmiş olan evlilik sona ermiş olsa bile, eşlerden biri ile diğerinin üstsoyu veya altsoyu arasında, 3. Evlat edinen ile evlatlığın veya bunlardan biri ile diğerinin altsoyu ve eşi arasında"* evlenme yasaktır.

Ensestin gizlenmesi sebebiyle gerçek rakamlar net bir şekilde bilinemesi de en sık baba- kız ensestine rastlandığı belirtilmektedir.³⁷² Kardeş ensesti olgularına da adli olarak sıklıkla rastlandığı gözlemlenmiş, anne oğul ensestinin ise neredeyse yok

³⁷⁰ Taneri, s. 160

³⁷¹ Kantarcı, s. 195

³⁷² Tuğrul, s.27, Oğuz Polat, **Tüm Boyutlarıyla Çocuk İstismarı**, 2. Baskı, Ankara: Seçkin Hukuk, Eylül 2017, s. 186 *"Baba kız en çok rastlanan ilişki olarak belirtilse de kardeşler arasında daha sık gerçekleştiğine dair araştırmalar da mevcuttur."*

denilecek sayıda az olduğu tespit edilmiştir.³⁷³ Bazı olaylarda ise çocukların baba ve abi, amca ve baba, dayı ve abi gibi birçok kişi tarafından istismar edildiği belirlenmiştir.³⁷⁴

Ensest ceza kanununda ayrı bir suç tipi olarak düzenlenmemiştir. Ensest evlenmeleri yasaklanmış akrabaların evlenmeleri ve evlenme dışı ilişkileri olarak ifade edilmektedir.³⁷⁵ Bir tanımda ise ensest, evlenmeleri yasak olan ergin kişilerin rızaları ile girdikleri cinsel ilişkidir.³⁷⁶

Ensest genellikle aile içi sır olarak görülmekte ve çok sık olmasına karşın, adli mercilere yansımadığından az yaşanıyor olarak değerlendirilmektedir.³⁷⁷ Ensestin ceza kanunu içinde doğrudan yer almayışı, toplumsal olarak kabul edilemez niteliğindedir.³⁷⁸

Enseste ana ölçüt yaş değil, belirli derecedeki yakınlıktaki akrabalıktır.³⁷⁹ Ensest için kan bağı bulunması gereklidir çünkü ensestin anlamı kan bağı olan kişiler arasındaki cinsel ilişkinin yasaklanması ve ailenin, soybağının, genetiğin, doğacak nesillerin korunması ile birlikte ahlaki değerlerin muhafazası sağlanmasıdır.³⁸⁰

Kan veya kayın hısımlığının nüfus kayıtlarıyla tespit edilmesi gerekir.³⁸¹

104. Maddenin 2. fıkrası ile üstü örtülü bir ensest düzenlemesi mevcuttur.³⁸² Madde 104/2 düzenlemesinden önce bu nitelikteki ilişkiler 104. maddenin 1. fıkrası kapsamında değerlendirilmekte ve şikayete tabi idi. Getirilen düzenleme ile artık belirli akrabalar arasındaki cinsel ilişkiler içlerinden biri TCK m.104 kapsamına giren bir çocuk olduğunda, şikayet aranmaksızın kovuşturulabilecek ve cezası da suçun basit haline göre çok daha ağır olacaktır.³⁸³

³⁷³ Tuğrul s. 33, 36

³⁷⁴ Alanur Çavlin Bozbeyoğlu, Türkiye’de Ensest Sorununu Anlamak, 2009 <http://www.nd.org.tr/images/other/282.pdf>, 16.09.2018

³⁷⁵ Memiş Kartal, Çocukların Cinsel İstismarı, s.47

³⁷⁶ Memiş Kartal, Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, 2016

³⁷⁷ Polat, Çocuk İstismarı, s. 185

³⁷⁸ Memiş Kartal, Çocukların Cinsel İstismarı, s. 46

³⁷⁹ Özbek-Doğan-Bacaksız-Tepe, s. 374

³⁸⁰ Memiş Kartal, Çocukların Cinsel İstismarı, s. 57

³⁸¹ Gündüz, s.122

³⁸² Memiş Kartal, Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, 2016

³⁸³ Tezcan-Erdem-Önok, s.410

Baba, anne, ağabey, abla dediği kişi tarafından cinsel istismara uğrayan çocuğun güven duygusunun kaybolması kaçınılmazdır ve bu sebeplerle enstestin özel olarak hukuken düzenlenmesi ve ceza yaptırımı ile karşılanan bir fiil olarak kabulü gereklidir.³⁸⁴

Yargıya yansıyan dosyalarda olayın içinde farklı suçların olmasına sıkça rastlanmakta, enste maruz kalıp bunu söyleyememiş kızların bakire olmamasından dolayı eşi tarafından öldürüldüğü, enstetten kurtulmak için evden kaçan çocukların fuhuşa sürüklendiği, mağdurun ya da saldırganın öldürüldüğü, mağdurun intihar etmesi gibi çeşitli sonuçlar ortaya çıkmaktadır.³⁸⁵

Normal şartlarda 15 olan cinsel davranışa rıza gösterme yaşı, rıza gösterilecek kişi belirli sıfatları taşıdığında (belirli bir derecede akrabalık) veya belirli yükümlülükleri olduğunda (eğitim, öğretim ilişkisi, koruma gözetme ve bakım ilişkisi gibi) daha yüksek olacak şekilde madde metninde düzenleme yapılabilir.³⁸⁶ 15 – 18 yaş grubunda bulunan çocukların enstest ilişkiye karşı geçerli bir rıza gösterdiklerinin ispatı oldukça güç olup, çocukların bu kişilere olan yakınlıkları ve özellikle ekonomik bağımlılıkları göz önüne alındığında, bu fiillere boyun eğme ve razı olma ihtimalleri oldukça artmaktadır.³⁸⁷ Bu sebeple enstest ilişkiler bakımından cinsel ilişkiye rıza yaşının 15 yaştan daha yüksek olması, çocuğun korunması açısından daha uygun olacaktır.³⁸⁸

Kısmi enstest düzenlemesinin reşit olmayanla cinsel ilişki suçu altında düzenlenmesi yerinde değildir.³⁸⁹ Çocuk üzerinde nüfuzu ve baskısı olan bu kişilere çocuğun hayır demesi, sıradan üçüncü kişilere göre daha güçtür ve bu sebeple bu kişiler bakımından rıza yaşını yükselten, tüm cinsel davranışları kapsamına alan ve cinsel istismar suçu altında yapılacak bir düzenleme daha yerinde olacaktır.³⁹⁰

Ceza yargılamasının amacı somut gerçeğe ulaşmaktır ve failin lehine ve aleyhine olduğuna bakılmaksızın nüfus kayıtlarıyla yetinilmemesi, gerekiyorsa kayıtların

³⁸⁴ Memiş Kartal, Çocukların Cinsel İstismarı, s.50

³⁸⁵ Çavlin Bozbeyoğlu, 2009

³⁸⁶ Taner, s. 383

³⁸⁷ Kantarcı, s.197-198

³⁸⁸ Kantarcı, s.198, Taner, s.383

³⁸⁹ Taner, s. 384

³⁹⁰ Ibid.

düzeltilmesinin sağlanması ve buna göre hükmün uygulanma şartlarının oluşup oluşmadığının belirlenmesi gerekir.³⁹¹

Öz babası tarafından istismar edilen mağdur hakkında; Yargıtay Ceza Genel Kurulu 2002/5-324 Esas ve 2003/55 Karar Sayılı 25.03.2003 Tarihli kararında³⁹²: *“...Mağdurenin, sanığın sürekli tehdidine maruz kaldığı, bu tehditlerin babalık otoritesinin ötesinde bir davranış olduğu ve içinde yaşadığı ortam ve koşullarda mağdurenin cinsel eyleme direnmesini engelleyecek ölçüde korkutucu bir etkisinin bulunduğu da açıktır. Sanık, alkollü olmadığı zamanlarda mağdureye yönelik bir davranışının olmadığını, ancak alkol aldığı zamanlarda tecavüz edip etmediğini hatırlamadığını belirtmektedir. Mağdure ise, sanığın sürekli tehdit ederek tecavüzde bulunduğunu, korktuğu için sesini çıkaramadığını ve karşı koyamadığını ifade etmiş, mağdurenin cinsel ilişkiyi ortaya koyan ve maddi bulgularla desteklenen bu anlatımları doktor ve Adli Tıp Kurumu raporları ile doğrulanmıştır. Öte yandan, mağdurenin hamileliği anlaşıncaya kadar tecavüz olayından aile çevresine bahsetmemiş olması da cinsel ilişkinin rızaya dayalı olduğunu göstermez. Zira, mağdurenin olayı açıklaması üzerine babaannesinin kolluk kuvvetlerinin yanında kendisine saldırması, bilahare amcası ile diğer yakınlarının ifadesini değiştirmesi için üzerinde baskı kurup tehdit etmeleri ve olayın açığa çıkmasından sonra mağdurenin köyde kalamayıp annesinin yanına sığınmak zorunda kalması da, önceki suskunluğunun nedeni olan öngörülerinin haklılığını ortaya koymaktadır. ..Tüm bu hususlar dikkate alındığında, sanığın manevi cebir (tehdit) kullanmak suretiyle zincirleme olarak ve ayıplı bırakacak biçimde öz kızı olan mağdurenin ırzına geçtiği anlaşıldığından, Yerel Mahkeme direnme hükmünün onanmasına karar verilmelidir.”*

Karara konu yerel mahkeme kararında **“Hiçbir kız çocuğunun veya insanın kendi öz babası ile bu tür bir ilişkiye rızası ile girmesi hayatın olağan akışına uygun olmayacağı gibi, mağdurun susması rıza olarak kabul edilemeyeceği”** belirtilmiştir. Yerel mahkeme kararı yerindedir. 104. maddenin 2. fıkrasında sayılan kişilerle rıza ile ilişki kurulması mümkün değildir. Enseste rıza olamaz.

³⁹¹ Gündüz, s.122

³⁹² <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=cgk-2002-5-324.htm&kw=reşit+236+ceza+mağdur#fm>, 18.09.2018

3) Suçun Evlat Edineceği Çocuğun Evlat Edinme Öncesi Bakımını Üstlenen veya Koruyucu Aile İlişkisi Çerçevesinde Koruma, Bakım ve Gözetim Yükümlülüğü Bulunan Kişi Tarafından Gerçekleşmesi (m.104/3)

104. maddenin 3. Fıkrası “*Suçun, evlat edineceği çocuğun evlat edinme öncesi bakımını üstlenen veya koruyucu aile ilişkisi çerçevesinde koruma, bakım ve gözetim yükümlülüğü bulunan kişi tarafından işlenmesi halinde, şikayet şartı aranmaksızın ikinci fıkraya göre cezaya hükmolunur.*” şeklinde düzenlenmiştir.

Evlat edinme ve koşulları TMK’nın 305 ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir. Madde 305/1. fıkra gereği “*Bir küçüğün evlat edinilmesi, evlat edinen tarafından bir yıl süreyle bakılmış ve eğitilmiş olması koşuluna bağlıdır.*”

TCK’nın 104. maddesinin 3. fıkrası gereği çocuğun evlat edinme öncesi bakımı sırasında suçun işlenmesi hali düzenlenmiştir. Bu bakımdan TMK 305. maddesinin 1. fıkrasında yer alan bir yıllık süre ile bakıldığı ve eğitildiği dönem bakımından suç işlenebilecektir.³⁹³ Kanunun gerekçesinde, düzenlemenin niye bu şekilde yapıldığı ve neden TCK 104. maddesi altında yer aldığı konusunda bir bilgi yer almamaktadır.³⁹⁴ Bir yıllık süre sonunda suçun işlenmesi durumunda ise 104. maddenin 2. fıkrası uygulama alanı bulacaktır.

Hukukumuzda korunmaya muhtaç çocukların aile ortamında büyümesi, topluma sağlanması için koruyucu aile kurumu oluşturulmuştur.³⁹⁵ Koruyucu aile ile evlat edinme arasındaki ayrım; evlat edinme kurumu ile çocuğun velayetinin mahkeme kararı ile evlat edinene verilmesi, koruyucu aile kurumu ile koruyucu ailenin çocuk üstünde hak sağlayarak çocukla zaman geçirme imkânına sahip olmasıdır.³⁹⁶ TMK m.347 ve Sosyal Hizmetler Kanunu m.23 ve Koruyucu Aile Yönetmeliği gereğince düzenlenen bu kurumun ceza hukuku açısından dikkate alınması yerinde olmuştur.³⁹⁷

Lakin 2. fıkra ile ilgili açıklamalarda da belirtildiği üzere bu nitelikli hallerin 104. maddede düzenlenmesi yerine ayrı bir biçimde ele alınması gereklidir.

³⁹³ Aynı görüşte Taner, s. 385

³⁹⁴ Taner, s. 385

³⁹⁵ Memiş Kartal, Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, 2016

³⁹⁶ <http://www.koruyucuile.gov.tr/data/561cefc0369dc58a0067a376/Gönüllüler%20İçin%20Koruyucu%20Ailei.pdf>, Erişim tarihi 18.05.2018

³⁹⁷ Memiş Kartal, Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, 2016

E) Kusurluluğa Etki Eden Nedenler

1) Mağdurun Yaşında Hata

Failin mağdurun yaşı hususunda yanılması önemli ise kastı ortadan kaldırır.³⁹⁸ Failin, mağdurun 18 yaşından küçük olduğunu bilmelidir, eğer bilmiyorsa ve mağdurun yaşının 18'den fazla olduğunu sanıyorsa ceza sorumluluğu TCK 30. maddede düzenlenen hata hükümlerine göre tespit edilmelidir.³⁹⁹

Failin hatasının ceza sorumluluğunu kaldırabilmesi için esaslı ve kaçınılmaz olması aranır. Esaslı fiili yanılma deyince, fail yanılmamış olsa idi fiil suç teşkil etmeyecekti sonuca ulaşıyorsa esaslı fiili yanılma var olduğunu anlamak gerekir.⁴⁰⁰ Örneğin fail cinsel ilişkiye girdiği mağdurenin 16 yaşında değil, 17 yaşında olduğunu sanıyorsa fail esaslı olmayan bir hataya düşmüş kabul edilecek ve kendisi hakkında uygulanan hükümlerde herhangi bir değişiklik olmayacaktır.⁴⁰¹ Esaslı fiili yanılma hali için failin yanılma konusunda taksir şeklinde dahi kusurunun bulunmaması gerekir ve eğer failin yanılmasında kusuru varsa sorumluluğu devam edecektir.⁴⁰²

Fail, mağdurun yaşını bilmiyor olmalıdır, eğer fail mağdurun yaşı hususunda şüphe duyduğu halde mağdurla ilişkiye girmişse failin olası kastla davrandığı kabul edilir.⁴⁰³

Mağdur gerçekte 18 yaşından küçük olduğu halde kimlik belgesinde 18 yaşından büyük ise, bu konudaki sanığın yanılmasının TCK'nın 30/1-2. maddeleri kapsamında esaslı hata olarak kabulü gerekir.⁴⁰⁴

Mağdurun yaşını 18'den büyük söylemesi, görünüşe göre 18 yaşından fazla gösteriyor olması failin TCK 30. Madde çerçevesindeki yanılmalarına örnek olabilir.⁴⁰⁵ Mağdur ablasının nüfus cüzdanını alıp, faile göstermiş failde mağdurun yaşını büyük zannederek onunla cinsel ilişkiye girmişse bu hatasından

³⁹⁸ Parlar – Hatipoğlu, s. 860

³⁹⁹ Özbek-Kanbur-Doğan-Bacaksız-Tepe, s. 395

⁴⁰⁰ Demirbaş, s. 273

⁴⁰¹ Memiş Kartal, Çocukların Cinsel İstismarı, s.219

⁴⁰² Demirbaş, s. 273, 435

⁴⁰³ Aksakal, s. 265

⁴⁰⁴ Gündüz, s. 121

⁴⁰⁵ Malkoç, s. 278

yararlanacaktır.⁴⁰⁶ Ancak failin yaş küçüklüğünü bilerek hareket edip etmediği somut olayda, çocuğun fiziksel görüntüsü, tarafların birbirini önceden tanıyıp tanımadıkları ve benzeri olgularla araştırılıp tespit edilmelidir.⁴⁰⁷

Yargıtay, hatanın fail veya müdafii tarafından ileri sürüleceğini ve bu hususta mahkeme tarafından re'sen bir araştırma yapılmayacağını belirtmektedir.⁴⁰⁸

Sanık ile mağdur arasında uzun süreden beri devam eden bir arkadaşlık bulunması veya sanığın mağduru okuduğu okuldan tanınması halinde hata halinin gerçekleşmediği kural olarak kabul edilmektedir.⁴⁰⁹ Yargıtay kararlarında da hata unsuru değerlendirilirken tarafların aynı okulda olup olmadığı, duygusal ilişkide olup olmadığı hususları değerlendirilmektedir. Tarafların, duygusal bir ilişkide olması halinde veya aynı okulda eğitim görmeleri durumunda birbirlerinin yaşını bilmeleri gerektiği haklı olarak düşünülmektedir.⁴¹⁰

Failin hataya düştüğü iddiası titizlikle araştırılmalıdır, yoksa eylem cezasız kalabilir ve mağdurlar ikinci bir mağduriyet yaşayabilirler.⁴¹¹

2) Mağdurun Rızasında Hata

Hatanın önem arz edebileceği bir diğer olasılık failin, 15-18 yaş arasında olan mağdurun cinsel ilişkiye rızasının bulunduğunu sanmasıdır, çünkü böyle bir hata, esaslı ve kaçınılmaz olması kaydıyla, çocukların cinsel istismarı suçunun oluşumunu önler ve bu halde reşit olmayanla cinsel ilişki suçu oluşur.⁴¹² Örneğin; 16 yaşındaki mağdurun uyuşturucu madde etkisiyle cinsel ilişkiye rıza göstermiş olması durumunda, esasen reşit olmayanla cinsel ilişki suçu açısından geçerli rızası yoksa da eğer fail mağdurun rızayı uyuşturucu madde etkisi altında verdiğini bilmiyorsa bu durumda rızanın varlığı hususunda hataya düşmüş sayılacaktır.⁴¹³

⁴⁰⁶ Tuğrul, s. 509, atıf Tezcan/Erdem/Önok Teorik ve Pratik Ceza Hukuku 5. Baskı 2007 s.309

⁴⁰⁷ Ahmet Gündel, **Yeni Türk Ceza Kanunu Açıklaması II. Cilt, Madde 53-125**, Ankara 2009, s. 2501

⁴⁰⁸ Yargıtay Ceza Genel Kurulu 2013/14 – 749 Esas ve 2015/277 Karar 15.09.2015 Tarihli kararı

Yargıtay Ceza Genel Kurulu 2013/14 – 573 Esas ve 2013/432 Karar 05.11.2013 Tarihli kararı

⁴⁰⁹Parlak – Kırat, ancak yine bunlarda da her olayın ve dosyanın kendi içerisindeki diğer özellikler uyarınca değerlendirilmesi gerektiği yazarlarca belirtilmiştir.

⁴¹⁰ Yargıtay Ceza Genel Kurulu 2014/14 – 47 Esas ve 2015/178 Karar 02.06.2015 Tarihli kararı, Yargıtay Ceza Genel Kurulu 2013/14 –743 Esas ve 2014/8 Karar 14.01.2014 Tarihli kararı

⁴¹¹ Memiş Kartal, Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, 2016

⁴¹² Taner, s. 379

⁴¹³ Kantarcı, s.192

Görünüşte rızanın var olduğunu sandığı durumlarda artık failin fiili cinsel istismara değil, reşit olmayanla cinsel ilişki suçuna neden olacaktır.⁴¹⁴

Mağdurda zekâ geriliğinin bulunması halinde, bu durumun fail tarafından bilinmesi gerekmektedir. Aksi takdirde fail, bu konudaki hatasından faydalanır ve fiil, cinsel istismar suçunu değil, reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu oluşturur.⁴¹⁵

Esaslı ve kaçınılmaz hata kural olarak ceza sorumluluğunu kaldırmasına rağmen, reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun rızaya dayalı istinai bir suç tipi olması sebebiyle failin tamamen başka bir suçtan sorumlu olmasına vücut vermektedir.⁴¹⁶

IV- Suçun Özel Görünüş Biçimleri

A – Teşebbüs ve Gönüllü Vazgeçme

Suç, teşebbüse elverişlidir.⁴¹⁷ Suç, sırf hareket suçu olup, cinsel ilişkinin başlamasıyla suç tamamlanmış olur.⁴¹⁸ Cinsel ilişki başlamadan evvel suç oluşmayacağına göre, cinsel ilişkiye başlamaya yönelik hareketlerin suçun icra hareketi olarak değerlendirilmesi ve bu aşamayı geçemeyen eylemin de ispat edilmiş olması koşuluyla suçun teşebbüs aşamasında kaldığının kabulü gerekir.⁴¹⁹

Dış etken nedeniyle eylem son bulmuşsa TCK'nın 35. maddesi uyarınca suça teşebbüs hükmünün uygulanması gerekirken, eğer fail kendi isteğiyle suç tamamlanmadan fiile son vermişse, TCK'nın 36. maddesi gereğince gönüllü vazgeçme söz konusu olduğundan fail işlemeyi kast ettiği 104. maddedeki suçtan sorumlu tutulamaz.⁴²⁰

Cinsel ilişki öncesi öpüşme, dokunma, sürtünme gibi bazı hareketler hazırlık hareketi niteliğindedir.⁴²¹ Cinsel ilişkiye başlamaya yani organ sokmaya yönelik

⁴¹⁴ Memiş Kartal, Çocukların Cinsel İstismarı, s. 220

⁴¹⁵ Köksal, 2015

⁴¹⁶ Taner, s.379, Köksal, 2015

⁴¹⁷ Tezcan-Erdem-Önok, s. 419, Şen, Ceza Kanunu Yorumu, s.406, Taner, s.385, Tuğrul, s. 510, Memiş Kartal, Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, 2016, Gündüz s. 124, Parlar – Hatipoğlu, s. 860

⁴¹⁸ Taner, s. 385

⁴¹⁹ Şen, Ceza Kanunu Yorumu, s.406

⁴²⁰ Gündüz, s. 124

⁴²¹ Taner, s. 385, Köksal, 2015

fiillerin ortaya çıkmasıyla, hazırlık hareketleri sona erer ve suça teşebbüs mümkün olur.⁴²²

Duhul gerçekleşmeden organ veya sair cisim yerleştirilmekle kalınmışsa eylem teşebbüs aşamasındadır.⁴²³ Yargıtay bir kararında *"Mağdurun aşamalarındaki istikrarlı anlatımlarına ve bu anlatımları teyit eden sanığın kolluktaki beyanına göre; sanığın cinsel organını mağdurun anüsüne sokmaya çalıştığı ancak bu sırada boşalması nedeniyle eylemini tamamlayamadığı anlaşıldığından, ırza geçmeye eksik kalkışma suçundan cezalandırılması yerine yazılı şekilde ırz ve namusa tasaddi kabulü ile hükme varılması ..."* (5. CD. E. 2002/8779, K. 2002/8531, 18.12.2002)⁴²⁴ karar vermiştir. Cinsel ilişkide bulunulacak iken bir tanığın gelmesi halinde suç teşebbüs aşamasında kalacaktır.⁴²⁵

Vajina veya anal bölgeye erkeklik organının girmesi suçun oluşması bakımından yeterli olmakla birlikte, fail ve mağdur çıplak olduğu ve fail cinsel organını sokacağı sırada engellendiği durumda, fail cinsel ilişkiye girmediğini ileri sürebilir ve işte bu durumda suça teşebbüsün ispatı çok zor olur ve rıza dahilinde kalan diğer cinsel davranışlar da 104. Madde kapsamında olmadığından, gerçekleşen eylem suç veya suça teşebbüs olarak değerlendirilemeyebilir.⁴²⁶ Duhul öncesi ve cinsel ilişki olarak nitelendirilemeyecek hareketlerin reşit olmayanla cinsel ilişki suçuna teşebbüs aşaması olduğu ispat açısından sorun teşkil etmekle beraber sanığın ikrarı ile durum tespit edilebilir.

Bir kısım yazarlara göre; failin iktidarsızlığı nedeniyle cinsel ilişkiyi gerçekleştirememiş olması halinde, işlenemez suç değil, teşebbüs hükümlerine başvurulmalıdır.⁴²⁷

Failin icra hareketlerinden gönüllü vazgeçmesi halinde vazgeçtiği süreye kadarki yaptığı hareketler ayrı suç kapsamında değilse fail cezalandırılmayacaktır.⁴²⁸

⁴²² Taner, s. 386

⁴²³ Köksal, 2015

⁴²⁴ Aktaran Köksal, 2015, Bkz. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/5cd-2002-8779.htm> (29.10.2013)

⁴²⁵ Arslantürk, s. 507

⁴²⁶ Şen, Ceza Kanunu Yorumu, s. 406, Özbek-Doğan-Bacaksız-Tepe, s. 375

⁴²⁷ Tuğrul, s.511. *Yazar failin tıbben kalıcı olarak iktidarsız olduğu tespit edilmişse cinsel ilişkiyi gerçekleştiremeyecek olması nedeniyle bu suçu işleyemeyeceğinin kabul edilmesi gerektiğini belirtmiştir.*

⁴²⁸ Tezcan-Erdem-Önok, s. 419

İlişki öncesi öpüşme, dokunma, sürtünme ve bunun gibi hareketler gerçekleşmiş fakat fail vajinal ya da anal ilişkiden kendi isteği ile vazgeçmişse TCK m. 36 uyarınca failin sorumluluğuna gidilemez.⁴²⁹ Bu açıdan, cinsel ilişkiden vazgeçen failin davranışı herhangi bir cinsel dokunulmazlığa karşı suç ve hatta herhangi bir suç kapsamında değildir lakin başlı başına suç oluşturmeyen cinsel ilişki öncesi davranışların cinsel ilişki kastıyla gerçekleştirildiğini ortaya koymak güç olduğundan, bu suçtan gönüllü vazgeçme hükümlerinin uygulama alanı dardır.⁴³⁰

Cinsel ilişki başladıktan sonra, fail gönüllü olarak eylemden vazgeçerse bu halde suç tamamlanmış olacağı için gönüllü vazgeçmeden değil, ancak suç sonrası pişmanlıktan söz edilebilir fakat reşit olmayanla cinsel ilişki suçu açısından suç sonrası pişmanlığa ilişkin herhangi bir düzenleme mevcut olmadığından bu durum herhangi bir önem arz etmez.⁴³¹

Yargıtay kararlarında mağdurenin acı duyduğu ve istemediği olayda cinsel ilişkiden sanığın gönüllü vazgeçmesi üzerine, cinsel ilişki içermeyen davranışlar da suç oluşturmadığından suçun oluşmadığına karar vermiştir.⁴³²

B- İştirak

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçuyla ilgili özel iştirak hükümleri düzenlenmediğinden iştirak ile ilgili genel hükümler uygulanır.⁴³³ Suça azmettirme ve yardım etme mümkün olup, 18 yaşından büyük bir kişiyi, 15 – 18 yaş arasındaki çocuklarıyla cinsel ilişkide bulunmaya azmettiren veya ona yardım eden anne veya baba bu duruma örnek teşkil edebilir.⁴³⁴

Resmi evlilik olmaksızın gerçekleşen imam nikahı veya imam nikahı olmaksızın geleneklere göre evlenme hallerinde gerek mağdurun anne ve babasının ve gerekse failin ailesinin, cinsel ilişkiye icazet vermeleri sebebiyle TCK 39. madde kapsamında

⁴²⁹ Tuğrul s. 510, Köksal, 2015

⁴³⁰ Tezcan-Erdem-Önok, s.419

⁴³¹ Taner, s. 386

⁴³² Yargıtay 14. Ceza Dairesi 2011/9207 Esas ve 2013/2448 Karar Sayılı, 11.03.2013 Tarihli Kararı, Yargıtay 14. Ceza Dairesi 2014/8781 Esas ve 2015/5408 Karar Sayılı 7.4.2015 Tarihli Kararı

⁴³³ Tuğrul, s.51, Parlar – Hatipoğlu, s.860

⁴³⁴ Tezcan-Erdem-Önok, s.420, Taner, s.386, Köksal, 2015, Memiş Kartal Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, 2016, Tuğrul s.511, Özbek-Doğan-Bacaksız-Tepe, s.396, Taner, s. 386

suça yardım eden olarak sorumlu tutulmaları gerekir.⁴³⁵ Ancak özellikle kırsal yaşamda kadınların aile içerisindeki durumlarının özel olarak inceliklerle saptanması ve suç kastı ile hareket edip etmediklerinin dikkatlice değerlendirilmesi gerekir.⁴³⁶

Çocuğu cinsel ilişkiye ikna eden kişi ise, bu davranışıyla failin fiilin icrasını mümkün hale getirmekte ve iştirak iradesiyle hareket etmektedir.

Doktrinde birlikte faillik hususu tartışılmıştır. Bir görüşe göre, bu suç açısından birlikte faillik çok zor olsa bile teorik olarak mümkün olabilir⁴³⁷ mesela birden fazla failin birinin anal birinin vajinal noktalardan, mağdurun rızasıyla cinsel ilişkiye girmeleri halinde birlikte faillik gündeme gelebilir.⁴³⁸ Bu suçun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi durumu madde metninde düzenlenmediğinden, bu durumda, TCK m. 61/1-a gereğince cezanın bireyselleştirilmesi gerektiği belirtilmektedir.⁴³⁹

Konuya ilişkin diğer görüşe göre, böyle bir tartışma sadece iki kişinin kadın mağdurla vajinal ve anal yoldan aynı anda ilişkiye girdiği durumlar için söz konusu olabilir.⁴⁴⁰ Bu durumda iki ayrı cinsel ilişki ve dolayısıyla iki ayrı fiil olduğu ve davranışların aynı anda gerçekleşmesinin faillerin birlikte fail olarak nitelendirilmesini gerektirmediği belirtilmiştir.⁴⁴¹

Bu suç bizzat işlenebilen bir suçtur ve bu sebeple birlikte faillik mümkün değildir.⁴⁴² Birden fazla fail mağdurla peşi sıra cinsel ilişkide bulunmuşsa bunlardan her biri doğrudan yani tek başına fail olarak kabul edilecektir.⁴⁴³

Fail ile mağdura ev temin eden kimse ise yardım eden sıfatıyla sorumlu olacaktır.⁴⁴⁴

⁴³⁵ Gündüz, s. 125

⁴³⁶ Ibid.

⁴³⁷ Özbek-Doğan-Bacaksız-Tepe, s. 376

⁴³⁸ Kanbur, 2014

⁴³⁹ Ibid.

⁴⁴⁰ Taner, s. 387, Kanbur, 2014

⁴⁴¹ Taner, s.387

⁴⁴² Tezcan-Erdem-Önok, s. 420, Köksal, 2015, Kantarcı, s. 204

⁴⁴³ Tezcan-Erdem-Önok, s.420, Köksal, 2015, Özbek-Doğan-Bacaksız-Tepe s. 376

⁴⁴⁴ Tuğrul, s.511

TCK m. 41 uyarınca şeriklerden birinin gönüllü vazgeçmesi durumunda sadece vazgeçen şerik bundan yararlanacaktır.⁴⁴⁵

Yargıtay başlık parası karşılığında mağdur çocuk kızlarını gayri resmi olarak evlendirip kendi evlerinde kalmalarına müsaade eden annenin ve babanın reşit olmayanla cinsel ilişki suçuna yardım eden sıfatıyla cezalandırılması gerektiğine karar vermiştir.⁴⁴⁶ Yine bir başka dosyada ev sağlayan sanığın yardım eden sıfatıyla iştirak etmesi nedeniyle cezalandırılması gerektiğine karar vermiştir.⁴⁴⁷

C- İçtima

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda zincirleme suç kuralları uygulanabilir.⁴⁴⁸ Bu durumda aynı fail aynı mağdura karşı değişik zamanlarda birden kez bu suçu işlediği takdirde 43. Maddenin 1. Fıkrası gereği bir cezaya hükmedilecek, ancak bu ceza, dörtte birinden dörtte üçüne kadar arttırılacaktır.

Zincirleme suç kurallarının uygulanması için suçların aynı mağdura karşı işlenmesi gerekir ve değişik mağdurlara karşı işlenen suçlar aynı suç işleme kararına bağlı bile olsa, zincirleme suç hükümlerine başvurulamaz ve her kişiye karşı işlenen suçtan dolayı fail ayrı ayrı cezalandırılır.⁴⁴⁹

Yargıtay, yerel mahkeme tarafından zincirleme suç hükümleri uygulanmadığı durumlarda eksik ceza tayin edilmesi isabetsizliği ve 43. Maddenin 1. Fıkrası uygulanması gerektiği gerekçesi ile bozma kararı vermektedir.

Fail ve mağdurun birlikte yaşaması örneği zincirleme suç hükümlerinin uygulanmasına güzel bir örnektir. Nitekim Yargıtay güncel bir kararında sanığın, babasının evine mağdureyi götürüp, burada birlikte yaşaması durumunda cezanın 43. Madde 1. Fıkra gereği arttırılması gerektiği gözetilmemesini bozma nedeni yapmıştır.⁴⁵⁰

⁴⁴⁵ Memiş Kartal, Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, 2016

⁴⁴⁶ Yargıtay 14. Ceza Dairesi 2015/4290 Esas ve 2015/10517 Karar sayılı 12.11.2015 Tarihli Kararı

⁴⁴⁷ Yargıtay 14. Ceza Dairesi 2013/7385 Esas ve 2015/6774 Karar sayılı 2.6.2015 Tarihli Kararı

⁴⁴⁸ Taner, s.387, Tezcan-Erdem-Önok, s. 419, Tuğrul, s.511

⁴⁴⁹ Tezcan-Erdem-Önok, s. 419 – 420

⁴⁵⁰ Yargıtay 14. Ceza Dairesi 2014/8362 Esas ve 2017/3308 Karar Sayılı 14.06.2017 tarihli kararında; *“Suç tarihinden önce tanışıp arkadaş olduğu onaltı yaşındaki mağdure ile 04.02.2011 günü dışarıda buluşan sanığın, babasının evine götürüp birlikte yaşamaya başladığı mağdure ile bir suç işleme kararının icrası kapsamında değişik tarihlerde yaşı itibarıyla hukuken geçerli rızasına istinaden birden*

Zincirleme suç hükümlerinin uygulanması için somut olay yerel mahkeme tarafından dikkatlice değerlendirilmelidir.

Yargıtay bir kararında yerel mahkeme tarafından iddianamede belirtilmediği halde zincirleme suç hükümlerini uygulayarak fazla ceza tayinini bozma nedeni yapmıştır.⁴⁵¹

Aynı mağdura yönelen fiillerin birinde vajinal birleşme diğerinde anal birleşmenin gerçekleşmesi halinde, TCK m. 43 hükmünce sonuca varılmalıdır.⁴⁵² Ancak aynı zaman dilimi içinde şekil itibarıyla art arda yaşanan duhuller halinde, bu duhuller farklı yollardan gerçekleşse dahi zincirleme suça değil tek suça vücut verecektir ve yine kısa bir zaman dilimi mesela aynı gece içerisinde yaşanan birden fazla cinsel ilişki halinde, fiilin bütünselliği gereği tek bir suçtan hüküm kurulacaktır.⁴⁵³

Yargıtay önceki kararlarında, mağdurla peşi sıra gerçekleşen oral, vajinal ya da anal yoldan ilişkilerle ilgili birden çok suçun oluştuğu ve zincirleme suç kurallarına başvurulacağı doğrultusunda karar verirken, sonraki verdiği kararlarda kesintisiz yapılan bu fiillerin tek suç kapsamında değerlendirileceği ve belli bir süre ara verdikten sonra eylemlerden birinin ya da birkaçının tekrar etmesi halinde zincirleme suç kurallarına başvurulacağına karar vermiştir.⁴⁵⁴ Yargıtay 14. Ceza Dairesi, verdiği birçok kararında⁴⁵⁵ kesintiye uğramadan ard arda olan eylemlerin tek suç oluşturduğuna hükmetmiştir.

Ancak, özellikle hukuki kesilme sebebi olan iddianamenin düzenlenmesi (kabul edilmiş olması koşuluyla) sonrasında, eylemin devam ettirilmesi durumunda yeni bir suç oluşacağı göz önünde bulundurulmalıdır.⁴⁵⁶

ziyade cinsel ilişkiye girdiği dosya kapsamından anlaşıldığından...43/1. maddesiyle arttırılması gerektiği gözetilmeden..”

⁴⁵¹ Yargıtay 14. Ceza Dairesi 2012/14793 Esas ve 2014/9518 Karar Sayılı 08.09.2014 tarihli kararında; *“Reşit olmayanla cinsel ilişki suçundan hüküm kurulurken iddianamede anlatım olmadığı halde TCK’nın 43. maddesinin uygulanması suretiyle fazla ceza tayini kanuna aykırıdır.”*

⁴⁵² Köksal, 2015

⁴⁵³ Kanbur, 2014, Kantarcı, s. 205

⁴⁵⁴ YCGK, 2013/14-35 Esas, 2013/266 Karar ve 28.5.2013 tarihli karar, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=cgk-2013-14-35.htm&kw=`2005/19512`#fm,> 5.11.2018

⁴⁵⁵ Örneğin; 28.12.2011, 1372–6105 ile 06.02.2012 günlü, 2011/22245–2012/755 esas ve karar sayılı kararlar

⁴⁵⁶ Gündüz, s. 125

Sanığın aynı eylemle birden fazla kişiye karşı bu suçu işlemesi mümkün olmadığından, 43. maddenin 2. fıkrası uygulanamayacaktır.⁴⁵⁷

Aynı failin birden fazla mağdurla peş peşe cinsel ilişkide bulunması durumunda, kişi sayısı kadar suç oluşur ve her mağdur için gerçek içtima hükümleri uygulanarak faile ceza verilir.⁴⁵⁸

TCK m. 234/3 düzenlemesinde belirtilen şekilde evi terk etmiş olan çocuğu yanında tutan ve onunla rızasıyla ilişkide bulunan kişi hem reşit olmayanla cinsel ilişki suçundan hem de bu suçtan sorumludur.⁴⁵⁹ Bu suç kanuna 19.12.2006 tarihinde eklendiğinden, belirtilen tarihten önce gerçekleşen ve rızası geçerli olan çocuğun sanıkla birlikte kaçtığı olaylar açısından, TCK'nın 109. Maddesinde yer alan suç bakımından beraat kararı veriliyordu.⁴⁶⁰ Kişiyi hürriyetinden alıkoyma suçunun oluşması bu yaş grubundaki mağdurun rızası devam ettiği sürece mümkün değildi.⁴⁶¹

Failin mağdur ile kurduğu cinsel ilişkiler, mağdur 15 yaşını doldurmadan önce başlamış ve 15 yaşını bitirdikten sonra da devam etmişse bu durumda fail, mağdur 15 yaşını doldurana kadar işlediği eylemler açısından zincirleme şekilde çocukların cinsel istismarı suçundan; mağdur 15 yaşını doldurduktan sonraki eylemleri açısından ise kendi arasında zincirleme şekilde reşit olmayanla cinsel ilişki suçundan sorumlu tutulacaktır.⁴⁶²

6545 Sayılı Kanun ile getirilen değişiklik öncesi doktrinde, fiilin üstsoy tarafından çocuğun rızası dahilinde gerçekleştirilmesi durumunda, TCK m. 232'de yer alan suçun oluşup oluşmayacağı tartışılmıştır.⁴⁶³ 6545 Sayılı Kanun ile yapılan

⁴⁵⁷ Beyazıt, 2010

⁴⁵⁸ Köksal, 2015, Tezcan-Erdem-Önok, s. 419-420, Taner, s.387

⁴⁵⁹ Taner, s.387

⁴⁶⁰ Ibid., s.388

⁴⁶¹ Arslantürk, s.489

⁴⁶² Kantarcı, s.206

⁴⁶³ Köksal, 2015, “ Bir görüşe göre, rızaya dayansa bile böyle bir fiille, aile fertlerine gösterilmesi gereken duygularla bağdaştırılmasının mümkün olmadığı ifade edilmekte ve hem reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun hem de kötü muamele suçunun oluştuğu savunulmaktaydı. Bu nedenle söz konusu halde daha ağır cezaya ilişkin hüküm verilmesi ifade edilmekteydi. Buna karşı olan ve bizim de katıldığımız görüş, aile fertleriyle rızaya dayalı olarak gerçekleştirilen cinsel ilişkilerin, kötü muamele suçuna vücut vermeyeceği yönündeydi. Zira bu fiilin kötü muamele suçuna vücut verebilmesi için davranışın, mağdurun rızası hıfzına gerçekleştirilmesi gerekir. Çünkü cinsel ilişkiye rıza gösterilmesi halinde bu fiilin rahim ve şefkat duygularıyla bağdaşıp bağdaşmayacağını araştırmak isabetsizdir. Cinsel ilişkinin üstsoy tarafından gerçekleştirildiği hallerde, fiil 104. maddenin 1. fıkrasındaki suçun yanı sıra, 232. maddedeki aile efradına kötü muamele suçunu da oluşturacaktır. Dolayısıyla mağdurun şikayette bulunmadığı hallerde, failin 104. maddeden cezalandırılması mümkün değil ise de, re'sen kovuşturmayla tabi 232. maddedeki suçtan sorumlu tutulabilecektir. ” Koca – Üzülmüş, s. 336

değişiklikle, bu suçun mağdurları arasında evlenme yasağı bulunan kişiler tarafından işlenmesi, bir nitelikli hal olarak düzenlendiğinden fiilin üstsoy veya fıkra da belirtilen derecedeki akrabalar tarafından gerçekleştirilmesi halinde fail hakkında sadece TCK m. 104/2 uygulanacak ve fail aynı eylemden dolayı ayrıca TCK m. 232'den cezalandırılmayacaktır.⁴⁶⁴

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçu ile kişiyi özgürlüğünden yoksun bırakma (TCK m.109), konut dokunulmazlığını ihlal (TCK m.116), çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçları (TCK m.234) birlikte işlenmesi halinde, bu suç yanında ayrıca ilgili suçlardan dolayı da fail cezalandırılacaktır.⁴⁶⁵

TCK m.225'te yer alan suçun işlenmesi durumunda fail, tek fiil ile birden çok suç işlediğinden alenen cinsel ilişkide bulunduğu bu durumda daha ağır olan reşit olmayanla cinsel ilişki suçundan cezalandırılmalı, fakat bu durumda mağdur hayasızca hareketler suçunun faili olarak TCK m.225 açısından sorumlu tutulmalıdır.⁴⁶⁶

15 yaşını doldurmuş olan çocukla rızasıyla cinsel ilişkiye girerken bu ilişkiyi kayıt altına alarak müstehcen görüntü üreten kişi, iki ayrı fiil bulunduğundan gerçek ıçtima hükümleri uygulanması ile TCK m.104 ve TCK m.226/3'te düzenlenen her iki suçtan sorumlu tutulacaktır.⁴⁶⁷

Fuhuş suçu açısından ise çocuğu fuhuşa sevk eden veya çocuğun fuhuşuna aracılık eden kişi, işlediği eylem ile aynı zamanda reşit olmayanla cinsel ilişki suçuna yardım eden olarak iştirak etmişse, bu durumda failliğin şerikliğine nazaran asliliği prensibi uyarınca yalnızca faili olduğu fuhuş suçundan sorumlu tutulacaktır.⁴⁶⁸

V- Yaptırım

6545 Sayılı Kanun 18 Haziran 2014 tarihinde kabul edilmiş ve 28 Haziran 2014 Tarihli 29044 Sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yayımı tarihinde yürürlüğe girmiştir. 6545 Sayılı Kanun'un 60. Maddesi ile 5237 Sayılı TCK'nın 104. Maddesinin 1. Fıkrasında değişikliğe gidilmiş, maddeye 2. ve 3. Fıkra eklenmiştir.

⁴⁶⁴ Köksal, 2015

⁴⁶⁵ Tezcan-Erdem-Önok, s. 420

⁴⁶⁶ Kantarcı, s.206

⁴⁶⁷ Ibid., s.207 – 208

⁴⁶⁸ Ibid., s.208 – 209

104. maddenin birinci fıkrasının ilk halinde uygulanacak yaptırım altı aydan iki yıla kadar hapis cezası iken 6545 Sayılı Kanun’la cezada artırımı gidilmiş, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası getirilmiştir. Bu düzenleme uyarınca taban ceza 4 kat, tavan ceza ise 2,5 kat artırılmıştır.⁴⁶⁹

Ceza yaptırımı artırılarak suçla mücadele edilemez.⁴⁷⁰ Ceza artırımı, kanun koyucunun takdirindedir, fakat bu suçtaki ceza artırımında orantı aşılmıştır.⁴⁷¹ Cezaların arttırılması ile suçun işlenmesi önlenemez. Cezaların nicelik olarak artırılması yerine infazının sağlanması gerekir. Suçu işleyecek kişi gerçek anlamda cezasını çekeceğini bilirse suçun işlenmesi önlenemez. Nitekim suç işlemek isteyen kişi için hapis cezasının kanun metninde 2 yıl veya 5 yıl yazıyor olması caydırıcı nitelikte olmayacaktır.

İnfazın etkin bir şekilde sağlanması kişileri bu suçu işlemekten alıkoyabilecektir. Adaleti sağlayacak olan, çocukla cinsel ilişkiye giren failin muhakkak cezalandırılması ve toplumda da o kişinin mutlaka cezalandırılacağına dair inancın yerleşmesidir.⁴⁷² Nitekim cezaların yüksek olması karar veren hakimleri de zor duruma düşürebilecek, hâkim karar verirken cezanın yüksek olması nedeni ile tereddüt yaşayabilecek, cezaların aşırı yüksek olması hâkimin ceza vermekten imtina etmesine yol açabilecektir. Doktrinde bu suç tipine yer vermenin gerekliliği tartışıldururken, madde metninde belirsizliklerin giderecek şekilde yeni düzenleme yapmak yerine sadece suçun cezasının artırılması yerinde olmamıştır.⁴⁷³

Beccaria’ya göre, suç önleyen, suçun önüne geçen durum yaptırımın ağırlığı değil, suç işleyenin mutlaka cezalandırılacağı konusunda kesin kanaatin bulunmasıdır ve diğer yandan suça göre çok ağır ceza kamu vicdanına dokunacağından hakim ağır ceza vermektense beraat kararı verebilir ve bu durumda suçlu olanlar cezadan

⁴⁶⁹ Taner, s. 394

⁴⁷⁰ Memiş Kartal, Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, 2016

⁴⁷¹ Özen, s.315

⁴⁷² Nuhoğlu, s.110

⁴⁷³ Tezcan-Erdem-Önok, s. 410

kurtulabilirler.⁴⁷⁴ Ceza yaptırımının fazla olması failleri cesur yapmakta ve bu da caydırıcılığı engellemekte ve suçu önleyen değil, arttıran bir yaklaşım olmaktadır.⁴⁷⁵

Doktrinde faille mağdur arasındaki yaş farkının fazla olması durumunda temel cezanın artırılarak verilmesi gerektiği görüşü savunulmaktadır.⁴⁷⁶ Böyle bir artırım yapılabilmesi için, bu durumun TCK'nın 61. Maddesinde belirtilen temel cezanın belirlenmesinde kullanılmak üzere belirlenen ölçütlerden birisiyle ilişkili olması gerekir ki, doktrinde bu yaş farkının 61. Maddede belirtilen koşullardan hiçbiri ile ilişkili olmadığı, meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığı ölçütü uyarınca artırım yapılabileceği düşünülürse de, mağdurun yaşça kendisinden oldukça büyük olan faille cinsel ilişkiye girmesiyle, kendi yaşına yakın bir faille cinsel ilişkiye girmesi arasında, mağdurun doğru ve düzgün cinsel gelişimi açısından cezanın artırılmasını haklı gösterecek ciddi bir fark olduğunu söylemenin güç olduğu ve bu hususun pratikte keyfilik doğurabileceği belirtilmiştir.⁴⁷⁷

Nitekim bir ağırlaştırıcı neden olarak maddenin ilk şeklinde yer alan TCK'nın 104/2. madde düzenlemesi, cezayı artırmak bakımından aynı işlevi görmekte ve suçu re'sen takip edilebilir hale getirmekte idi fakat Anayasa Mahkemesi tarafından Anayasa'ya aykırı bulunarak iptal edilmişti.⁴⁷⁸

104. maddenin 2. Ve 3. Fıkrasında düzenlenen nitelikli haller için ise 10 yıldan 15 yıla kadar hapis cezası düzenlenmiştir.

6545 Sayılı Kanun tasarısı gerekçesinde; *“Maddeye eklenen ikinci fıkrayla, birinci fıkrada tanımlanan suçun, arasında evlenme yasağı bulunan kişiler tarafından işlenmesi halinde şikâyet aranmaksızın, altı yıldan onbeş yıla kadar hapis cezası verilmesi düzenlenmektedir. “ Encest ilişkilerin, birinci fıkrada tanımlanan suçla nazaran daha ağır cezayı gerektiren ve soruşturulması veya kovuşturulması şikâyete bağlı olmayan bir suç olarak tanımlanması suretiyle, bu suçla daha etkin mücadele*

⁴⁷⁴ Demirbaş, s. 75 *İngiliz düşünür Bentham'e göre (1748 – 1832) suç işlenmek suretiyle elde edilmek istenen menfaate oranla, cezanın vereceği zarar daha büyük olmalıdır ki, suçlu suç işlemeye cesaret edemesin.*

⁴⁷⁵ Memiş Kartal, Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, 2016

⁴⁷⁶ Taner, s. 394 atıf Yokuş Sevik, Çocukların Cinsel İstismarı ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, s.301

⁴⁷⁷ Taner, s. 394

⁴⁷⁸ Ibid.

edilebilmesi ve çocukların cinsel sömürüsünün engellenmesi amaçlandığı, bu düzenlemeye bağlı olarak, rızaya dayalı da olsa onbeş yaşının doldurmamış olan çocuklarla olan ensest ilişkinin, 103 üncü maddede tanımlanan çocukların cinsel istismarı suçu bakımından daha ağır cezayı gerektiren nitelikli unsur oluşturduğu göz önünde bulundurulması gerektiği, Maddeye eklenmesi öngörülen üçüncü fıkrayla, suçun koruyucu aile ilişkisi çerçevesinde koruma, bakım ve gözetim yükümlülüğü bulunan kişiler tarafından da işlenebileceği kabul edilerek, bu durumda soruşturma ve kovuşturma yapılabilmesi için şikâyet şartının aranmayacağı ve ikinci fıkra da öngörülen cezaya hükmolunacağı düzenlendiği ⁴⁷⁹ belirtilmiştir.

Zincirleme suç hükümlerinin uygulanması durumunda verilecek cezanın 20 yılı aşması mümkündür.

Verilmiş olan mahkumiyet kararıyla hükümlü hakkında TCK'nın 53. maddesinde düzenlenen hak yoksunlukları da uygulanacaktır.⁴⁸⁰

VI- Dava ve Ceza Zamanaşımı

TCK m. 66/1 – e bendi uyarınca suçun basit hali için dava zamaşımı süresi 8 yıl, nitelikli hali için TCK m.66/f.3 hükmü ve 66/1-d gereği bu süre 15 yıl olarak belirlenmiştir. Dava zamaşımı dolması halinde dava açılmaz, açılan dava sürdürülemez.⁴⁸¹ TCK m. 66/6 uyarınca, suçu işleyenin "*çocuklara karşı üstsoy veya bunlar üzerinde hüküm ve nüfuzu olan bir kimse olması halinde*" zamaşımı süresinin başlangıcı çocuğun 18 yaşını bitirmesi koşuluna bağlanmış, fakat suçun basit hali açısından, şikâyet süresi içinde şikâyetin yapılmış olması aranmıştır.⁴⁸²

Ceza zamaşımı kişi aleyhinde kesinleşmiş mahkumiyet kararı bulunduğu halde, infaz edilememesi sebebiyle cezanın infaz edilebilirliğini ortadan kaldırır.⁴⁸³ Ceza zamaşımı TCK m.68'de yer almakta ve beş yıldan fazla hapis cezalarında yirmi yıl, beş yıla kadar hapis ve adli para cezalarında on yıldır. Fiili işlediği zamanda

⁴⁷⁹ <http://www2.tbmm.gov.tr/d24/1/1-0918.pdf> erişim tarihi : 16.05.2018

⁴⁸⁰ Kantarcı, s. 230

⁴⁸¹ Demirbaş, s. 741

⁴⁸² Taner, s. 395

⁴⁸³ Demirbaş, s. 741

onbeş yaşını doldurmuş onsekiz yaşını doldurmamış olan kişiler bakımından ise TCK m.68/f.1’de düzenlenen sürelerin üçte ikisinin geçmesiyle ceza infaz edilemez.

VII- Muhakeme Kuralları

A) Şikayet

1-Genel Olarak

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun 2. ve 3. Fıkrasında düzenlenen nitelikli haller bakımından şikayet şartı aranmamaktadır. Nitelikli hallerin olduğu durumlarda re’sen soruşturma ve kovuşturma yapılacaktır.

Suçun basit şekli olan 1. Fıkradaki durumda ise suç şikayete tabi kılınmıştır.

Doktrinde, şikayet hakkının kim tarafından kullanılacağına belirsiz olduğu ifade edilmiştir.⁴⁸⁴ TCK 102. ve 105. maddelerde şikâyet hakkını mağdurun kullanacağı açıkça düzenlenmesine rağmen, TCK m. 104’te garip bir biçimde bu açık düzenlemeden kaçınılmıştır.⁴⁸⁵ Madde metninde şikayetin kimin tarafından kullanılacağı belirtilmemiştir.

Fiile başta rıza veren kimsenin sonrasında şikayette bulunarak eylemin suç sayılması eleştirilmiş, suçun suç olarak düzenlenmemesi gerektiği görüşü de ileri sürülmüştür.⁴⁸⁶

Şikayet hakkı, şahsa sıkı sıkıya bağlı olması ve sezgin olması sebebiyle mağdur çocuğa aittir.⁴⁸⁷ Şikayetin aile tarafından yapılması durumunda da şikayet geçerli olarak yapılmış sayılmalıdır.⁴⁸⁸ Fakat mağdur ve yasal temsilcisinin şikayet hakkı

⁴⁸⁴ Memiş Kartal, Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, 2016, Ünver, Türk Maddi Ceza Hukukunda Cinsel Suçların Eleştirisel Olarak İncelenmesi, s. 49.

⁴⁸⁵ Ünver, Cinsel Suçların Eleştirisel Olarak İncelenmesi, s. 49.

⁴⁸⁶ Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Cinsel İstismarı Kliniği Öğrencileri Tarafından Hazırlanan TCK’nın "Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar" ve "Aile Düzenine Karşı Suçlar" Bölümleri Hakkında Kanun Taslağı

⁴⁸⁷ Memiş Kartal, Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, 2016, Şen, Ceza Kanunu Yorumu, s. 403, Tezcan-Erdem-Önok, s.414, Tuğrul, s. 512, Aydın, s.95, Koca – Üzülmüş, s. 336

⁴⁸⁸ Memiş Kartal, Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, 2016, Şen, Ceza Kanunu Yorumu, s. 403

hususunda iradelerinin çelişmesi halinde mağdurun iradesi dikkate alınmalıdır.⁴⁸⁹ Mağdurun şikayet hakkı veli veya vasiye göre öncelikli bir haktır.⁴⁹⁰

Mağdur cinsel ilişkiye ilk girdiği anda fiili ve faili öğrenmiş durumdadır.⁴⁹¹ Mağdurun, maruz kaldığı eylemin suç olup olmadığını bilip bilmemesinin bir önemi yoktur.⁴⁹² Mağdurun eylemin suç olduğunu sonradan öğrenmesi şikayet hakkı süresinin başlangıcı açısından önemsizdir. Öğretide bir görüşe göre; şikayet süresinin başlangıcı mağdurun fiilin suç olup olmadığını bilip bilmemesine göre belirlenmeli ve mağdur eğer cinsel ilişkiyi yaşadığı zamandan beri bunun suç olduğunu biliyorsa 6 aylık şikayet süresinin bu tarihten başlaması gerektiği belirtilmiştir.⁴⁹³ TCK m.4'de düzenlenen ceza kanunlarını bilmemek mazeret sayılmaz ilkesi gereği ve böylesi bir durumun faili uzun süre şikayet tehditi altında bırakmasından ötürü bu görüşe katılmıyoruz.

TCK'nın 73. Maddesi gereği; zamanaşımı süresini geçmemek şartıyla şikayet hakkı olan kişi fiili ve faili bildiği veya öğrendiği tarihten başlayarak altı aylık süre içinde şikayet hakkını kullanabilir. Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda fiil ve fail bilindiğinden mağdurun son eylemden sonra 6 aylık süre içerisinde şikayette bulunması gerekmektedir. Bu süreden sonra şikayette bulunulursa dava açılmayacak, eğer açılmış ise davanın düşmesine karar verilecektir. Şikayetten vazgeçilmesi durumunda ise TCK m.73/f.4 gereği dava düşecektir. Hükmün kesinleşmesinden sonraki vazgeçme ise cezanın infazına engel olmayacaktır.

Yargıtay bir kararında sanık ile mağdurenin sanığın dedesine ait evde kaldığı sübut bulduğu olayda mağdurenin evden ayrıldığı tarihte şikayet süresinin başladığına karar vermiştir.⁴⁹⁴

Şikayetten vazgeçmenin vazgeçmesi olmaz.⁴⁹⁵ Şikayetin geri alınması özgür iradeyle ve artık failin cezalandırılmasının istenmediği açıkça anlaşılabilecek şekilde

⁴⁸⁹ Tuğrul, s. 513, Özbek-Doğan-Bacaksız-Tepe, s.377

⁴⁹⁰ Özen, s. 331

⁴⁹¹ Aydın, s.95

⁴⁹² Ibid.

⁴⁹³ Özbek-Doğan-Bacaksız-Tepe, s.377

⁴⁹⁴ Yargıtay 14 .Ceza Dairesi 2013/2799 Esas ve 2014/5858 Karar Sayılı 30.04.2014 Tarihli Kararı

⁴⁹⁵ Yargıtay 14. Ceza Dairesi 2015/8229 Esas ve 2016/539 Karar Sayılı ve 21.1.2016 tarihli kararında; *“Suç tarihinde onbeş yaşından büyük olan mağdurenin sanıkla rızaya dayalı olarak cinsel ilişkiye girdiğinin kabul edildiği, her ne kadar mağdure 11.02.2004 tarihli duruşmada sanıktan şikayetçi olduğunu beyan etmiş ise de, soruşturma evresinde kollukta alınan 26.07.2003 tarihli beyanında kimseden şikayetçi olmadığını beyan ettiği, bu durumda şikayetten vazgeçmeden vazgeçmenin*

yapılmalıdır.⁴⁹⁶ Geri alınmadan vazgeçme ilke olarak kabul edilmez ve geri alınan şikayet tekrar yapılamaz.⁴⁹⁷

Yargıtay, zorunlu vekil ile psikolog refakatinde ifadesini veren ve şikayetçi olmayan mağdurenin daha sonrasında şikayetçi olmasına ilişkin beyanına itibar etmemiştir.⁴⁹⁸

Yargıtay yine bir kararında haklı olarak “Geçerli rıza halinde sonradan başka saiklerle yapılan şikayetin hukuken geçersiz olduğu” şeklindeki kanuni olmayan gerekçeye dayanılarak yazılı şekilde beraat kararı verilmesini hukuka aykırı bulmuştur.⁴⁹⁹ Çünkü cinsel ilişkide rıza tipikliğe dahil bir husustur.

CMK m. 158/f.7 hükmü uyarınca yürütülen soruşturma sonucunda kovuşturma evresine geçildikten sonra suçun şikayete bağlı olduğunun anlaşılması halinde; mağdur açıkça şikayetten vazgeçmediği takdirde, yargılamaya devam olunur. Reşit olmayanla cinsel ilişki suçu TCK m.103’te yer alan çocukların cinsel istismarı suçu ile benzerlik gösterdiği için uygulamada bu suçtan açılan davada suç konusunun reşit

sözkonusu olamayacağı düşünülerek, sanık hakkında reşit olmayan mağdure ile rızaya dayalı cinsel ilişkide bulunmak suçundan açılan kamu davasının şikayet yokluğu sebebiyle düşürülmesine karar verilmesi gerekirken...”

⁴⁹⁶ Ünver - Hakeri, s. 105

⁴⁹⁷ Ibid.

⁴⁹⁸İlgili karara göre “Oluşa uygun kabule göre suç tarihinden önce tanışıp arkadaş olduğu sanıkla evlenmesine ailesinin izin vermemesi üzerine 3.12.2008 tarihinde bulunduğu sanıkla rızasıyla giderek çeşitli yerlerde kalıp cebir tehdit veya hile olmaksızın cinsel ilişkiye girdikten sonra 17.12.2008 günü Cumhuriyet Başsavcılığında zorunlu vekil ile psikolog refakatinde yazılı ifade veren mağdurenin sanık D. ile isimleri geçen diğerlerinden şikayetçi olmadığını bildirmesinin ardından 19.12.2008 tarihinde avukatıyla beraber başvurduğu Cumhuriyet Başsavcılığında verdiği 2. ifadesinde önceki beyanının doğru olmadığını, kendisini zorla kaçırarak ilaç vermek suretiyle uyuşturup cinsel ilişkiye giren sanık D.’la yanındakilerden şikayetçi olduğunu bildirdiği; ancak TCK’nın 104/1. maddesinde düzenlenen reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun şikayet üzerine takip edilen suçlardan olduğu gözetilip mağdurenin 17.12.2008 tarihli ilk beyanı nazara alınarak sanık hakkında atılı suçtan açılan kamu davasının vaki şikayet yokluğu sebebiyle düşmesine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde mahkûmiyetine hükmedilmesi yasaya aykırı...” Yargıtay 14. Ceza Dairesi 2012/14816 Esas ve 2014/10435 Karar Sayılı ve 24.9.2014 tarihli kararı

⁴⁹⁹ Yargıtay 14. Ceza Dairesi 2012/9853 Esas ve 2014/7117 Karar Sayılı ve 28.5.2014 Tarihli Kararında “Mağdurenin aşamalarda vekil huzurunda verdiği ifadelerinde sanıktan şikâyetçi olması karşısında, sanığın eyleminin TCK’nın 104/1. maddesinde düzenlenen reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu oluşturduğu, bu suçun şikâyet üzerine takip edilen suçlardan olup, süresinde yapılan şikâyetin suçun oluşumu açısından yeterli olduğu göz önüne alınarak sanığın mahkûmiyetine karar verilmesi gerekirken anılan maddenin yorumunda hata yapıp geçerli rıza halinde sonradan başka saiklerle yapılan şikâyetin hukuken geçersiz olduğu şeklindeki kanuni olmayan gerekçeye dayanılarak yazılı şekilde beraat kararı verilmesi kanuna aykırı..” <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=14cd-2012-9853.htm&kw=’2012/9853’#fm,21.05.2018>

olmayanla cinsel ilişki suçu olduğu anlaşılır ve mağdur da açıkça şikayetinden vazgeçmez ise yargılamaya devam olunur.⁵⁰⁰

Şikayet üzerine koğuşturulmaya başlanan suçun niteliği değişir ve yeni deliller dolayısıyla re'sen koğuşturulan bir suç niteliğini alırsa, konunun değişmesi nedeniyle şikayetten vazgeçmenin etkisi olmaz.

765 Sayılı Kanun döneminde re'sen takip edilen reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun, 5237 Sayılı TCK ile şikayete tabi suç haline getirilmesi ile 765 Sayılı Kanun döneminde re'sen açılmış olan davalar, mağdur şikayetinden açıkça vazgeçmedikçe düşürülemeyecektir ve yine AYM tarafından mağdur ile fail arasında 5 yaştan fark olması halinde re'sen suçun kovuşturulacağına ilişkin hükmün iptalinden önce re'sen açılan davalara da mağdur şikayetinden açıkça vazgeçmediği takdirde devam olunacak, düşme kararı verilemeyecektir.⁵⁰¹

Şikayet yapılmışsa, hem soruşturma evresinde hem de kovuşturma evresinde ancak şikayet edilenin kabulü üzerine şikayet geri alınabilir.⁵⁰² Nitekim TCK m. 73/6'da bu husus belirtilmiştir.⁵⁰³

Suçun iştirak halinde işlenmesi halinde, mağdurun şeriklerden birini şikayet edip diğerini etmemesi düşünölemeyeceğinden mağdur ya faillerden hiçbirini şikayet etmeyecek ya da birisi hakkındaki şikayeti diğerleri hakkında da sonuç doğuracaktır.⁵⁰⁴

2- Şikayet Hakkı Sahibi

TMK'nun 16. maddesi gereğİ, ayırt etme gücü olan küçükler kişiye sıkı sıkıya bağılı haklarını kanuni temsilcilerinin rızası olmadan kullanabilirler.⁵⁰⁵ Kişİye sıkı sıkıya bağılı haklar, kanunda belirtilmese de kişinin sadece kendisi tarafından kullanılabilen, başkasına devredilemeyen haklardır ve kullanılmasına karar verme yetkisi insanın kişiliğini yakından ilgilendirdiğinden başkasına ait değıl, sadece

⁵⁰⁰ Yargıtay 14. Ceza Dairesi 2011/19769 Esas ve 2013/8783 Karar Sayılı ve 9.9.2013 tarihli kararı

⁵⁰¹ Kantarcı, s.214 – 215

⁵⁰² Ünver – Hakeri, s. 106

⁵⁰³ Demirbaş, s.216

⁵⁰⁴ Ibid., s.215 *Bu durum şikayetten vazgeçme ve feragat açısından da geçerlidir.*

⁵⁰⁵ Gündüz, s. 118

kendisine aittir.⁵⁰⁶ Cinsel tercih hak ve özgürlüğü de bu kapsam içindedir.⁵⁰⁷ Şikayet hakkı, ayırt etme gücüne sahip kişi tarafından kullanılabilir, kişi şikâyetin anlam ve sonuçlarını anlayabilir durumda olmalıdır fakat reşit olmasına gerek yoktur.⁵⁰⁸

Her dosyada çocuğun ayırt etme kapasitesi olup olmadığı araştırılması gerekir.⁵⁰⁹ Uygulamada çoğunlukla 15-18 yaş aralığındaki çocuklar bakımından araştırma yapılmadan, ayırt etme gücüne sahip oldukları kabul edilmektedir.⁵¹⁰ Halbuki böyle bir kabule ne TCK ne de TMK hükümleri açık bir şekilde imkan vermediğinden, 18 yaşından küçük ve 15 yaşını tamamlamış olsun olmasın tüm çocuklar açısından ayırt etme gücünün varlığı dikkatlice araştırılması gerekir.⁵¹¹

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda her ikisinin de çocuk olması halinde şikayet hakkının kime ait olduğu hususu doktrinde tartışılmıştır. Sorunun çözümüne ilişkin ortaya konan ilk görüş, ikna eden çocuğun fail; ikna edilen çocuğusa mağdur olduğu ve şikayet hakkının sadece ikna edilen çocuğa tanınması doğrultusunda;⁵¹² diğer görüş, birbirleriyle cinsel ilişkiye girenlerin 15 yaşını doldurmuş fakat 18 yaşını doldurmamış çocuklar olması durumunda, her iki tarafın şikayet hakkına sahip olması gerektiği doğrultusundadır.⁵¹³ Bu durumda, şikayet hakkını kullanan kimse mağdur, şikayet edilen kişi fail, tarafların her ikisinin de şikayet hakkını kullanması durumunda her iki taraf da fail ve mağdur sıfatına sahip olacaktır.⁵¹⁴

Şikayet hakkının ana-babaya ait olduğunu düşünürsek, kimin anası ya kimin babası hangisinin fiilini şikayette bulunacaktır? ve ya karşılıklı şikayette mi bulunulacaktır? Bu pek mümkün görünmemektedir.⁵¹⁵

Failin yaşı konusundaki açıklamalar göz önüne alındığında failin sadece 18 yaşını doldurmuş kişiler olabileceğinin kabulü daha tutarlı sonuçları beraberinde

⁵⁰⁶ Cihan Şahin, “ Küçüklerin Şikayet ve Şikayetten Vazgeçme Hakkı”, **TAAD**, Yıl: 5 Sayı: 16 (Ocak 2014) s.291 – 318, s.295 <https://docplayer.biz.tr/17220356-Kucuklerin-sikayet-ve-sikayetten-vazgecme-hakki-dr-cihan-sahin.html>, Erişim tarihi: 27.09.2018

⁵⁰⁷ Gündüz, s. 118

⁵⁰⁸ Şahin, 2014

⁵⁰⁹ Evik, s. 77

⁵¹⁰ Ibid., s. 80

⁵¹¹ Ibid., s.80

⁵¹² Artuk-Gökçen-Yenidünya, s. 322

⁵¹³ Soyaslan, s. 249

⁵¹⁴ Ibid.

⁵¹⁵ Hafizoğulları – Özen, s.169

getirmekte ve bu görüşle şikayet hakkının münhasıran çocuğa ait olduğu sonucuna ulaşılmaktadır.⁵¹⁶

Yargıtay 1942 yılında verdiği bir içtihadı birleştirme kararında “*mümeyyiz küçüklerin doğrudan şahıslarına karşı işlenmiş suçlardan dolayı kanuni temsilcinin rızası bulunsun veya bulunmasın dava ve şikayet hakkına sahip olduklarını*” belirtmiştir.⁵¹⁷ Şikayet hakkının sadece çocuğa ait olduğunu savunan yazarlar bu görüşlerine dayanak olarak bu içtihadı birleştirme kararını da göstermektedirler.⁵¹⁸

Mağdurun şikayet hakkı sahibi olmasına ilişkin eleştiriler mevcuttur. Bu görüşe göre kanun koyucunun eğer şikâyet hakkının mağdur çocuğa ait olmasını isteseydi, bunu madde metninde açıkça düzenleyeceği ve mevcut düzenleme karşısında şikâyet hakkını mağdura tanımanın hakkın suiistimaline meşruluk kazandırma çabası olacağından kabul edilemeyeceği belirtilmiş, yaşı küçük olan ve çoğu kez azmettiren statüsündeki mağdurun fiilden sonra faili şikâyet ederek cezalandırmasını istemenin ve bu şikâyetin cezai yaptırımını olmasının kabul edilemez olduğu ifade edilmiştir.⁵¹⁹

Doktrinde bir görüş uyarınca; cinsel dokunulmazlık şahsa sıkı sıkıya bağlı olduğundan şikayet hakkının ilk başta çocuğa ait olduğu ve fakat şikayet hakkının mağdur çocuğun kanuni temsilcisi tarafından da kullanılabileceği, kanuni temsilcinin Medeni Kanun hükümleri uyarınca çocuğu üçüncü kişilere karşı temsil edebildiği düşünülünce şikayet hakkının çocukla beraber velisine veya vasisine tanınması gerektiği, bu nedenle kanuni temsilcinin mağdur çocuktan ayrı şekilde şikayet hakkını kullanabileceği belirtilmiştir.⁵²⁰

Doktrinde şikayet hakkının sadece yasal temsilciye ait olması gerektiğini savunan görüşler de mevcuttur.⁵²¹ Bu yazarlara göre şikayette bulunacak kişi çocuğun veli ya da vasisidir. Rıza gösteren kimse ile şikâyetinde bulunan kimsenin aynı kimseler

⁵¹⁶ Köksal, 2015, Özbek-Doğan-Bacaksız-Tepe, s. 368

⁵¹⁷ Taner, s. 390 atf Yargıtay’ın 1940/14 Esas ve 1942/9 Karar Sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı, s.176 – 179

⁵¹⁸ Kantarcı, s.218

⁵¹⁹ Ünver, Türk Maddi Ceza Hukukunda Cinsel Suçların Eleştirisel Olarak İncelenmesi, s. 50

⁵²⁰ Ersan Şen, Yorumluyorum, 2016, Hasan Gerçekler, Yorumlu ve Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Cilt 1, Ankara, 2017, s.1095, <https://ws1.turcademy.com/www/webviewer.php?doc=5907>, erişim tarihi 27.09.2018

⁵²¹ Parlar - Hatipoğlu, s. 861 *Şikayet hakkı, mağdur çocuğun hukuki statüsüne göre veli, vasi, kayyım veya yetkili başka bir organ (örneğin, Çocuk Esirgeme Kurumu yetkilileri) olabilir.* Ercan, s.94, Çalışkan, s. 179, Yıldız s. 224, Aksakal, s.271, Donay, s.168

olması çelişki arz etmektedir.⁵²² Fiile rıza gösteren, bazı hallerde faili eyleme teşvik edip azmettiren, sonra da kendisini şikayet edeceği yönünde şantaj yaparak menfaat elde etme durumunda olan mağdura şikayet hakkı tanınması eleştirilmekte ve 104. Maddede düzenlenen fiilin suç olmaktan çıkarılması veya şikayet hakkının kanuni temsilci tarafından kullanılması fikri benimsenmiyorsa suçun re'sen takip edilen bir suç haline getirilmesinin yerinde olacağı savunulmaktadır.⁵²³

Doktrinde, eğer böyle bir suç düzenleniyorsa ve cinsel ilişkiye giren kişinin rızasına değer tanınmasına rağmen fiil cezalandırılıyorsa, bu suç kişiye karşı suçlar içerisinde yer alan cinsel suçlar bölümünde değil; aileye karşı suçlar içerisinde düzenlenmesi gerektiği ve şikayet hakkının da aileye tanınmasının daha mantıklı olacağı görüşü belirtilmiştir.⁵²⁴

Şikayet hakkının yasal temsilci tarafından kullanılmasını savunan görüşün bir dayanağı da; TMK uyarınca nişanlanma ve evlenmenin de yasal temsilciler tarafından rıza verilmesi ile gerçekleşmesidir. Bu görüşe göre, nişanlanma, yasal temsilcilerinin rızası olmadıkça küçüğü bağlamayacağına ve küçük, yasal temsilcisinin izni olmadıkça evlenemeyeceğine göre, henüz reşit olmamış bir kişinin en az nişanlanma ve evlenme kadar önemli olan cinsel ilişkiye girme hususunda, üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği hakkı söz konusu olmayıp, şikâyet hakkının yasal temsilcilerine ait olması gerekir.⁵²⁵ Kaldı ki, kanun koyucunun nişanlanma ve evlenme konusunda yasal temsilcinin rızasını aramasının nedeni de henüz reşit olmamış kişilerin hayatını etkileyebilecek bu denli önemli hususlarda erken ve yanlış karar vermelerinin önüne geçme isteğidir.⁵²⁶

Mağdur suçun işlendiği tarihte çocuksa fakat daha sonra on sekiz yaşına basmışsa, şikayet hakkı yalnızca mağdura ait olacak, kanuni temsilcilik, onsekiz yaşın tamamlanmasıyla işlevini yitirmiş olacaktır.⁵²⁷

Mağdurun ailesi de suçtan etkilenmekle birlikte bu düşünce ile onlara şikayet hakkı tanınması, duygusal bir yaklaşımdır ve kişinin cinsel özgürlüğü ve

⁵²² Yaşar-Gökcan-Artuç, s. 3419

⁵²³ Ünver, Cinsel Dokunulmazlığa ve Genel Ahlaka Karşı Suçlar, s.327

⁵²⁴ Yıldız, s. 224, Aksakal, s.271

⁵²⁵ Ercan, s. 94

⁵²⁶ Ibid.

⁵²⁷ Şen, Ceza Kanunu Yorumu, s.403

dokunulmazlığı gelenekçi aile şerefine terk edilmiş olur.⁵²⁸ Aile suçtan zarar görmekle birlikte bu zarar dolaylıdır ve dolaylı zarar kişiye şikayet hakkı sağlamaz.⁵²⁹ Şikayet hakkının sadece yasal temsilci tarafından kullanılması isabetli değildir. TCK'da, kanuni temsilcinin doğrudan suçtan zarar gören olduğunu gösteren herhangi bir ifade bulunmamaktadır ve kanunun sistematüğinden ve hükmün konusundan, böyle bir sonuç çıkartmakta mümkün değildir.⁵³⁰

Suçla ilişkin getirilen bir diğer eleştiriye göre mağdur başlangıçta isteyerek ve arzu ederek ortaya koyduğu iradesini, adeta gizli bir silah olarak kullanabilmekte ve failin cezalandırılması mağdurun tek taraflı beyanına bırakılmakta ve başlangıçta şartlar eşitken sonrasındaki şikayetle bu şartlar fail aleyhine tek taraflı olarak değişmekte ve bu durumda kanun koyucu mağduru korumakla faili mağdur etmektedir.⁵³¹

Yargıtay Askeri Daireler Kurulu, şikayet hakkının veliye ait olduğu yönünde karar vermiştir. 26.4.2007 tarih ve 2007/44- 2007/44 sayılı kararda⁵³²; “Mağdurun rızası ile girdiği cinsel ilişkinin suç sayılmasının, sadece mağdurun şikayetine bağlı

⁵²⁸ Hatice Karakuş, “Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçunda Şikayet Hakkı”, 2012 <http://www.ankarabarasu.org.tr/site/ankarabarasu/hgdmakale/2012-2/24.pdf>, Erişim Tarihi: 01.12.2017

⁵²⁹ Beyazıt, 2010

⁵³⁰ Taner, s. 390

⁵³¹ Tuğrul, s.510

⁵³² “Bu durumda, mağdurun rızası ile girdiği cinsel ilişkinin suç sayılmasının, sadece mağdurun şikayetine bağlı olması halinde, 26/2’nci madde kapsamında, ilgilinin rızası ile hukuka uygun hale gelen eylemin, suç olarak kabul edilip, şikâyet şartına bağlanması, 104’üncü maddenin düzenleniş amaç ve ruhuna aykırı düşmektedir.

Nitekim, anılan 26’nci madde ile yapılan genel düzenlemede, işlenen fiili hukuka uygun hale getiren “mağdurun rızasının”, “ehil” olma şartı ile geçerli olabileceğinin hükme bağlanması karşısında, 104’üncü maddede, ehil olmayan, “çocuk” konumundaki mağdurun rızasının, suçun oluşumunu hukuka uygun hale getirebilme olasılığı bulunmadığı gibi, yasa koyucu, mağdur dışındaki ilgili kişilerin (veli-vası gibi) şikayet hakkını ön – şart olarak getirerek, 26’nci maddenin, farklı biçimde yorumlanmasına imkan vermemiştir.

Bu itibarla, on beş yaşından büyük on sekiz yaşından küçük olan ve Medeni Kanun kapsamında ayırt etme gücüne haiz bulunan, ancak fiil ehliyetine sahip bulunmayan mağdur ile mağdurun rızası zımında cinsel ilişkiyi gerçekleştiren fail hakkında, suçtan zarar gören sıfatıyla, veli veya vasinin de şikâyet hakkının bulunduğu kabul edilir.

On beş yaşını doldurmuş olan çocuklar, cinsel farkındalık dönemine girmiş olmakla birlikte, henüz kişiliklerinin yeterince gelişmemiş olması, başkalarıyla cinsel ilişkiye girmenin sonuçlarını yeterince kavrayacak bir sorumluluk duygusuna sahip olmamaları dolayısıyla; bu çocuklarla cinsel ilişkide bulunulması, suç olarak tanımlanmıştır. Bu ilişkinin rızaya dayalı olarak gerçekleştirilmesi, fiili suç olmaktan çıkarmayacak ve kişinin ceza sorumluluğunu ortadan kaldırmayacaktır.

Somut olayda, salt ayırt etme gücüne haiz olması sebebiyle, şikâyet hakkının da kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardan olduğunun kabulüyle, olay tarihinde on beş yaşından büyük ve on sekiz yaşından küçük mağdurenin rızası var diye, babasının (velisinin) vaki şikayetine rağmen, mağdurenin şikayetinin bulunmaması nedeniyle, fail hakkındaki kamu davasının düşmesine karar verilmesinin mümkün olmadığı sonucuna varılmakla, ...” Aktaran Yaşar-Gökcan-Artuç, s.3433-3439

olması halinde, 26/2'nci madde kapsamında, ilgilinin rızası ile hukuka uygun hale gelen eylemin, suç olarak kabul edilip, şikâyet şartına bağlanması, 104'üncü maddenin düzenleniş amaç ve ruhuna aykırı düştüğü, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar başlığı altında düzenlenen ve şikâyet ön şartına bağlanan 102, 105'inci maddelerde belirtilen suçlarla ilgili olarak, şikâyetle bulunacak tarafın; "mağdurun şikâyeti" demek suretiyle açıkça gösterilmesine karşın, söz konusu 104'üncü maddede; şikâyet ön şartının, sadece "şikâyet üzerine" şeklinde, yalın ve genel bir kavramla ifade edildiği, ancak bu şikâyet hakkının kimin tarafından kullanılacağına kişiselleştirilerek belirtilmediği Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşmesi ve Türk Medeni Kanunu, on sekiz yaşından küçüklerin korunmasına dair, öncelikle veli veya vasiye sorumluluklar yükleyen düzenlemeler içerdiği gerekçesiyle mağdurun şikâyeti olmasa da fail hakkında kamu davasının düşmesine karar verilemeyeceği" hüküm altına alınmıştır.

Şikâyet hakkının hem mağdur hem de yasal temsilci tarafından kullanılabilceğini savunanlara göre, mağdur ölür veya şikâyet hakkını kullanamaz veya şikâyet etmekten çekinmekte ise, bu durumda aile şikâyet hakkını kullanabilecektir.⁵³³

Doktrinde bir görüşe göre; şikâyet hakkı ile şikâyeti kullanma ehliyetini birbirinden farklıdır ve şikâyet hakkı mağdura ait olmakla birlikte, bu hakkı o hak sahibi değil, kanuni temsilcisi kullanabilir.⁵³⁴ Rızası ile cinsel ilişkiye giren mağdur şikâyet etmese bile, kanuni temsilcisi şikâyetçi ise şikâyet muhakeme koşulu vardır fakat çocuğun bu durumunu kötüye kullanarak menfaat karşılığı şikâyetten feragat veya vazgeçme yolunu seçebilecek ailelerin de bu istimallerini engelleyebilecek nitelikte, şikâyet hakkının kimin tarafından kullanılabilceğinin açıkça hükümde düzenlenmesi gerekir.⁵³⁵ Reşit oluncaya kadar şikâyet hakkının kanuni temsilci tarafından kullanılması veya bu suçun suç olmaktan çıkarılması kabul edilmiyorsa suçun re'sen kovuşturulan suç haline getirilmesi gerektiği belirtilmiştir.⁵³⁶

⁵³³ Şen, Yorumluyorum, 2016

⁵³⁴ Ünver, Cinsel Suçların Eleştirisel Olarak İncelenmesi, s. 49

⁵³⁵ Ibid., s.50

⁵³⁶ Ibid., s.51

Kanuni temsilcinin bizzat suç kuşkusu altında bulunması veya şikayet hakkını suiistimal ettiğinden kuşkulandırılması halinde hakime ve savcıya bu konuda takdir yetkisi tanınmalıdır.⁵³⁷

Yargıtay'ın yerleşik içtihatları da şikayet hakkının mağdura ait olduğu yönündedir.⁵³⁸

Yargıtay'ın zeka geriliği bulunan fakat bu durumun ancak yakın çevresinde yaşayanlarca ve kendisini tanıyanlarca anlaşılabileceği durumlarda yasal temsilcisinin iradesini aradığı kararları da mevcuttur.⁵³⁹

Tüm bu tartışmaları bertaraf etmek için madde metninde düzenleme yapılarak şikayetin mağdur tarafından yapılacağı düzenlenmelidir.

B) Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması

5271 Sayılı CMK m. 231/5'teki *"Sanığa yüklenen suçtan dolayı yapılan yargılama sonunda hükmolunan ceza, iki yıl veya daha az süreli hapis veya adli para cezası ise; mahkemece hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilir."* hükmü uyarınca suçun basit hali için alt sınırdan hüküm kurulması ve CMK m. 231'deki diğer koşulların da bulunması halinde, sanık hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilir.⁵⁴⁰ 6545 Sayılı Kanun'dan önce üst sınırı iki yıl olan bu suçta hükmün açıklanmasının ertelenmesi kararının verilmesi daha muhtemel iken, temel cezadan uzaklaşılan durumlarda cezanın 2 yılın üstüne çıkması

⁵³⁷ Ünver, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, s. 328

⁵³⁸ Yargıtay 14. Ceza Dairesi 2015/9215 Esas, 2016/1407 Karar Sayılı ve 17.02.2016 tarihli karar, Yargıtay 14. Ceza Dairesi 2014/11870 Esas ve 2017/2360 Karar Sayılı 2.5.2017 Tarihli karar

⁵³⁹ Yargıtay 14. Ceza Dairesi 2015/2049 Esas, 2015/11817 Karar Sayılı, 17.12.2005 Tarihli Karar, Yargıtay 14. Ceza Dairesi 2017/985 Esas, 2017/3351 Karar Sayılı ve 15.06.2017 Tarihli karar

⁵⁴⁰ Köksal, 2015, *Bu kararlara ilişkin, mağdur veya savcıya tanınan itiraz kanun yoluna başvurulması halinde Yargıtay, itiraz hakkında karar verecek merciin sadece CMK m. 231'de yer alan şekli şartları inceleyebileceği; bunun dışında kalan suçun sübutu, nitelendirilmesi gibi konularda esasa dair değerlendirme yapamayacağı yönünde kararlar vermektedir. Açıklanmayan mahkûmiyet hükmü varlık kazanamadığı için bu karara karşı temyiz incelemesine başvurmak mümkün değildir. Bu durumun AİHS'in 13. maddesinde yer alan "Etkili Bir İç Hukuk Yoluna Başvuru Hakkı"nı zedelediğini düşünmekteyiz. Örneğin, ilk derece mahkemesinin TCK m. 103'te yer alan suçun koşulları bulunmasına rağmen, suçun hukuki nitelendirmesini yanlış yaparak TCK m. 104'te yer alan suçtan hüküm kurduğunu ve şartları bulunduğu için de hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verdiğini düşünelim. Bu karara karşı mağdur veya savcının kendilerine tanınan itiraz kanun yoluna başvurulması halinde, itiraz mercii, Yargıtay'ın görüşü doğrultusunda, esasa ilişkin bir değerlendirmede bulunamayacak ve hüküm kurulması gereken suçun çocukların cinsel istismarı suçu olduğunu ileri süremeyecektir. Dolayısıyla mağdur veya suçtan zarar görenler adına kabul edilemez sonuçlar doğacaktır.*

ve CMK'nın 231. Maddesinin uygulanmaması söz konusu olabilecektir.⁵⁴¹ Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun basit şekline ilişkin davalarda, yerel mahkemenin hükmün açıklanmasının ertelenmesi kurumunu tartışmaması, temyiz davalarında bozma nedeni yapılmıştır.⁵⁴²

Suçun nitelikli hali için sonuç cezanın yüksek olması sebebiyle koşullar oluşmayacağından hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilemeyecektir.⁵⁴³

C) Uzlaşma

Uzlaşma, uzlaştırma başlığı ile 5271 Sayılı CMK'nın 253. maddesinde düzenlenmektedir. 253. Maddenin 3. Fıkrasında cinsel dokunulmazlığa karşı suçlarda uzlaştırma yoluna gidilemeyeceği düzenlenmiştir.

06.12.2006 tarih ve 5560 Sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun'un 24. Maddesi ile yapılan değişiklikle cinsel suçlarda uzlaşma yoluna gidilemeyeceği düzenlenmiştir. Bu Kanun ile değişiklik yapılmadan önce uzlaşma kurumu TCK m. 73/8 de düzenlenmişti ve soruşturulması ile kovuşturulması şikâyetle bağlı olan suçlarda uzlaşma yoluna başvurulabiliyordu. Kanun değişikliği tarihinden önce işlenen cinsel suçlar açısından, uzlaşma yoluna başvurulabilmektedir, zira yapılan değişiklik sanık aleyhinedir ve bu durum Yargıtay'ın uzlaşma kurumunu bir maddi ceza hukuku kurumu olarak gördüğünü de dolaylı yoldan ortaya koymaktadır.⁵⁴⁴

Kanun koyucu cinsel dokunulmazlığa karşı suçlarda, yakışsız pazarlıklara mahal vermemek ve uzlaşma kurumunun kötü emellere alet edilmesini engellemek açısından uzlaşma yolunu cinsel suçlar açısından kapamıştır.⁵⁴⁵

⁵⁴¹ Taner, s. 393

⁵⁴² Taner, s. 393, Yar. 5 CD, E. 2008/13540, K.2011/418; T. 7.2.2011 (KBİBB, SGT: 10.07.2012) Yar. 14 CD, E. 2012/14793, K. 2014/9518, T. 08.09.2014

⁵⁴³ Köksal, 2015

⁵⁴⁴ Taner, s.393, Aynı doğrultuda Yargıtay 5. Ceza Dairesi 2011/3458 Esas, 2011/4480 Sayılı Karar, 07.06.2011 Tarihli Karar, Yargıtay 5. Ceza Dairesi 2008/578 Esas, 2011/2236 Sayılı Karar, 24.03.2011 Tarihli Karar, Yargıtay 5. Ceza Dairesi 2008/13425 Esas, 2011/1943 Sayılı Karar, 11.03.2011 Tarihli Karar, Yargıtay 5. Ceza Dairesi 2008/8174 Esas, 2009/14350 Sayılı Karar, 14.12.2009 Tarihli Karar, Yargıtay 5. Ceza Dairesi 2008/16346 Esas, 2009/11300 Sayılı Karar, 12.10.2009 Tarihli Karar, Yargıtay 5. Ceza Dairesi 2008/15241 Esas, 2009/2625 Karar Sayılı 2.3.2009 Tarihli Karar

⁵⁴⁵ Koca – Üzülmüş, s. 336

D- Görevli ve Yetkili Mahkeme

Suçun basit hali için öngörülen ceza miktarı iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası olup, madde itibariyle yetkili mahkeme, 5235 Sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'un 11. maddesine göre asliye ceza mahkemeleridir.⁵⁴⁶ 6545 Sayılı Kanun ile değişiklik yapılmadan önce üst sınırı iki yıl hapis cezası olan bu suçta görevli mahkeme Sulh Ceza Mahkemesi idi. Öte yandan, mağdurun rızasının varlığı sonradan ortaya çıktığı ve davaya çocukların cinsel istismarı isnadıyla başlandığı için, ağır ceza mahkemelerinin de bu suçtan dolayı hüküm kurduklarına sıkça rastlanmaktadır.⁵⁴⁷ CMK'nın 6. maddesi uyarınca duruşmada suçun hukuki niteliğinin değiştiğinden bahisle duruşmada görevsizlik kararı verilerek dosya alt dereceli mahkemeye gönderilemeyeceğinden, açılmış olan davalara ağır ceza mahkemelerinde devam edilmektedir.⁵⁴⁸

Suçun nitelikli halleri açısından yetkili mahkeme 5235 Sayılı Kanun'un 12. maddesi gereği ağır ceza mahkemeleridir.⁵⁴⁹

Yer yönünden yetki konusunda genel kural uyarınca suçun işlendiği yer yani faille mağdurun cinsel ilişkiyi gerçekleştirdiği yer mahkemesi yetkilidir.⁵⁵⁰

Suçun teşebbüs aşamasında kalması halinde, son icra hareketinin yapıldığı yer ve zincirleme biçimde gerçekleşmişse son suçun işlendiği yer mahkemesi yetkili mahkemedir.⁵⁵¹

Cinsel suçlara ilişkin temyiz davalarına bakma yetkisi, 09.02.2012 tarihinden itibaren Yargıtay 5. Ceza Dairesi yerine, 14. Ceza Dairesi'ne aittir.⁵⁵²

⁵⁴⁶ Köksal, 2015, Aydın, s.95

⁵⁴⁷ Taner, s.393

⁵⁴⁸ Kantarcı, s.229

⁵⁴⁹ Köksal, 2015, Aydın s.95

⁵⁵⁰ Memiş Kartal, Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, 2016, Köksal, 2015, Kantarcı s. 228

⁵⁵¹ Aydın, s.95

⁵⁵² Taner, s.393

VIII- İnfaz

6545 Sayılı Kanun'un 82. Maddesi ile 5275 Sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 108. Maddesinde önemli düzenlemeler yapılmıştır. Maddenin 9 ve devamı fıkralarında reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun failleri hakkında tedavi uygulanacağı düzenlenerek bir çeşit kimyasal hadımlaştırma düzenlenmiştir.⁵⁵³ Söz konusu madde uyarınca TCK'nın 104 . maddesinin 2. ve 3. fıkrasına ilişkin suçlardan mahkum olanlar hakkında; “a) Tıbbi tedaviye tabi tutulmak b) Tedavi amaçlı programlara katılmak c) Suçun mağdurunun oturduğu ve çalıştığı yerleşim bölgesinde ikamet etmekten yasaklanmak d) Mağdurun bulunduğu yerlere yaklaşımdan yasaklanmak e) Çocuklarla bir arada olmayı gerektiren bir ortamda çalışmaktan yasaklanmak f) Çocuklar hakkında bakım ve gözetim yükümlülüğünü gerektiren faaliyet icra etmekten yasaklanmak hususunda“ infaz hakimliği tarafından karar verilir.

26.07.2016 Tarihinde Resmi Gazete’de yayımlanan Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlardan Hükümlü Olanlara Uygulanacak Tedavi ve Diğer Yükümlülükler Hakkındaki Yönetmeliğin 7. maddesinde “tıbbi tedavi; tanımda belirtilen hükümlülere yönelik olmak üzere, ayakta veya yatarak, ilaçla veya ilaçsız olarak veyahut her iki usul ile cinsel dürtünün azaltılmasını veya denetimine yönelik tedaviler ile cinsel isteğin azalmasını veya yok edilmesini sağlayan yöntem“ olarak tanımlanmıştır.⁵⁵⁴

Kimyasal kastrasyonda kullanılan ilaçlarla faillerin testosteron seviyeleri azalmakta, cinsel dürtüleri ve istekleri kaybolmakta, geçici bir iktidarsızlık meydana gelmektedir.⁵⁵⁵ Böyle bir uygulamanın varlığı ve yönetmelikle düzenlenmesi insan haklarına uygunluk açısından eleştirilmektedir.⁵⁵⁶

Koşullu salıverilme, mahkum olunan hapis cezasının kanunda belirtilen kısmını iyi halle geçiren hükümlünün, konulan koşullara uymaması durumunda geri alınması

⁵⁵³ Memiş Kartal Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, 2016, atf ÖZBEK Veli Özer, İnfaz Hukuku, 5. Baskı, Seçkin, Ankara 2014, sh.388.

⁵⁵⁴ Kantarcı, s. 232

⁵⁵⁵ A. Caner Yenidünya - Yusuf Yaşar, “Kastrasyon Cinsel Suç Faillerine Uygulanabilecek Uygun Bir Yaptırım mıdır? 2013 ” <http://www.kazanci.com/kho2/hebb/giris.htm>, 04.03.2019

⁵⁵⁶ Memiş Kartal, Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, 2016

koşuluyla, hükümlülük süresinin hepsini doldurmadan alınacak kararla salıverilmesini sağlayan bir kurumdur.⁵⁵⁷

5275 Sayılı Kanun'un 108. maddesinin 9. fıkrası gereği 108. madde 1. fıkradaki koşullu salıverme süreleri reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun 2. veya 3. fıkrasından dolayı mahkum olanlar hakkında uygulanır.

15.08.2016 Tarihli 671 Sayılı KHK'nin 32. Maddesi ile 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'a Geçici 6. Madde eklenmiştir. 671 Sayılı KHK ile 1.7.2016 tarihine kadar işlenen suçlarda bazı suçlar kapsam dışında bırakılarak 1 yıl olan denetimli serbestlik süresi 2 yıla çıkartılmıştır. 671 Sayılı KHK'ya göre 1.7.2016 tarihinden önce işlenen reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda denetimli serbestlik süresi 2 yıl olmayacak, 1 yıl olarak uygulanacaktır.

⁵⁵⁷ Demirbaş, s.700

SONUÇ

Olumlu ya da olumsuz, ilk cinsel ilişkinin yankıları, yetişkinlikte belirgin sonuçlar doğurarak ömür boyu hissedilir.⁵⁵⁸ Erken yaşta yaşanan cinsellik utanç, damgalanma, suçluluk hisleriyle özsaygı ve kişisel imgede zedelenmeye yol açabileceği gibi yetişkinlikte başka insanlara güvenmekte ve yakın ilişkiler kurmakta problemler yaşanmasına sebep olabilir.⁵⁵⁹

Bu durumun verdiği tesir meşhur psikanalist Otto Rank'ın mektubunda kendini buruk bir şekilde hissettirmektedir. O. Rank, 1903 yılında yazdığı mektupta, genç yaşta iken ve henüz psikanalitik kuramcılar arasına katılmadığı senelerde, şunları aktarmıştır: ⁵⁶⁰

“.....arkadaşlarımdan biriyle 17 yaşında iken geçirdiğim erotik deneyimim aradan 13 yıl geçtikten sonra bile, belleğimde canlı bir biçimde varlığını sürdürmekte ve bu yüzden kendimi bugün bile lanetlemekteyim. Sahip olduğum olağanüstü öğrenme merakının, bilgiye karşı duyduğum arzusun ve deneye karşı köklü eğilimim ile sonraki yıllarda çekeceğim acının temel taşı, o anda konmuş oldu. O an, aynı zamanda benim mutluluğumun da mezar taşıdır. ”

Erken yaşta cinsel ilişkinin, ileri yaşlarda cinselliğe düşkünlükle ya da cinsellikten uzak durmakla ilişkisi var ve ilk cinsel deneyimini öylesine ya da bilinçli bir şekilde karar vermeden yaşayanlar, yetişkin yıllarında, ilk cinsel deneyimini planlayarak yaşayanlara göre daha az cinsel zekaya sahip oluyor.⁵⁶¹ Yapılan çalışmalar çocukluğunda bir taciz hikayesi olanların yalnızca rastgele ilişkiler yaşamaya eğimli olmadığını, aynı zamanda yetişkinlikte tacize uğrama olasılığının daha fazla olduğunu ortaya koyuyor.⁵⁶²

⁵⁵⁸ Sheree Conrad - Michael Milburn, **Cinsel Zeka**, 1. Basım, İstanbul: Alfa Basım, Ocak 2005, s. 141

⁵⁵⁹ Conrad - Milburn, s.241

⁵⁶⁰ Sedat Topçu, **Cinsel İstismar**, Ankara: Phoenix Yayınevi, Haziran 2009, s. 38 – 39

⁵⁶¹ Conrad -Milburn, s.141

⁵⁶² Ibid., s.148

Birçok durumda kişiler ilk cinsel deneyimini yanlış nedenlerle yaşıyor: katı anne babaya karşı gelmek, anne babanın veremediği sevgiyi partnerde aramak, erkekliği ya da kadınlığı kanıtlamak için arkadaş baskısına yenilmek vb. gibi ve ana veya babası katı ve cezalandırıcı olan kişiler özellikle cinsellik konusunda suçluluk duymaya eğilimli olup, rastgele ilişkiler yaşayarak ebeveynlerine başkaldırırlar.⁵⁶³

Psikologlar, on altı yaşından küçük kişilerin kendinden en az beş yaş büyük biriyle yaşadığı cinsel ilişkiyi cinsel taciz olarak nitelendiriyor ve büyük kimsenin gücünün ve etkisinin, on altı yaşın altında birinin gerçekte baş edebileceğinden fazla olduğunu kabul ediyorlar.⁵⁶⁴

Gençlere sadece teorik ahlak kurallarının anlatılması onların güncel sorunlarına yardımcı olmadığı gibi sadece teorik ahlak kurallarının anlatılması gençlerin ebeveynlerinden uzaklaşmalarına ve yalnız kalmalarına neden oluyor.⁵⁶⁵ Anne babalara önerilen tavsiyeler; çocukların yaşamıyla ilgilenmesi, ne yaptıklarını bilmesi, çocuklarına cinsellik hakkında kendi görüş ve değerlerini anlatması ve çocuklarının kendi cinsel ve duygusal yaşamları hakkında farkındalık ve özerklik duygusu geliştirebilmesine yardım etmeleri gerektiği belirtiliyor.⁵⁶⁶ Çocuklara içgüdülerini dinlemeyi, tercihlerinin, inançlarının ve değerlerinin farkında olmayı, arkadaş baskısı karşısında bu değerlere saygı duymayı öğretmeleri ve çocuklarla iletişim halinde olmaları tavsiye ediliyor.⁵⁶⁷ Hatta ergen çocuklarla cinselliğin duygusal ve sosyal sonuçları, hastalıklar ve üreme biyolojisi dahil olmak üzere cinsellik hakkında her şeyin paylaşılması, diğer anne babalarla da çocuklarının ne tür cinsel davranışlarda bulunduğu konuşulması tavsiye ediliyor.⁵⁶⁸

Anne ve babalar, kendine güven ve saygı duygusuna sahip ve hayır diyebilme cesareti gösteren çocuklar yetiştirmekle, çocuk cinsel istismarının önlenmesinde en

⁵⁶³ Ibid., s. 142, 143

⁵⁶⁴ Ibid., s. 127

⁵⁶⁵ Poroy, s. 116

⁵⁶⁶ Conrad - Milburn, s.358

⁵⁶⁷ Ibid., *Gençlerin büyük çoğunluğu anne babasıyla cinsellik hakkında anlamlı bir konuşma hiçbir zaman yapmadığını söylüyor. Çocuğunuzun cinselliğine koyacağınız katı, aşırı sınırlar, biriyle çıkmasını yasaklamak ve buna benzer şeyler ters tepebilir. Anne babanın kayıtsızlığı ve iletişim yetersizliği çoğunlukla çocukları hazır olmadan cinselliğini yaşamaya iter. Çocuğunuza ders vermeyin. Çocuklarınıza cinsellik hakkında ne düşündüğünü sorun ve dinleyin.*

⁵⁶⁸ Conrad - Milburn s. 363, *Acılı deneyimler sayesinde öğrendiğiniz şeyleri ergen çocuklarınızla paylaşmaktan korkmayın; sizin yaptığınız gibi yapacaklar diye bir şart yok, hatta bu paylaşım onları benzer hatalardan koruyabilir.*

önemli görevi yerine getirmiş olurlar ve müsbet kendilik bilinci farkındalığı istismara karşı durma ve istismarı tanıdıklarına ve ilgililere bildirmelerinde en önemli unsur teşkil eder.⁵⁶⁹

Teknik bilgi olarak ortaokul ve lise dönemlerinde, çok değişik cinsel birleşme tekniklerinin öğretilmesine gerek olmamakla birlikte, cinsel birleşmenin tanımı, ayrıntıları öğretilabilir ve cinsellikle ilgili bilgilerin verilmesi zannedildiği gibi onları hemen cinsel ilişkide bulunmaya yönlendirecek değildir.⁵⁷⁰ Ayrıca özellikle AİDS gibi cinsel yolla bulaşan zührevi hastalıklara dikkat çekilmeli, gebeliğin önlenmesi metotları mutlaka öğretilmelidir.⁵⁷¹

Cinsel istismardan korunmanın en iyi yolu, çocuk ve gençlere sağlık, cinsellik ve güvenlikleri ile ilgili bilgiler aktarmak, kötü muameleye ve istismara maruz kaldıkları durumda çocuk ve gençlerin kendilerini anlayacağına ve koruyacağına inandıkları toplumsal bir ortam oluşturmaktır.⁵⁷² Toplumda cinsel istismarın önlenmesi cinsel istismar mağdurlarına ön yargı ile değil ancak anlayışla yaklaşılması ile mümkün olup, mağdurların suçlandığı ve damgalandığı bir toplum sadece ve sadece cinsel istismarcı sapıklara hizmet eder ve yeni çocuk genç mağdurlar üretilmesine vesile olur.⁵⁷³

Kendilerinin hakları olduğu bilincine sahip, uygunsuz teklif ve yaklaşımların ne anlama geldiğini ve ihtiyaç duyduklarında nereden yardım alabileceklerini bilen, kendilerine güvenen ve korkmayan çocuk ve gençlerin cinsel istismara ve başka saldırılara uğrama ihtimali düşüktür.⁵⁷⁴ Çocuk ve gençlerin, uğradıkları cinsel istismarı korkmadan ve çekinmeden bildirme ve suçluyu şikayet edebilme cesaretine sahip olmaları ve onlara yardıma hazır kurum ve kuruluşların bulunması, cinsel istismar ile mücadelede büyük öneme sahiptir.⁵⁷⁵

⁵⁶⁹ Topçu, s. 345

⁵⁷⁰ Poroy, s. 127

⁵⁷¹ Poroy, s.127 – 128, Conrad – Milburn, s. 148, *Maryland Üniversitesi Prof. Robin Sawyer ve yardımcısı Nancy Gray Smith 371 üniversite öğrencisine soru kitapçığı verildi ve ortaokulda ya da lisede cinsel olarak aktif olmadan önce seks eğitimi almış olan öğrencilerin cinsellik yaşamak için beklediği anlaşıldı.*

⁵⁷² Topçu, s. 344

⁵⁷³ Ibid.

⁵⁷⁴ Ibid., s.345

⁵⁷⁵ Ibid.

Çocuklar kadar Türkiye’de esasen önce ebeveynlerin, öğretmen ve hatta tüm çevrenin cinsel eğitime ihtiyacı olduğu, aksi durumda okulda evrensel düzeyde cinsel eğitim verilse bile eğer yetişkinler eğitimsizse, çocuk ve gençlere cinsellik konusunda dünyayı zindan edecekleri belirtilmiştir.⁵⁷⁶

Çocuk mağdurlar genelde suçluluk ve utanma duygular içinde olup, utanmaları, aile veya toplum korkusu gibi çeşitli nedenlerden kaynaklanmakta ve bu suçlar adli mercilere yansımadaan üzeri örtülebilmektedir. Bu suçların adli mercilere yansımaması suçun işlenmediğinden değil çeşitli sebeplerden gizlenmesinden kaynaklanmaktadır ve gizli kalmış ve istatistiklerde görülmeyen bu suçluluğa siyah sayılar denilmektedir.⁵⁷⁷ Siyah sayıların yüksek olmasının sebebi bu suçların ispatındaki zorluklar ve bu nedenle mağdurun suçu bildirmekten çekinmesinden kaynaklanmaktadır.⁵⁷⁸ Aslında bütün cinsel suçlarda ceza uygulamasının etkisi özellikle mağdur üzerinde sıkıntılara sebep olmakta ve kolluk, şikayetçi kadının intikam alma, gebe kalma korkusu ve civarındaki olumsuz tepkiler nedeniyle uydurma şikayetlerde bulunabileceğini düşünmektedir.⁵⁷⁹

Özellikle kırsal kesimlerde görülen, evlilik öncesi veya evlilik dışı cinsel ilişkide bulunan kadının namus cinayeti adı altında öldürülmesi, evlilik öncesi cinsel ilişki yaşama olasılığını engellemek için kız çocuklarının küçük yaşta evlendirilmesi gibi örnekler toplumun, cinselliğın evlilik kurumu içerisinde yaşanmasına dair ne denli katı kurallara sahip olduğunu kanıtlar niteliktedir.⁵⁸⁰

Çocuklar aile dengesini bozmamak, olayı ört bas etmek, tacizciyi korumak gibi kaygıları taşır ya da anlattıkları sebebiyle haksız yere cezalandırılmaktan korkarlar.⁵⁸¹ Mağdur ve suçlu arasındaki ilişki bağı da mağdurun suçu ihbar etmesini engeller; örneğın mağdur, akrabası veya arkadaşı olan faili küçük düşürmek istemez.⁵⁸² Çocuk,

⁵⁷⁶ Poroy, s.106

⁵⁷⁷ Füsün Sokullu Akıncı, **Viktimoloji (Mağdurbilim)**, 2. Bası, İstanbul: Beta Basım, Mayıs 2008, s. 160

⁵⁷⁸ Ayşe Nuhoglu, “Cinsel Suçları Bildirme Yükümlülüğü”, **İstanbul Barosu Yayınları Kadın Hakları Merkezi 8 Mart 2018 Özel Yayını**, s. 40

⁵⁷⁹ Dönmezer – Yenisey, s. 23

⁵⁸⁰ Kantarcı, s.11

⁵⁸¹ Pınar İlkaracan, Leyla Gülçür, Canan Arın, **Sıcak Yuva Masalı Aile İçi Şiddet ve Cinsel Taciz**, İstanbul: Metis Yayınları, Haziran 1996, s. 144

⁵⁸² Sokullu Akıncı, s. 162 *Bir araştırma, suçlu ve mağdur arasında önceden var olan ilişkilerin şunlar olabileceğini ortaya koymuştur. Mağdur ve suçlunun akrabalık veya kiracılık gibi nedenlerle bir arada*

cezalandırılma korkusu, inanılmama, suçluluk duygusu gibi pek çok nedenlerden şikayette bulunma hususunda gönülsüz veya ürkmüş şekilde davranabilir.⁵⁸³

Bunun ötesinde pek çok çocuk, konuşunca başlarına neler gelebileceğini bilemediklerinden ve ailelerini korumak güdüsüyle yalnızca daha kötü şeylerin olmasını engellemek amacıyla korkarak susmayı tercih edebilirler.⁵⁸⁴

Mağdur yaşadığı cinsel ilişki sebebiyle utanç duygusu içerisinde kendini aşağılanmış hissedebilir, kimsenin hatta ailesinin ya da emniyet birimlerinin kendisine inanmayacağını düşünebilir veya failden korkup çekinebilir. Bu yüzden cinsel suçlar ispatı güç, delillendirilmesi zor ve adli mercilere az intikal eden suçlardır. Özellikle aile içi cinsel istismarların ise ortaya çıkarılabilmesi daha güçtür.⁵⁸⁵ Failin, mağdura yakınlık derecesi arttıkça, suçu dile getirmek ve inandırıcı olmak o oranda zorlaşır.⁵⁸⁶ Çoğu zaman sorun aile içinde, sessizlikle geçirilmeye çalışılır.⁵⁸⁷ Böylesi yakınlar arasında gerçekleşen suçlarda, olayın açığa çıkmasının yaratacağı problemler ve travma, kadını daha sonra işlenen bir suçun mağduru haline de getirebilir.⁵⁸⁸ Mağdur, dövülebilir ve hatta öldürülebilir.

Yargılama aşamasında mağdura karşı yapılan özensiz ve kaba davranışlar ile aslında mağduru koruması gereken kişiler, mağdurların tekrar travma yaşamasına sebep olmakta ve bu husus ikincil viktimizasyon olarak tanımlanmaktadır.⁵⁸⁹

Çocuğun tıbbi muayeneden geçirilmesi, yaşadıklarını defalarca mahkemede anlatmaya mecbur kalması, suçlu kendisiymişçesine ispat yükümlülüğü altında bırakılması, bazen yalancı muamelesi görmesi, çevresindekiler ya da basın tarafından taciz edilmesi yaşamış olduğu travmayı artırıcı etki yaratarak çocuğun bir kez daha mağdur edilmesiyle sonuçlanabiliyor.⁵⁹⁰

oturmaları (%7.9), dostluk veya çocuklar arasındaki arkadaşlık (%9), bir arada çalışma veya komşuluk (%9.7), gençlik kulübü üyeliği (%3.0)

⁵⁸³ David Hamer, "Gecikmelere Bakış: Çocuğa Cinsel Saldırı Davalarında Adli Dezavantaj", Çev: Ramazan Akcan, **Küresel Bakış**, Yıl 3, S. 8, Ocak 2013, s. 4

⁵⁸⁴ İlkkaracan – Gülçür - Arın, s. 145

⁵⁸⁵ Oğuz Polat, **Klinik Adli Tıp Adli Tıp Uygulamaları**, 4. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2009, s. 158

⁵⁸⁶ Yalçın Sancar, **Türk Ceza Hukukunda Kadın**, 2013

⁵⁸⁷ Yenerer Çakmut, 2016

⁵⁸⁸ Yalçın Sancar, **Türk Ceza Hukukunda Kadın**, 2013

⁵⁸⁹ Sokullu Akıncı, s.2-3

⁵⁹⁰ İlkkaracan – Gülçür - Arın, s.140

Bu konuda çalışma yapan danışman, eğitimci ya da kuruluşlar kadar, adalet mekanizmasında çalışan kişilerin de özel bir eğitime ve uzmanlığa gereksinimleri vardır.⁵⁹¹ Mağdurun ikincil mağduriyet yaşamaması adına yargılamada görev alan polis, avukat, hakim, savcı, sosyal çalışmacı psikolog, adli görüşmeci gibi çocuklarla ilgili çalışan birimler dönemsel olarak özel eğitime tabi tutulmalıdırlar.

Mağdurun suç sonrasında da ortaya çıkan ekonomik, sosyal ve psikolojik ihtiyaçlarının giderilmesi ve ceza yargılaması esnasında ikinci kez mağduriyet yaşamamasının engellenmesi gerekmektedir.⁵⁹²

Çocuklara karşı işlenen suçlar onlar üzerinde kalıcı etkiler bırakabildiğinden çocuk mağdurların daha fazla ve özel olarak korunması, haklarının teminat altına alınması, onların belki de mümkün olduğu kadar ceza muhakemesi usullerinden uzak tutulması, olayı bir kez daha yaşamamasının dolayısıyla ikinci kez mağdur olmasının önüne geçilmesi gerekmektedir.⁵⁹³

Davalar hızlandırılarak süreleri kısaltılmalı, özellikle çocuklar için bekleme süresi altı ayı aşmamalı; polis, savcılık ve mahkeme arasındaki işbirliği tekrarlanan sorgulamaları önleyecek şekilde olmalıdır.⁵⁹⁴

Çocuk cinsel suç dosyaları gizli tutulmalı, mağdurun korunması açısından ileriki aile ve iş hayatında da örselenmemeleri için dava dosyaları gizlilikle saklanmalıdır.

Çocuk cinsel suç faillerinin adli mercilerde kayıtlı olan bir veri sistemine kaydı suçun önlenmesi açısından düşünülebilir. Adli merciler, okullar ve çocuklarla ilgili kurumların görüntüleyebileceği bir sicil kaydı oluşturulması suçla mücadele için

⁵⁹¹ Ibid., s. 142 *Almanya’da çocuklara yönelik cinsel taciz konusunda çalışmalar yapan belli başlı ve öncü kurumlardan biri olan Wildwasser’e başvuran 294 kız çocuk ve genç kadınla yaptıkları araştırmanın sonuçlarına dayanarak yasal alanda yapılmasını önerdikleri değişikliklere ilişkin sonuçlardır.*

⁵⁹² Asuman Aytekin İnceoğlu, “Ceza Hukukunda Mağdur Hakları Çerçevesinde Mağdurun Zararının Devlet Tarafından Giderilmesi ve Suç Mağdurlarına Yardım Hakkındaki Kanun Tasarısının Değerlendirilmesi”, **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.11, Sayı: 141 – 142, Mayıs-Haziran 2016 s. 17

⁵⁹³ Evik, s. 112- 113

⁵⁹⁴ İlkaracan – Gülçür – Arın, s. 141

düşünülebilecek bir yöntemdir. Çocuklara karşı cinsel suç işlemiş kişiler çocuklarla ilgili işlerde çalıştırılmamalıdır.⁵⁹⁵

Suçun suç olarak kanun metninde yer alması gerekliliği kanun koyucu tarafından düşünülüyorsa madde metnindeki belirsizlikler giderilmeli ve maddenin tekrar düzenlenmesi gerekmektedir. 6545 Sayılı Kanun ile getirilen değişiklikler ve eklenen fıkralar madde metnindeki sorunları çözmede başarılı olamamıştır. Öncelikle madde başlığı ve madde metni içindeki çelişki giderilmeli ve suçun 15-18 yaş aralığındaki çocuklar için mi yoksa reşit olmayan çocuklar için mi düzenlendiği netleştirilmelidir. Bu belirleme yapılırken evlilik yoluyla reşit olan çocukların durumları da göz önünde bulundurulmalıdır. Cinsel ilişki tanımındaki belirsizlik giderilmeli ve cinsel ilişki kavramına ilave olarak sair cisim veya organ sokulması da madde metninde yer almalıdır. Cebir, tehdit ve hile araç unsurları yerine mağdurun rızası terimine yer verilmelidir. Madde metninde şikayet hakkının mağdur tarafından kullanılacağı açıkça düzenlenmelidir. Enseste rıza olmayacağından maddenin nitelikli hali olarak düzenlenen fıkraların ayrı bir madde kapsamında düzenlenmesi gerekmektedir.

Suçun suç olarak kanun metninde yer almasına gerek olmadığı düşünülüyorsa rıza yaşı Medeni Kanun'a uygun şekilde 16 yaşa yükseltilmeli ve çocuğun üzerinde nüfuz sahibi kişilerle gerçekleştireceği cinsel ilişki yaşı ise 18 olarak düzenlenmelidir.

Tüm bu çabaların üstünde, çocukların cinsel istismara uğramalarının önlenmesi toplumsal koşulların oluşturulması ile olanaklı olup, insana değer vermeyen, adaletsiz ve kişinin yaptığı için yanına kar kaldığı yozlaşmış bir toplumda, insan olmaktan uzak bu kimseler, çocuklara, kadınlara, engellilere ve nihayet mutsuz ve şanssız kişilere, kötü niyetlerle yaklaşmaya ve bu amaçlarına göre davranmaya daima fırsat ve cesaret bulacaklardır.⁵⁹⁶

Toplumumuzu şekillendirecek olan çocuklarımızın sağlıklı, özgüvenli, kişilik sahibi olarak yetişmesi önemli olup, sorunun çözümü sadece kanunlarda değişiklik ve

⁵⁹⁵ Sokullu Akıncı, s. 361

⁵⁹⁶ Topçu, s. 345

düzenlemeler yaparak gerçekleşmeyecek, bilinçlendirmek için öncelikle hem çocuklara hem de topluma eğitim ve aydınlatma gerekecektir.⁵⁹⁷

Çocukların istismardan korunduğu, erken yaşta evliliklerin önüne geçildiği, gençlerin ve ebeveynlerin cinsellik konusunda bilinçli oldukları, farkındalığı yüksek bir toplum olmamız temennisiyle, çocukların üstün yararının korunduğu bir dünya umarak, çalışmamızın uygulamacılara faydası olmasını dilerim.



⁵⁹⁷ Yenerer Çakmut, 2016

KAYNAKÇA

- AKSAKAL Enver**, Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, in: İstanbul Barosu Dergisi Cilt:88, Sayı:2, Yıl:2014, (s.257 – 275)
<https://www.istanbulbarosu.org.tr/files/yayinlar/dergi/doc/19.pdf>,
 Erişim tarihi: 13.01.2019
- ARSLANTÜRK Mustafa**, Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar, 3. Baskı, Seçkin, Ankara 2017
- ARTUÇ Mustafa**, Kişilere Karşı Suçlar, 2. Baskı, Adalet Yayınları, Ankara 2008
- ARTUK Emin/GÖKCEN Ahmet/YENİDÜNYA Caner**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 15. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2015
- AYRAL Fatma**, Çocukların Cinsel İstismarı ve Bu Suçla Mücadele, Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2010
- AYDIN Murat**, Çocukların Cinsel İstismarı ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2014
- BAYTEMİR Erdal**, Açıklamalı – İctihatlı Cinsel Dokunulmazlığa, Kişi Hürriyetine ve Genel Ahlakı Karşı Suçlar, Adalet Yayınevi, Ankara 2007
- BELZ Emily**, A Ring by Spring, 2017
https://world.wng.org/2017/08/a_ring_by_spring, Erişim tarihi: 12.09.2018
- BENEDET Janine**, The Age of Innocence: A Cautious Defense of Raising The Age of Consent in Canadian Sexual Assault Law, 2010
https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/bufcr13&div=37&g_sent=1&casa_token=&collection=journals, Erişim tarihi: 14.09.2018
- BEYAZIT Özgür**, Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, İstanbul 2010
<http://www.kazanci.com/kho2/hebb/giris.htm>, Erişim tarihi: 27.11.2017
- BOZBEYOĞLU ÇAVLİN Alanur**, Türkiye’de Enstest Sorununu Anlamak, 2009
<http://www.nd.org.tr/images/other/282.pdf>, Erişim tarihi: 16.09.2018
- CARD Richard/CROSS Rupert/JONES Philip Asterley**, Criminal Law, 19th edition, Oxford University Press, 2010
- CARPENTER Belinda/O’BRIEN Erin/HAYES Sharon/DEATH Jodi**, Harm, Responsibility, Age and Consent, 2014
https://www.researchgate.net/publication/267329359_Harm_Responsibility_Age_and_Consent, Erişim tarihi: 16.09.2018
- CONRAD Sheree/MILBURN Michael**, Cinsel Zeka, Alfa, İstanbul 2005
- ÇAKMUT YENERER Özlem**, Cinsel Şiddet Mağduru Çocuk Kavramı ve Türk Ceza Kanunu’nun Çocuğa Yönelik Cinsel Şiddet Düzenlemelerine Genel Bakış, 2016
<http://dergipark.gov.tr/download/article-file/274327>, Erişim tarihi: 17.03.2018

ÇALIŞKAN Suat, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar ve Cinsel Amaçlı Hürriyetten Yoksun Kılma Suçu, Adalet Yayınevi, Ankara 2013

DEMİRBAŞ Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11. Baskı, Seçkin, Ankara 2016

DONAY Süheyl, Türk Ceza Kanunu Şerhi, Beta, İstanbul 2007

DÖNMEZER Sulhi, Ceza Hukuku Hususi Kısım Umumi Adab ve Aile Nizamı Aleyhinde Cürümler, 3. Bası, İstanbul Üniversitesi Yayınları No. 258 Hukuk Fakültesi No.55, İstanbul 1961

DÖNMEZER Sulhi, Umumi Adab ve Aile Nizamı Aleyhinde Cürümler, İstanbul Üniversitesi Yayınları No. 258 Hukuk Fakültesi No.55, İstanbul 1950

DÖNMEZER Sulhi/YENİSEY Feridun, Ceza Hukukunun Güncel Kaynakları C I 1- Cinsel ve Cinselliğe İlişkin Suçlarda Yeni Trentler, Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları İstanbul 2003

DURSUN Selman, Türk Ceza Hukuku'nda Cinsel Suçlara Genel Bir Bakış, 2014

<http://www.selmandursun.com/wp-content/uploads/sdursun-cinsel-suclar.pdf>, Erişim tarihi: 05.06.2018

EREM Faruk/TOROSLU Nevzat, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Ders Kitabı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No. 321, Ankara 1973

ERCAN İsmail, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 8. Baskı, XII Levha, İstanbul 2013

EROL Haydar, Türk Ceza Kanunu Gerekçeli ve Açıklamalı, Yayın Matbaacılık, Ankara 2010

EVİK, Vesile Sonay, Ceza Muhakemesinde Çocuk Mağdurların Hakları, in: Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:12 Sayı:151-152, Mart – Nisan 2017, (s. 69 – 115)

GERÇEKER Hasan, Türk Ceza Kanunu Cilt 1, 3. Baskı, Seçkin, Ankara 2017,

<https://ws1.turcademy.com/ww/webviewer.php?doc=5907>, Erişim tarihi 27.09.2018

GROUPNER Helmut, Sexual Consent: The Criminal law in Europe and overseas, 2000

<https://link.springer.com/content/pdf/10.1023%2FA%3A1001986103125.pdf>, Erişim tarihi: 27.08.2018

GÜNDEL Ahmet, Yeni Türk Ceza Kanunu Açıklaması II. Cilt, Madde 53-125, Ankara 2009

GÜNDÜZ Remzi, Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, Bilge Yayınevi, Ankara 2017

HAMER David, Gecikmelere Bakış: Çocuğa Cinsel Saldırı Davalarında Adli Dezavantaj, çev. Ramazan Akçan, in: Küresel Bakış, Yıl 3, Sayı 8, Ocak 2013, (s.1-30)

HAFIZOĞULLARI Zeki, Beşeri Cinsellik, 2004

<http://www.baskent.edu.tr/~zekih/uygulamaci/cinselsuclar.doc>, Erişim tarihi: 11.02.2018

HAFIZOĞULLARI Zeki/ÖZEN Muharrem, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar, 5. Baskı, U.S.A. Yayıncılık, Ankara 2016

ISIR BARANSEL Aysın, Adli Hekimlikte Yaş Tayini, 2009

http://www.klinikgelisim.org.tr/eskisayi/klinik_2009_22/18.pdf, Erişim tarihi: 17.09.2018

İLKARACAN Pınar/GÜLÇÜR Leyla/ARIN Canan, Sıcak Yuva Masalı Aile İçi Şiddet ve Cinsel Taciz, Metis Yayınları, İstanbul 1996

İNCEOĞLU AYTEKİN Asuman, Ceza Hukukunda Mağdur Hakları Çerçevesinde Mağdurun Zararının Devlet Tarafından Giderilmesi ve Suç Mağdurlarına Yardım Hakkındaki Kanun Tasarısının Değerlendirilmesi, in: Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt :11 Sayı: 141 – 142 Mayıs Haziran 2016 (s. 9 – 46)

KANBUR Mehmet Nihat, “6545 S. Kanun Değişiklikleri Çerçevesinde Türk Ceza Kanunu’nda Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu”, 2014

<http://hukuk.deu.edu.tr/wp-content/uploads/2015/09/NIHAT-KANBUR.pdf>, Erişim tarihi, 14.04.2019

KANTARCI Nurullah, Türk Ceza Hukukunda Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, Adalet Yayınevi, Ankara 2016

KARAKUŞ Hatice, Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçunda Şikayet Hakkı, 2012

<http://www.ankarabarusu.org.tr/siteeler/ankarabarusu/hgdmakale/2012-2/24.pdf>, Erişim tarihi: 01.12.2017

KARTAL MEMİŞ Pınar, Türk Ceza Hukuku’nda Çocukların Cinsel İstismarı, D&R Yayınları, İstanbul 2014

KARTAL MEMİŞ Pınar, Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, İstanbul 2016

<http://www.kazanci.com/kho2/hebb/giris.htm>, Erişim tarihi: 27.11.2017

KİZİROĞLU KESKİN Serap, Türk Ceza Kanunu’nda Kadına İlişkin Düzenlemeler ve Cinsel Suçlar, İstanbul 2008

<http://www.kazanci.com/kho2/hebb/giris.htm>, Erişim tarihi: 01.04.2018

KOCA Mahmut/ÜZÜLMEZ İlhan, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Adalet Yayınevi, Ankara 2013

KÖKSAL ATACAN, Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, Ankara 2015

<http://www.kazanci.com/kho2/hebb/giris.htm>, Erişim tarihi: 01.12.2017

MALKOÇ İsmail, Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar, Malkoç Kitabevi, Ankara 2009

MORRIS Desmond, Hayvansı İnsan - İnsan Soyuna Kişisel Bir Bakış, İnkılap Kitabevi, İstanbul 1997

NUHOĞLU Ayşe, Cinsel Suçları Bildirme Yükümlülüğü, İstanbul Barosu Kadın Hakları Merkezi 8 Mart 2018 Özel Yayını, (s. 40 – 44)

NUHOĞLU Ayşe, Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, Kadın Hakları Adli Yardım Eğitim Seminerleri, İstanbul Barosu Yayınları, 2018 (s.109-145)

ÖNDER Ayhan, Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler, Beta, İstanbul 1985

ÖZBEK Veli Özer/DOĞAN Koray/BACAKSIZ Pınar/TEPE İlker, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 12. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017

ÖZBEK Veli Özer/KANBUR Nihat/DOĞAN Koray/BACAKSIZ Pınar/TEPE İlker, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2010

ÖZEL Cevat, İçtihatlı Türk Ceza Kanunu, Arion Yayınevi, İstanbul 1995

ÖZEN Mustafa, Ceza Hukuku Özel Hükümler Dersleri, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2017

PARIS Ghislaine, Cinselliğin Önemi - Arzuya Yeniden Kavuşmak, Ayrıntı Yayınları, İstanbul 2016

PARLAK Uğur/KIRAT Emrah, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, www.taa.gov.tr/dosya/cinsel_dokunulmazlik_sunum.pptx, Erişim tarihi: 17.02.2018

PARLAR Ali/BANKO Meltem, 6545 Sayılı Kanun ile Yapılan Değişiklikler Çerçevesinde Cinsel Suçlar, Adalet Yayınevi, Ankara 2014

PARLAR Ali/HATİPOĞLU Muzaffer, Türk Ceza Kanunu Yorumu (Madde 1-140), I. Cilt, Ankara 2007

POLAT Oğuz, Tüm Boyutlarıyla Çocuk İstismarı, 2. Baskı, Seçkin, Ankara 2017

POLAT Oğuz, Klinik Adli Tıp Adli Tıp Uygulamaları, 4. Baskı, Seçkin, Ankara 2009

POROY Akif, Cinsellik El Kitabı, Alfa Yayın, İstanbul 2006

SANCAR YALÇIN Türkan, “Çocuk İstismarı” ve Türk Ceza Kanunu, Doç. Dr. Türkan Yalçın Sancar, in: Güncel Hukuk, Nisan 2008, (s.12 – 16)

SANCAR YALÇIN Türkan, Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Zincirleme Suç, in: TBB Dergisi, Sayı 70, 2007, (s. 244 – 259)

SANCAR YALÇIN Türkan, Türk Ceza Kanunu Tasarısının (2000) Bazı Hükümleri Hakkında Düşünceler, 2004

<http://www.kazanci.com/kho2/hebb/giris.htm>, Erişim tarihi: 14.08.2018

SANCAR YALÇIN Türkan, Türk Ceza Hukukunda Kadın, Seçkin, Ankara 2013,

<https://ws1.turcademy.com/ww/webviewer.php?doc=823>, Erişim tarihi: 27.09.2018

SAVAŞCI Bilgehan, Çocukların Cinsel İstismarı Suçu, Legal, İstanbul 2012

SAYIN Ümit, Cinselliğin Farklı Boyutları, Yol Yayınları, İstanbul 1993

SEVÜK YOKUŞ Handan, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Saldırı ve Cinsel Taciz Suçları, in: TBB Dergisi, Sayı 57, 2005 (s.243 – s. 281)

SOKULLU AKINCI Füsün, Viktimoloji (Mağdurbilim), 2. Bası, Beta, İstanbul 2008

SOYASLAN Doğan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 11. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2016

SOYSAL Tamer, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 104/II Maddesinin Anayasa’ya Aykırılığı Savıyla Anayasa Mahkemesi’ne Başvuru ve Bir Değerlendirme, in: Legal Hukuk, Yıl:3 Sayı: 36, Aralık 2005, (s. 4235 – 4242)

ŞAHİN Cihan, Küçüklerin Şikayet ve Şikayetten Vazgeçme Hakkı, in: TAAD, Yıl:5, Sayı: 16, Ocak 2014, (s.291 – 318),

<https://docplayer.biz.tr/17220356-Kucuklerin-sikayet-ve-sikayetten-vazgecme-hakki-dr-cihan-sahin.html>, Erişim tarihi: 27.09.2018

ŞAHİN EKİCİ Meral, Ceza Hukukunda Rıza, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2012

ŞEN Ersan, Türk Ceza Kanunu Yorumu Cilt:I (Madde 1- Madde 140), Vedat Kitapçılık, İstanbul 2006

ŞEN Ersan, Yorumluyorum – XII, Seçkin, Ankara 2016 (s.257 – 261)
<https://ws1.turcademy.com/ww/webviewer.php?doc=1379>, Erişim tarihi, 27.09.2018

TANER Fahri Gökçen, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, 2. Baskı, Seçkin, Ankara 2017

TANERİ Gökhan, Cinsel Suçlar, 2. Baskı, Bilge Yayınevi, Ankara 2015

TEZCAN Durmuş/ERDEM Mustafa Ruhan/ÖNOK R. Murat Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 13. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016

TOPÇU Sedat, Cinsel İstismar, Phoenix Yayınevi, Ankara 2009

TOROSLU Nevzat, Ceza Hukuku Özel Kısım, Savaş Yayınevi, Ankara 2012

TUĞRUL Ahmet Ceylani, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar ve Ensest İlişkiler, Ankara 2010

ÜNVER Yener, “Türk Maddi Ceza Hukukunda Cinsel Suçların Eleştirisel Olarak İncelenmesi”, II. Türkiye – Slovenya Uluslararası Hukuk Sempozyumu “Cinsel Suçlar ve Evlilik Hukuku” Sempozyum Kitabı içinde, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2014, (s.23-60) (Cinsel Suçların Eleştirisel Olarak İncelenmesi)

ÜNVER Yener, “Cinsel Dokunulmazlığa ve Genel Ahlaka Karşı Suçlar”, Sempozyum Türk Ceza Kanununun 2 Yılı Teori ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar Kitabı içinde, Türk Ceza Hukuku Derneği Yayınları:10, İstanbul 2008, (s.294-342) (Cinsel Dokunulmazlığa ve Genel Ahlaka Karşı Suçlar)

ÜNVER Yener/HAKERİ Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, 12. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2016

VURALDOĞAN Kemal, Cinsel Özgürlük Üzerine, 2006

<http://www.kazanci.com/kho2/hebb/giris.htm>, Erişim tarihi: 27.03.2018

YAŞAR Osman/GÖKCAN Hasan Tahsin/ARTUÇ Mustafa, Türk Ceza Kanunu Madde 86 -146, Cilt:3, Adalet Yayınevi, Ankara 2010

YENİDÜNYA Caner/YAŞAR Yusuf, Kastrasyon Cinsel Suç Faillerine Uygun Bir Yaptırım mıdır? 2013

<http://www.kazanci.com/kho2/hebb/giris.htm>, Erişim tarihi: 04.03.2019

YENİSEY Feridun/NUHOĞLU Ayşe, Yeni Ceza Adalet Sistemi Giresun Semineri Bahçeşehir Üniversitesi IGUL Yayınları No:3, İstanbul 2004

YILDIRIM Ali/ÇETİN İlhan/ÖZER Erdal/GÜMÜŞ Burak, Adli Tıp Anabilim Dalına 2006 – 2010 Yılları Arasında Yaş Tayini İçin Başvuran Olguların Değerlendirilmesi, 2011

<http://dergipark.gov.tr/download/article-file/81911>, Erişim tarihi: 18.09.2018

YILDIZ Ali Kemal, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Seminer Notları, Açıklamalar, Değerlendirmeler, Öğretiden Görüşler ve Yargıtay Kararları, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2007

YURTCAN Erdener, Türk Ceza Kanunu ve Yorumu, Yeni TCK’nın Yürürlük ve Uygulama Yasası, 2. Bası, Kazancı Hukuk, İstanbul 2006

YURTCAN Erdener, Yargıtay Kararları Işığında Cinsel Suçlar, 3. Baskı, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2018

ZUA Guangxing/AA VAN DER Suzan, “A Comparison of the gender-specificity of age of consent legislation in Europe and China: Towards a gender – neutral age of consent in China?”, 2017

https://www.researchgate.net/publication/319088470_A_comparison_of_the_gender-

[specificity of age of consent legislation in Europe and China Towards a gender-neutral age of consent in China](#), Erişim tarihi: 27.08.2018

İNTERNET SİTELERİ

<http://www.adlisicil.adalet.gov.tr/adliarsiv.html>
<http://www.anayasa.gov.tr>
<https://www.ageofconsent.net>
<https://www.cga.ct.gov/2003/olrdata/jud/rpt/2003-R-0376.htm>
<https://www.criminaldefenselawyer.com/resources/new-york-statutory-rape-laws.htm>
<http://www.kazanci.com>
<http://www.koruyucuaile.gov.tr>
<https://www.legislation.gov.uk>
<https://www.tbmm.gov.tr>
<https://www.theweek.co.uk/92121/ages-of-consent-around-the-world>

KANUN TASLAĞI ÇALIŞMALARI

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Cinsel İstismarı Kliniği Öğrencileri Tarafından Hazırlanan TCK'nın "Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar" ve "Aile Düzenine Karşı Suçlar" Bölümleri Hakkında Kanun Taslağı; in : TBBD., Sayı:122, Yıl:2016, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2016-122-1553>

ANONİM ESERLER

Türk Ceza Kanunu Reformu Birinci Kitap Panel 21 – 22 Mayıs 2004
 Ankara Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 68,
<http://tbbyayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/tck-reformu-1.pdf>

ÖZGEÇMİŞ

Ceren Soner Baykal, 11 Şubat 1986 tarihinde Çorlu'da doğdu. Orta ve lise öğrenimini Çorlu Mehmet Akif Ersoy Anadolu Lisesi'nde tamamladı. 2004 yılında Bahçeşehir Üniversitesi'nde ÖSYM burslu olarak lisans eğitimine başladı, 2009 yılında yüksek onur öğrencisi olarak mezun oldu. 2011 yılında Galatasaray Üniversitesi'nde Kamu Hukuku yüksek lisans eğitimine başladı.

2010 yılında İstanbul Barosu üyesi olan Ceren Soner Baykal, 2017 yılına kadar çeşitli şirketlerde şirket avukatı olarak görev almış olup, 2017 yılından beri ise bağımsız olarak avukatlık mesleğini icra etmektedir.



TEZ ONAY SAYFASI

Üniversite : T.C. GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ
Enstitü : SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
Hazırlayanın Adı Soyadı : Ceren SONER BAYKAL
Tez Başlığı : Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu
Savunma Tarihi : 12/06/2019
Danışmanı : Doç. Dr. Vesile Sonay EVİK

JÜRİ ÜYELERİ

Unvanı, Adı Soyadı

İmza

Doç. Dr. Vesile Sonay EVİK

Doç. Dr. Pınar MEMİŞ KARTAL

Doç. Dr. Güçlü AKYÜREK

Enstitü Müdürü

Prof. Dr. M. Yaman ÖZTEK