

T.C.

YALOVA ÜNİVERSİTESİ

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

**UYGULAMAYA BAKAN YÖNLERİYLE REŞİT OLMAYANLA CİNSEL
İLİŞKİ SUÇU**

YÜKSEK LİSANS TEZİ
Ömer Faruk KESER

Enstitü Anabilim Dalı: KAMU HUKUKU
Enstitü Bilim Dalı: KAMU HUKUKU

Tez Danışmanı: Dr. Öğr. Üyesi Can CANPOLAT

KASIM 2019

T.C.
YALOVA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

UYGULAMAYA BAKAN YÖNLERİYLE REŞİT OLMAYANLA CİNSEL
İLİŞKİ SUÇU

YÜKSEK LİSANS TEZİ
Ömer Faruk KESER (187211013)

Enstitü Anabilim Dalı: KAMU HUKUKU
Enstitü Bilim Dalı: KAMU HUKUKU

Bu tez/....../.... tarihinde aşağıdaki jüri tarafından oybirliği/oyçokluğu ile kabul edilmiştir.

	Adı SOYADI	Kanaati			İmza
Jüri Başkanı (Danışman)		☐ Kabul	☐ Düzeltme	☐ Ret	
Jüri Üyesi		☐ Kabul	☐ Düzeltme	☐ Ret	
Jüri Üyesi		☐ Kabul	☐ Düzeltme	☐ Ret	

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
YÜKSEK LİSANS/DOKTORA İNTİHAL YAZILIM RAPORU
BEYAN BELGESİ

Tez Başlığı: Uygulamaya Bakan Yönleriyle Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu

Yukarıda başlığı belirtilen tez çalışmamın toplam sayfalık kısmına ilişkin aşağıda belirtilen filtrelemeler uygulanarak alınmış olan ve...../...../ tarihinde aşağıda ismi yazılı araştırma görevlisi tarafından şahsıma iletilen..... intihal tespit programı raporuna göre tezimin benzerlik oranı %.....'tır.

Uygulanan filtrelemeler:

1. Kaynakça hariç,
2. Alıntılar dâhil,
3. 5 kelimeden daha az örtüşme içeren metin kısımları hariç.

Bu bilgiler doğrultusunda tez çalışmamın herhangi bir intihal içermediğini; aksinin tespiti halinde doğabilecek her türlü hukuki sorumluluğu kabul ettiğimi ve yukarıda vermiş olduğum bilgilerin doğru olduğunu beyan ederim.

Gereğini saygılarımla arz ederim.

İmza

Adı Soyadı : Ömer Faruk KESER

Öğrenci Numarası : 187211013

Ana Bilim Dalı : Kamu Hukuku

Programı : Kamu Hukuku

Türü : () Proje (X) Yüksek Lisans Tezi () Doktora Tezi

Danışman
(Adı Soyadı, İmzası, Tarih)

ÖNSÖZ

Uygulamaya bakan yönleriyle Reşit Olmayanla Cinsel İlişki suçu başlıklı bu çalışma Yalova Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı bünyesinde bir yüksek lisans tezi olarak hazırlanmıştır.

Cinsellik kavramının ve cinsel özgürlüğün sınırlarının çocuklar özelinde somutlaşmasının önemini bu tezle bir kez daha vurgulamak amacı içerisindeyiz.

Her çocuk doğru yönlendirildiği ve yetiştirildiği takdirde içinde bulunduğu toplumun kurtuluşudur anlayışıyla, çocukların; her hal ve şartta üstün yararının düşünülmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Ülkemizde son yıllarda artış gösteren çocukların rızası olmaksızın, cinsel dokunulmazlıklarına yönelen istismar eylemleri ile henüz rıza beyanının önemini kavramayacak yaş ve gelişim düzeyinde olup cinsel davranışların muhatapı olan çocukların ilgili suç ve yaptırım bağlamında irdelenmesi ve çocukların tüm alanlardaki gelişimlerinin örselenmemesinin mutlak kural olması gerektiği hususu bizi böyle bir çalışmaya yönlendirmiştir.

Daha önce Cumhuriyet Savcısı olarak Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar Soruşturma Bürosunda görev yapmış olmam ve uygulamada karşılaştığım, akıbeti itibariyle derin üzüntü duyduğum olaylar da böyle bir çalışma konusunda eksiklere işaret edebilmek adına şahsıma yol gösterici olmuşlardır.

Uygulamada istisnai bir suç olarak ihdas edilen Reşit Olmayanla Cinsel İlişki suçunun tahkikatında (soruşturma ve kovuşturmasında) sıklıkla Çocukların Cinsel İstismarı suçuyla karıştırıldığı gözlemlenmektedir. Bizim en önemli amaçlarımızdan bir tanesi de her iki suç tipinin farklılıklarını tam olarak ortaya koyabilmektir.

Öncelikle yardımları ve yol göstericiliği için kıymetli hocam Dr. Öğretim Üyesi Can Canpolat'a çok teşekkür ederim.

İngilizce makalelerin çevirisi konusunda desteklerini benden esirgemeyen kıymetli eşim Merve Keser'e de ayrıca teşekkür ederim.

Son olarak bugünlere gelmemde çok büyük emekleri olan ve evlatları olmaktan gurur duyduğum anne ve babama sonsuz teşekkür ederim.

Ömer Faruk KESER

İÇİNDEKİLER

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ YÜKSEK LİSANS/DOKTORA İNTİHAL YAZILIM RAPORU BEYAN BELGESİ.....	i
ÖNSÖZ	ii
İÇİNDEKİLER	iii
KISALTMALAR LİSTESİ.....	vii
Yalova Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tez Özeti.....	viii
Yalova University Institute of Social Sciences Master Thesis Summary	ix
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

KAVRAMSAL ÇERÇEVE, TARİHSEL GELİŞİM VE MUKAYESELİ HUKUKTA SUÇUN DÜZENLENİŞİ

1.1. Cinsellik Kavramı.....	4
1.2. Çocuk Kavramı.....	5
1.2.1. Uluslararası Metinlerde Çocuk Kavramı	6
1.2.1.1. Cenevre Çocuk Hakları Bildirisi.....	7
1.2.1.2. Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme.....	7
1.2.1.3. Çocuk Suçluluğunun Önlenmesine İlişkin Birleşmiş Milletler Yönlendirici İlkeleri (Riyad İlkeleri).....	8
1.2.1.4. Çocuk Adalet Sisteminin Uygulanması Hakkında Birleşmiş Milletler Asgari Standart Kuralları (Pekin Kuralları).....	8
1.2.1.5. Avrupa Konseyi Çocukların Cinsel İstismar ve Sömürüye Karşı Korunması Sözleşmesi (Lanzarote Sözleşmesi).....	9
1.2.2. Ulusal Metinlerde Çocuk Kavramı	9
1.2.2.1. Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Çocuk Kavramı	9
1.2.2.2. Çocuk Koruma Kanunu Kapsamında Çocuk Kavramı	10
1.2.2.3. Türk Ceza Kanunu Kapsamında Çocuk Kavramı.....	10
1.2.2.4. Türk Medeni Kanunu Kapsamında Çocuk Kavramı.....	10
1.3. Cinsel Özgürlük Kavramı ve Anayasal Temelleri.....	11
1.4. Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlarla Mücadele Kapsamında Avrupa da Gelişen Hukuk Sistemlerindeki Değişimler	11
1.4.1. Genel Olarak.....	11
1.4.2. Yabancı Ülkelerde Suçun Düzenlenişi	12
1.4.2.1. Almanya	12
1.4.2.2. Fransa	13

1.4.2.3.	Çin.....	13
1.4.2.4.	İngiltere	14
1.4.2.5.	İtalya.....	14
1.4.2.6.	İspanya	15
1.4.2.7.	Kanada	15
1.5.	Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçunun Türk Hukukundaki Tarihi Gelişimi .	15
1.5.1.	765 Sayılı Türk Ceza Kanunu Dönemi.....	17
1.5.2.	5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Dönemindeki Düzenleme	19
1.5.2.1.	2000 Tarihli Türk Ceza Kanunu Tasarısı.....	20
1.5.2.2.	Adalet Alt Komisyonunda Kabul Edilen Metin.....	21
1.5.2.3.	6545 Sayılı Türk Ceza Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun İle Düzenlenen Metin	21
1.5.2.4.	Anayasa Mahkemesi'nin 23/11/2005 Tarihli 2005/103 Esas ve 2005/89 Karar Sayılı Kararı ile İptal Edilen Hüküm (Failin Mağdurdan 5 Yaş Büyük Olması Hali).....	22

İKİNCİ BÖLÜM

REŞİT OLMAYANLA CİNSEL İLİŞKİ SUÇU

2.1.	Genel Olarak	24
2.2.	Korunan Hukuksal Değer	25
2.3.	Suçun Unsurları.....	27
2.3.1.	Suçun Maddi Unsurları.....	27
2.3.1.1.	Fail	27
2.3.1.1.1.	Failin Cinsiyeti Açısından Doktrindeki Tartışmalar ve Yargı Kararları	28
2.3.1.1.2.	Failin Yaşı ve Kanuni Yollarla Erginliğini Kazanmış Olması Açısından Doktrindeki Tartışmalar ve Yargı Kararları	30
2.3.1.1.3.	15-18 Yaş Aralığında Bulunan ve Her İkisi de Reşit Olmayan Çocukların Rızaları ile Cinsel İlişkiye Girmeleri Halinde, Fail ve Mağdura İlişkin Tartışmalar.....	32
2.3.1.1.4.	TCK Madde 104/2'de Öngörülen Özgü Faillik Hali	34
2.3.1.1.5.	TCK Madde 104/3'de Öngörülen Özgü Faillik Hali	34
2.3.1.2.	Mağdur	34
2.3.1.2.1.	Mağdurun Cinsiyeti ve Yaşı	35
2.3.1.2.2.	Mağdurun Yargı Kararıyla veya Evlenme Yoluyla Reşit Sayılması Hali.....	36

2.3.1.2.3. Mağdurun, Fiilin Hukuki Anlam ve Sonuçlarını Algılama Yeteneği	38
2.3.1.3. Fiil	42
2.3.1.3.1. Cinsel İlişki	43
2.3.1.4. Suçun Konusu	48
2.3.2. Suçun Manevi Unsuru	48
2.3.3. Hukuka Aykırılık Unsuru	49
2.3.3.1. Rıza	49
2.3.3.1.1. Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçunda Rıza	50
2.3.3.1.2. Bir İrade Beyanı Olarak Rızanın Varlığı ve Kabulü Sorunu	52
2.3.3.1.3. Rızanın Geçerli Olabilmesi İçin Gerekli Şartlar	63
2.3.4. Kusurluluğu Etkileyen Haller	70
2.3.4.1. Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu Bakımından Kastı Kaldıran Hata Halleri 70	
2.3.4.1.1. Mağdurun Yaşında Hata	72
2.3.4.1.2. Mağdurun Rızasında Hata.....	74
2.3.4.1.3. Mağdurun Rızasında Sınırın Aşılması	74
2.4. Suçun Nitelikli Hali	75
2.4.1. Suçun Mağdur İle Arasında Evlenme Yasağı Bulunan Kişi Tarafından İşlenmiş Olması Hali	75
2.4.2. Suçun Evlat Edineceği Çocuğun Evlat Edinme Öncesi Bakımını Üstlenen veya Koruyucu Aile İlişkisi Çerçevesinde Koruma, Bakım ve Gözetim Yükümlülüğü Bulunan Kişi Tarafından İşlenmiş Olması Hali.....	76
2.5. Suçun Özel Görünüş Biçimleri	76
2.5.1. Teşebbüs	77
2.5.1.1. Gönüllü Vazgeçme.....	79
2.5.2. İştirak	79
2.5.3. İçtima	81
2.5.3.1. Zincirleme Suç	82

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

SUÇUN BENZER SUÇ TİPLERİ İLE MUKAYESESİ, SORUŞTURMA VE KOVUŞTURMA USULÜ İLE YAPTIRIM

3.1. Suçun Benzer Suç Tipleri İle Mukayesesi	84
3.1.1. Cinsel Saldırı Suçu (TCK m. 102) İle Karşılaştırma.....	84
3.1.2. Çocukların Cinsel İstismarı Suçu (TCK m. 103) İle Karşılaştırma.....	87

3.1.3.	Cinsel Taciz Suçu (TCK m. 105) İle Karşılaştırma.....	89
3.2.	Şikayet.....	91
3.2.1.	Genel Açıklamalar	91
3.2.2.	Şikayet Hakkının Kime Ait Olacağı Sorunsalı	92
3.3.	Uzlaştırma	95
3.3.1.	Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu Bağlamında Uzlaşma.....	96
3.4.	Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması	96
3.5.	Görevli ve Yetkili Mahkeme	97
3.6.	Zaman aşımı	97
3.7.	Yaptırım.....	98
3.8.	İnfaz	98
SONUÇ		99
KAYNAKÇA.....		104
ÖZGEÇMİŞ		110

KISALTMALAR LİSTESİ

AB	: Avrupa Birliği
ACK	: Alman Ceza Kanunu
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AYM	: Anayasa Mahkemesi
b.	: baskı
bkz.	: Bakınız
c.	: Cilt
CD	: Ceza Dairesi
CGTİHK	: Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun
CGK	: Ceza Genel Kurulu
CHD	: Ceza Hukuk Dergisi
CMK	: Ceza Muhakemesi Kanunu
ÇHS	: Çocuk Hakları Sözleşmesi
ÇKK	: Çocuk Doruma Kanunu
E	: Esas
f.	: Fıkra
HPD	: Hukuki Perspektif Dergisi
K	: Karar
KHK	: Kanun Hükmünde Kararname
m.	: Madde
S	: Sayı
s	: sayfa
T	: Tarih
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TBBD	: Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TCK	: Türk Ceza Kanunu
TMK	: Türk Medeni Kanunu
UYAP	: Ulusal Yargı Ağı Projesi
Y	: Yıl
Yar.	: Yargıtay
YGCK	: Yargıtay Ceza Genel Kurulu
vb.	: ve benzeri
vd.	: ve diğerleri

Yalova Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tez Özeti

Tezin Başlığı: Uygulamaya Bakan Yönleriyle Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu	
Tezin Yazarı: Ömer Faruk KESER	Tez Danışmanı: Dr. Öğr. Üyesi Can CANPOLAT
Kabul Tarihi:	Sayfa Sayısı: x (ön kısım) + 109 (tez)
Anabilim Dalı: Kamu Hukuku	Bilim Dalı: Kamu Hukuku
Bu çalışmanın konusu 28.06.2014 tarihinde Resmi Gazetede Yayımlanmak suretiyle yürürlüğe giren 6545 Sayılı Yasa ile köklü bir değişikliğe uğrayan, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 104'üncü maddesinde tanımlanan reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun hukuki niteliğinin ve suçun unsurları ile tartışmalı konularının doktrin, yargı kararları ve uygulamada yaşanan aksaklıklarla bağlantılı olarak irdelenmesidir. Reşit olmayanla cinsel ilişki suçu Türk Ceza Kanununun İkinci Kitabının “<i>Kişilere Karşı İşlenen Suçlar</i>” başlıklı ikinci kısmının altıncı bölümünde “<i>Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar</i>” başlığı altında düzenlenmiştir. Çalışmanın birinci bölümünde çocuk kavramı, cinsellik kavramı, cinsel özgürlük kavramı ve Anayasal temelleri, Reşit Olmayanla Cinsel İlişki suçunun Türk Hukukundaki tarihi gelişimi ve mukayeseli hukuk incelenmiştir. Çalışmamızın ikinci bölümünde reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun unsurları ayrıntısıyla ele alınmıştır. Suçun maddi unsurları, manevi unsuru, hukuka aykırılık unsuru, suçla korunması amaçlanan hukuksal değer, suçun nitelikli halleri ve mağdurun rızası kavramı ile cinsel ilişki kavramı ayrı ayrı başlıklar altında incelenmiştir. Doktrinde tartışmalı olan konularda, tartışmalı kısımlara ve görüşlere ayrı ayrı dikkat edilmiş ve kendi kanaatlerimize de yer verilmiştir. Ayrıca önem arz eden ve tartışmalı konularda kendi çözüm önerimiz belirtilmekle birlikte güncel Yargıtay kararlarından da faydalanılmıştır. Çalışmamızın üçüncü ve son bölümünde ise Reşit Olmayanla Cinsel İlişki suçunun benzer suç tipleri ile mukayesesi, soruşturma ve kovuşturma usulü ile bizatihi suçun unsurları açısından ayrıca bir öneme sahip olan şikayet müessesesi, suçun yaptırımı ve infaza ilişkin aşamalar incelenmiştir.	
Anahtar Kelimeler: Reşit Olmayan ve Çocuk, Mağdur, Cinsel İlişki, Şikayet, Cinsel Özgürlük, Cinsel Dokunulmazlık	

Yalova University Insitute of Social Sciences Master Thesis Summary

Thesis Title: The Crime of Sexual Intercourse With Underage With Aspects Facing in Practice	
Thesis Author: Ömer Faruk KESER	Advisor: Dr. Faculty Member Can CANPOLAT
Date Of Acceptance:	Total Number of Pages: x (pre text) + 109 (main body)
Department: Public Law	Field of Study: Public Law
The subject of this study is to examine the legal nature of the crime of sexual intercourse (carnal knowledge) with underage as defined in Article 104 of the Turkish Penal Code, numbered 5237, underwent a fundamental amendment with Law No 6545, entered into force through publication in the Official Gazette on 28.06.2014, and is to study elements of crime and controversial issues in connection with doctrine, judicial decisions and disruptions in practice. Crime of sexual intercourse with underage is regulated under the title of “Crimes Against Persons” in the sixth part of the second part of the second book of the Turkish Penal Code titled of “Crimes Against Sexual Immunity”. At the first part of this study; the concept of child, the concept of sexuality, the concept of sexual freedom and its constitutional basics, historical development of crime of sexual intercourse with underage in the Turkish law and, the comparative law have been scrutinized. At the second part of our study: the element of crime of sexual intercourse with underage are handled in detail. Corporal elements of crime, spiritual elements of crime, element of unlawfulness, legal value intended to protect with crime, qualified states of crime and, the concept of victim's consent and, the concept of sexual intercourse were examined under individual titles. On the controversial issues in the doctrine, the controversial parts and opinions separately have been paid attention, and our own opinions have been included. In addition, our own solution proposal on important and controversial issues were stated, and current Supreme Court decisions were also benefited. In the third and the last part of the our study; comparison of the crime of underage and sexual intercourse with similar types of crime, method of investigation and prosecution with the complaint establishment which has special importance in terms of the elements of the crime itself, the sanction of the crime and, the executions stages were examined.	
Key Words: Underage and Kid, Victim, Sexual Intercourse (Carnal Knowledge), Complaint (Claim), Sexual Freedom, Sexual Immunity.	

GİRİŞ

Eskiden beri bireye ve özellikle de çocuklara karşı işlenen cinsel suçlar tüm toplumlarda infiale sebebiyet vermiştir. Çocuğa, rızasına aykırı olarak yönelen cinsel eylemler çocuğun söz konusu eylemden sonraki cinsel yaşamını, cinsel eğilimlerini ve tüm hayatını olumsuz olarak etkilemektedir. Cinsel fiiller çocuğun zihin dünyasında yer edinerek onun özgür düşünme yetisi ve yaşı ile bağlantılı olarak gelişen kabiliyetlerini örselemektedir. Bu doğrultuda Türk Ceza Hukukunda da çocuğun cinsel özgürlüğüne çok büyük bir değer atfedilerek korumacı ve kapsayıcı bir yaklaşımla TCK'nın 104'üncü maddesinde "Reşit Olmayanla Cinsel İlişki" bir suç olarak ihdas edilmiştir.

Reşit Olmayanla Cinsel İlişki suçunun konusu, 15-18 yaş aralığındaki mağdur çocuğun cebir, tehdit ve hile olmaksızın hukuken geçerli bir rızayla cinsel ilişkide bulunmasıdır. Genel itibariyle 15 yaşını doldurmuş bir çocuğun kendi rızasıyla cinsel ilişkiye girmesinin, neden suç olarak kabul edildiği hususu tartışmalıdır. Çocuğun rızasıyla cinsel ilişkiye girip cinsel ilişkiden sonra şikayet hakkını kullanabiliyor olması ve şikayetin rıza ile gerçekleşen eylemi suç formuna bürümesi her ne kadar çelişkili olarak değerlendirilebilir ise de yukarıda da bahsettiğimiz gibi kanunun suçun mağduru olan çocuğu kapsayıcı bir mantıkla koruma çemberine almasının sebebi, çocuğun ilişki anında ve öncesinde, cinsel ilişkinin sosyal, fiziksel ve psikolojik sonuçlarını tam olarak ön görüp, değerlendirip, kabullenme imkanının olamayacağındandır.

Türk Ceza Hukuku sisteminde çocuğun cinsel tercihlerinin cinsel özgürlük kapsamında değerlendirileceği ilkesi esas olarak kabul edilmiş ise de, 18 yaşını doldurmuş bireylerin cinsel özgürlük alanı ile henüz 18 yaşını doldurmamış çocuk bireylerin cinsel özgürlük alanlarının çocuğun sağlıklı gelişimi açısından aynı statüde olmaması gerektiği belirtilmektedir. Bu sebeple Türk Ceza Hukukunda, çalışmamızın konusunu oluşturan Reşit Olmayanla Cinsel İlişki suçu ayrı bir madde başlığı ile bazı yönleriyle diğer cinsel suçlardan farklı olarak düzenlenmiştir. Reşit Olmayanla Cinsel İlişki suçunda bir yandan mağdur çocuğun cinsel özgürlük kapsamındaki cinsel tercihlerine çok fazla müdahale etmemek adına mağdurun cinsel özgürlük alanına doğrudan dokunulmamaya çalışılmış bir yandan da çocuğun rızasıyla cinsel ilişkiye girmesi halinde dahi mağdura şikâyet hakkı tanınarak mağdurun, eylemin sonuçlarıyla bireysel olarak yüz yüze kalmaması amaçlanmıştır. Anayasanın 41'inci maddesinde de çocukların Devlet eliyle her türlü tedbir alınarak korunması temel hedef olarak belirlenmiştir. Her ne kadar doktrinde Reşit Olmayanla Cinsel İlişki suçu birçok yönüyle eleştirilmiş ve suçun ihdas edilme amacının toplumsal kaygılar olduğu belirtilmiş ise de, modern toplumlarda çocuğun tüm gelişim aşamalarında korunması temel ilke olarak belirlendiğinden söz konusu suçun ihdas edilme amacının toplumsal kaygılardan ziyade çocuğun üstün yararı ve menfaatine hizmet ettiğini düşünmekteyiz.

5237 Sayılı TCK'da cinsel suçlar, "Kişilere Karşı İşlenen Suçlar" kısmında, "Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar" bölümünde yer almaktadır. 765 Sayılı TCK döneminde ise Cinsel Suçlar "Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı İşlenen Suçlar" kısmında yer almaktaydı. Bu düzenleme ile yeni kanun döneminde cinsel suçların kişilerin cinsel

özgürlüğünü tehdit ettiği anlayışı, modern hukuk sistemlerindeki anlayışa uygun olarak yeniden düzenlenmiştir.

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda 15 yaşını doldurmuş fakat 18 yaşını doldurmamış olan çocuğun düzgün ve sağlıklı cinsel gelişimi ile cinsel dokunulmazlığının korunması hedeflenmektedir. Reşit olmayanla cinsel ilişki suçu, TCK'nın 2'inci kitap 6'ıncı bölümünde yer alan diğer cinsel suç tiplerinden rıza yönüyle farklılık arz etmektedir. Bu suç mağdurun rızasına rağmen oluşmaktadır. Kanun koyucu bu suç ile çocuğa mutlak anlamda bir cinsel özgürlük tanımamıştır. Çocuğun cinsel özgürlük alanını sınırlamış ve o anda cinsel ilişkiye göstermiş olduğu rıza kavramını, çocuğun sonuçları itibariyle algılayamayacak durumda olduğunu düşündüğünden daha sonra kabullenemeyeceği sonuçlarla yüz yüze gelmesini istememiştir. Bu bağlamda kanun koyucu aslında çocuğun doğru ve düzgün cinsel gelişimini korumak istemektedir.

Madde metninden, suçun failinin herkes olabileceği sonucu çıkartılabiliyor ise de, cinsel ilişki kavramının hangi şekilde yorumlanacağı belirlenmeksizin failin herkes olabileceğini iddia etmek bu suç açısından oldukça güçtür. Çünkü madde metninde direkt cinsel ilişki kavramına yer verilip suçun sair bir organ veya sair bir cisimle işlenilmesi hali yoruma ve öğretiye bırakılmıştır. Değerlendirme ve kanaatlerimizi ilgili bölümlerde yapacağımızdan burada kanaat belirtmeksizin tartışma alanlarına kısaca yer vermekteyiz.

Suçun mağduru ise 15 yaşını bitirmiş ancak 18 yaşını bitirmemiş çocuklardır. Aynı zamanda suçun mağduru olan çocukların fiilin (hukuki) anlam ve sonuçlarını algılayabilecek gelişmişlik düzeyinde olmaları gerekmektedir. Çünkü 15 yaşını bitirmiş olmasına rağmen fiilin anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş çocuklara karşı gerçekleştirilen her türlü cinsel davranış çocukların cinsel istismarı suçuna vücut verecektir. Ancak kanun metninde reşit olmayan kavramı kullanıldığı için henüz 18 yaşına varmadan, herhangi bir suretle reşit olan bireyler ile alakalı tartışmalara ve yargı kararlarına ilgili bölümde değineceğiz.

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun mağdurunun cinsiyetinin ne olduğu konusu da cinsel ilişkiye yüklenen anlam doğrultusunda belirlenebilecektir. Şayet suçun sair bir organ veya sair bir cisim ile işlenebildiğinin kabulü halinde mağdurun cinsiyeti ve ilişkinin türü geniş yoruma tabi tutularak değerlendirilecek aksi takdirde değerlendirmeler cinsel ilişkinin dar yorumuna göre yapılacaktır. Bu konu ile alakalı doktrindeki tartışmalar da ilgili bölümde incelenecektir.

Suçun fiili (hareket) cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir neden olmaksızın gerçekleşen cinsel ilişkidir. Cinsel ilişkinin dar ve geniş yorumlar ile açıklamalarına ilgili kısımda değinilecektir.

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda en önemli unsurlardan birisi de mağdurun rızasının varlığının suçu hukuka uygun hale getirmemesidir. Madde metninde, mağdurun hukuka uygun rızası suçun oluşması için gerekli bir unsur olarak kabul edilmektedir. Aksi halde mağdurun hukuka uygun rızasının bulunmadığı hallerde cinsel dokunulmazlığa karşı yönelen başka suç ve suçlar oluşacaktır. Her ne kadar kanun metninde rıza kavramı açıkça yer almayıp madde “cebir, tehdit ve hile olmaksızın cinsel ilişki” olarak

kavramsallaştırılmış ise de cebir, tehdit ve hile yokluğunu rıza kavramıyla eş değer tutup, rıza kavramı önem arz ettiğinden rıza bölümünde rızayı ve rızanın fesada uğratılma hallerini ayrıntılı bir biçimde değerlendireceğiz.

Reşit Olmayanla Cinsel İlişki suçu mağdurun yaşı itibariyle TCK'nın 103'üncü maddesinde tanımlanan Cinsel İstismar suçuyla doğrudan bağlantılıdır. Cinsel İstismar suçunda mağdurun failin eylemlerine karşı rızası bulunmazken Reşit Olmayanla Cinsel İlişki suçunda failin eylemleri mağdurun rızasına dayanmaktadır. Her ne kadar mağdur kitle yaş itibariyle birbiriyle benzerlik gösterse de eylemin gerçekleştirilmesi aşamasında her iki suç birbirinden ayrılmaktadır. Suçların mukayesesinde bu konu ayrıntısıyla değerlendirilecektir.

Suçun yargılanma usulü ile suça ilişkin yaptırım ve suçun infazına ilişkin hususlar da çalışmamızın son bölümünde incelenecektir.



BİRİNCİ BÖLÜM

KAVRAMSAL ÇERÇEVE, TARİHSEL GELİŞİM VE MUKAYESELİ HUKUKTA SUÇUN DÜZENLENİŞİ

1.1. Cinsellik Kavramı

Cinsellik, kişinin kendi cinsel eğilimlerinin farkında olması, başka birine cinsel olarak ilgi duyması ve cinsel davranış ve eylemlerden haz alabilmesi¹ ya da canlılar için biyolojik ve genetik bir emperatif² şeklinde tanımlanabilir. Cinsellik, çok boyutlu ve biomedikal, tıp, biyoloji, psikoloji, sosyoloji, sanat, edebiyat, felsefe ve din gibi pek çok bilim dalını ilgilendiren bir kavram ve eklektik bir çalışma alanıdır.³

Cinsellik kavramı üzerine birçok düşünür kafa yormuş ve cinselliğin birey için olmazsa olmaz bir ihtiyaç olduğunu belirtmişlerdir. Abraham MASLOW, “İhtiyaçlar Hiyerarşisi” teorisinde cinselliği yemek, hava, su ve barınma gibi temel ihtiyaçlar kategorisinde değerlendirmiştir.⁴ Maslow’a göre cinsellik fiziksel bir ihtiyaçtır ve ihtiyaçlar hiyerarşisindeki ilk kategoride yer alır. Sigmund Freud’a göre ise cinsellik zannedilenin aksine ergenlik döneminde ortaya çıkmayıp ilk izlenimlerini çocukluk çağında göstermektedir.⁵ Freud öğretisinde cinselliğe merak ve cinsellikten haz almak hissiyatı çocukluk döneminden başlayıp yaşamın sonuna kadar devam eder. Fizyolojik bir ihtiyaç olarak kabul edilen cinsellik kendi içerisinde psikolojik ve sosyolojik çıkarımları da içermektedir. Cinsellik psikolojisi cinsel arzuların cinsel doyum aşamasına kadar olan evre ile ilgilenir. Söz konusu evredeki bireyin psikolojik alt yapısını inceler. Bireyde var olan haz alma duygusu cinselliğin temelini teşkil etmektedir. Ancak cinsellik genel itibarıyla birey açısından haz almaya indirgenecek kadar basit bir kavram değildir. Haz ve netice odaklı düşünen insan beyni cinselliği de bu yönüyle kodlamaktadır. Bireyin cinselliğe haz odaklı yaklaşımıyla toplumların cinselliği sınırlayıcı hareket tarzı, cinsellik kavramının bilimsel olarak tartışılmasına ve eğitsel olarak gelişimine set olmuştur.

Cinsellik beşeri ve tabii bir olgu olup cinselliğin tezahürüne ve yansımalarına ilişkin eylemlerin hangi dereceye kadar kişisel özgürlüklerin sınırları içerisinde kalıp kabul ve korunabileceği, hangi aşamada ise korumadan mahrum bırakılacağı tüm hukuk düzenlerinde tartışma konusudur.⁶ Tüm canlılarda doğal olarak bulunan cinsellik, doğada doğanın kendi kanunlarına tabi iken, toplumsal varlık olan insanın cinselliğinin veya

¹ İbrahim Ethem ÖZGÜVEN, Cinsellik ve Cinsel Yaşam, Ankara 1997, s.1.

² Serhat Sinan KOCAOĞLU, Yargı Kararları Işığında Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, Yetkin Yayınları, Ankara 2016, s.57.

³ İbrahim Ethem ÖZGÜVEN, Cinsellik ve Cinsel Yaşam, Nobel Yayınları, 2.Baskı, İstanbul Mayıs 2012, s.23.

⁴ Nurullah KANTARCI, Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, Adalet Yayınevi, Ankara 2016, s.5-6.

⁵ Sigmund FREUD, Cinsellik Üzerine, (Çeviri, A.Avni Öneş), Say Yayınevi, İstanbul 2019, s.48.

⁶ Recep DOĞAN, Anlamalı Yanıt Üretilmeyen İkilem: Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, Akara Barosu Dergisi 2017-1, s.126.

cinsel içerikli davranışlarının toplumsal kurallar ile düzenlemesi zorunludur. Bu nedenle beşeri cinselliğe ilgisiz kalan bir topluma rastlanmamıştır.⁷

İnsanoğlunun cinsel davranışlarına yöneltilen sosyal tutumlar zaman içinde çok fazla değişiklik arz etmiş, toplumda yaygın olan tutumlar sürekli değişmiştir.⁸ Toplumlar belirli dönemlerde cinselliğin zevkine varıp, tadını çıkarırken bazen cinselliği kısıtlayıp yasaklamışlardır. Cinselliğe karşı özde bireyin genelde de toplumların bu çekingen tavrı bizatihi cinsellik kavramının, konuşulmasının ve tartışılmasının farklı kaygılarla ayıplanmasına neden olmuştur. Bu yüzden her toplum kendi gerekçesini üreterek cinselliği sınırlama yoluna gitmiştir.

Bütün sistemler cinsellik konusunda bireyin bilinçlenmesini ve bilgi edinmesini ayıp karşılayıp, bu ve benzeri konularda bilgisizliğin ise asıl erdem olduğunu söylemişlerdir.⁹ Konuşulamayan, baskılanan, kişinin iç dünyasında olup dışa vuramadığı duygu ve düşünceler toplumların gelişmesine mani olabilir ancak cinselliğin kavramsal olarak ve içerik itibarıyla baskılanması, sınırlandırılması ve üstünün örtülmesi onun yaşanmasına engel olmayacaktır. Sağlıklı bir cinsel yaşam bireyi ve toplumların mutlu olmasını sağlayıp örselenen ve üstü örtülmeye çalışılan bir cinsel yaşam ise bireyleri ve toplumu mutsuz edecektir. Bu yüzden cinsellik sadece insanın üremesini sağlayan bir durum olmayıp aynı zamanda insanın duygusal, mantıksal ve bütünsel gelişimine katkı sağlayan ve engellenmesi fizyolojik olarak mümkün olmayan bir duygudur.¹⁰

Cinsellik, gerçek anlamda sağlıklı düşünebilen, yetişkin bir birey olmayı başarmak, çevresiyle mutlu ve sürdürülebilir ilişkiler kurmak, duygusal, fiziksel ve sosyal anlamda doyuma ulaşmak, haz almak ve sınırları belirlemek ilişkisi içerisinde denge kurabilmek, koyduğu bu sınırlar içerisinde ölenemeyen bir cinsellik mantığına hakim olabilmek, cinsellikten korkmamak, cinselliği sınırlamak ve bastırmak konusunda vasati dengeyi kurabilmek, kendi karakterinin farkında olmak demektir.¹¹ Yukardaki tanımda da görüleceği üzere bu denli geniş yorumlanabilen cinselliği kavramsallaştırarak sadece cinsel ilişki ve haz şeklinde yorumlamak bireyler açısından cinsel özgürlüğün sınırlandırılması, toplumlar açısından ise bireylerin cinsel özgürlüklerine gereksiz ve aşırı müdahale sonucunu doğuracaktır.

1.2. Çocuk Kavramı

İnsanın, gelişim süreci içerisindeki en özel ve en masum hali olan çocukluk dönemi, geçmişten günümüze bilim insanlarının, düşünürlerin, din adamlarının, devlet yöneticilerinin, eğitimcilerin, çocukla ilgilenen hemen herkesin kendi bakış açısını ortaya koyarak tanımlamaya çalıştığı özel bir dönemdir. Çocuğu ve çocukluk dönemini

⁷ Zeki HAFIZOĞULLARI, Beşeri Cinsellik ve Yeni Türk Ceza Kanunu, <http://www.baskent.edu.tr/~zekih/uygulamaci/cinselsuclar.doc>

⁸ Ceren SONER BAYKAL, Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yüksel Lisans Tezi, Haziran 2019, s.9-10.

⁹ Ümit SAYIN, Cinselliğin Farklı Boyutları, İstanbul: Yol Yayınları, Mayıs 1993 s.9. İlhan Güngören “Önsözü”

¹⁰ KANTARCI s.6.

¹¹ Ghislaine PARİS, Cinselliğin Önemi-Arzuya Yeniden Kavuşmak, İstanbul: Ayrıntı Yayınları, Temmuz 2016, s.154.

tanımlamaya çalışanların masumiyetten bilişsel yapıya, cinsellikten fiziksel gelişime dayanan çeşitli açıklamalar yaptıkları, ancak tanımların hepsinde ortak bir biçimde çocukları yetişkinlerden ayırmaya çalıştıkları görülmektedir. Çocuğa ve çocukluk dönemine ilişkin tanımlarda tarihsel süreç içerisinde farklılıklar görülebilir. Yaşam zincirinin doğal ve değişmez halkalarından biri olarak algılanan çocukluk kavramının, değişik toplumlarda, tarihin farklı evrelerinde hatta aynı toplumun farklı kesimlerinde değişik anlamlar taşıdığı dolayısıyla çocukluk kavramının toplumsal bir kavram olup diğer toplumsal kavramlar gibi norm ve değerlerden etkilendiği bildirilmektedir.¹²

Çocuk tanımında yaşa bağlı olarak, erginliğe bağlı olarak ve işlenilen suça ilişkin olarak çeşitli kriterler belirlenmiştir¹³. Bu kriterler uyarınca çocuk, yaşamın doğuştan erginliğe süren dönemini yaşayan varlık olarak tanımlandığı gibi¹⁴ gelişen bir insan yavrusu, olgunlaşmamış, “ergin” sayılmayan küçük yurttaş şeklinde tanımlar da bulunmaktadır.¹⁵

18 yaşının altındaki her birey dünya üzerindeki tüm hukuki düzenlemeler uyarınca çocuk sayılır. Bu durum uluslararası hukuki metinlerde de ulusal hukuki metinlerde de böyledir.¹⁶

5237 Sayılı TCK’nın “*Tanımlar*” başlıklı 6’ncı maddesinin “b” bendinde çocuk kavramı tanımlanmıştır. Bu tanımlamaya göre de ceza kanunlarının uygulanmasında çocuk, henüz 18 yaşını doldurmamış kişidir.¹⁷

Türk Medeni Kanunu’nun 11’inci maddesi, 18 yaşını tamamlayan bireyi reşit olarak tanımlamakla birlikte, evlilikle veya mahkeme kararıyla 18 yaşından küçük olanların da ergin olabileceğini kabul etmektedir. TMK 11’inci maddeye göre evlilik kişiyi ergin kılar. Medeni Kanun’un 124’üncü Maddesi gereği; erkek veya kadın 17 yaşını doldurmadıkça evlenemeyecek, ancak hakim olağanüstü durumlarda ve pek önemli bir sebeple 16 yaşını doldurmuş olan erkek veya kadının evlenmesine izin verebilecektir. Yine Medeni Kanun’un “Ergin Kılınma” başlıklı 12’inci maddesi gereğince; 15 yaşını dolduran küçük kendi isteği ve velisinin rızasıyla mahkemece ergin kılınabilecektir.

1.2.1. Uluslararası Metinlerde Çocuk Kavramı

Çocukluk, dünyanın farklı coğrafyalarında yaşanan değişik etkenler nedeniyle farklı kalıplar içerisinde farklı yorumlara tabi tutulmuştur. Bu nedenle her ülkenin kendi yasaları çerçevesinde çizilmiş çocuk tanımları farklılıklar arz edebilir. Biz burada genel itibarıyla Birleşmiş Milletleri Çocuk Hakları Sözleşmesi, Birleşmiş Milletler İlke Kararları ve Asgari Standart Kuralları uyarınca çocukluk kavramını değerlendireceğiz.

¹² Mehmet SAĞLAM ve Neriman ARAL, Tarihsel Süreç İçerisinde Çocuk ve Çocukluk Kavramları, Çocuk ve Medeniyet Dergisi 2016 Cilt 1, Sayı 2 (Erişim: <http://cocukvemedeniyet.cocukvakfi.org.tr/index.php/CMD/article/view/41/18>)

¹³ Damla SEÇGİN, Çocukların Cinsel İstismarı Suçu, Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Eylül 2018 s.3.

¹⁴ Mediha AKARSLAN, Ana Hatlarıyla Çocuk Hakları ve Çocuk Hakları Mevzuatı, İstanbul 1998, Alfa Yayınları, s.6.

¹⁵ Atalay YÖRÜKOĞLU, Değişen Toplumda Aile ve Çocuk, Özgür Yayınları, İstanbul 1997, s.13.

¹⁶ Baykal s.5.

¹⁷ Behiye KÖSE ŞAHİN, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlardan Çocukların Cinsel İstismarı, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Konya 2009, s.19.

1.2.1.1.Cenevre Çocuk Hakları Bildirisi

Çocuk haklarına ilişkin ilk önemli adım 26 Eylül 1924 tarihinde Milletler Cemiyeti tarafından kabul edilen ve Türkiye tarafından da imzalanan Cenevre Çocuk Hakları Bildirisi'dir. Bildiride tüm çocukların fiziksel ve ruhsal gelişimlerinin sağlanması, aç çocukların beslenmesi, hasta çocukların tedavi edilmesi, suçlu çocukların ıslah edilmesi, yetim ve kimsesiz çocukların korunması, felaket esnasında ilk olarak çocuğa yardım edilmesi, çocuğun her türlü sömürüden korunması ve eğitilmeleri gerektiği belirtilmiştir.¹⁸

1.2.1.2.Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme

Bu sözleşmede 12 nci madde itibarıyla “taraf Devletler, görüşlerini oluşturma yeteneğine sahip çocuğun, kendini ilgilendiren her konuda görüşlerini serbestçe ifade etme hakkını, bu görüşlere, çocuğun yaşı ve olgunluk derecesine uygun olarak, gereken özen gösterilmek suretiyle tanınırlar” diyor. Burada sadece tanım yapıyoruz o yüzden burada suç tipiyle irtibat kurarak buna değinmek lüzumsuz ama metin içerisinde sonraki aşamalarda kullanılabilir. Sözleşmeyi görünce aklıma geldi.

Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi 20 Kasım 1989 tarihinde kabul edilmiştir. 2 Eylül 1990 tarihinde de yürürlüğe girmiştir. 197 ülkenin taraf olduğu sözleşme en fazla ülkenin onayladığı insan hakları belgesidir. Sözleşme yer farklılığı gözetmeden dünya üzerinde yaşayan tüm çocukların çocukluk hakları yasası hükmündedir. Türkiye, sözleşmeyi 17, 29 ve 30'uncu maddelerine çekince koyarak 14 Eylül 1990 tarihinde imzalamış¹⁹, 9 Aralık 1994 tarihinde onaylamış ve 4058 Sayılı Onay Kanunu 11 Aralık 1994 tarihli Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir.²⁰

Çocuk Hakları Sözleşmesi (ÇHS), çocukların korunması için evrensel ilkelerin belirlenmesi, onları her türlü istismar, ihmal ve kötü muamele uygulamalarına karşı korunması için hazırlanan bir insan hakları belgesi niteliğindedir. Çocuğun gerek bedensel gerek zihinsel bakımdan tam erginliğe ulaşmamış olması nedeniyle özel güvence ve koruma gereksiniminin bulunduğunu hatırd tutarak hazırlanan ÇHS, hali hazırda toplam 196 ülke tarafından imzalanarak onaylanmıştır.²¹

Birleşmiş Milletlerin 1989'da ortaya koyduğu ve diğer dünya ülkelerinin de imzalamış olduğu ÇHS'ye Türkiye ilk imza koyan ülkelerden biridir. Sözleşmeye imza koyan her devlet, çocukların her türlü sorumluluğunu almayı kabul etmekte ve korunması, gelişimi, yaşatılması ve katılımı konusunda her türlü mekanizmayı kuracaklarını taahhüt etmektedir. ÇHS'de hayatta kalma, korunma, gelişme ve katılma hakları olmak üzere

¹⁸ Bilgehan SAVAŞCI, Çocukların Cinsel İstismarı Suçu, Legal Yayıncılık, İstanbul 2012, s.40-41.

¹⁹ SAVAŞCI, s.42.

²⁰ BAYKAL, s.6.

²¹ Oğuz POLAT ve Zeynep REVA, Çocuk Hakları Sözleşmesi'ndeki Çocuk Tanımının Karşılaştırmalı Hukuk Çerçevesinde İncelenmesi, Adalet Dergisi, Sayı: 61, Ankara Eylül 2018, s.170.

haklar 4 ana gruba ayrılmaktadır.²² Üye devletler, sözleşme uyarınca yasal mevzuatlarını da sözleşme içeriğine uygun olarak düzenlemeyi taahhüt etmektedirler.

Sözleşmenin 1'inci maddesinde çocuğun tanımı yapılmıştır. Sözleşmede; “*çocuğa uygulanabilecek olan kanuna göre daha erken yaşta reşit olma durumu hariç 18 yaşına kadar her insan çocuk sayılır*” hükmü bulunmaktadır.

Sözleşmenin devamı maddelerinde de çocukların hakları ayrıntısıyla belirtilip, sözleşmeye taraf üye devletlerin çocukların sahip olduğu hakları gözetim ve denetim ilkeleri kapsamında koruyacaklarını önceden ilan ettikleri açıklanmıştır.

Sözleşmeye göre çocukların herhangi bir suçun mağduru olup, örselenmemesi için üye devletlerin gerekli tedbirleri alacağı ayrıca çocukların cinsel sömürü ve fiziksel, psikolojik ve sosyal baskılara karşı korunacağı da hüküm altına alınmıştır.

1.2.1.3.Çocuk Suçluluğunun Önlenmesine İlişkin Birleşmiş Milletler Yönlendirici İlkeleri (Riyad İlkeleri)

Birleşmiş Milletler Genel Kurul'unun 14 Aralık 1990 tarih ve 45/112 sayılı kararıyla kabul ve ilan edilmiştir.

“Çocuk suçluluğunun önlenmesi suçun önlenmesinin özlü bir ögesidir. Gençler toplumda yasaya uygun ve yararlı etkinliklere kendilerini adayarak, bu tavra ve insancıl görünümlü bir yaşama uygun uğraş edinerek, suç üretmeye yönelik olmayan bir anlayış kazanabilirler” hükmü birinci temel ilke olarak kabul edilmiştir.

Riyad İlkelerinde özellikle çocuk suçluluğunun önlenmesine dair temel ilkeler belirlenip çocuk suçluluğu ile mücadele kapsamında tavsiye kararları, yönlendirici ilkeler, sosyalleşme süreçleri hüküm altına alınmıştır.

1.2.1.4.Çocuk Adalet Sisteminin Uygulanması Hakkında Birleşmiş Milletler Asgari Standart Kuralları (Pekin Kuralları)

Birleşmiş Milletler Genel Kurul'un 29 Kasım 1985 tarih ve 40/33 sayılı kararıyla kabul edilmiştir.

Pekin Kuralları Metninin Genel İlkeleri, “Genel olarak kapsayıcı sosyal politikaları gerektirip çocukların refah düzeylerinin mümkün olduğunca artırılmasını amaçlamaktadır. Bu sayede çocuk adalet sisteminin devreye girme gereklilikleri en aza indirilecek, böylece söz konusu uygulamaların çocuklar üzerinde oluşturabileceği zararlı etkiler de azaltılmış olacaktır. Çocukların, suçun işlenmesinden önce bu tür bakım ve özenden yararlanmaları, Kurallar'ın uygulanmasına gerek bırakmayacak temel politikaları oluşturmaktadır.”²³ şeklinde açıklanmıştır.

Pekin Kuralları çocuk adalet sistemini tanımlayarak çocuklara özgü kuralların belirlenmesi gerektiğini, cezai sorumluluk yaşını, çocuk adalet sisteminin amaçlarını, takdir yetkisinin kapsamını, çocukların ceza kanunları karşısındaki haklarını, çocuğun

²² POLAT ve REVA, s.172.

²³ Pekin Kuralları, Birinci Bölüm Genel İlkeler, Temel Görüşler Başlıklı Açıklama Kısmı ilk Paragraf, http://cocukhaklari.barobirlik.org.tr/dokuman/mevzuat_uakararlar/cocukadaletsistemininuygulanmasi.pdf

özel yaşamının gizliliğinin korunmasını, ceza yargılamasında çocuğun soruşturma ve kovuşturmasını, yargılamanın diğer öğelerini, sosyal araştırma raporlarını ve diğer durumları düzenlemektedir.

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

25/10/2007 tarihinde Lanzarote’de imzalanan “Avrupa Konseyi Çocukların Cinsel İstismar ve Sömürüye Karşı Korunması Sözleşmesi’nin (Lanzarote Sözleşmesi)” kabulü Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti tarafından 25/11/2010 tarih ve 6084 sayılı Kanunla uygun bulunmuştur. "Avrupa Konseyi Çocukların Cinsel Sömürü ve İstismara Karşı Korunması Sözleşmesi"nin onaylanması; Dışişleri Bakanlığının teklifi üzerine, 31/05/1963 tarih ve 244 sayılı Kanunun 3 üncü maddesine göre, Bakanlar Kurulu'nca 18/07/2011 tarihinde kararlaştırılmıştır.

Sözleşmeye göre çocuk 18 yaşının altındaki herhangi bir kişi anlamına gelmektedir. Sözleşmenin 18-23 arası maddeleri cinsel istismar, çocuk fuhuşu, çocuk pornografisi ve çocukların suiistimali durumlarını düzenlemektedir.

Sözleşmenin 18’inci maddesinde; yasal erginlik yaşına gelmemiş olan bir çocukla cinsel faaliyetlerde bulunmak, çocukla zor, güç veya tehdit kullanarak veya aile içi dahil, çocuk üzerinde güven, yetki veya etki gerektiren mevki kullanarak istismarda bulunmak, çocuğun zihinsel veya fiziksel özrürlük veya bağımlılığı sebebiyle çocuğun savunmasız durumundan yararlanılarak istismarda bulunmak halleri düzenlenmekle birlikte, maddenin amacının küçükler arasında rızaya dayalı cinsel faaliyetleri düzenlemeye yönelik olmadığı belirtilmektedir.

1.2.2. Ulusal Metinlerde Çocuk Kavramı

Bu bölümde Türkiye Cumhuriyeti Anayasası ve diğer kanunlarda çocukluk kavramını ilgilendiren temel öğeleri değerlendireceğiz.

1.2.2.1. Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Çocuk Kavramı

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler Başlıklı 3’üncü Bölümünün Birinci kısmında Ailenin Korunması ve Çocuk Hakları düzenlenmiştir.

Anayasa’nın 41’inci maddesinde; “Devlet, Ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması ve aile planlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alır, teşkilatı kurar. 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 alır.” denilmektedir. Buna göre devlet çocukların korunması için her türlü koruyucu tedbiri almakla kendini Anayasa bağlamında yükümlü

hale getirmiştir. Ayrıca Anayasa'nın 10'uncu maddesinde de çocukların korunması için alınacak tedbirlerin eşitlik ilkesine aykırı olmayacağı vurgulanmıştır.²⁴

1.2.2.2.Çocuk Koruma Kanunu Kapsamında Çocuk Kavramı

Çocuk Koruma Kanunu'nun (ÇKK) tanımlar başlıklı 3'üncü maddesinde çocuk kavramı tanımlanmıştır. Kanuna göre çocuk; daha erken yaşta ergin olsa bile, 18 yaşını doldurmamış kişiyi ifade eder denilmektedir.

Kanun'da hangi hal ve şartta olursa olsun 18 yaşının altındaki tüm bireyler çocuk olarak tanımlanmıştır ve kanun gereği çocuklara özgü tüm korunma haklarından yararlandırılacağı belirtilmiştir.

1.2.2.3.Türk Ceza Kanunu Kapsamında Çocuk Kavramı

Türk Ceza Kanunu'nun tanımlar başlıklı 6'ncı maddesinde çocuk değiminden; henüz 18 yaşını doldurmamış kişi anlaşılır denilmektedir.

TCK kapsamında da çocuk, herhangi bir şarta tabi tutulmaksızın 18 yaşının altındaki kişi olarak belirtilmiştir.

1.2.2.4.Türk Medeni Kanunu Kapsamında Çocuk Kavramı

Medeni hukukta çocuk, "hısımlık kavramını ifade eden ve belli bir ana babadan olan evlat olarak tanımlanan kişidir."²⁵ Burada çocuk tanımı soybağı bağlamında yapılmış olup ana ve babaya soybağı ile bağlı bulunan kişiyi ifade ettiği vurgulanmak istenilmiştir.²⁶

Türk Medeni Kanunu'nun 11'inci maddesi 18 yaşının tamamlanmasını rüşt yaşının başlangıcı olarak belirlemekle birlikte, evlilikle veya mahkeme kararıyla 18 yaşından küçük olanların da ergin olabileceğini kabul etmiştir.²⁷

TMK'nın 12'inci maddesinde; 15 yaşını dolduran küçük, kendi isteği ve velisinin rızasıyla mahkemece ergin kılınabilir hükmü yer almaktadır. Buna göre kişi 18 yaşını tamamlamadıkça reşit olamayacak ancak kendi isteği ve velisinin rızasıyla hakim 15 yaşını dolduran kişiyi ergin kılacaktır.

Evlenme hükümleri düzenlenen TMK'nın 124'üncü maddesinde erkek veya kadının 17 yaşını doldurmadıkça evlenemeyeceği hüküm altına alınmış, 124'üncü maddenin 2'nci fıkrasında ise hakim olağanüstü haller ve pek önemli bir sebeple 16 yaşını doldurmuş erkek veya kadının evlenmesine izin verebileceği hüküm altına alınmıştır.

Türk Medeni Kanunu'nda evlenme hükümleri yaşa göre düzenlenmiş, erginlikle bağlantılı olarak hüküm altına alınmış ve bu doğrultuda evlenmenin kişiyi ergin kılacağı belirtilmiştir.

²⁴ Murat AYDIN, Çocukların Cinsel İstismarı ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, 2.Baskı, Ankara Ağustos 2014 Seçkin Yayıncılık, s.97.

²⁵ Rona SEROZAN, Çocuk Hukuku, Vedat Kitapevi, İstanbul 2005, s.3.

²⁶ Özlem YENERER ÇAKMUT, Soybağının Belirlenmesi ve Ceza Hukukunda Soybağını Değiştirme Suçu, Ekim 2010, Beta Basım Yayın, s.33.

²⁷ ŞAHİN s.19.

1.3. Cinsel Özgürlük Kavramı ve Anayasal Temelleri

Cinsel özgürlük, “*kişinin cinselliğe ilişkin seçimlerini serbestçe yapma özgürlüğü*” veya “*kişinin bireysel cinsel tercih hak ve özgürlüğü*” olarak tanımlanmaktadır.²⁸

Türkiye Cumhuriyeti Anayasa’sında bir kavram olarak cinsel özgürlükten açıkça bahsedilmemektedir. Ancak cinsel özgürlüğün Anayasal dayanağının, Anayasa’nın 17’inci maddesinde yer alan “*kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı*” olduğu belirtilmektedir.²⁹

Kişi, içinde bulunduğu fiziki, zihinsel ve duygusal durum her ne olursa olsun cinsel özgürlüğün tek ve mutlak sahibidir. Bireysel bir özgürlük olan cinsel özgürlüğün ikili bir görünümü vardır. Bu özgürlük negatif yönüyle, kişiyi hukuka aykırı cinsel müdahalelerden korurken; pozitif yönüyle, kişinin cinsel kimliğini özgür olarak ifade etme hakkını güvence altına almaktadır.³⁰

Öğretideki tartışmalar, cinsel özgürlüğün hem negatif hem de pozitif yönünü kapsamaktadır. Negatif yönüyle cinsel özgürlük, bireyi ceza hukuku bağlamında koruyacağı için cinsel özgürlüğün pozitif yönünün, ceza hukuku bağlamında birey için bir koruma sağlayıp sağlamayacağı hususu tartışmalıdır.³¹ Biz cinsel özgürlüğün, negatif yönüyle ceza hukuku bağlamında bir koruma sağladığını düşünmekteyiz. Çünkü kişi özgür iradesine aykırı olarak gelişen ve ceza kanunlarınca suç olarak belirtilen tüm hukuka aykırı müdahalelerden korunmaktadır. Korunmanın sınırlarını da ceza kanunları belirlemektedir. Ancak kişinin cinsel özgürlük alanı (hukuki özgürlük sınırları) başka birinin özgürlük alanına müdahaleye izin vermemektedir. Başka bir deyişle kişinin özgürlüğü diğerinin özgürlük alanının başladığı yerde son bulur.

1.4. Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlarla Mücadele Kapsamında Avrupa da Gelişen Hukuk Sistemlerindeki Değişimler

1.4.1. Genel Olarak

Cinsellik kavramının içerisinde de değindiğimiz üzere toplumlar farklı dönemlerde cinsel nitelik taşıyan fikir ve eylemlere farklı boyutlarda yaklaşmışlardır. Her toplum kendi sosyal yaşantısı, içtimai hayatı, gelenekleri ve kültürleri bağlamında yaşanan dönem içerisinde belirli kanuni düzenlemelere ve mevzuatlarında değişikliklere yer vermişlerdir. Bu değişikliklerin doğal sonucu olarak cinsel suçlar zaman zaman eylemsel yönden sınırlandırılmış, zaman zaman da fiktisel olarak farklı bakış açılarıyla değerlendirilmiştir.

1960’lı yıllardan sonra Avrupa’da cinsel suçlar alanında belirli bir özgürleşme süreci yaşanmış ve bazı fiillerin suç olmaktan çıkarılması yoluna gidilmiştir.³² 1990’lı yıllar ile başlayan kadının ve çocuğun cinsel suçlar açısından korunması gerektiği ilkesi perspektifinde cinsel suçlar yeniden düzenlenmiş, cinsel eylemler çeşitliliği yeniden

²⁸ Fahri Gökçen TANER, Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, Seçkin Yayınevi, Ankara, Ağustos 2013, s.30.

²⁹ TANER, Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s.30.

³⁰ TANER, Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s.31.

³¹ TANER, Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s. 30-31

³² Didem Öykü AYDIN, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, Hukuki Perspektifler Dergisi, Yıl:2004, Sayı: 2, s.156.

tanımlanmış ve suçlar için ön görülen ceza miktarı ağırlaştırılmıştır. Söz konusu bu gelişmelerle birlikte çocukların cinsel eylemlere ve cinsel ilişkiye rıza yaşı yeniden düzenlenmiş, koruyucu bir bakış açısıyla çocuklara yönelik cinsel eylemlerin Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme uyarınca tüm dünyada aynı eksende kabul görmesi gerektiği gerçeği gün yüzüne çıkmıştır.

Çocukların cinsel ilişkiye gösterecekleri rıza yaşı pek çok ülke hukukunda, toplumsal özellikler dikkate alınarak tespit edilmiştir.³³ Dünyanın birçok ülkesinde erginlik (reşit olma yaşı) 18 olmasına rağmen, cinsel ilişkiye rıza yaşı farklılık göstermektedir.³⁴ Örneğin Almanya 14 yaşını doldurmuş olmakla, İngiltere 16 yaşını doldurmakla rızayı geçerli saymaktadır.³⁵

Bazı Avrupa ülkelerinde 2000’li yılların başında homoseksüel, heteroseksüel ve anal ilişki ayrımı yapılarak her biri açısından çocukların ilişkiye rıza yaşı ayrı ayrı düzenlenmişti. Ancak yeni gelişen trendler ile erkek ve kız çocuklarının heteroseksüel ya da homoseksüel ilişkilerde cinsiyet ayrımı gözetmeksizin aynı kapsamda korunmaya alındıkları³⁶ düzenlemelerden sonra cinsel ilişkiye rıza yaşı homoseksüel, heteroseksüel ve anal ilişki ayrımı yapılmaksızın belirlenmiştir.³⁷

1.4.2. Yabancı Ülkelerde Suçun Düzenlenişi

1.4.2.1.Almanya

Cinsel suçlar, Alman Ceza Kanunu’nun “*Kişinin Kendi Cinsel Davranışlarını Tayin Hakkına Karşı Suçlar*” bölümü başlığı altında düzenlenmektedir.³⁸ Almanya’da suçta korunan hukuki yarar bireyin kendi cinsel kaderini tayin edebilme hakkı olarak belirlenmiştir.³⁹

Alman Ceza Kanunu’nda reşit olmayanla cinsel ilişki suçu doğrudan doğruya düzenlenmemiştir.⁴⁰ Reşit olmayanla cinsel ilişki suçu kanunda tanımlanmamakla birlikte çocukların cinsel istismarı suçu, içerik itibarıyla Alman Ceza Kanunu’nda geniş bir yer tutmaktadır. İlgili kanun uyarınca genel itibarıyla çocukların cinsel davranışlara rıza gösterme yaşı 14’tür.⁴¹ Ancak Alman Ceza Kanunu’nda özellik arz eden durumlar ayrıca belirtilmiştir. Örneğin; failin çocuk üzerinde nüfuz sahibi olduğu veya gençlerin cinsel

³³ Sulhi DÖNMEZER ve Feridun YENİSEY, Ceza Hukukun Güncel Kaynakları C I 1-Cinsel ve Cinselliğe İlişkin Suçlarda Yeni Trendler, Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2003, s.65.

³⁴ DÖNMEZER/YENİSEY, Ceza Hukukun Güncel Kaynakları C I 1-Cinsel ve Cinselliğe İlişkin Suçlarda Yeni Trendler s.6.

³⁵ Pınar MEMİŞ KARTAL, Türk Ceza Hukukunda Çocukların Cinsel İstismarı, D&R Yayınları, İstanbul 2014, s.91.

³⁶ SONER BAYKAL, s.23.

³⁷ SONER BAYKAL, s.23.

³⁸ KANTARCI, s.72.

³⁹ Ziya KOÇ, Alman Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı İşlenen Suçlar Alanında Son Gelişmeler, Adalet Dergisi Sayı 35, Eylül 2009, s.244.

⁴⁰ Enver AKSAKAL, Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt: 88, Sayı: 2, Yıl:2014, s.259.

⁴¹ KANTARCI, s.74.

davranışlara karşı savunma imkânlarının düşük olduğu durumlarda, cinsel eylemlere rıza yaşı içinde bulunulan duruma göre 16 veya 18 olarak belirlenmiştir.⁴²

Ayrıca bir yetişkin ile bir gencin (14 yaşından büyük) rızaya dayalı cinsel eylemleri suç olarak tanımlanmayıp, eylemi gerçekleştirenin cezalandırılması yoluna gidilmemiştir.⁴³

1.4.2.2.Fransa

Fransa Ceza Kanun'larında da Almanya Ceza Kanun'larında olduğu gibi reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu karşılayan bir suç bulunmamaktadır.⁴⁴

Küçüğün cinsel ilişkiye rıza yaşının tespiti bakımından Fransız hukuku çocuğun çaresizliğini esas alarak bir düzenleme yapmıştır.⁴⁵ İlgili düzenleme uyarınca kural olarak küçüğün cinsel davranışlara rıza gösterme yaşı 15'dir. Ancak kanun koyucu, farklı durumlarda farklı rıza yaşı öngörmektedir.⁴⁶

Fransız hukukunda küçüklere karşı cinsel eylemler, Türk Ceza Kanun'unun 103'üncü maddesine tekabül eden cinsel istismar suçu olarak tariflenmektedir. Buna göre 15 yaşını doldurmamış bir çocuğa yönelik cinsel eylemler fail bakımından cebir, şiddet ve tehdit unsurlarını taşımasa bile Fransız hukukuna göre cezalandırılacaktır.⁴⁷

Tam olarak reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu içerik itibariyle karşılamasa da Fransız Ceza Kanunu'nun 227.maddesinde 15 yaş ile 18 yaş arasındaki çocuklar aleyhine işlenen cinsel saldırı suçu düzenlenmiştir.⁴⁸

1.4.2.3.Çin

1700'lü yıllardan itibaren Çin, kanunlarını Batı ülkeleri sisteminden yararlanarak oluşturmaktadır.⁴⁹ Çin Ceza Kanunu'nun 236 ve 27'inci maddelerinde kız çocuğuna yönelik cinsel davranışlar ve sonuçları düzenlenmiştir. İlgili maddelere göre 14 yaşın altındaki bir kız çocuğuna yönelik gerçekleştirilen cinsel eylemler cezalandırılmış, cinsel ilişkiye rıza yaşı kız çocukları açısından 14 olarak belirlenmiştir.⁵⁰ Kanuni tanımlamayı anlatırken kız çocuğu ayrımı yapmamızın sebebi Çin Ceza Kanun'larında erkek/kadın ve homoseksüel/heteroseksüel ilişki ayrımı yapılmasından kaynaklanmaktadır. 14 yaş üzeri erkeğin, 14 yaşın altındaki kız çocuğu ile vajinal yoldan cinsel ilişkisi ölüm cezası olarak düzenlenmiş olup 16 yaş üzerindeki erkek failin 14 yaş altı mağdur kız çocuğuna vajinal yoldan cinsel ilişki dışındaki cinsel eylemleri 15 yıl hapis cezası olarak belirlenmiştir.⁵¹ 16 yaş üzerindeki kadın failin 14 yaş altındaki mağdur erkek ya da kız çocuğuna yönelik cinsel davranışları ise 15 yıl hapis cezası ile cezalandırılacaktır.⁵²

⁴² KANTARCI, s.74.

⁴³ KANTARCI, s.74.

⁴⁴ KANTARCI, s.77.

⁴⁵ MEMİŞ KARTAL, Çocukların Cinsel İstismarı, s.97.

⁴⁶ KANTARCI, s.77.

⁴⁷ KANTARCI, s.77.

⁴⁸ MEMİŞ KARTAL, Çocukların Cinsel İstismarı, s.94.

⁴⁹ SONER BAYKAL, s.29.

⁵⁰ SONER BAYKAL, s.29.

⁵¹ SONER BAYKAL, s.29.

⁵² SONER BAYKAL, s.29.

Her ne kadar yukarda da bahsettiğimiz gibi Çin, Batılı ülkeler kanun sistematüğinden alıntılar yapmış ise de failde cinsiyet ayrımı ile cinsel ilişki türü ayrımı yaparak kendine özgü bir sistem belirlemiştir.

1.4.2.4.İngiltere

İngiltere’de cinsel suçlar 2003 tarihli Cinsel Suçlar Kanunu’nda ayrıntılı bir biçimde düzenlenmiştir.⁵³ Kanunun 1’inci maddesinde tecavüz, 2’inci maddesinde duhul yoluyla cinsel saldırı, 3’üncü maddesinde ise dokunma yoluyla cinsel saldırı suçları açıklanmıştır.⁵⁴ Kanunun 5 ve 29’uncu maddeleri arasında ise çocuklara yönelik cinsel eylemler, tanımlar, suç tipleri ve sonuç cezalar ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir. Ancak Fransa ve Almanya örneğinde olduğu gibi reşit olmayanla cinsel ilişki suçuna karşılık olarak İngiltere Ceza Yasalarında herhangi bir suç tipi bulunmamakla birlikte benzer suç tipleri düzenlenmiştir.⁵⁵

İngiltere yasalarında cinsel eylemlere rıza yaşı kural olarak 16’dır. Ancak failin mağdur üzerinde nüfuz sahibi olduğu durumlarda rıza yaşı 18 olarak kabul edilmiştir.⁵⁶

Köklü bir devlet geleneğiyle övünen İngiltere’de cinsel suçların 2003 tarihinde yeniden ayrıntılı bir biçimde düzenlenmiş olması cinsel suçlara ve özellikle de çocuklara yönelik cinsel eylemlere toplumların ne kadar dikkat ediyor olduğunun bir göstergesidir.

1.4.2.5.İtalya

İtalyan Ceza Kanun’larında da yukarda açıkladığımız diğer ülke örneklerinde olduğu gibi reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu karşılayan ve o suç tipine benzer şekilde düzenlenen bir suç türü bulunmamaktadır.

İtalyan Ceza Kanun’larında cinsel suçlarla ilgili değişiklikler bizim kanunlarımızdaki gibi feminist akımın etkisiyle gerçekleşmiştir.⁵⁷ Çocuklara karşı cinsel eylemlerde üçlü bir ayrım yapılmış 10 yaş, 14 yaş ve 16 yaş kriterleri belirlenmiştir.⁵⁸ Kural olarak cinsel davranışlara rıza gösterme yaşı 14 olarak kabul edilmiş, failin mağdur üzerinde nüfuz sahibi olması halinde rıza yaşı 16’ya yükseltilmiştir.⁵⁹ 10 yaşından küçük mağdurlar açısından cezanın arttırılması öngörülmüş, mağdurun 13 yaşını doldurmuş olması durumunda fail ile mağdur arasında 3 yaştan az fark var ise ve eylem rıza ile gerçekleştirilmiş ise failin cezalandırılmaması yöntemi tercih edilmiştir.⁶⁰

İtalyan Ceza Kanun’larıyla olan benzerliğimiz çocuklara karşı yönelik cinsel eylemler yönünden de görülmektedir. Ancak kendine münhasır bir suç tipi olan reşit olmayanla cinsel ilişki suçu İtalyan Ceza Kanun’larında da tanımlanmamıştır.

⁵³ KANTARCI, s.77.

⁵⁴ KANTARCI, s.78.

⁵⁵ KANTARCI, s.78.

⁵⁶ SONER BAYKAL, s.26.

⁵⁷ MEMİŞ KARTAL, Çocukların Cinsel İstismarı, s.97.

⁵⁸ MEMİŞ KARTAL, Çocukların Cinsel İstismarı, s.99.

⁵⁹ KANTARCI, s.76.

⁶⁰ KANTARCI, s.76.

1.4.2.6.İspanya

İspanyol Ceza Kanun'larında da doğrudan reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu karşılayan bir suç bulunmamaktadır.⁶¹ İspanyol Ceza Kanunu'nun 181-183'üncü maddeleri arasında cinsel istismar suçu düzenlenmiştir.⁶²

İspanyol Ceza Kanunu'nda 13 yaşın altındakiler ve 13-16 yaş aralığı ayrımı mevcuttur. 13 yaşının altındaki mağdurlara yönelen tüm cinsel davranışlar suç olarak tanımlanıp, suçun cebir ve tehditle işlenmesi veya suçun vajinal, anal veya oral yoldan organ ya da sair bir cisim sokulması şeklinde işlenmesi nitelikli haller olarak belirlenmiştir. 13-16 yaş aralığındaki mağdurlara ise bu suç ancak hile yoluyla işlenebilecektir.

Yukarda kısaca bahsedildiği gibi İspanya'da cinsel davranışlara rıza gösterme yaşı kural olarak 13'tür, cinsel davranışın hile yoluyla gerçekleştirilmesi halinde ise yaş sınırı 16'dır.⁶³

İspanyol Ceza Kanunu da Avrupa'da gelişen yeni trendlere uygun olarak rıza yaşı bakımından ikili bir ayırım yapmış ve 13 yaşını cinsel gelişim noktasında yeterli görüp, rıza yaşını 13 olarak belirlemiştir.

1.4.2.7.Kanada

Kanada Ceza Kanun'larında da doğrudan reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu karşılayan bir suç bulunmamaktadır. Kanun sistematüğinde yaşa bağlı olarak ayırımlar yapılmış ve cinsel suçlar, cinsel ilişki türlerine göre farklı yaptırımlara bağlanmıştır.⁶⁴

Kanada Ceza Kanunu'nda 2008 yılına kadar cinsel davranışlara rıza yaşı 14 olarak öngörölmüşken, 2008 yılında yapılan bir değışiklikle, çocukları koruyucu ve kollayıcı bir yaklaşımla, çocukların rızanın anlam ve sonuçlarını tam olarak anlayamayacakları gerekçe gösterilerek cinsel davranışlara rıza yaşı 16'ya yükseltilmiştir.

Kanada da cinsel davranışlara rıza yaşının mağdur çocuklar yönünden 16'ya yükseltilmesi Kanada kanunlarının çocukların zihinsel, duygusal ve cinsel gelişimlerini önemsedüğünün en büyük göstergesidir.

1.5. Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçunun Türk Hukukundaki Tarihi Gelişimi

Bireyin cinsel özgürlüğünü ihlal eden, ailenin toplumdaki rolünü ve itibarını zedeleyen fiiller eskiden beri cezalandırılmıştır. 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda cinsel suçlar "*Adabı Umumiye ve Nizamı Aile Aleyhinde Cürümler*" babında düzenlenmişti. Düzenlendiği yer itibarıyla bakıldığında, 765 sayılı TCK döneminde cinsel suçlarda korunan hukuksal değer genel ahlak ve aile düzeniydi.⁶⁵ Bir başka deyişle bu suçlar ile genel ahlakın ve ailenin korunması hedeflenmişti.⁶⁶

⁶¹ KANTARCI, s.80.

⁶² KANTARCI, s.80.

⁶³ KANTARCI, s.80.

⁶⁴ KANTARCI, s.81.

⁶⁵ Handan YOKUŞ SEVÜK, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Saldırı ve Cinsel Taciz Suçları, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı:52, Yıl:2005, s.245.

⁶⁶ Nur CENTEL, Cinsel Suç Mağduru Kadının Korunması, Prof.Dr. Kenan TUNÇOMAĞ'a Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul 1997, s.61.

Ceza hukukunun, zaman içerisinde asli ödevinin ahlaki bir fonksiyon olduğu anlayışı terk edilmiş, ceza hukukunun görevinin hiçbir zaman ahlak, adap ve etik normlara aykırılıkları suç haline getirmek olmadığı anlayışı benimsenmiştir. Ahlaki kurallara aykırılıklar, onlar bir hukuksal değer haline gelmedikleri sürece devletin ceza uygulama yetkisi bakımından bir gerekçe oluşturmazlar.⁶⁷ Ceza hukuku, cezalandırma hukuku olmaktan çıkarak bireysel hakları koruma hukuku olmuş, bunun sonucunda da doğrudan ve dolaylı olarak bireysel subjektif haklar ortaya çıkmıştır.⁶⁸ Doğal olarak bu süreç ve bu bakış açısı cinsel dokunulmazlığa karşı suçlara da yansımıştır.

Kanun koyucular cinsel suçlara ilişkin düzenlemeler yaparken diğer suçlara göre zor durumda kalmakta ve hukuk-ahlak, hukuk-töre, toplumsal hassasiyetler, ailenin bütünlüğü ve çocuğun korunması gibi meseleler kanun yapım sürecinde gündeme gelmektedir. Böylece cinsel suçlara ilişkin norm koyma sürecinde, ceza kanunlarının düzenlediği başka hiçbir alanda olmadığı kadar hukukla; ahlak, gelenekler, töreler ve aileler karşı karşıya gelmektedir. Kanun koyucunun bu alanda yapacağı düzenlemeler, gerçekten yenilikçi olup olmadığı, toplumların sabit ve gelenekselleşmiş önyargılarını kırıp kırmadığı ve bireyi fikişel olarak özgür bir yaklaşımla değerlendirip değerlendirmedikleri konusunda önemli bir ölçüttür.⁶⁹

Günümüz çağdaş toplumlarında cinsel suçların, genel ahlak, genel adap ve aile açısından bir tehlike oluşturduğu düşüncesinden vazgeçilerek doğrudan bireylerle ilişkilendirildiği görülmektedir. Dolayısıyla geleneksel değer yargılarından vazgeçilerek kişinin bireysel cinsel tercih hak ve özgürlüğü bağlamında bu suçlar değerlendirilmektedir.⁷⁰ Bu sebeple günümüzde, cinsel suçların koruduğu hukuksal değer, bireyin cinsel tercihlerini özgürce yönlendirmesi olarak kabul edilmektedir.

765 Sayılı TCK'nın me hazı bilindiği gibi 1889 tarihli İtalyan Ceza Kanunu'dur. Diğer suç tiplerinde me haz kanun birebir 765 Sayılı TCK'daki suç tipleriyle örtüşmesine rağmen cinsel suçlar me haz kanunla tam manasıyla örtüşmemektedir. 765 Sayılı TCK'nın ırza geçme ve ırza tasaddiyi düzenleyen 414 ve devamı maddeleri 1274 tarihli Ceza Kanununame-i Hümayün'ün ırza geçmeyi düzenleyen 197 ve 198'inci maddeleriyle benzerlik göstermektedir.⁷¹ Mülga TCK'nın cinsel suçlar bağlamında me haz kanunla örtüşmemesi cinsel suçların düzenlenmesinin kanun koyucu açısından da zor olduğunun ve toplumsal kaygıların göz ardı edilemediğinin bir göstergesidir.

5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda, cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar, yukarıda anlattığımız değişiklik ve düzenlemelerle aynı doğrultuda, TCK'nın "*Kişilere Karşı Suçlar*" başlıklı ikinci kısmının "*Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar*" başlıklı altıncı bölümünde düzenlenmiştir. Böylece 5237 Sayılı TCK döneminde kişilerin cinsel

⁶⁷ Yener ÜNVER, Ceza Hukuku İle Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2003, s.1034.

⁶⁸ Çetin ÖZEK, 1997 Türk Ceza Yasası Tasarısı'na İlişkin Düşünceler, Prof.Dr. Sahir ERMAN'a Armağan, Alfa Basım Yayım Dağıtım, İstanbul 1999, s.663.

⁶⁹ TANER, Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s.68.

⁷⁰ Yener ÜNVER, Özellikle Cinsel Suçlar Alanında olmak Üzere, Kadınlarla ilgili Ceza Hukuku Normlarındaki Değişim ve Türkiye'deki Durum, Adalet Yüksekokulu 20.Yıl Armağanı, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., İstanbul 2001, s.295.

⁷¹ TANER, Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s.69.

özgürlüğü ve dokunulmazlığı, cinsel suçlar bağlamında korunan hukuksal değer olarak belirlenmiştir. Cinsel özgürlüğe karşı suçları cinsellikle ilgili diğer suçlardan (müstehcenlik, fuhuş vb.) ayıran en önemli unsur, özgürlük, kendi kaderini belirleyebilme hakkı, özgür iradeye yansıyan özgür seçim gibi değerlerin bu alandaki iz düşümü olan rıza kavramıdır.⁷² Çünkü günümüzde cinselliğin temeli karşılıklı rızaya dayanmaktadır.⁷³ Bu sebeple cinsel suçların diğer cinsel suçlardan ayrılıp kişilere karşı işlenen suçlar başlığı altında ele alınması yerinde bir düzenlemedir.

1.5.1. 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu Dönemi

765 Sayılı Türk Ceza Kanunu, Türkiye Cumhuriyeti'nin ilk Ceza kanunu olarak, “döneminin en demokratik, insan hak ve özgürlüklerine en geniş yer veren kanunu olması”⁷⁴ niteliği sebebiyle 1889 tarihli İtalyan Ceza Kanunu'ndan (Zanardelli Kanunu) bazı değişiklikler ve düzenlemeler yapılarak iktibas edilmiştir.⁷⁵ Daha sonraki yıllarda İtalyan Ceza Kanunu'nda geniş çaplı değişiklikler yapılmış ve bu değişiklikler eski TCK'ya 1936 yılında yapılan değişikliklerle aynı kapsamda işlenilmiştir.⁷⁶

765 Sayılı TCK'da “reşit olmayan bir kimse ile rızasıyla cinsi münasebette bulunmak suçu” 416'ncı madde de düzenlenmekteydi. 416'ncı maddenin 3'üncü fıkrası; “*Reşit olmayan bir kimse ile rızasıyla cinsi münasebette bulunanlar fiil daha ağır cezayı müstelzim bulunmadığı takdirde altı aydan üç seneye kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*” şeklindeydi. Buna göre 765 Sayılı TCK'da reşit olmayanla cinsel ilişki suçu ayrı bir madde de tanımlanmayıp ırza geçme başlıklı 416'ncı maddenin 3'üncü fıkrasında yer almıştır. Doktrinde bir görüşe göre bu fiiller, rıza beyanı ile cinsel ilişki şeklinde değil de, mefruz cebirle ırza geçme olarak belirtilmiştir.⁷⁷ Bir diğer görüş ise, madde metninde rızanın varlığının suçun oluşması için gerekli olduğunu ve bundan dolayı mefruz cebirin söz konusu olamayacağını belirtmiş, dolayısıyla 765 Sayılı TCK'nın 416'ncı maddesinin 3'üncü fıkrasında düzenlenen bu suçun bağımsız bir madde olarak ve suçun başlığı ile düzenlenmesi gerektiğini öne sürmüştür.⁷⁸

Kanun maddesi gereğince; reşit olmayan ile cinsi münasebet suçunda mağdur çocuğun 15 yaşını bitirmiş fakat 18 yaşından küçük olması gerektiği, mağdurun cinsiyetinin suçun oluşumuna herhangi bir etkisinin olamayacağı, bir başka ifade ile mağdurun erkek ya da kız çocuğu olabileceği, madde metninde reşit olmayan kavramı kullanıldığı için mağdurun reşit olmaması gerektiği, şayet mağdur evlenme yolu ile reşit olmuşsa artık bu suçun mağduru sayılamayacağı, çünkü madde metninde açıkça suçun mağdurunun reşit olmayan biri olabileceğinin belirtildiği, fail ile mağdur arasında cinsi münasebetin gerçekleşmiş olmasının gerektiği,⁷⁹ 765 Sayılı TCK döneminde cinsi münasebetin aktif

⁷² AYDIN, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar s.155.

⁷³ TANER, Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s.69.

⁷⁴ İzzet ÖZGENÇ, Gerekçeli Türk Ceza Kanunu, Seçkin Yayınları, Ankara 2004, s.7.

⁷⁵ Sulhi DÖNMEZER, Ceza Hukuku Özel Kısım, Filiz Kitapevi, İstanbul 1983, s.41.

⁷⁶ Abbas KILIÇ, Cinsel Hakimiyet ve Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Saldırı Suçu (TCK m.102), TBB Dergisi Sayı:78, Yıl:2008, s.167.

⁷⁷ Sulhi DÖNMEZER, Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1975, s.84.

⁷⁸ Ayhan ÖNDER, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Beta Yayınları, İstanbul 1985, s.243.

⁷⁹ KANTARCI, s.24.

failin tenasül aletinin diğerinin vücuduna normal ya da anormal yoldan kısmen veya tamamen ithal edilmesi olarak tanımlandığı,⁸⁰ buna göre mağdurenin cinsel ilişki olmaksızın, başka bir şekilde kızlığının bozulmasının bu madde kapsamında suç teşkil etmeyeceği,⁸¹ tasaddi niteliğinde kalan eylemlerde bu suçun oluşmayacağı, suçun ancak kasten işlenebilen bir suç olduğu ve failde kastın kapsamı olarak cinsi münasebet kastının bulunmasının yeterli olacağı ayrıca özel bir kast halinin aranmayacağı, doktrinde suç tipinin, eksik teşebbüs ve tam teşebbüs hallerine elverişli olup olmadığı hususunda tartışma bulunduğu ve ilgili suçun eksik teşebbüse mümkün olduğu şeklinde ağırlıklı görüşler bulunduğu değerlendirilmiştir.⁸²

Reşit olmayanla cinsi münasebet suçunun nitelikli halleri, suçun tanımlandığı 765 Sayılı TCK'nın 416'ncı maddesinde değil de ırza geçme ve ırza tasaddi suçlarının tamamı açısından TCK'nın 417 ve 418'inci maddelerinde belirtilmiştir.

765 Sayılı TCK'nın 417'inci maddesinde; suçun birden ziyade kimseler tarafından işlenmesi, usulden biri veya veli ve vasi veya mürebbi ve muallimleri ve hizmetkarları veya terbiye veya nezaret veya muhafazaları altına bırakılan veya buna dıkar olanların üzerlerine hüküm ve nüfuzu olan kimseler tarafından işlenmesi halleri nitelikli hal olarak ön görülüp cezanın yarısına kadar arttırılması gerektiği belirtilmiştir.

765 Sayılı TCK'nın 418'inci maddesinde; suçun sonucunda, mağdurun ölümü mücip olursa faile müebbet hapis cezası verileceği veya cinsi birliktelik sırasındaki fiil ve hallerin bir marazın sirayetini veya mağdurun sıhhatine sair büyük bir nakısa irasını veya maluliyet veya mayubiyetini müstelzim olduğu hallerde sonuç cezanın yarısının ilave edileceği hüküm altına alınmıştır. Mayubiyet, uygulamada kızlık zarının yırtılması olarak değerlendirilmiş ve kişide önemli bir eksikliğe neden olduğu belirtilmiştir.⁸³ Kanunun bu hükmü doktrinde sıklıkla eleştirilmiştir. Ayşe NUHOĞLU'na göre bu düzenleme ile mağdurun daha fazla korunması amaçlanmış ise de mağdurun ayıplı sayılması insan onuruyla bağdaşmamaktadır.⁸⁴ Bu doğrultuda 5237 Sayılı TCK'da böyle bir düzenlemeye yer verilmemiştir.⁸⁵

765 Sayılı TCK'nın 434'üncü maddesinde ise 414, 415 ve 416'ncı maddeleri kapsayan genel bir düzenlemeye yer verilmiştir. Buna göre reşit olmayan bir kimse ile onun rızası dahilinde cinsi münasebette bulunan fail, cinsel ilişki tarihinden sonra mağdur ile evlendiği takdirde kendisi hakkında kamu davasının açılmasının ertelenmesi veya evlilik, ceza verildiği tarihten sonra gerçekleşmişse cezanın erteleneceği hüküm altına alınmıştır. Ancak 434'üncü maddenin 2'inci fıkrası uyarınca; fail mürürü zaman haddine kadar haksız olarak boşanmaya sebep olmuşsa takibatın yenileceği ve/veya evvelce hüküm verilmişse cezanın çektirileceği zikredilmiştir. Ayrıca 434'üncü maddenin 4'üncü

⁸⁰ DÖNMEZER, Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler, s.154.

⁸¹ Cengiz OTACI, Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Suçlar, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2000, s.72.

⁸² KANTARCI, s.25.

⁸³ Erdem AKKAY, Irza Geçme, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, İstanbul 1985, Sayı 1-4, s.656.

⁸⁴ Ayşe NUHOĞLU, Türk Ceza Kanununda ve 2002 Tasarısında Cinsel Suçlar, Prof.Dr.Çetin ÖZEK Armağanı, Seçkin Yayıncılık, İstanbul 2004 s.627.

⁸⁵ KANTARCI s.26.

fıkrasında da failin, mağdur ile evlenmesi halinde fiilde methali olan diğer kişiler hakkında da davanın düşmesi belirlenmiştir.

Doktrinde, ırza geçme ve ırza tasaddi suçları açısından mağdurun fail ile evlenmek zorunda bırakılması durumu fazlasıyla eleştirilmekteydi. Çünkü tecavüze uğrayan bir kadının çevre, aile ve sosyal baskı sebebiyle tecavüzcüsüyle evlendirilmek zorunda bırakılması kadın için daha vahim sonuçlara yol açacak bir düzenlemeydi.⁸⁶ Bu düzenleme ancak reşit olmayanla rızasıyla cinsi münasebet suçunda anlamlı olabilmekteydi. Binaenaleyh rızalarıyla cinsi münasebette bulunan iki çocuğun daha sonra evlenmek istemeleri halinde şayet bu düzenleme olmasaydı failin cezaevine girmesi sonucunu ortaya çıkaracaktı.⁸⁷

1.5.2. 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Dönemindeki Düzenleme

Reşit Olmayanla Cinsel İlişki suçu 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 104'üncü maddesinde düzenlenmiştir. TCK 104'de "*Cebir, tehdit ve hile olmaksızın, onbeş yaşını bitirmiş olan çocukla cinsel ilişkide bulunan kişi, şikayet üzerine, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*" hükmü bulunmaktadır. Böylece 765 Sayılı TCK'nın ırza geçme başlıklı 416'ıncı maddesinin 3'üncü fıkrasında yer alan reşit olmayanla cinsel ilişki suçu 5237 Sayılı TCK döneminde ayrı bir madde de düzenlenmiştir.

5237 Sayılı TCK döneminde cinsel suçlar, modernist yaklaşımlara uygun olarak '*Kişilere Karşı Suçlar*' kısmında, '*Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar*' bölümünde düzenlenmiştir. Oysa 765 sayılı TCK döneminde "*Adabı Umumiye ve Nizamı Aile Aleyhinde Cürümler*" bölümünde düzenlenmişti. Bu değişiklik ile, kanun koyucunun suçlarla korunması amaçlanan hukuksal değeri kişinin cinsel bütünlüğü ve cinsel özgürlük olarak yorumladığı sonucuna varıyoruz. Yeni TCK döneminde cinsel suçlar, aile düzeni ve toplum yapısının korunması kavramlarının dışına çıkartılarak cinsel özgürlük kavramı içerisinde ele alınmıştır.

765 Sayılı TCK'da reşit olmayanla cinsi münasebette bulunma suçunda cinsi münasebetten ne anlaşılması gerektiği kanunda açıkça zikredilmemiş, bu kavram doktrinde ve Yargıtay Kararlarında açıklanmıştır. Buna göre, cinsi münasebet; "*aktif failin tenasül organını diğerinin vücuduna anal veya vajinal yoldan sokması*" şeklinde açıklanmıştır.⁸⁸ Bu durumda suçun faili sadece erkek şahıs olabiliyordu. Çünkü aktif failin tenasül organı kavramına atıf yapılmıştı. Mağdurun vücuduna cinsel organ dışında sair bir cisim veya sair bir organ sokulması cinsi münasebet olarak değerlendirilmeyordu.⁸⁹

765 Sayılı TCK'da madde metninde mağdurun rızası kavramı açıkça yer almışken 5237 Sayılı TCK'da "*mağdurun rızası*" kavramı yer almayıp onun yerine "*cebir, tehdit ve hile olmaksızın*" lafzına yer verilmiştir. Yine aynı doğrultuda 765 Sayılı TCK'da kavram

⁸⁶ Türkan YALÇIN SANCAR, Türk Ceza Kanunu Tasarısının (2000) Bazı Hükümleri Hakkında Düşünceler, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl:2002, Cilt:51, Sayı:3, s.16.

⁸⁷ DÖNMEZER ve YENİSEY, s.150.

⁸⁸ Atacan KÖKSAL, Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, Ankara 2015, <http://kitaplar.ankara.edu.tr/dosyalar/pdf/873.pdf>, Erişim Tarihi: 26/03/2019

⁸⁹ SONER BAYKAL, s.15.

olarak “reşit olmayan” lafzı kullanılmışken, 5237 Sayılı TCK’da “15 yaşını bitirmiş olan çocuk” tabiri kullanılmıştır. Her ne kadar ifade ediliş şekli ve kavramlar birbirinden farklı gibi gözükse de eski ve yeni TCK’daki her iki düzenleme de aynı suç tipini düzenlemekte ve failin aynı eylemlerini cezalandırmaktadır.⁹⁰

765 Sayılı TCK’da reşit olmayanla cinsi münasebet suçunun nitelikli halleri suçun tanımlandığı 416’ıncı madde de değil de ırza geçme ve ırza tasaddi suçlarını da kapsayacak şekilde 417 ve 418’inci maddelerde düzenlenmişti. Oysa 5237 Sayılı TCK’da suçun nitelikli halleri, suçun bizatihi kendisinin tanımlandığı 104’üncü madde de belirtilmiştir.

765 Sayılı TCK’da suçun basit ve nitelikli hallerinin soruşturulması şikayet şartına bağlı değilken 5237 Sayılı TCK’da suçun basit hali mağdurun şikayet şartına tabi kılınmıştır.

765 Sayılı TCK’nın 434’üncü maddesinde mağdur ile failin cinsi münasebet tarihinden sonra evlenmeleri halinde düzenlemeler mevcutken bu yaklaşımdan 5237 Sayılı TCK döneminde vazgeçilmiştir.

Suçun basit hali için 765 Sayılı TCK döneminde altı aydan üç seneye kadar hapis cezası öngörülmüşken, 5237 Sayılı TCK döneminde suçun basit hali için 6545 sayılı Kanun düzenlemelerinden sonra iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası öngörülmüştür.

1.5.2.1.2000 Tarihli Türk Ceza Kanunu Tasarısı

“Küçüklerin ve Çocukların Rızası ile İrzina Geçilmesi Suçu”, 2000 tarihli tasarının 314’üncü maddesinde hüküm altına alınmıştı.

Buna göre;

“Onbeş yaşını bitirmiş olup da, henüz onsekiz yaşını bitirmemiş olan küçüğün rızasıyla 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.”⁹¹

Somut olarak örneklemek gerekirse; mahkeme kararıyla reşit kabul edilen onyedili yaşındaki mağdurun rızasıyla cinsel ilişkiye girmesi tasarıya göre suç olmayacaktı.⁹² Ancak bu durum doktrinde eleştirilmiş bir kişinin mahkeme kararıyla reşit hale gelmesinin medeni hukukun alanına gireceği, ceza hukukunun ve ceza muhakemesi hukukunun maddi gerçeği araştırma amacı taşıdığından kişinin gerçek yaşını baz alması gerektiği, kişinin başka suretle reşit olması halinin bir istisna durum olacağı ve bunun madde metninde olmaması gerektiği ifade edilmekteydi.⁹³

⁹⁰ SONER BAYKAL, s.15.

⁹¹ YALÇIN SANCAR, s.13.

⁹² YALÇIN SANCAR, s.13.

⁹³ YALÇIN SANCAR, s.13.

1.5.2.2.Adalet Alt Komisyonunda Kabul Edilen Metin

Adalet Alt Komisyonunda kabul edilen TCK tasarısı, yukarıda anlattığımız 2003 Hükümet Tasarısından birçok yönüyle değişiklikler arz etmektedir.⁹⁴

Tasarının, reşit olmayanla cinsel ilişki suçu başlığını taşıyan 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.

Tasarıda en çok dikkati çeken değişikliklerden biri cinsel suçların “Kişilere Karşı İşlenen Suçlar” bölümünde düzenlenmesi ile cinsel suçların genel başlığının “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı İşlenen Suçlar” olmasıdır. Bu yaklaşımla, cinsel suçların genel adap, aile bütünlüğü ve toplum sosyolojisini ilgilendirdiği düşünülen anlayıştan vazgeçilerek, bireyin cinsel özgürlük alanı ve tercihleriyle birebir bağlantısı olduğu anlayışı benimsenmiştir.⁹⁵

1.5.2.3.6545 Sayılı Türk Ceza Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun İle Düzenlenen Metin

Türk Ceza Kanunu’nun cinsel dokunulmazlığa karşı suçlara ilişkin hükümleri, 18 Haziran 2014 tarihli 6545 sayılı Türk Ceza Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile köklü bir değişikliğe uğramıştır.⁹⁶ 6545 sayılı Kanun 28 Haziran 2014 tarihinde 29044 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir.

Bir eylemin suç olarak ihdas edilip edilmemesi problemi gibi, suç olarak belirlenen eylemler karşılığında düşünülen yaptırımın türü, niteliği ve ağırlığı da izlenilen suç siyasetinin sonuçlarıdır.⁹⁷ Suç siyaseti, bir yönüyle yaşanan bir olay karşısında toplumun tüm fertlerinin o olaya bakışını, tepkisini ve toplumun gelenek ve değerlerini dikkate alırken, diğer yönüyle suçlarla mücadele noktasında daha akılcı ve bireyi suça iten psikolojik nedenleri içine alan bir takım şartların oluşturulmasını ve derinlikli bir stratejinin belirlenmesini ifade eder. Hayatın olağan akışından ve toplumların içtimai hayatından bağımsız düşünülemeyecek olan suç siyaseti, yargı makamlarının önüne gelen her türlü somut olayı dikkate alıp, suçlara karşı bireysel ve toplumsal anlamda korunmayı belirlemeye çalışır. Özellikle son yıllarda cinsel suçlarda istatistiki verilere göre yaşanan hızlı artış kanun koyucuyu, bu suçlarla mücadele noktasında yeniden bir düzenleme yapmaya itmiştir. Kanun koyucu da cinsel suçlar açısından cezanın ağırlığının caydırıcılık unsurunu göz önünde bulundurarak, cezaların arttırılması ekseninde bir suç siyaseti belirlemiştir. Ancak doktrinde de sıklıkla belirtildiği üzere suç siyaseti açısından sadece cezaların arttırılması caydırıcılık için tek başına yeterli değildir. Cezanın arttırılmasının

⁹⁴ KANTARCI, s.49.

⁹⁵ TANER, Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s.69.

⁹⁶ Handan YOKUŞ SEVÜK, 6545 Sayılı Kanun ile Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlarda Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi, Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, Cil:3, Sayı:2, Yıl:2015 s.120.

⁹⁷ Handan YOKUŞ SEVÜK, 6545 Sayılı Kanun ile Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlarda Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi, Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, Cil:3, Sayı:2, Yıl:2015 s.121.

toplumda bir karşılığının olduğu kabul edilebilir ise de bireyi suça yönlendiren, suça iten nedenlerin üzerinde durmak ve düşünmek gerekmektedir.

6545 Sayılı Kanunu'n 60'ıncı maddesi ile TCK'nın 104'üncü maddesinde düzenlenen Reşit Olmayanla Cinsel İlişki suçu önemli ölçüde değişikliğe uğramıştır. Öncelikle suçun temel şeklinin cezası arttırılmıştır. Daha önce altı aydan iki yıla kadar olarak öngörülen hapis cezası yeni düzenleme ile iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası olarak değiştirilmiştir. Ayrıca TCK'nın 104'üncü maddesine suçun nitelikli hal olarak 2'inci ve 3'üncü fıkra eklenilmiştir. 104'üncü maddenin 2'inci fıkrasına “*Suçun mağdur ile arasında evlenme yasağı bulunan kişi tarafından işlenmesi halinde*”, cümlesi eklenerek “ensest” benzeri ilişkilerin cezalandırılması gerektiği hüküm altına alınmıştır.⁹⁸ 104'üncü maddenin 3'üncü fıkrasında ise suçun evlat edinme ilişkisi çerçevesinde veya koruyucu aile bağlamında bakım ve gözetim yükümlülüğü çerçevesinde işlenmesi, bir nitelikli hal olarak kaleme alınmıştır.

6545 sayılı Kanun ile değişikliğe uğrayan reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda, kanun koyucu 104'üncü maddenin 2'inci ve 3'üncü fıkrasıyla aslında bir özgü faillik durumu belirlemiştir. Çünkü her iki fıkra da suçu işleyen failin vasıflarına atıf yapılmış ve ancak nitelikleri kanunda açıkça sayılan kişilerin fail olabileceği belirlenmiştir. Böylece daha önceki dönemde basit hali ile tanımlanan ve soruşturulması şikayete tabi olan suç, nitelikli haller ihdas edilerek re'sen soruşturulan bir suç tipine dönüştürülmüştür.

1.5.2.4. Anayasa Mahkemesi'nin 23/11/2005 Tarihli 2005/103 Esas ve 2005/89 Karar Sayılı Kararı ile İptal Edilen Hüküm (Failin Mağdurdan 5 Yaş Büyük Olması Hali)

5237 sayılı TCK'nın 2'inci fıkrasının ilk halinde, failin mağdurdan beş yaş büyük olması halinde cezanın arttırılması bir nitelikli hal olarak düzenlenmişti. Bu durumda, şikayet şartı aranmaksızın soruşturma ve kovuşturmanın re'sen yapılacağı belirlenmişti. Ancak bu hüküm, Anayasa Mahkemesi'nin 23/11/2005 tarih, 2005/103 Esas ve 2005/89 Karar sayılı kararıyla iptal edilmiştir.

5237 sayılı Kanunun 104'üncü maddesinin 2'inci fıkrasında; “*Fail mağdurdan beş yaş büyük ise, şikayet koşulu aranmaksızın, cezası iki kat arttırılır.*” şeklindeki hüküm doktrinde bir çok yazar tarafından eleştiriye uğramaktaydı. Genel itibarıyla bu hüküm, herhangi bir gerekçe öngörmeksizin, neye göre belirlendiği belli olmayan bir şekilde yaş farkı belirtip, sonuç cezayı arttırdığı ve kovuşturma koşulunun şikayet şartına tabi olmaması sebebiyle eşitlik ilkesine aykırılık oluşturacağı düşünüldüğünden eleştirilmekteydi.⁹⁹

Doktrinde, kanunda öngörülen yaş kriterine ilişkin düzenlemenin yabancı ülkelerin kanunlarından yararlanarak düzenlendiği ileri sürülmüş, fakat ilgili ülkelerde mevcut olan

⁹⁸ Yener ÜNVER, Türk Maddi Hukukunda Cinsel Suçların Eleştirel Olarak İncelenmesi, II. Türkiye-Slovenya Uluslararası Hukuk Sempozyumu, Cinsel Suçlar ve Evlilik Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Mayıs 2014, s.51.

⁹⁹ Yener ÜNVER, Cinsel Dokunulmazlığa ve Genel Ahlaka Karşı Suçlar, Sempozyum Türk Ceza Kanunu'nun II Yılı Teori ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar, İstanbul, Türk Ceza Hukuku Derneği Yayınları, 10 Nisan 2008, s.316

benzer düzenlemelerin, madde metin içerikleri ve sonuçları itibariyle ülkemizde yapılan düzenlemeden farklılık arz ettiği belirtilmekteydi.¹⁰⁰

Anayasa Mahkemesi yukarıda madde metni yazılarak açıklanan düzenlemeyi, mağdurlar ve failerin arasında sadece yaş farkına dayanılarak yapılan ayrımı çocukların cinsel dokunulmazlıklarını koruma amacını gerçekleştirmeye elverişli olmadığı ve düzenlemenin adalet ve eşitlik ilkeleriyle bağdaşmadığı gerekçesiyle iptal etmiştir.¹⁰¹

Anayasa Mahkemesinin gerekçesinde ayrıntısıyla açıklandığı gibi, söz konusu düzenleme kanaatimizce de eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmuyordu. Çünkü maddenin gerekçesinde yaş farkının neden beş yıl olarak öngörüldüğü ve bu öngörü ile ulaşılmak istenen amaç tam olarak ifade edilmemişti. Ayrıca ilgili hükmün şikayete tabi olmayıp re'sen kovuşturuluyor olması da ileride doğacak muhtemel zararları beraberinde getirecekti. Örneğin, failin mağdurdan 5 yaş büyük olduğu bir olayda, fail ile cinsel ilişkiye giren mağdurenin şikayetin olmaması ve daha sonra fail ile evlenmesine rağmen failin bu hüküm uyarınca cezalandırılacak olması mağdure açısından iki yönüyle de telafisi mümkün olmayan sonuçlar doğuracaktı.¹⁰²

¹⁰⁰ ÜNVER, Cinsel Dokunulmazlığa ve Genel Ahlak Karşı Suçlar, s.317.; KANTARCI, s.97.

¹⁰¹ KANTARCI, s.98-99.; AYM, E:2005/103, K:2005/89, T:23/11/2005, (<http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2006/02/20060225-6.htm>) Erişim Tarihi: 01/10/2019,

¹⁰² KANTARCI, s.99.

İKİNCİ BÖLÜM

REŞİT OLMAYANLA CİNSEL İLİŞKİ SUÇU

2.1. Genel Olarak

“Reşit Olmayanla Cinsel İlişki” suçu, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 104’üncü maddesinde düzenlenmiştir. Bu düzenleme, 765 sayılı TCK’nın 416/son maddesinin karşılığıdır.¹⁰³

Suç, Türk Ceza Kanunu’nun 2’inci kitabının “Kişilere Karşı İşlenen Suçlar” başlıklı 2’inci kısmının 6’ıncı bölümünde “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar” başlığının içerisinde düzenlenmiştir.¹⁰⁴ Oysa 765 sayılı TCK’da “Adabı Umumiye ve Nizamı Aile Aleyhinde Cürümler” başlığı altında düzenlenmekteydi.

Suçun yeni TCK’da düzenlenen ilk halinin 2’inci fıkrası daha önceki başlıklarda ayrıntısıyla anlattığımız şekilde Anayasa Mahkemesince iptal edilmiştir. Suçun 2’inci ve 3’üncü fıkrasında suç için öngörülen nitelikli haller ise 18/06/2014 tarihli 6545 sayılı Kanun’un 60’ıncı maddesi ile TCK madde 104’e eklenilmiştir.

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçu henüz hüküm altına alınmazdan evvel adalet komisyonunda ciddi eleştirilere maruz kalmıştır.¹⁰⁵ Bu eleştirilere ve tartışmalara rağmen suçun ihdas edilmesinin temelinde kuşkusuz çocukların üstün yararı kavramı çok önemli bir rol oynamıştır. Suçun tanzim olunmasının mantığı, 15-18 yaş aralığındaki çocukların henüz cinsel gelişimlerini tam manasıyla tamamlamadıkları gözetilerek onlara yönelen eylemlerin cezasız kalmamasından ibarettir. Tam olarak da suç bu yönüyle eleştirilmektedir. Çünkü çocukların rızalarıyla girdikleri cinsel ilişkinin suç olmaması gerektiği ve bu suç ile cinsel özgürlüklerine çok fazla müdahale edildiği söylenilmektedir. Her ne kadar bu tartışmalar uzun uzadıya devam edip ve halen doktrinde birçok yazar tarafından eleştiriliyor olsa da, kanun koyucu, çocukların cinsel özgürlük alanına bir nebze müdahale etmeyi göze alarak onların üstün yararı ve doğru, düzgün cinsel gelişimlerini hedeflediği için böyle bir suçu düzenlemiştir. Eleştirilerden bir kısmı ise bu suçun ihdas edilmesinin temelinde toplumsal kaygıların bulunduğudır. Ancak biz burada toplumsal kaygı tartışmalarından öte kanun koyucunun mantığının doğru olduğunu ve temel hedefin çocuğun üstün yararı ve Anayasamızın 41’inci maddesi olduğunu düşünmekteyiz. Çünkü çocuklar ani bir duyguyla rıza göstererek yaşamış oldukları cinsel ilişkinin sonuçlarını rıza beyanının verildiği anda tam olarak düşünüyor ve kabulleniyor olamazlar. O andan sonraki tüm hayatlarını ve sağlıklı, düzgün cinsel gelişimlerini etkileyecek olan böyle bir rıza beyanının şikayet usulü ile suça evrilmesi tam olarak bu mantık çerçevesinde kabul edilebilir olacaktır. Nitekim kanun koyucu da bu şekilde düşünerek fail tarafından mağdura yönelen ve özellikleri kanunda belirlenen cinsel davranışları suç olarak kabul etmiştir. Madde metninin içerik itibarıyla eleştirilmesine bir kısım konu başlıkları altında biz de değineceğiz. Örneğin; bu suç işlenirken faili ve

¹⁰³ Ahmet Ceylani TUĞRUL ve Murat Ceylani TUĞRUL, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı İşlenen Suçlar& Enstest İlişkiler, Ütopya Grafik, Mart 2018, Ankara, s.1178.

¹⁰⁴ SONER BAYKAL, s.33.

¹⁰⁵ TUĞRUL ve TUĞRUL, s.1178.

mağduru belli olmayan bir durum ile karşı karşıya kalınabilecektir, ya da faili ve mağduru belirlenemeyen bir olayda şikayet hakkını kimin kullanıyor olabileceği belirsizlik arz edecektir. Bu ve benzeri durumlarla alakalı olay örneklerini ve Yargıtay kararlarını kendi fikrimizle birlikte konu başlığı altında değerlendireceğiz.

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun temel halinin takibi şikayete bağlı suçlardan olup, rıza ve şikayet kavramlarının bir arada yer alması ilk bakışta çelişki gibi gözüküyor ise de yukarıda suçun ihdas edilme mantığının çocuğun üstün yararı olduğuna değinmiştik.

Bu suçun temel fiili (hareket) reşit olmayan birisiyle rızası dahilinde cinsel ilişkiye girmektir. Cinsel ilişki kavramı, fiil, fail ve mağdur detaylı bir şekilde incelenecektir.

2.2. Korunan Hukuksal Değer

Ceza hukukunun temel kaynağı kanundur. Kanunsuz suç da ceza da olmaz. Bu, suçların ceza yasalarını bertaraf (ihlal) eden beşeri davranışlar olması demektir. Bu nedenle suç ortaya çıkaran özellik, onun bir ihlal fiilinden kaynaklanmasıdır. Suç, madem bir ihlal fiilidir hukuki bir değer ve menfaati ihlal etmesi gerekmektedir. Bu demektir ki, suçla ihlal edilen, beşeri bir değer veya menfaat suçun hukuki konusunu oluşturmaktadır.¹⁰⁶

Suçun hukuki konusu; ceza kuralı ile korunan ve bir suçun ihlal ettiği, zarar verdiği veya tehlikeye maruz bıraktığı ferdi, toplumsal, maddi veya maddi olmayan menfaattir.¹⁰⁷ Suçla ihlal edilen ve ceza ile korunan değer veya menfaatlerin mutlak, değişken olmayan bir katalogunun olduğunu söylemek mümkün değildir. Madem toplumun ihtiyaçları zamanla ve yerle bağlantılı olarak değişmektedir, bu bağlamda hukukun da değişebilirliği, yani eskinin yerini yeninin alması olağandır. Ancak ceza hukuku düzenlemelerinde, suç ile ihlal edilen ve ceza ile korunan hukuki değer veya bireysel menfaatler bazı farklılıklar olmakla birlikte büyük oranda benzerlikler arz etmektedir.¹⁰⁸

5237 sayılı TCK'da kanun koyucu, suçları tasnif ederken hukuki konu ölçütünü esas almıştır. Bu sebeple, suç tiplerinin açıklamasında, ilgili suçların kanunda bulunduğu yer önem taşır.¹⁰⁹

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçu, 5237 sayılı TCK'nın "*Kişilere Karşı İşlenen Suçlar*" kısmının "*Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar*" bölümünde düzenlenmiştir. Suçun kanunda düzenlendiği yere bakıldığında suçun hukuki konusunun, "*çocuğun cinsel dokunulmazlığı*" olduğu ilk bakışta göze çarpmaktadır. Bu durum TCK'nın 102'inci maddesinde düzenlenen cinsel saldırı suçunun gerekçesinde de belirtilmiştir.¹¹⁰ Ancak kanaatimizce ve gerekçesini ilerde açıklayacağımız üzere reşit olmayanla cinsel ilişki suçu diğer cinsel suçlardan hukuki konusu yönüyle bir nebze farklılık arz etmektedir.

¹⁰⁶ Zeki HAFIZOĞULLARI ve Devrim GÜNGÖR, Türk Ceza Hukukunda Suçların Tasnifi, TBB Dergisi, Sayı:69, Yıl:2007, s.22-23.

¹⁰⁷ Faruk EREM, Suçun Konusu ve Hümanist Doktrin, Erişim: (<http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/335/3395.pdf>), Erişim Tarihi: 02/10/2019, s.23-24.

¹⁰⁸ HAFIZOĞULLARI ve GÜNGÖR, s.24-25.

¹⁰⁹ KÖKSAL, s.688.

¹¹⁰ İzzet ÖZGENÇ, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2005, s.818-819.

Doktrinde bazı yazarlar, bu suçun da diğer suçlar gibi suç ile korunması amaçlanan hukuksal değerinin cinsel dokunulmazlık ve özgürlük olduğunu savunurlar.¹¹¹ Bazı yazarlar ise rızaya dayalı bir suç tipi olması nedeniyle, bu suçun korunan hukuksal değerinin diğer cinsel suçlardan ayrıldığını ifade ederler. Bu görüşe göre; suçla ihlal edilen hukuki menfaat cinsel özgürlük ile bağdaşmaz. Çünkü rıza ile cinsel ilişkiye girmek cinsel özgürlüğün ihlal edildiği anlamını taşımaz ve bu çelişkili bir durumdur. Bu nedenle suçla korunması amaçlanan hukuki değer çocuğun doğru ve düzgün cinsel gelişimidir.¹¹²

Kantarıcı'ya göre; madde metninde yasaklanan eylemlerin ceza hukukunun müdahale etmesi gereken fiiller olmadığı, ortada bu madde ile korunması gereken bir hukuki değer de bulunmadığı, bu suç ile çocuğun düzgün cinsel gelişiminin korunduğu ileri sürülebilirse de mevcut düzenlemenin bu amacı gerçekleştirmekten uzak olduğu, yalnızca cinsel ilişki boyutuna varan cinsel davranışların yasaklanmış olmasının Türk Medeni Kanunu'nun 16 ve 17 yaşında kişinin evlenmesine ve dolayısıyla eşi ile cinsel ilişki kurabilmesine müsaade etmesine rağmen, aynı yaşta ve evli olmayan bireylerin cinsel birliktelik yaşamalarının kanun tarafından kısıtlanmasının, bu suçun ihdas edilmesinde farklı amaçlar güdüldüğünü hissettirmektedir. Toplumun ahlaki kaygılarıyla kanunda yer aldığını düşündüğümüz bu madde ile sanki toplumsal ahlakın korunması ve bireylerin evlilik öncesi cinsel deneyimden uzak tutulması amaçlanmaktadır.¹¹³

Taner'e göre; suçun kanun sistematigindeki yeri, toplum ve kamu düzenine ilişkin kaygıların kanun koyucu tarafından fazlaca paylaşılmadığını ortaya koymaktadır. Zira kanun koyucu ailenin veya bütünsel olarak toplumun bu suç ile zarar göreceğini düşünseydi, bu suçu aileye veya topluma karşı suçlar başlığı altında düzenlerdi. Bu nedenle reşit olmayanla cinsel ilişki suçu incelenirken, bu suçun kişiye karşı bir suç olarak düzenlendiği gözden kaçırılmamalıdır. Bu suçun hukuki konusu diğer cinsel suçlardan ayrılmaktadır. Diğer suçların hukuki konusu cinsel özgürlük olmasına karşın, reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun hukuki konusu çocuğun doğru ve düzgün cinsel gelişimidir.¹¹⁴

Kocaoğlu'na göre; bu suçun koruduğu hukuksal değer çocuğun gelişimi, cinsel dokunulmazlığı ve cinsel bütünlüğüdür.¹¹⁵

Tuğrul'a göre; bu suçun hukuki konusu çocuğun cinsel dokunulmazlığı ve gelişimidir.¹¹⁶

Doğan'a göre ise; maddeden suçun hukuki konusu tam olarak tespit edilememektedir. Ancak belirlemek gerekirse suçla korunması amaçlanan hukuksal değer 15 yaşını bitirmiş çocuğun cinsel dokunulmazlığı ya da daha doğru bir tespitle kısmi cinsel özerkliği veya özgürlüğü olduğu söylenebilir.¹¹⁷

¹¹¹ KÖKSAL, s.688.

¹¹² TANER, Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s.326-327-328.

¹¹³ KANTARCI, s.93.

¹¹⁴ TANER, Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s.327-328.

¹¹⁵ KOCAOĞLU, s.404.

¹¹⁶ TUĞRUL ve TUĞRUL, s.1178.; Aynı görüşte YAŞAR, GÖKCAN ve ARTUÇ, s.3414.

¹¹⁷ DOĞAN, s.130.

Kanunun metni ve gerekçesinden, kanun koyucunun bu suç ile korumak istediği hukuki değeri tam olarak anlamak mümkün değildir. Bu çelişkiye ilişkin olarak, Anayasa Mahkemesi, 15 yaşını doldurmuş çocukların kişilikleri ve sorumluluk duygularının henüz yeterince gelişmediğinden, başkaları ile cinsel ilişkiye girmenin sonuçlarını yeterince kavrayamayabilecekleri sonucuna varmıştır.¹¹⁸ Bu sebeple Anayasa Mahkemesine göre korunan hukuksal değer çocukların cinsel dokunulmazlıklarıdır, çünkü Anayasa Mahkemesi rızayı bu suç için hukuka uygunluk nedeni olarak değil de bizzat suçun unsuru olarak görüp, faile, şikayet hakkını kullanabilecek olan mağdurun tehdidini düşünmesi gerektiği sorumluluğunu atfederek, kanun koyucunun mağdurun cinsel dokunulmazlığını korumaya çalıştığını vurgulamaktadır.¹¹⁹

Kanaatimizce, rızaya dayalı bir suç tipi olarak öngörülen bu suçta, kanun koyucunun suçu ihdas ederken korumak istediği hukuki değer çocukların cinsel özgürlüğü olmaktan ziyade çocuğun üstün yararı gözetilerek onun cinsel bütünlüğü, doğru, düzgün cinsel gelişimi ile çocuğu erken cinsel deneyimlerden korumaktır. Çünkü bu suçta, mağdur rızası ile cinsel ilişkiye girmektedir. Ancak daha sonra şikayet hakkını kullanarak faili cezalandırabilmektedir. Mağdurun, fail ile rızasıyla cinsel ilişkiye girip, daha sonra şikayet hakkını kullanabiliyor olması, kanun koyucu tarafından mağdurun sağlıklı cinsel gelişiminin korunmak istendiği sonucunu doğurmaktadır. Bu nedenle mağdurun anlık rıza beyanıyla gerçekleşen cinsel ilişkinin her türlü sonuçlarıyla yüz yüze kalmaması amaçlanmaktadır.

2.3. Suçun Unsurları

2.3.1. Suçun Maddi Unsurları

2.3.1.1. Fail

TCK'nın 104'üncü maddesinin 1'inci fıkrasında düzenlenen suçun temel şeklinin faili konusunda madde metninde özel bir düzenleme yapılmamıştır. Bu bakımdan, ilk bakışta bu suçun failinin herkes olabileceği söylenebilecektir.¹²⁰ Failin cinsiyetine ve yaşına ilişkin olarak madde metninde herhangi bir açıklama bulunmadığı gibi, failin kanuni yollardan erginliğini kazanmış olması durumuna ilişkin de kanuni metinde herhangi bir düzenleme yapılmamıştır. Ancak doktrinde failin cinsiyetine ve yaşına ilişkin birçok tartışma ve görüş yer almaktadır.

Daha önceki konu başlığında ayrıntısıyla açıkladığımız özgü faillik durumunu belirleyen, failin mağdurdan beş yaş büyük olması haline ilişkin TCK'nın 104/2 maddesindeki düzenleme, Anayasa Mahkemesinin iptal kararıyla iptal edilmiş ve bu karar 25/02/2006 tarih ve 26091 sayılı Resmi Gazete de yayımlanmıştır. Kararın gerekçesi ilgili konu başlığında yer almaktadır.

5237 sayılı yasanın 104/2 ve 104/3'üncü maddeleri için 6545 sayılı Kanun ile öngörülen özgü faillik durumları da ayrı bir başlık altında incelenecektir.

¹¹⁸ DOĞAN, s.130.

¹¹⁹ DOĞAN, s.131.

¹²⁰ AYDIN, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, s.88-89.

2.3.1.1.1. Failin Cinsiyeti Açısından Doktrindeki Tartışmalar ve Yargı Kararları

Madde metninde failin cinsiyetine ilişkin herhangi bir ayırım yapılmamıştır. Dolayısıyla bu suçun faili bir kadın veya bir erkek olabilecektir.¹²¹ Ancak buna rağmen doktrinde failin cinsiyetine ilişkin örneksemeler ve olaylar yoluyla birden çok görüş ve kanun metninde değişiklik yapılmasına ilişkin öneriler bulunmaktadır. Öğretide bazı yazarlara göre suçun faili sadece erkek olabilir, bir kadının başka bir kadına karşı bu suçu işlemesi mümkün değildir. Yargıtay da bu suçun failinin erkek olabileceğini kabul etmektedir.¹²² Biz bu görüşe katılmamakla birlikte, cinsel ilişki kavramını tercih eden kanun koyucunun da kadınların bu suçun faili olabileceği görüşünü vurgulamak istediği kanısındayız.

Doktrinde ağırlık teşkil eden görüşlere göre bu suçun faili bir kadın da olabilecektir. Ancak bu suçun bir kadın tarafından başka bir kadına karşı işlenip işlenemeyeceği hususu tartışmalıdır.¹²³ Bir görüşe göre, bu suçun bir erkek tarafından başka bir erkeğe veya bir kadına ya da bir kadın tarafından bir erkeğe karşı işlenebilmesi mümkün iken, bir kadın tarafından başka bir kadına karşı işlenebilmesi mümkün değildir.¹²⁴ Doktrindeki bir diğer görüşe göre ise bu suç bir kadın tarafından başka bir kadına karşı işlenebilecektir.

Yukarıda tartışmalarından bahsettiğimiz konunun aslı “*cinsel ilişki*” kavramının dar ve geniş yorumundan kaynaklanmaktadır. Biz fiil başlığı altında cinsel ilişki kavramını derinlemesine inceleyeceğimizden burada konunun anlaşılması açısından kısaca değineceğiz. Cinsel ilişki kavramının dar yorumlandığı, yani ilişkinin sadece anal ve vajinal ilişkiyi kapsadığının düşünüldüğü hallerde, bu suçun bir kadın tarafından başka bir kadına karşı işlenmesi mümkün değildir. Ancak cinsel ilişki kavramının geniş yorumlandığı, yani vücuda organ veya sair bir cismin sokulması halinin de cinsel ilişki olarak kabul edildiği görüşe göre bu suç bir kadın tarafından başka bir kadına karşı işlenebilecektir. Başka bir anlatımla bir kadın, mağdur kız çocuğuna sair bir cisim sokmak vasıtasıyla bu suçun faili olabilecektir.

Doktrinde cinsel ilişkiyi; “*kişinin cinsel organının, diğerinin cinsel organına tam duhulü*” şeklinde tanımlanmayan görüşlere göre de bu suçun bir kadın tarafından mağdur kız çocuğuna karşı işlenmesi mümkün değildir. Çünkü bu tanımda duhul niteliğinde doğal yollu cinsel ilişki tanımlanmıştır. Her iki tarafın kadın olduğu durumlarda doğal yollu cinsel ilişki kurabilmek mümkün olmadığı için bu suçun failinin ve mağdurunun aynı anda kadın olması imkansız hale gelmektedir.

Köksal; reşit olmayanla cinsel ilişki suçu açısından, cinsel ilişki tanımının cinsel birleşmeyi ve diğer cinsel davranışları da içine alacak şekilde geniş yorumlanmasının mümkün olmadığı, bu yüzden hem failin hem de mağdurun kadın olması halinde, cinsel ilişkinin gerçekleşmeyeceği ve kadınların birbirlerine karşı gerçekleştirdikleri cinsel davranışların cinsel ilişki düzeyine varamayacağını kabul etmektedir.¹²⁵

¹²¹ KANTARCI, s.102.

¹²² Yargıtay 14’üncü Ceza Dairesi Esas:2012/6729 Karar:2014/5373.

¹²³ KANTARCI, s.102.

¹²⁴ TEZCAN, ERDEM ve ÖNOK, s.371.

¹²⁵ KÖKSAL, s.690, 694.

Kartal’a göre; cinsel ilişki kavramından cinsel organların vajinal ya da anal birleşmesinin anlaşıldığı, bu durumda suçun, cinsel ilişkiyi gerçekleştirebilecek kişiler arasında söz konusu olabileceği, iki kadın arasında gerçekleşen fiillerin cinsel ilişki olarak nitelendirilemeyeceği, bu sebeple kanun metnindeki cinsel ilişki ifadesinin değiştirilerek cinsel davranış kavramının tercih edilmesi yerinde olacaktır.¹²⁶

Bir başka görüşe suçu bir kadın, bir başka kadın veya erkeğe karşı işleyebilecektir.

Yargıtay da verdiği bir kararda, bir kadının, bir kız çocuğunun vajinal bölgesine parmak sokması eylemini cinsel ilişki olarak kabul etmemiştir ve karar içeriğinde cinsel ilişkiyi; “*erkek cinsel organının bir kadına vajinal veya anal yoldan ya da bir erkeğe anal yoldan ithal edilmesi*” olarak tanımlanmıştır.¹²⁷ Buna göre Yargıtay kadını diğer bir kadınla olan ilişkisinde, fizyolojik olarak cinsel organa sahip olamadığından fail olarak kabul etmemektedir. Oysa 5237 sayılı TCK’nın 104’üncü maddesinde düzenlenen reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda, fiil olarak belirtilen cinsel ilişki 765 sayılı TCK dönemindeki ırza geçme suçunu düzenleyen fiilden farklılık arz etmektedir. 5237 sayılı TCK’daki suç ile çocuğun düzgün ve sağlıklı cinsel gelişimi korunmak istendiğinden, bu mantıkla somut olaya yaklaşırsa mağdurun cinsel bütünlüğünün ve dokunulmazlığının korunması sağlanamayacaktır ve mağdurun suç sonucunda psikolojik, fiziksel, ruhsal ve biyolojik örselenmesinin önüne geçilemeyecektir.

Kanaatimizce, cinsel ilişki geniş yorumlanarak bu suçun bir kadın tarafından diğer bir kadına karşı işlenebilmesi mümkün olmalıdır. Aksi takdirde, kanun koyucunun madde metninde açıkça düzenlenmemiş olmasına rağmen kadınların bu suçun faili olamayacağını düşünmek Anayasa’nın eşitlik ilkesini düzenleyen hükümleri ile ceza hukukunun diğer temel ilkelerine aykırılık oluşturacaktır.

Failin yalnızca erkek olabileceğini düşünmek psikolojik, sosyolojik, ruhsal ve bedensel olarak aynı konumda bulunan çocuklardan erkek çocuğu sadece cinsiyeti itibarıyla cezalandırmak, hakkaniyeti ilke olarak benimseyen bir ceza hukuku siyasetine de aykırılık oluşturacaktır.¹²⁸ Çünkü kanun koyucu reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu tanzim ederken suçla korunan hukuki değeri, çocukların doğru, düzgün cinsel sağlığı ve gelişimi olarak belirlediğinden, fail erkek çocuğun suçun hukuki değerinin korunmasından yararlanmaması beklenemez.

Bir kadının mağdur kız çocuğuna yönelik sair bir cisim vasıtasıyla gerçekleştirmek istediği ve netice elde ettiği eylem, mağdur çocuk açısından ciddi bir travma ile sonuçlanmış olsa bile, cinsel ilişkiyi dar yorumlayan görüş kabul edilirse, kadın fail olamayacağından suç tipikliğine uymadığı gerekçesiyle, söz konusu eylem suç oluşturmayacaktır. Bu sebeple suçla korunmak istenen hukuki menfaat de elde edilemeyecektir. Kanaatimizce, kadın bir fail tarafından 15-18 yaş aralığında bulunan mağdur kız ya da erkek çocuğuna sair bir organ ya da cisim vasıtasıyla sokma niteliğinde cinsel temasta bulunmak bu suçu oluşturacaktır.

¹²⁶ MEMİŞ KARTAL, Reşit Olmayanla Cinsel İlişki (TCK m.104), s.2087.

¹²⁷ Yargıtay 14. CD. T:04/05/2017, E: 2015/363, K: 2017/2429.

¹²⁸ SONER BAYKAL, s.40.

2.3.1.1.2. Failin Yaşı ve Kanuni Yollarla Erginliğini Kazanmış Olması Açısından Doktrindeki Tartışmalar ve Yargı Kararları

Madde metninde failin yaşına ilişkin herhangi bir açıklama bulunmamaktadır. Doktrindeki bazı yazarlara göre bu suçun faili 18 yaşını doldurmuş olan kişidir.¹²⁹ Bu görüşü savunan Hafizoğulları'na göre, bu suç fiilen sadece reşit olan bir kimseyle reşit olmayan bir kimse arasında mümkün olmaktadır. Çünkü kanun ifade olarak reşit olmayanla cinsel ilişki kavramını benimsediğinden ve aksi düşünüldüğünde, hangi tarafın mağdur, hangi tarafın fail olduğunun belirlenemediği olaylarla karşılaşılacağından bu suçun ancak reşit olan bir kişi tarafından işlenebilmesi mümkündür.

Doktrindeki bazı yazarlara göre ise, bu suçun faili 18 yaşından küçük biri de olabilecektir.¹³⁰ Bu görüş uyarınca; madde metninde failin 18 yaşından büyük olması gerektiğine ilişkin açıkça belirlenmiş herhangi bir düzenleme bulunmadığından, suçun failinin sadece 18 yaşından büyük olabileceğini kabul etmek kanunilik ilkesiyle bağdaşmamaktadır.

Yargıtay da bu suçun failinin 18 yaşından küçük bir kimse olabileceğini kabul etmektedir.¹³¹ Madde gerekçesinde de “söz konusu suçun faili, 18 yaşını doldurmuş olan

¹²⁹ KOCA ve ÜZÜLMEZ, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.329-330.; HAFIZOĞULLARI, Beşeri Cinsellik ve Yeni Türk Ceza Kanunu, s.7-8.

¹³⁰ ÜNVER, Cinsel Dokunulmazlığa ve Genel Ahlak Karşı Suçlar, s.317.; YURTCAN, Yargıtay Kararları Işığında Cinsel Suçlar, s.84.; YAŞAR, GÖKCAN ve ARTUÇ, s.3414.; TUĞRUL ve TUĞRUL, s.1179.

¹³¹ “...Sanıklar ile suça sürüklenen çocuklar haklarında reşit olmayanla cinsel ilişki suçundan kurulan hükümlerin temyiz incelemesine gelince;

Dosya kapsamında iddia edilen olayların tarihlerinin net olarak belirlenmemesi ve katılan mağdurenin aşamalarda öзде değişmeyen anlatımları ile bu beyanları doğrulayan ve kısmen ikrar içeren bir kısım sanıklar ile suça sürüklenen çocukların savunmaları nazara alındığında, sanıklar ile suça sürüklenen çocukların, mağdureyle rızası ile cinsel ilişkiye girdikleri sabit olup, mevcut haliyle eylemlerinin reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu oluşturduğu gözetilerek her bir sanık ve suça sürüklenen çocuk yönünden suç tarihlerinin tespitiyle mağdure tarafından şikayetin altı aylık kanuni süresi içerisinde yapıp yapılmadığı belirlendikten sonra sanıklar ile suça sürüklenen çocukların hukuki durumlarının değerlendirilmesi gerekirken, eksik araştırma ile yazılı şekilde hükümler kurulması,

Kanuna aykırı, katılan mağdure vekilinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görüldüğünden, hükümlerin 5320 sayılı Kanunun 8/1. maddesi gözetilerek 1412 sayılı CMUK'nın 321. maddesi uyarınca BOZULMASINA,...” (Yargıtay 14. CD. 20/06/2019 tarih, E: 2015/7108, K: 2019/10150) (UYAP'tan Alınmıştır);

“...Nüfus kayıt örneğine göre, 15 yaş 7 aylık mağdurenin teklifi üzerine cinsel ilişkiye giren 15 yıl 2 aylık sanık hakkında TCK'nın 104/1. maddesi uyarınca temel ceza belirlenirken, hakkaniyet ve orantılılık ilkelerine uygun düşecek ve TCK'nın 3/1. maddesine aykırı olmayacak şekilde bir ceza verilmesi gerekirken, suçun işleniş şekli, olayın mağdure ve ailesi üzerinde yarattığı etkiden söz edilerek dosya kapsamına uygun düşmeyen gerekçelerle üst haddi ceza tayini,

Kanuna aykırı, sanık müdafinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülmüş olduğundan, belirtilen nedenle 5320 sayılı Kanunun 8/1. maddesi gözetilerek CMUK'nın 321. maddesi uyarınca hükmün BOZULMASINA...” (Yargıtay 14. CD. 17/02/2014 tarih, E: 2012/8899, K: 2014/1766) (UYAP'tan Alınmıştır);

“...Suçu işlediği tarihte 18 yaşını doldurmadığı anlaşılan sanık hakkında 5237 sayılı TCK'nın 31/3. maddesinin uygulanmaması ve sanığa tayin olunan kısa süreli hapis cezalarının TCK'nın 50/3. maddesi uyarınca anılan maddenin 1. fıkrasındaki bentlerinde düzenlenen seçenek yaptırımlardan birine çevrilmesinin zorunlu bulunduğunun gözetilmemesi,

Kanuna aykırı, sanığın temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülmüş olduğundan, hükümlerin 5320 sayılı Kanunun 8/1. maddesi gözetilerek CMUK'nın 321. maddesi uyarınca BOZULMASINA...”

(Yargıtay 14. CD. 21/02/2013 tarih, E:2011/17338, K:2013/1666) (UYAP'tan Alınmıştır).

bir kişi; mağduru ise, 15 yaşını doldurmuş olmakla birlikte henüz 18 yaşını doldurmamış bir kişi olabilir.” açıklaması bulunmaktadır. Bu görüşte olan yazarlar, suçun kanuni metninin bu yönde kaleme alındığını ve 18 yaşından küçük olanların bu suçun faili olabileceğinin kabulü durumunda fail ve mağduru tespit etmenin mümkün olmayacağı, fail ve mağdur sıfatlarının aynı kişi üzerinde birleşmesinin imkansız olduğu savını ileri sürmektedirler.¹³²

Doktrinde bir görüşe göre ise, bu tür cinsel ilişkilerde fail her zaman erkek olmalıdır. Bu görüş klasik görüş olarak kabul edilmiş ise de Anayasa’nın eşitlik ilkesini düzenleyen hükümleri ve modern ceza hukukunun cinsel suçlara bakış açısıyla örtüşmemektedir.¹³³

Suçun faili konusunda üzerinde durulması gerek bir diğer husus, 18 yaşını doldurmadan evlenme yoluyla ya da mahkeme kararıyla reşit olmuş çocukların bu suçun faili olup olamayacağı tartışmasıdır. Yukarda da belirttiğimiz gibi kanun koyucu TCK m. 104’de failin kim olabileceği ve olamayacağı sorusunu cevapsız bırakmıştır. Doktrinde bu husus yorum yoluyla aşılmaya çalışılmıştır. Bir görüşe göre bu suç, reşit olmayan mağdur ile reşit olan failin cinsel ilişkisini düzenlediğinden, 15-18 yaş aralığında bulunan ve yasal yollarla erginliğini kazanmış bir kimse bu suçun faili olabilecektir.¹³⁴ Diğer bir görüşe göre ise, söz konusu suç failin resmi yaşına göre bir düzenleme öngördüğünden, 18 yaşını tamamlamadan diğer kanuni yollarla reşit olmuş olan bir kimse bu suçun faili olamayacaktır.¹³⁵ Bir diğer görüşe göre “*reşit olmak*” kriteri suçun mağduru açısından belirtilmiş olup, reşit olmak kriterinin fail açısından uygulanması mümkün değildir. Bu nedenle faillik açısından yaş kriteri göz önüne alınmalı ve failin 18 yaşından büyük bir kimse olabileceği kabul edilmelidir.

Doktrinde, gerekçeleriyle yukarda açıklanan şekilde “*faillik*” konusu hakkında birden çok tartışma ve görüş bulunmasına rağmen kanunda tam bir açıklık bulunmaması sebebiyle konu neticeye kavuşturulamamıştır. Her ne kadar Yargıtay 18 yaşından küçüklerin de bu suç açısından fail olabileceğini kabul etmiş ise de bir sonraki konu başlığında tartışacağımız failin ve mağdurun belirlenememesi sonucunu doğuracağından biz bu görüşe katılmıyoruz. Kanaatimizce bu suçun faili 18 yaşından büyük bir kimse olmalıdır. Çünkü kanunda suç “*reşit olmayanla cinsel ilişki*” adıyla düzenlenmiştir. Suçun adı ilk bakışta reşit olan birisinin reşit olmayan birisiyle cinsel ilişki eylemi olarak göze çarpmaktadır. Kanunların madde başlıkları içeriğin ayrılmaz bir parçası olduğundan madde başlığı ile vurgulanmak istenen mananın bu olduğunu düşünmekteyiz. Bu yorumda kanun koyucunun suçla korumak istediği hukuki değer de önemli bir rolü bulunmaktadır. Çünkü kanun koyucu çocukların sağlıklı cinsel gelişimini hedef aldığından nitelik olarak yaşça büyük kişilerin küçüklere karşı cinsel eylemlerini sınırlamak istemiştir. Anayasa Mahkemesi’nce iptal edilen 104’üncü maddenin 2’inci fıkrası da kanun koyucunun bu suç ile yukarıda belirtilen amacı güttüğünü

¹³² KOCAOĞLU, s.406.

¹³³ KOCAOĞLU, s.406.

¹³⁴ KANTARCI, s.107. Aynı görüşte olanlar için bakınız (TEZCAN, ERDEM ve ÖNOK, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku - Zeki HAFIZOĞULLARI ve Muharrem ÖZEN, Türk Ceza Hukukunda Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar)

¹³⁵ TANER, Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s.331-332.

doğrulamaktadır. Aksi düşünöldüğü zaman her ikisi 17 yaşında olup da rızalarıyla cinsel ilişki yaşayan çocukların hangisinin fail, hangisinin mağdur olacağı hangi kritere göre belirlenebilecektir? Bu ve benzeri karmaşıklıkların önüne geçmek için kanun metnine açıkça suçun failinin niteliklerini belirtir tarzda cümlelerin yerleştirilmesi gerekmektedir. Örneğin; suçun failinin 18 yaşından büyük olması gerektiği ya da suçun failinin de 18 yaşından küçük olabileceği vb. gibi.

Evlenme ya da mahkeme kararıyla henüz 18 yaşını doldurmadan ergin kılınmış kimselerin de bu suçun faili olamayacağını düşünmekteyiz. Çünkü kanun koyucunun reşit olma veya olmama kriterinin fail için değil de mağdur için öngöröldüğünü düşünmekteyiz. Ayrıca Çocuk Koruma Kanunu'nun uygulama alanı açısından bakıldığında ÇKK m. 3/1-a'ya göre daha erken yaşta ergin olsa bile 18 yaşını doldurmamış her kişi çocuktur. Bu nedenle, yasal yollarla erginliğini kazanmış bir çocuğı, yaş kriterini göz önünde bulundurmayaarak, ergin kabul edip, bu suçun faili olabileceğini düşünmek, aynı statüde ve aynı yaşta olan çocuklar açısından bir ayrımcılık oluşturacaktır, bu da bir çocuğun faillik sıfatını kazanabiliyorken diğeri açısından suçun faili olamaması neticesini doğuracaktır.

2.3.1.1.3. 15-18 Yaş Aralığında Bulunan ve Her İkisi de Reşit Olmayan Çocukların Rızaları ile Cinsel İlişkiye Girmeleri Halinde, Fail ve Mağdura İlişkin Tartışmalar

5237 sayılı TCK'nın 104'üncü maddesi bu soruyu da cevapsız bırakmaktadır. Kanun metninde failin niteliğine veya niteliklerine ilişkin bir açıklama yapılmadığından, doktrinde bu konu hakkında da birden fazla görüş bulunmaktadır.

Gerçekten de, cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir neden olmaksızın, karşılıklı rıza ile cinsel ilişkiye giren tarafların her ikisi de 15 yaşından büyük, 18 yaşından küçük olduğı durumlarda kimin fail, kimin ise mağdur olacağı, faillik ve mağdurluk sıfatlarının neye göre belirleneceğı, hangi kriterlerin benimseneceğı kanun metninde boşluk bulunduğundan büyük bir problem teşkil etmektedir. Madde metnine zahiren bakıldığında tarafların her ikisinin hem mağdur, hem fail olabilecekleri ilk bakışta düşünölmektedir. Tarafların her ikisini de fail ve mağdur kabul eden görüşler doktrinde mevcuttur.

Öğretide, 18 yaşından küçüklerin de fail olabileceğı görüşünü kabul eden yazarlar, taraflardan birinin aktif olarak cinsel ilişkide bulunması, diğerrinin ise cinsel davranışların kendi bedeni üzerinde gerçekleştirilmesine rıza göstermesi halinde, aktif hareketleri gerçekleştirenin fail olması gerektiğini savunmaktadır. Fakat ilişki boyunca yahut farklı zamanlarda tarafların her ikisi de cinsel ilişki anlamında hem aktif hem de pasif hareketler gerçekleştirmişlerse, bu durumda kendi cinsel eylemleri açısından oluşan suçların faili olacaklardır.¹³⁶ Başka bir deyişle her iki tarafın da cinsel ilişki süresince aktif hareketler sergiledikleri bir olayda, tarafların her ikisinin de aktif hareketleri itibariyle fail olacakları, pasif eylemleri itibariyle de mağdur olacakları belirtilmektedir.

¹³⁶ ÜNVER, Cinsel Dokunulmazlığa ve Genel Ahlakı Karşı Suçlar, s.317.; ÜNVER, Türk Maddi Hukukunda Cinsel Suçların Eleştirel Olarak İncelenmesi, s.45.

Bir başka görüşe göre ise, eylemin tekliği halinde her iki çocuk açısından mağdur ve fail sıfatı birleştigiinden, cezalandırılmalarında bir tereddüt yaşanacaktır.¹³⁷ Diğer bir görüşe göre ise, cinsel ilişkinin taraflarının her ikisinin de bir birlerini şikayet etme hakkı bulunduğundan, her ikisi de aynı suçun cezası ile cezalandırılacaklardır.¹³⁸ Bir başka görüşe göre ise, “15 yaşını doldurmuş olmakla birlikte henüz 18 yaşını doldurmamış olan kişilerin birbiriyle olan cinsel ilişkileri, ceza hukukunun müdahale alanı dışında kalmaktadır.”¹³⁹ Bu grup yaş küçükleri arasındaki cinsel ilişki sorunu, ancak toplum ve aile disiplini, çerçevesinde çözümlenebilir.”¹⁴⁰

Kanaatimizce, bir önceki başlıkta belirttiğimiz üzere bu suçun faili ancak ve ancak 18 yaşını tamamlamış bir kişi olabilir. Bu nedenle mağdur ve failin her ikisinin de 15-18 yaş grubunda bulunan çocuklardan olması halinde gerçekleşen cinsel ilişki TCK düzenlemesi uyarınca suç olarak kabul edilemeyecektir. Her ne kadar doktrinde Ünver, cinsel ilişkide aktif ve pasiflik ayrımı yaparak fail ve mağdurun tespit edilmesi kriterini belirtmiş ise de, bu görüş, aktif tarafın erkek olacağı ve failin erkek olması gerektiği sonucunu doğurduğundan katılamıyoruz. Yargıtay da birçok kararında suçun failinin 18 yaşından küçük biri olabileceğini kabul etmiş ve her iki tarafın 18 yaşından küçük 15 yaşından büyük olduğu durumlarda cinsel ilişkide aktif olan tarafı fail olarak değerlendirmiştir.¹⁴¹ Tarafların her ikisinin 15-18 yaş aralığında olduğu olaylarda, aktif failin erkek olduğunu kabul ederek, erkek tarafı fail, kadın tarafı mağdur kabul etmek hukuk mantığıyla uyuşmadığı gibi, her iki tarafı suçun hem mağduru hem de faili olarak kabul etmek de ceza hukukunun ve cezalandırmanın temel ilkeleriyle uyuşmamaktadır. Her failin aktif hareketlerinin sonucuna katlanması gerektiği görüşü de olayda tam tespit edilemeyecek ve ispatı çok zor bir durumdur.

Tartışmaya konu olan bu sorunun çözümü için kanunilik ilkesi uyarınca 5237 sayılı TCK’nın 104’üncü maddesine açıkça failin niteliklerini, cinsiyetini ve yaşını belirtir bir cümlelerin eklenilmesi gerekmektedir. Bu cümle, kanun koyucunun suçla ulaşmak istediği amacı tam olarak karşılayan, tartışmalara, farklı yorumlara ve uygulamada farklılıklara yol açmaya elverişli olmayan bir cümle olmalıdır. Biz, bu suçun failinin 18 yaşından büyük olması gerektiğini savunduğumuzdan, kanuna bu suçun faili, “ancak 18 yaşını tamamlayan bir kişi olabilir” şeklinde bir cümle eklenerek sorun çözüme kavuşturulabilir.

¹³⁷ Mehmet Emin ARTUK, Ahmet GÖKCEN ve Ahmet Caner YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 15.Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2015, s.321-322-323.

¹³⁸ YAŞAR, GÖKCAN ve ARTUÇ, s.3414.

¹³⁹ Özgür BEYAZIT, Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Nisan 2010, Sayı:1, s.299.

¹⁴⁰ HAFIZOĞULLARI, Beşeri Cinsellik ve Yeni Türk Ceza Kanunu, s.8.

¹⁴¹ “...Mağdur beyanları, sanık savunmaları, tanık beyanları ve tüm dosya kapsamına göre, aynı koşutta kalan sanığın mağdura yönelik eylemlerinin uzun süre devam etmesine rağmen mağdurun idareye bildirimde bulunmaması, sanıkla mağdurun haftada bir kaç kez koğuşun ikinci katına çıkarak 2-3 saat kalıp televizyonun sesini açmaları, sanığın zorla livatada bulunduğu ilişkine kesin kanıt elde edilememesi, tanık Murat Can Korkmaz’ın 27.01.2012 tarihli anlatımında sanığın cinsel amaçla tanığın üzerine çıkmak isteyip, tanığın karşı koyması üzerine eylemini tamamlayamadığı, bu olayı idareye bildirmek isteyen tanığı mağdur Ümit’in dövdüğünü beyan etmesi ve dosyadaki mevcut adli raporlar birlikte değerlendirildiğinde sanığın mağdura yönelik eyleminin..., ...reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu oluşturduğu gözetilmeden...” (Yargıtay 14. CD. Tarih 24/01/2013 E: 2012/13961, K:2013/467) (UYAP’tan Alınmıştır).

2.3.1.1.4. TCK Madde 104/2’de Öngörülen Özgü Faillik Hali

6545 sayılı Kanun’un “*Reşit olmayanla cinsel ilişki*” suçunda değişiklik öngören 60’ıncı maddesi ile TCK’nın 104’üncü maddesine 2’inci fıkra eklenilerek bir özgü faillik durumu oluşturulmuştur.

TCK m.104/2; “*Suçun mağdur ile arasında evlenme yasağı bulunan kişi tarafından işlenmesi hâlinde, şikâyet aranmaksızın, on yıldan on beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.*” şeklinde düzenlenmiştir. Buna göre, failin belirli vasıflara sahip olması haline (mağdur ile arasında evlenme yasağı bulunan kişi) vurgu yapılarak cezada artırım öngörülmüştür. Bu düzenleme ile aslında ensest ilişkilerin cezalandırılmasının amaçlandığı ifade edilebilecektir.

2.3.1.1.5. TCK Madde 104/3’de Öngörülen Özgü Faillik Hali

6545 sayılı Kanun’un “*Reşit olmayanla cinsel ilişki*” suçunda değişiklik öngören 60’ıncı maddesi ile TCK’nın 104’üncü maddesine 3’üncü fıkra eklenilerek bir özgü faillik durumu oluşturulmuştur.

TCK m.104/3; “*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. Buna göre, failin belirli vasıflara sahip olması haline (evlat edinme öncesi bakımını üstlenen veya koruma, bakım ve gözetim yükümlülüğü bulunan kişi) vurgu yapılarak cezada artırım öngörülmüştür. Bu düzenleme ile suçun elverişliliği açısından daha kolay işlenebilecek olan hali, başka bir deyişle failin mağduru daha rahat etkileyip, yönlendirebileceği ve eylemi mağdura kabul ettirebileceği hal cezalandırılmaktadır. Burada fail mağdurun bakım, gözetim veya koruma yükümlülüğünü taşıyan kişidir. Ancak fail bu durumunu ve mağdurun üzerinde varsayılan etkisini kötüye kullanarak bu suçu işlemektedir. Kanun koyucunun aslında bu düzenleme ile ulaşmak istediği sonuç da tam olarak budur.

2.3.1.2.Mağdur

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun mağduru, 15 yaşını bitirmiş ancak 18 yaşını henüz tamamlamamış olan ve suçun hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmiş olan çocuktur. Mağdur çocuk, henüz 15 yaşını tamamlamamış ya da 15 yaşını tamamlayıp, reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş ise bu durumda çocukların cinsel istismarı suçu gündeme gelecektir. Ya da çocuk 18 yaşını bitirmiş ise bu durumda fail tarafından mağdura rızasıyla yönelen eylem tipikliğe uymadığından suç teşkil etmeyecektir.

Doktrinde, reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun mağdurunun ve failinin her ikisinin de kadın olduğu durumlarda suçun oluşup oluşmayacağı, fail ve mağdurun her ikisinin de 18 yaşından küçük 15 yaşından büyük olduğu durumlarda kimin fail kimin mağdur olacağı, mahkeme kararıyla yahut evlenme yoluyla kazai rüştünü elde etmiş reşit kişinin mağdur olup olamayacağı tartışmalıdır. Biz daha önce fail konu başlığında bu konulara değindik. Şimdi de bu konuları mağdur açısından yeniden değerlendireceğiz ve mağdur, fail ve fiil arasında bir ilişki kuracağız.

2.3.1.2.1. Mağdurun Cinsiyeti ve Yaşı

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun mağduru 15 yaşını bitirmiş ancak 18 yaşını tamamlamamış olan ve suçun, hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmiş olan çocuktur. Madde metninde suçun oluşması için bizzat mağdurun yaşına atıf yapıldığından, uygulamada mağdurun yaşı tam ve doğru olarak tespit edilmelidir. Mağdurun kimlik yaşı ile fiziksel görünümü arasında bir uyumsuzluk var ise mağdurun nüfus belgesi ve doğum raporu kontrol edilmeli, sağlık kuruluşunda doğum yapmış ve bu durumda başka sebepler uyarınca tereddüt yok ise kimlik yaşı esas alınmalı ancak sağlık kuruluşunda doğum yapmamış ise tam teşekküllü bir hastanede kimlik yaşı tespit edilmelidir ve gerekirse Adli Tıp Grup Başkanlığı'ndan kemik yaşına ilişkin rapor aldırılmalıdır. Yargıtay'ın da mağdurun yaşının tespitine ilişkin görüşü bu yöndedir.¹⁴²

Madde metninde mağdur çocuğun cinsiyetine ilişkin herhangi bir açıklama bulunmamaktadır. Biz bu durumda mağdurun erkek veya kız çocuğu olabileceğini kabul ediyoruz. Bu suç fail erkek tarafından mağdur erkeğe karşı, fail erkek tarafından mağdur kadına karşı, fail kadın tarafından mağdur erkeğe karşı ve fail kadın tarafından mağdur kadına karşı işlenebilecektir. Daha önce fail hakkındaki tartışmalar konu başlığında cinsel

¹⁴² **Yargıtay 14. CD. T: 21/05/2019 E: 2015/4690, K: 2019/9925;**

“... Mağdure Meltem'in kolluk anlatımı ile mağdure Cemre'nin aşamalarındaki ifadeleri, Meltem hakkında Zeynep Kamil Kadın ve Çocuk Hastanesinden alınan 13.03.2008 tarihli vajinal muayeneye ait adli muayene raporu ve tüm dosya içeriğine göre sanık Caner'in, Meltem'i yanlarında diğer sanık Can ile Cemre'de olduğu halde Taksim'de bir eve götürüp sabaha kadar bu evde kaldıkları ve burada cinsel amaçla alıkoymuş Meltem'e rızasıyla cinsel ilişkiye girip kızlığını bozduğunun sabit olduğu, yargulamada tüm sanıkların mağdurenin yaşına itiraz etmeleri ve mernis doğum tutanağına göre hastanede doğmadığının anlaşılması karşısında suçların oluşumu ile niteliğine etkisi bakımından yaşı üzerinde durulup resmi bir kurumda doğup doğmadığı araştırılarak, doğmadığının anlaşılması halinde yaş tespitine esas olacak kemik grafileri çekirildikten sonra tam teşekküllü bir hastaneden içinde radyoloji uzmanının da bulunduğu sağlık kurulundan rapor alınması ve duraksama halinde Adli Tıp Kurumundan görüşte alınarak suç tarihindeki gerçek yaşının bilimsel olarak saptanmasından sonra sanıkların hukuki durumunun tayin ve takdiri gerekirken, eksik araştırma ile yazılı şekilde hükümler kurulması,

Kanuna aykırı, sanıklar Fatih ve Cüneyt müdafii, sanık Oğuzhan ile O Yer Cumhuriyet Savcısının temyiz itirazları bu itibarla yerinde görüldüğünden, hükümlerin 5320 sayılı Kanunun 8/1. maddesi gözetilerek 1412 sayılı CMUK'nın 321. maddesi uyarınca BOZULMASINA...” (Yargıtay 14. CD. T: 15/02/2018, E: 2014/10735, K: 2018/1089) (UYAP'tan Alınmıştır);

“...Mağdurenin, sanıkların eylemlerine ilişkin anlatımlarının 2009 yılı Kasım ayı ve sonrasına yönelik, olması, resmi bir kurumda doğmadığı anlaşılan mağdurenin yaşının tespiti için İstanbul Adli Tıp Kurumu 2. İhtisas Kurulundan aldırılan 22.08.2011 tarihli raporda, mağdurenin film çekilme tarihi olan 19.02.2010 itibariyle 15 (on beş) yaşını bitirmiş olup, 16 (on altı) yaşını bitirmediğinin kabulünün uygun olacağı belirtilip bunun dışında 2009 yılı Kasım ayında on beş yaşını tamamlamadığına yönelik bir tespitle bulunulması, annesi Elif'in, mağdurenin 1993 yılında doğduğundan bahisle yaş tashihi davası açıp babası Tekin'in de kolluk ifadesinde mağdurenin 1993 yılında doğduğunu beyan etmesi karşısında, mağdurenin tespit edilen yaşı şüpheden sanık yararlanır ilkesi gereğince sanıklar lehine değerlendirilip ilgili suç tarihlerinde on beş yaşından büyük olduğu kabul edilerek buna göre eylemlerin 5237 sayılı TCK'nın 104. maddesinde yer alan reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu oluşturacağı ve mağdurenin 07.02.2012 tarihli ifadesinde şikayetçi olmadığı hususları da nazara alınarak sanıkların hukuki durumlarının tayin ve takdiri gerekirken eksik inceleme ile yazılı şekilde hükümler kurulması..., ...Kanuna aykırı, sanıklar müdafileri, katılan Özlem ile sanık Özlem'in temyiz itirazları bu itibarla yerinde görüldüğünden, hükümlerin 5320 sayılı Kanunun 8/1. maddesi gözetilerek 1412 sayılı CMUK'nın 321. maddesi gereğince BOZULMASINA...” (Yargıtay 14. CD. T: 22/10/2018, E: 2018/4808, K: 2018/6162) (UYAP'tan Alınmıştır).

ilişkinin dar ve geniş yorumlarına değinerek mağdurun kadın olduğu hallerde failin kadın olamayacağına ilişkin görüşlere ve Yargıtay uygulamasına yer vermiştik.¹⁴³

2.3.1.2.2. Mağdurun Yargı Kararıyla veya Evlenme Yoluyla Reşit Sayılması Hali

TCK m. 6/1-b uyarınca 18 yaşını doldurmamış kişi çocuk sayılır. Çocuk Koruma Kanunu m.3/1-a'da ise *“daha erken yaşta ergin olsa bile, 18 yaşını doldurmamış her kişi çocuktur.”* denilmektedir. TCK'nın ceza hukuku açısından çocukluk yaşına bakış açısı ile ÇKK'nın çocuk tanımı örtüşmektedir. Taraf olduğumuz Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 1'inci maddesi çocukluk yaşını 18 olarak belirleyip, 18 yaşından önce ergin olanları ise çocuk kabul etmemiştir. Yargıtay ise, ceza hukuku bağlamında, evlenme ya da mahkeme kararıyla 18 yaşından önce ergin olan kişiyi çocuk kabul etmiştir.¹⁴⁴

Medeni Kanun hükümleri uyarınca bir kimse 18 yaşını doldurmazdan evvel evlenmek suretiyle ya da mahkeme kararıyla ergin kılınabilir.¹⁴⁵ Bu durumda ergin kılınan kişi reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun mağduru olabilecek midir? Bu husus doktrinde tartışmalıdır. Tartışma konularından biri de madde başlığının, madde metnine dahil olup

¹⁴³ Doktrindeki görüşler için bkz. “Failin Cinsiyeti Açısından Doktrindeki Tartışmalar ve Yargı Kararları” Başlığı,

¹⁴⁴ “...Çocuğun cinsel istismarı suçunun mağduru ancak, onsekiz yaşını tamamlamış kişiler olabileceği, mağdur onsekiz yaşını tamamlamış olması durumunda ise, 5237 sayılı TCK'nın 102. maddesinde düzenlenen cinsel saldırı suçu oluşturacağı, ancak 5237 sayılı Kanunun 102. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan düzenleme uyarınca da, ergin olmasa dahi eşe karşı işlenen vücuda organ veya sair cisim sokulması halinde de eylemin 102. maddesinin ikinci fıkrasında tanımlanan suçu oluşturacaktır.

5237 sayılı TCK'nın 2 ve 5395 sayılı ÇKK'nın 3. maddeleri karşısında; suçun mağdurunun onsekiz yaşını bitirmemiş olması durumunda çocuk olarak kabul edilmesi, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu uyarınca herhangi bir sebeple onsekiz yaşından önce ergin olma durumunda da kişinin ceza hukuku bakımından çocuk olarak değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu sebeple bir kimsenin evlenmeye veya mahkeme kararıyla ergin olsa bile, mağdurun onsekiz yaşını doldurmamış olması durumunda, buna karşı gerçekleştirilen eylemlerin çocukların cinsel istismarı suçunu oluşturacaktır.

Bu sebeple onsekiz yaşını bitirmeksizin ergin olan mağdurlara karşı;

a) Eşi tarafından vücuda organ veya sair cisim sokmak suretiyle bir suç işlenmesi durumunda 5237 sayılı Kanunun 102/2. maddesinde düzenlenen nitelikli cinsel saldırı,

B) Eşi dışında başka bir kişi tarafından vücutuna organ veya sair cisim sokmak suretiyle bir suç işlenmesi durumunda 5237 sayılı Kanunun 103/2. maddesinde düzenlenen çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçunu oluşturacağı,

Buna göre somut olayda, suç tarihinde 15 yıl 2 aylık olup evli olan mağdura karşı işlenen ırza geçme suçunda, mağdur mahkemece evlenme ile çocuk kabul edilmiş ise de; çocuğun 5237 sayılı TCK'nın 6/b maddesine göre, suç tarihinde 18 yaşını doldurmamış kişi, 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanununun 3/1-a maddesine göre de, daha erken yaşta ergin olsa bile 18 yaşını doldurmamış kişinin çocuk olarak tanımlandığı, yukarıda açıklanan kanuni düzenlemelere göre de suç tarihinde çocuk olan mağdureye karşı işlenen suçun 5237 sayılı TCK'daki karşılığının 103. maddesi olduğu gözetilmeden yazılı şekilde mağdur reşit kabul edilerek 102. madde ile karşılaştırma yapılarak hüküm kurulması,

Kanuna aykırı sanık müdafinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görüldüğünden, hükmün kazanılmış hak saklı kalmak kaydıyla 5320 sayılı Kanunun 8/1. maddesi gözetilerek 1412 sayılı CMUK'nın 321 ve 326. maddeleri uyarınca BOZULMASINA...” (Yargıtay 14. CD. T: 22/12/2014, E: 2014/582, K: 2014/14622)

(UYAP'tan Alınmıştır).

¹⁴⁵ Türk Medeni Kanunu; Madde 11.

olmadığı konusudur. Bu husus reşit olmayanla cinsel ilişki suçu açısından özellik arz ettiğinden açıklamak gerekmektedir. Bazı yazarlar madde başlığı ve madde metnini bir bütün olarak kabul edip ve kanun koyucunun suçun madde başlığını özellikle bu amacı kast ederek “*reşit olmayanla cinsel ilişki*” olarak belirlediğini düşünmektedirler.¹⁴⁶ Bazı yazarlar ise, madde başlığını madde metninin bir parçası olarak görmeyip sadece maddenin yorumlanmasında kullanılabileceğini savunmuşlardır.¹⁴⁷

Doktrindeki ilk görüşe göre, TCK’nın reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu düzenleyen 104’üncü maddesinin başlığı “Reşit olmayanla cinsel ilişki” olduğundan evlenme veya yargı kararıyla, 18 yaşından önce reşit olan herhangi bir kimse artık bu suçun mağduru olamayacaktır.¹⁴⁸ Bazı yazarlar, madde başlığının, madde metnine dahil olduğunu ileri sürerek madde başlığından hareketle bu suçun mağdurunun, reşit olan birisi olamayacağını gerekçe göstermişler, bazıları ise reşit olan bir kimse ile cinsel ilişkiye girmenin suçun tipiklik unsurunu karşılamadığını belirtmişlerdir.¹⁴⁹ Yargıtay da vermiş olduğu bazı kararlarında doktrindeki birinci görüşü benimsemiştir.¹⁵⁰

Doktrindeki ikinci görüşe göre, Medeni Kanun’un hükümlerine atıf yapılarak, evlenmenin kişiyi ergin kılacağından bahisle, evlenen kişinin hem eşiyle hem de eşi dışında herhangi biriyle rızasıyla cinsel ilişkiye girmesinin suç oluşturmayacağını belirtmişlerdir.¹⁵¹ Ancak bu görüşü savunan yazarlardan Taner; evlenmenin kişiyi ergin kılması haliyle, mahkeme kararıyla ergin kılınan kişi arasında cinsel olgunluk açısından farklılık olacağından mahkeme kararıyla ergin kılınan kişiye karşı bu suçun işlenebileceğini düşünmektedir.¹⁵²

Doktrinde üçüncü görüşe göre ise, TCK’nın 104’üncü maddesinde düzenlenen hüküm, mağduru, yaş itibarıyla tespit etmiştir. Bu nedenle 18 yaşını doldurmazdan evvel yargı kararıyla ergin kılınan kişi bu suçun mağduru olabilecektir. Aynı görüşü savunan yazarlar evlenmenin kişiyi ergin kıldığı hallerde, cinsel ilişkinin eş ile ve eş dışındaki herhangi biriyle gerçekleştirilmesini suçun oluşumu açısından farklı yorumlamışlardır. Buna göre Medeni Kanun ve evlilik kurumunu düzenleyen diğer hükümler uyarınca, eşlere evlilik süresince birbirlerinden cinsel yönden yararlanma hakkı verilmiştir. Bu sebeple 18 yaşından önce evlenmek suretiyle ergin olan kişinin eşi ile onun rızası dahilinde

¹⁴⁶ KOCAOĞLU, s.412.

¹⁴⁷ KANTARCI, s.118-119.

¹⁴⁸ TUĞRUL ve TUĞRUL, s.1180.; YAŞAR, GÖKCAN ve ARTUÇ, s.3415.; Pınar MEMİŞ KARTAL, Reşit Olmayanla Cinsel İlişki (TCK m.104), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 65 (4), 2016, s.2087-2088., Erişim: (<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/621650>), Erişim Tarihi: 08/07/2019; TEZCAN, ERDEM ve ÖNOK, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, s.373-374.

¹⁴⁹ TANER, Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s.330.

¹⁵⁰ “...Sanığın mağdure ile rızası ile cinsel ilişkide bulunduğu yönündeki aşamalarda değişmeyen ifadeleri, mağdurenin de çelişkili beyanları, tanık anlatımları ve tüm dosya içeriğinden; sanığın mağdure ile rızası ile cinsel ilişkide bulunduğu 17.02.2004 gününden önce mağdurenin evli olduğu, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunun 11/2. maddesinin “evlenme kişiyi ergin kılar” hükmü karşısında, reşit olan kişi ile rızası ile cinsel ilişkide bulunmanın suç teşkil etmeyeceği gözetilmeden, yazılı şekilde hüküm kurulması..., ... Kanuna aykırı, sanık müdafinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülümüş olduğundan, hükmün 5320 sayılı Kanunun 8/1. maddesi de gözetilerek CMUK’nın 321. maddesi uyarınca BOZULMASINA...” (Yargıtay 14. CD. T: 19/01/2012 E: 2011/12610, K: 2012/460) (UYAP’tan Alınmıştır).

¹⁵¹ KANTARCI, s.133.

¹⁵² TANER, Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s.330-331.

gerçekleştirmiş olduğu cinsel ilişki, evlilik hukuku gereği bir hakkın kullanılması olarak değerlendirilmeli ve eylem hukuka uygun olarak kabul edilip, suç oluşmamalıdır. Ancak evlenmek suretiyle reşit olan mağdurun eşi dışında herhangi bir üçüncü kişiyle cinsel ilişkiye girmesi halinde, bir hukuka uygunluk nedeni bulunmadığından suç oluşmalıdır.¹⁵³ Bu görüşü savunan yazara göre, evlenme ile rüştünü elde eden kişi, sadece eşi bakımından, evliliğin bütün sonuçları itibariyle haklara ve yükümlülöklere tabi olmaktadır. Diğer kişiler bakımından ise, kanunda sadece yaş ayrımı yapıldığı ve evlenme hukuka uygunluk sebebi sadece eş ile yaşanan cinsel ilişkiler bakımından geçerli olduğu için, fiil yine suç olma özelliğini sürdürecektir ve rüştünü kazanan 18 yaşını henüz doldurmamış kişi reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun mağduru olabilecektir.

Kanaatimizce, doktrindeki üçüncü görüş, mağdurun belirlenebilmesi ve suçun tipikliğinin tam olarak açıklanması açısından gayet tutarlıdır. Biz de kanun koyucunun mağdur için sınırları belirlerken yaş kriterini esas aldığını düşünmekteyiz. Çünkü bu yorum suçla korunmak istenen hukuki değere daha uygun düşmektedir. Aksi takdirde herhangi bir gerekçe ile mahkeme tarafından ergin kılınan bir çocuğun kendisine yönelen cinsel eylemler açısından bu suçun mağduru olamayacağını düşünmek kanun koyucunun suçla korunmasını amaçladığı hukuki menfaate hizmet etmeyecektir. Evlenmek suretiyle ergin olma açısından da ikili bir ayırım yapılması gayet yerindedir. Çünkü evliliğin her iki eşe yüklediği sorumluluklar, yükümlölükler olduğu gibi evlilikten kaynaklanan ve her iki eşin de kullanabileceği haklar da bulunmaktadır. Evlilikten kaynaklanan haklar uyarınca, evlilik birliği içerisinde, rızayla gerçekleşen cinsel eylemlerin mağduru, evlenmek suretiyle ergin olan eş olamayacaktır. Burada evlenme, evlenmek suretiyle ergin olan eş açısından bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilecektir. Ancak ergin olan eşin, eşi haricinde başka bir kimseyle yaşamış olduğu cinsel ilişki evlilik birliği içerisinde gerçekleşen bir cinsel ilişki olmadığından bu durumda bir hukuka uygunluk nedeni olamayacaktır. Çünkü Medeni Kanun uyarınca, evlilik birliği içerisinde eşlerin cinsel olarak birbirlerinden tasarrufta bulunma hakları vardır. Ancak evlilik birliği içerisinde rızayla gerçekleşen cinsel ilişkiler bu suç tipine uymaktadır. Eşlerin birinin rızası hilafına gerçekleşen cinsel davranışların ise TCK'da öngörölen diğer cinsel suçlar açısından değerlendirilmesi gerekmektedir.

Kanun koyucunun madde başlığında “*reşit olmayanla cinsel ilişki*” ifadesini kullanıp, madde metninde 15 yaşını bitirmiş çocuk tabirini tercih etmesi tartışmalara yol açtığından, evlenmekle yahut yargı kararıyla rüştünü elde eden mağdurlar açısından suç tipi kanunilik ve belirlilik ilkeleri uyarınca yeniden düzenlenmeli ve 18 yaşından önce ergin kılınanlar açısından maddeye suç tipinin tam tespit edilebilmesi amacıyla net cümleler eklenmelidir.

2.3.1.2.3. Mağdurun, Fiilin Hukuki Anlam ve Sonuçlarını Algılama Yeteneği

Mağdurun, fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği, suç tipinin belirlenmesi açısından önem arz etmektedir. Bu husus her somut olay açısından titizlikle araştırılmalı ve mağdura yönelen cinsel davranışın tarihi itibariyle, mağdurun algılama yeteneği

¹⁵³ KANTARCI, s.133.; SOYASLAN, s.252.

değerlendirilmelidir.¹⁵⁴ Çünkü mağdurun, fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğinin gelişmediği durumlarda kendisine yönelen tüm cinsel davranışları, TCK m.103 uyarınca çocukların cinsel istismarı suçu kapsamında değerlendirmekteyiz. Bu nedenle, 15 yaşını tamamlayıp, 18 yaşını doldurmayan mağdurlara karşı gerçekleştirilen cinsel eylemlerin tespit edildiği hallerde, ilk olarak mağdurun fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğinin gelişip gelişmediğine bakılması gerekecektir. Aksi takdirde uygulayıcıların, suç tipini belirlemede hata yaparak suç failine yüklenecek ceza normunda yanlışlığa düşme ihtimalleri bulunmaktadır. Nitekim reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun cezası ile çocukların cinsel istismarı suçunun cezası arasında büyük farklılıklar bulunmaktadır. Bu ve benzeri durumların önüne geçmek için yargılamada somut olay adaleti olarak adlandırdığımız uygulamalar her somut olay açısından ayrıca değerlendirilmelidir.

Öğretide, reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun kanuni düzenlemesi ve eksiklikleri ile alakalı birçok tartışma bulunduğunu daha önce ifade etmiştik. Bu husus hakkında da öğretide çeşitli eleştiriler yer almaktadır. Kimi yazarlar “*fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği*” ibaresinin eksik, yanlış ve yerinde kullanılmayan bir ifade olduğunu belirtmişlerdir.¹⁵⁵ Bu yazarlara göre, 15-18 yaş aralığında bulunan bir mağdurun, algılama yeteneği gelişmiş olsa dahi fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını tam olarak kavrayıp, anlayamayacağı, mağdurun sadece fiilin anlam ve sonuçları hakkında fikir sahibi olup davranışlarını bu fikir ile egemen kılabileceği belirtilmiştir. Başka bir deyişle mağdurun fiilin, hukuki olarak ne anlama geldiğini bilmesinden çok, fiilin ne anlama geldiğini bilmesinin, kendi vücudu ve cinsel bütünlüğü üzerinde fiilin ne anlam ifade ettiğini anlayabilmesinin önemli olduğunu savunmaktadırlar.¹⁵⁶

Yargıtay 14. Ceza Dairesi vermiş olduğu bazı kararlarda “*fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği*” ibaresi yerine, “*fiilin anlam ve sonuçları*” ifadesini kullanmıştır.¹⁵⁷ Ancak daha güncel diğer kararlarında ise, “*fiilin hukuki anlam ve sonuçları*” ifadesini de sıklıkla kullanmıştır.¹⁵⁸

¹⁵⁴ “...Suç tarihinde on beş-on sekiz yaş grubunda bulunan mağdura yönelik sanığın eyleminin cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleşmediğinin tüm dosya içeriğinden anlaşılması ve Adnan Menderes Üniversitesinden alınan 16.01.2018 tarihli rapordan mağdurun eylemin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamayıp, eyleme karşı kendisini savunamayacağı yönünde bir sonucun çıkartılamaması karşısında, mevcut haliyle eylemin suç olmadığı gözetilerek ilk derece mahkemesince müsnet suçtan sanığın mahkumiyetine dair kurulan hükme yönelik istinaf başvurusunun kabulü gerekirken, yazılı şekilde esastan reddine karar verilmesi...” (Yargıtay 14. CD. Tarih: 14/03/2019, E: 2018/8020, K: 2019/8221) (UYAP’tan Alınmıştır).

¹⁵⁵ TEZCAN, ERDEM ve ÖNOK, s.373-374.; KANTARCI, s.125.; SONER BAYKAL, s.52-53.; TANER, Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s329-330.

¹⁵⁶ KANTARCI, s.126.

¹⁵⁷ SONER BAYKAL, s.53.; “...Ankara Dışkapı Yıldırım Beyazıt Eğitim ve Araştırma Hastanesinin suç tarihinden önce 23.10.2008 tarihli raporunda, kendisinde orta derecede zeka geriliği saptandığı bildirilen mağdure hakkındaki rapor suçun oluşumuna ve vafına etkisi bakımından yeterli görülüyerek, mağdurun kendisine karşı işlenen fiilin anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğinin gelişmiş olup olmadığı konusunda Adli Tıp Kurumundan rapor alındıktan sonra, sonucuna göre hüküm kurulması gerektiğinin gözetilmemesi, Kabul ve uygulamaya göre ise;

Kendisini vekil ile temsil ettiren katılan kurum lehine vekâlet ücretine hükmolunmaması,

Kanuna aykırı, katılan SHÇEK vekili ve sanık müdafinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görüldüğünden hükmün 5320 sayılı Kanunun 8/1. maddesi gözetilerek CMUK.nın 321. maddesi uyarınca

Fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayabilme kabiliyeti, TCK'nın 31, 32, 33 ve 34'üncü maddelerinde fail için öngörülmüş bir hukuki düzenlemedir. Bu düzenlemelerde, failin sergilediği ve suç olarak kabul edilen eylemden dolayı sorumlu olabilmesi için kendisinde bulunması gereken bazı kriterler belirtilmiştir. Örneğin, TCK'nın 32'inci maddesinde akıl hastalığına duçar olan bir fail hakkında ceza sorumluluğunun bulunmadığına dair hükümler yer almaktadır. Öğretide de TCK'nın kanun sistematigi uyarınca fail için öngörülmüş bir sorumluluk halinin cinsel suçlar açısından mağdur için de kapsayıcı şekilde kullanılması eleştirilmiştir. Buna göre, failin sorumluluk halini belirleyen akıl hastalığı ve benzeri hallerin mağdurun, fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama kapasitesi şeklinde belirlemek yerinde bir düzenleme değildir ve bu düzenlemenin mağdur açısından “*mağdurun beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda olması*” şeklinde değiştirilmesi gerekir.¹⁵⁹ TCK m.103/1-a hükmünde yer alan düzenleme, failin hangi suçtan sorumlu olacağını, mağdurun, fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğine göre belirlenebileceği şeklinde bir anlam içermektedir. Oysa bu düzenleme aslında mağdurun rıza beyanı itibarıyla öngörülmüş bir düzenlemedir.¹⁶⁰ Zaten kanun koyucu belirli bir olgunluğa ve yaşa ulaşmayan çocukların rızasını geçerli bir rıza olarak kabul etmemiştir.¹⁶¹

15-18 yaş aralığında bulunan çocuk aynı zamanda akıl hastası ise, akıl hastası olan mağdura yönelen cinsel eylemler hangi suç kapsamında değerlendirilecektir? Bu durumda mağdur akıl hastası olduğundan dolayı algılama yeteneğinin hiç olmadığı kabul edilerek suç cinsel istismar olarak mı anlaşılabilecektir? Ya da mağdur akıl hastası olmasına rağmen her somut olay için ayrıca araştırma ve değerlendirme yapılarak algılama yeteneği belirlenip, mağdurun algılama yeteneği var ise suç reşit olmayanla cinsel ilişki olarak mı kabul edilecektir?

Akıl hastalığı ve akıl zayıflığı hallerinin cinsel hayat üzerinde önemli etkileri bulunmaktadır.¹⁶² Akıl hastalarının, cinselliğin ne anlama geldiğini, bütünüyle bilmediklerini iddia etmek pek doğru olmayacaktır. Bu sebeple ruhsal ve duygusal dünyaları daha az olgunlaşmış akıl hastalığı bulunan mağdurlara yönelen cinsel eylemler fail açısından daha fazla karşılık görebilecektir. Çünkü, akıl hastaları kendilerini muhatap alan failin eylemlerini cinsel bir eylem olarak niteleyemeyip bir sevgi gösterisi veya bir şefkat ögesi olarak algılıyor olabilirler. Akıl hastalığının ve akıl zayıflığının bu yönünü bilen failer, bu sebeple mağdurların bu müşkül durumlarından yararlanıp, onları işlemek istedikleri cinsel suçların maddi unsuru haline getirebilirler. Özellikle akıl hastası olan

BOZULMASINA...” (Yargıtay 14. CD. Tarih: 12/11/2013, E: 2011/22180, K: 2013/11403) (UYAP’tan Alınmıştır).

¹⁵⁸ **Yargıtay 14. CD. Tarih: 04/10/2016, E: 2016/6227, K: 2016/6792.**

¹⁵⁹ ÜNVER, Cinsel Dokunulmazlığa ve Genel Ahlak Karşı Suçlar, s.315.; AYDIN, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, s.160.

¹⁶⁰ TEZCAN, ERDEM ve ÖNOK, s.374-375.

¹⁶¹ MEMİŞ KARTAL, Çocukların Cinsel İstismarı, s.149.

¹⁶² KANTARCI, s.127.

çocuklar bu tür cinsel yakınlaşmaları sömürdüklerinin bile farkında olmadan sessizce kabul edebilirler.¹⁶³

Zihin engelli çocuklar genellikle konuları algılamada ve akılda tutmada ciddi sıkıntılar yaşamaktadır. Zihin engelliler bir durumdan, diğerine kolayca genelleme yapamazlar ve bu nedenle her konunun ayrı ayrı öğretilmesi ve bir durumda öğrendiği bilgiyi bir diğer duruma aktarabilmesi için özel yardımın yapılması gerekir. Bu sebeple akıl hastalığı bulunan kişilerin cinsel eğitimleri özel bir bilgiyi gerektirir. Bu sebeple, kendilerine yönelen her türlü cinsel davranışı, sevgi karşılıkları bulunduğu için cinsel amaçlı olarak algılamayabilirler.¹⁶⁴

Doktrinde bir görüşe göre; akıl hastalığı veya akıl zayıflığının mevcut olduğu her durumda mağdurun kendisine yönelen cinsel eylemlere karşı göstermiş olduğu rızanın doğrudan, hiçbir değerlendirme yapılmaksızın geçersiz olduğunu kabul etmenin doğru olmayacağı, akıl hastalığına duçar olanların da cinsel yaşamlarının ve cinsel duygularının olduğu, mağdurda mevcut olan akıl hastalığının fiilin anlam ve sonuçlarını anlama yeteneğini ne ölçüde etkilediğinin araştırılması gerektiği belirtilmiş ancak bu durumu tespit etmenin büyük bir dikkati gerektirdiği, çünkü hem akıl hastası hem de çocuk olan mağdurun daha fazla korunmaya ihtiyaç duyduğu ifade edilmiştir.¹⁶⁵

Yargıtay kararlarında ise, mağdurda mevcut olduğu düşünülen akıl hastalığı veya akıl zayıflığının birçok yönden değerlendirilmesi gerektiği belirtilmiştir. Buna göre mağdurun, fiile ruhsal ve duygusal yönden mukavemet etmeye muktedir olup olmadığı, kendisine yönelen cinsel davranışın ahlaki olarak kötü olup olmadığını idrak edip edemeyeceği, beyanlarına itibar edilip edilemeyeceği vb. durumlar değerlendirilmelidir.¹⁶⁶

Kanaatimizce, mağdur açısından fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayabilme yeteneği belirsiz bir ölçüttür. Çünkü 15-18 yaş aralığındaki bir mağdurun sağlıklı cinsel

¹⁶³ Sunay YILDIRIM DOĞRU, Zihinsel Engelli Çocuklarda Cinsel İstismar, Erişim: (<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/16578>) Erişim Tarihi: 15/10/2019, s.82.

¹⁶⁴ YILDIRIM DOĞRU, s.81.

¹⁶⁵ SONER BAYKAL, s.53.; KANTARCI, s.131.; “...Dosya kapsamına göre mağdurenin eylemin gerçekleştiği yere cebir, tehdit, hile olmaksızın kendi isteğiyle gittiği, İstanbul Adli Tıp Kurumu 6. İhtisas Kurulunun 13.08.2018 günlü raporuna göre, mevcut zeka geriliğinin olayın hukuki anlam ve sonuçlarını algılamasına ve fiile ruhsal yönden mukavemete muktedir olmasına engel teşkil edecek derecede olmaması, hekim olmayanlarca ilk bakışta anlaşılamayabileceğinin belirtilmesi ve sanık tarafından durumunun bilinmemesi karşısında, rızasıyla olay yerine gitmesi nedeniyle sanığın cezalandırılmayacağı, sanığın nitelikli cinsel saldırıda bulunduğu sırada eylemle sınırlı süreyle mağdurenin iradesiyle hareket edebilme imkanının ortadan kaldırılmasının, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu oluşturmayacağı, kişinin vücudunun suçun konusu olması sebebiyle, mağdurenin hareket edebilme özgürlüğü ortadan kaldırılmadan bu suçun işlenemeyeceği, ayrıca sanığın, mağdurenin hürriyetini kısıtlayan başkaca bir hareketinin bulunmadığı ve eylem sırasındaki cebrin nitelikli cinsel saldırı suçunun unsuru olduğu gözetilerek kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan beraati yerine, yazılı şekilde hüküm tesisi...” (Yargıtay 14. CD. Tarih: 19/09/2019, E: 2019/2742, K: 2019/10962) (UYAP’tan Alınmıştır).

¹⁶⁶ “...Mağdurun suç tarihinde zeka geriliği veya akıl hastalığı bulunup bulunmadığı, mevcutsa bu durumun hekim olmayanlarca anlaşılıp anlaşılamayacağı, beyanlarına itibar edilip edilemeyeceği ve fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayabilme yeteneğinin gelişmiş olup olmadığı hususlarında açıklayıcı rapor alındıktan sonra, tüm deliller birlikte değerlendirilerek sonucuna göre sanıkların hukuki durumunun tayin ve takdiri gerekirken eksik araştırma ile yazılı şekilde hüküm kurulması..., ...BOZULMASINA...” (Yargıtay 14. CD. Tarih: 19/09/2012, E: 2011/3898, K: 2012/8630) (UYAP’tan Alınmıştır).

gelişimi ve cinsel bütünlüğü korunmak istenirken mağdurdan suçun hukuki sonuçlarının ne anlama geldiğini bilmesi gerektiğini beklemek tutarlı değildir. Mağdurun kendisine yönelen cinsel davranışların yani suçun oluşması için işlenilmesi gereken fiilin ne olduğunu bilmesi yeterlidir. Ayrıca 15-18 yaş aralığındaki akıl hastalığı vb. hallere duçar olan mağdurların algılama yeteneğinin olmadığını genel bir kalıpla kabul etmek de doğru olmayacaktır. Bizce, her somut olaya göre, uygulayıcılar hem soruşturma aşamasında hem de kovuşturma aşamasında bu durumu değerlendirmek ve özellik arz ediyorsa belgelemek zorundadırlar. Akıl hastalığının türleri bulunmakla birlikte, her akıl hastalığı türü, insanlarda aynı sonucu doğurmayacaktır. Bu yüzden akıl hastalığının türüne göre mağdurun, fiilin anlam ve sonuçlarını algılayabilme yeteneğine ilişkin bir bilirkişi raporu alınmalıdır. Bu raporda mağdurun rapor tarihine göre değil, suç tarihine göre değerlendirilmesi zorunluluk arz etmektedir. Ayrıca raporda, mağdurun fiilden ne anladığı, fiile göstermiş olduğu rızanın iradi bir rıza olup olmadığı ve mağdurun içinde bulunduğu akıl hastalığının türü ve mağdur üzerindeki etkileri detaylıca ve suç için somutlaştırılarak açıklanmalıdır.

2.3.1.3.Fiil

Bu bölümde ceza hukuku bağlamında fiili (hareket) kavramını tanımlamakla birlikte, reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun temel eylemi olan cinsel ilişki ve kavramsal anlayış farklılıklarını inceleyeceğiz.

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun maddi unsuru, failin, cebir, tehdit¹⁶⁷ ve hile olmaksızın (mağdurun rızasıyla) 15 yaşını doldurup, 18 yaşını tamamlamayan çocuk ile cinsel ilişkiye girmesidir. Şayet suç, cebir, tehdit ve hile vasıtaları kullanılarak işlenmiş ise, olayın özelliklerine göre TCK m.103 değerlendirilebilecektir.¹⁶⁸

¹⁶⁷ **Yargıtay 5. CD. Tarih: 23/05/2011, E: 2011/2970, K: 2011/4134.**

¹⁶⁸ “...Oluşa uygun kabule göre suç tarihinden önce tanışıp arkadaş olduğu sanıkla evlenmesine ailesinin izin vermemesi üzerine 03.12.2008 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 Davut ile isimleri geçen diğerlerlerinden şikâyetçi olmadığını bildirmesinin ardından 19.12.2008 tarihinde avukatıyla beraber başvurduğu Cumhuriyet Başsavcılığında verdiği ikinci ifadesinde önceki beyanının doğru olmadığını, kendisini zorla kaçırarak ilaç vermek suretiyle uyuşturup cinsel ilişkiye giren sanık Davut’la yanındakilerden şikâyetçi olduğunu bildirdiği; ancak TCK’nın 104/1. maddesinde düzenlenen reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun şikâyet üzerine takip edilen suçlardan olduğu gözetilip mağdurenin 17.12.2008 tarihli ilk beyanı nazara alınarak sanık hakkında atılı suçtan açılan kamu davasının vâki şikâyet yokluğu nedeniyle düşmesine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde mahkûmiyetine hükmedilmesi,

Kanuna aykırı, sanık müdafinin temyiz itirazları bu bakımdan yerinde görüldüğünden hükmün 5320 sayılı Kanunun 8/1. maddesi gözetilerek CMUK’nın 321. maddesi gereğince BOZULMASINA...” (Yargıtay 14. CD. Tarih: 24/09/2014, E: 2012/14816, K: 2014/10435) (UYAP’tan Alınmıştır);

“...Mağdurenin ve sanığın anlatımlarına, Gediz Devlet Hastanesinin 26.05.2010 ve Kütahya Adli Tıp Şube Müdürlüğünün 24.06.2010 tarihli raporlarına ve tüm dosya içeriğine göre, sanığın nüfus kayıt örneğine göre 17 yaş içerisinde olup 18 yaşını bitirmeyen mağdureyi evine götürüp burada rızası ile cinsel ilişkiye girdiği, eylemin bu haliyle TCK’nın 104/1. maddesinde tanımlanan reşit olmayanla cinsel ilişki suçlarını oluşturduğu gözetilerek bu suçtan mahkûmiyeti yerine, yazılı gerekçeyle beraatine kararı verilmesi, Kanuna aykırı, katılan vekili ve O Yer Cumhuriyet Savcısının temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülmüş olduğundan, hükümlerin 5320 sayılı Kanunun 8/1. maddesi gözetilerek 1412 sayılı CMUK’nın 321. maddesi uyarınca BOZULMASINA...”(Yargıtay 14. CD. Tarih: 04/11/2014, E: 2013/1323, K: 2014/12142) (UYAP’tan Alınmıştır).

2.3.1.3.1. Cinsel İlişki

765 sayılı TCK döneminde, Yargıtay kararlarında ve öğretide¹⁶⁹ cinsel ilişki; “*aktif failin tenasül organının, kadının vücuduna normal veya anormal yoldan, erkeğin vücuduna ise anormal yoldan sokulması*” olarak tanımlanmıştı. Bu görüşe göre, cinsel ilişki; anal veya vajinal yoldan cinsel organın duhulü olarak anlaşılmaktaydı. Bir erkekle bir kadının anal ya da vajinal yoldan veya bir erkeğin başka bir erkekle anal yoldan yaşayacağı birleşme cinsel ilişki olarak kabul edilmekteydi. Failin mağdurun vücuduna cinsel organ dışında sair bir organ veya cisim sokması bu tanıma göre cinsel ilişki kapsamında değerlendirilemiyordu.¹⁷⁰

5237 sayılı TCK’nın 104’üncü maddesinde “*cinsel ilişki*” kavramının tercih edilip, TCK’nın 102 ve 103’üncü maddelerinde yer alan “*vücuda organ veya sair cisim sokma*” kavramının terk edilmesi, çeşitli soruları beraberinde getirmektedir. Mağdura anal veya vajinal yoldan cinsel organ dışında sair bir cisim sokulması veya mağdurun ağzına cinsel organ sokulması halinde bu suçun oluşup oluşmayacağı, “*cinsel ilişki*” kavramının nasıl yorumlanacağına bağlıdır. Cinsel ilişki kavramını dar ve geniş yorumlayan iki ayrı görüş bulunmaktadır.

Cinsel ilişki kavramını dar yorumlayan görüşe göre, cinsel ilişki; “*erkek cinsel organının bir kadına vajinal veya anal yoldan ya da bir erkeğe anal yoldan ithal edilmesi*” şeklinde tanımlanmaktadır.¹⁷¹ Buna göre, cinsel ilişki vajinal yoldan gerçekleştirilebileceği gibi anal yoldan da gerçekleşebilecektir. Ancak bu tanıma göre, mağdurun ağzına cinsel organ sokulması (oral ilişki)¹⁷² veya mağdura cinsel organ dışında sair bir organ ya da cisim

¹⁶⁹ Sulhi DÖNMEZER, Ceza Hukuku Özel Kısım, Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler, 5. Baskı, Filiz Kitapevi, İstanbul 1983, s.53. “*Tıbbi terim itibarıyla bu fiil, penis başını himen halkasını ve anüs alkasını geçmesi, rektuma sokulması, içeriye ejekülasyon olabilecek kadar girmesi şeklinde tanımlanabilir.*”; AKKAY, s.653-654.

¹⁷⁰ KANTARCI, s.139.

¹⁷¹ TEZCAN, ERDEM ve ÖNOK, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, s.373-374-374.; Handan YOKUŞ SEVÜK, 5237 S. TCK’da Çocukların Cinsel İstismarı ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçları, Hukuk ve Adalet Dergisi, Yıl:2, Sayı:5, Nisan 2005, s.297.; YAŞAR, GÖKCAN ve ARTUÇ, s.3417-3418.; TUĞRUL ve TUĞRUL, s.1184.; TANER, Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s.334-335.

¹⁷² “...sanığın, rızasıyla mağdurun ağzına cinsel organ sokmak şeklinde gerçekleşen eyleminin kanunun aradığı anlamda cinsel ilişki kapsamında bulunmadığı ve TCK’nın 104. maddesinde öngörülen suçun kanuni unsurları itibarıyla oluşmadığı halde suç vasfında yanılıya düşülerek sanığın beraati yerine mahkûmiyetine karar verilmesi..., ...Kanuna aykırı, sanık müdafinin temyiz itirazları yerinde görüldüğünden hükmün 5320 sayılı Kanunun 8/1. maddesi gözetilerek CMUK’nın 321. maddesi uyarınca BOZULMASINA...” (Yargıtay 14. CD. Tarih: 03/04/2014, E: 2012/6074, K: 2014/4512) (UYAP’tan Alınmıştır);

“...sanığın, rızasıyla mağdurun ağzına cinsel organ sokmak şeklinde gerçekleşen eyleminin kanunun aradığı anlamda cinsel ilişki kapsamında bulunmadığı ve TCK’nın 104. maddesinde öngörülen suçun kanuni unsurları itibarıyla oluşmadığı halde suç vasfında yanılıya düşülerek sanığın beraati yerine mahkûmiyetine karar verilmesi, Kanuna aykırı, sanık müdafinin temyiz itirazları bu bakımdan yerinde görüldüğünden, hükmün 5320 sayılı Kanunun 8/1. maddesi gözetilerek CMUK’nın 321. maddesi gereğince BOZULMASINA...” (Yargıtay 14. CD. Tarih: 16/01/2013, E: 2011/7214, K: 2013/240) (UYAP’tan Alınmıştır);

“...sanığın, rızasıyla mağdurun ağzına cinsel organ sokmak şeklinde gerçekleşen eylemlerinin kanunun aradığı anlamda cinsel ilişki kapsamında bulunmadığı ve TCK’nın 104. maddesinde öngörülen suçun kanuni unsurları itibarıyla oluşmadığı halde suç vasfında yanılıya düşülerek sanığın beraati yerine mahkûmiyetine karar verilmesi...” (Yargıtay 14. CD. Tarih: 13/02/2014, E: 2013/6438, K: 2014/1633).

sokulması cinsel ilişki kapsamında anılamayacaktır.¹⁷³ Burada aktif failin mutlaka erkek olması gerekecektir. Çünkü ilişkide erkek failin tenasül organının sokulmak suretiyle kullanılması gerekmektedir. Bu görüşe göre, bu suçu bir erkek bir kadına karşı, bir erkek bir erkeğe karşı ve bir kadın bir erkeğe karşı işleyebilecektir. Ancak, bir kadın bir kadına karşı bu suçu işleyemeyecektir.

Köksal’a göre cinsel ilişki, “*erkek cinsel organının bir kadına vajinal veya anal yoldan ya da bir erkeğe anal yoldan ithal edilmesi olup, oral yoldan gerçekleştirilen cinsel davranışlar cinsel ilişki sayılmamalıdır.*”¹⁷⁴

Öğretide, cinsel ilişki kavramını dar yorumlamakla birlikte oral ilişkiyi de cinsel ilişki kapsamında değerlendiren bir kısım görüşler bulunmaktadır.¹⁷⁵ Oral ilişkiyi cinsel ilişki kapsamında değerlendiren görüşe göre; mağdura vajinal, anal veya oral yoldan cinsel organın ithal edilmesi, cinsel ilişki sayılacak olup mağdura sair bir organ ya da cisim sokmak suretiyle gerçekleştirilen cinsel eylemler cinsel ilişki olarak kabul edilmeyecektir.¹⁷⁶

Doktrinde, cinsel ilişki kavramını dar yorumlamakla birlikte soruna eleştirel bakan diğer bir görüşe göre, cinsel ilişki düzeyine ulaşmayan cinsel davranışlar cinsel ilişki olarak kabul edilemeyecektir.¹⁷⁷ Bu açıdan bakıldığında, mağdurun rızasıyla gerçekleşen fiziksel bir temas içermeyen, cinsel amaçlı şehvi hareketler de cinsel ilişki olarak kabul edilmeyecektir. Zaten mağdurun rızası olmaksızın gerçekleşen ve fiziksel temas içermeyen cinsel eylemlerin varlığı halinde TCK m.105’de düzenlenen cinsel taciz suçunu tartışmak gerekecektir.¹⁷⁸

Yenidünya’ya göre; burada bir kanun boşluğu vardır ve bu boşluk madde metni değiştirilerek doldurulabilir. Yeni metin; “*cebiri, tehdit ve hile olmaksızın 15 yaşını bitirmiş çocuğa organ veya sair cisim sokan erişkin kimse... cezalandırılır.*” şeklinde düzenlenmelidir.

Yargıtay’ın da cinsel ilişkiyi dar yorumlayan görüşe katıldığını ve kararlarını bu yönde tanzim ettiğini yukarda örnek kararlar ile belirtmiştik.¹⁷⁹

Kanaatimizce, cinsel ilişki kavramını dar yorumlayarak bu suçun sınırlarını çizmek yerinde olmayacaktır. Her şeyden önce, kanun metni ve kanunun uygulanması, kanun koyucunun bu suç ile korunmasını amaçladığı hukuki menfaate aykırı olmamalıdır. Bu suç ile korunması amaçlanan hukuki değer in çocuğun sağlıklı ve düzgün cinsel gelişimi ile birlikte çocuğu erken cinsel deneyimden eylem sonrası psikolojik, ruhsal ve duygusal

¹⁷³ KANTARCI, s.140.; TANER, Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s.334.; GÜNDEL, s.148.; BEYAZIT, s.300.

¹⁷⁴ KÖKSAL, s.706.

¹⁷⁵ Veli Özer ÖZBEK, Türk Ceza Kanununun Anlamı TCK İzmir Şerhi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2008, s.638.; KOCAOĞLU, s.414.; KANTARCI, s.140.

¹⁷⁶ KANTARCI, s.140.

¹⁷⁷ Ahmet Caner YENİDÜNYA, 5237 sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, Legal Hukuk Dergisi, Sayı: 33, İstanbul Eylül 2005, s.3305.

¹⁷⁸ YENİDÜNYA, s.3311.; ARTUK, Cinsel Taciz Suçu, s.36-37.; Leyla ÇAKICI GERÇEK, Yargıtay Kararlarıyla Cinsel Taciz Suçu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 60, Sayı: 1, Yıl: 2011, s.54-60.

¹⁷⁹ bkz. 209 ve 210 numaralı dipnotlar.

sonuçları bakımından korumak olduğunu belirtmiştik. Amaç çocuğun üstün yararı ise sırf kanun metninde “*cinsel ilişki*” kavramı kullanıldı diye kanunilik ve belirlilik ilkelerini emredici bir hüküm gibi kabul ederek, cinsel ilişkiyi sadece erkeğin tenasül organının ithali olarak anlamak, kanun koyucunun suçu tanzim ederken hedeflediği amaca hizmet etmeyecektir. Ayrıca dar görüş kabul edilirse bu suçun iki kadın arasında işlenemeyeceği şeklinde bir durum ortaya çıkacaktır ki bu durum bizi bir çıkmaza sürükleyecektir. Daha önce mağdur ve fail konu başlıklarında da değindiğimiz üzere reşit olan bir kadının sair bir cisim ile reşit olmayan mağdur kız çocuğuna yönelik eylemleri olayda mağdurun rızası bulunduğu için, suç tipikliğine uymadığı gerekçe gösterilerek suç kabul edilemeyecektir. Bu nedenle biz, cinsel ilişki kavramının dar yorumlanmasını kabul etmeyerek, suçun tanzim edilme amacı ve koruduğu hukuki değer ile örtüşen yorum türünü benimsiyoruz.

Cinsel ilişki kavramını geniş yorumlayan görüşlere bakıldığında, bir görüşe göre, cinsel ilişki; taraflar arasında flört aşamasını aşan ilişkililerdir. Bir başka deyişle “çiftlerin karşılıklı olarak cinsel güdü ve arzularını tatmine yönelik hareketler olabileceği gibi, organları vasıtasıyla tam birleşmeyi içeren hareketlerdir.”¹⁸⁰ Bir başka görüş ise¹⁸¹, cinsel ilişkiyi organ veya sair bir cisim sokmak fiilleri ile oral ilişkiyi¹⁸² de kapsayacak şekilde daha geniş yorumlamaktadır. Doktrinde, kendisi ile anılan, diğer bir görüşün sahibi Ünver ise, cinsel ilişki kavramının basit ve nitelikli cinsel saldırı davranışlarının her ikisini de kapsadığını savunmaktadır. Ancak kanun koyucunun TCK’nın 103’üncü maddesinde basit ve nitelikli cinsel saldırı ayrımı yaptığını ve 15 yaşını tamamlamış çocuğun kanun metni uyarınca basit cinsel saldırı niteliğindeki cinsel davranışlara rıza gösterebileceğini, bu nedenle reşit olmayanla cinsel ilişki suçu bakımından sadece nitelikli cinsel saldırı şeklindeki cinsel davranışların cinsel ilişki olarak anlaşılması gerektiğini savunmaktadır. Başka bir anlatımla yazara göre cinsel ilişki, 15 yaşını doldurmuş olan mağdur çocuğun cinsel bölgelerine, cinsel veya bir başka organ ya da sair bir cisim sokulması olarak anlaşılmalıdır.¹⁸³

Doğan’a göre ise madde de korunmak istenen hukuksal değer açıklığa kavuşturulmadığından bu suç bakımından birçok konuda tartışma bulunmaktadır. Kanun koyucu mantığıyla düşünüldüğünde, “*erkek ve kadın arasında icra edilip edilmediğine bakılmaksızın, vücutların herhangi bir şekilde cinsel haz amacıyla bir araya gelmesini sağlayan her türlü yakın temas cinsel ilişki bağlamında değerlendirilmelidir. Ancak ilişkiye esas kabul edilen eylemler içeriği, sıklığı ve yoğunluğu birlikte düşünüldüğünde süreklilik arz edip sarkıntılık boyutu geçmeli, cinsel haz amacıyla yapılan bu eylemler öpme, okşama sürtünme kavramlarının ötesinde bir içeriğe sahip olmalı fakat cinsel doyuma ulaşma suçun gerçekleşmesi için koşul olmamalıdır.*”¹⁸⁴

¹⁸⁰ SOYASLAN, s.256.

¹⁸¹ SOYASLAN, s.243.; İsmail MALKOÇ, Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar, Malkoç Kitapevi, Ankara 2009, s.271-275.

¹⁸² SOYASLAN, s.188.; ÜNVER, Türk Maddi Hukukunda Cinsel Suçların Eleştirel Olarak İncelenmesi, s.48.; MALKOÇ, Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar, s.273.

¹⁸³ ÜNVER, Türk Maddi Hukukunda Cinsel Suçların Eleştirel Olarak İncelenmesi, s.48.

¹⁸⁴ DOĞAN, s.134-135.

Aksakal'a göre çocuğun cinsel dokunulmazlığının korunması amacına ulaşılması açısından cinsel ilişki kavramının geniş yorumu daha elverişli bir yorumdur. Zira anal ya da vajinal bölgelere cinsel organın sokulması ile sair bir organ veya sair bir cismin sokulması ya da oral ilişki arasında yapılan ayırım şekli bir ayırımdır. Oysa içerik olarak tüm bu eylemler 15-18 yaş aralığındaki mağdur çocukların cinsel dokunulmazlıkları, cinsel sağlıkları ve cinsel bütünlüklerini ihlal edecek niteliktedir. Cinsel ilişki teriminin dar yorumlanması, mağdur çocuğun cinsel dokunulmazlığını korumaya yetmeyecektir. Burada eleştirilmesi gereken asıl şey kanun koyucunun iradesidir. Kanun koyucunun cinsel saldırı ve çocukların cinsel istismarı suçlarının işlenmesi açısından cinsel davranışları yeterli görüp, reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun oluşması için daha ağır bir hareketi araması çok büyük bir çelişkidir. Kanun koyucunun "*cinsel ilişki*" deyimini kullanmak yerine "*vücuda organ veya sair bir cisim sokulması*" deyimini tercih etmesi maddenin hukuki koruma hedefine ulaşabilmesi bakımından daha isabetli olurdu.¹⁸⁵

Kartal'a göre de maddenin amacına tam anlamıyla hizmet etmediğinden değiştirilmesi ve ifade birliğinin sağlanması gerekmektedir.¹⁸⁶

Bir başka görüşe göre TCK m.104'de ifadesini bulan cinsel ilişki kavramı, geniş anlaşılarak, "*aynı ya da farklı cinsiyetteki kişiler arasındaki cinsel uzuvların birleşmesini, cinsel organlara cinsel uzuv dışında başka organların sokulmasını, cinsel organlara sair bir cisim sokulmasını ve ağız boşluğuna cinsel organ sokulmasını*" kapsayacak şekilde yorumlanmalıdır. Bu geniş yoruma gerekçe olarak da aksi düşünüldüğü takdirde maddenin çocuğun yüksek yararını gözeterek yorumlanmasına engel olacağını, kanun koyucunun amacından uzaklaşılmış olacağını, cinsel ilişki teriminin günümüzde sadece erkeklik organının duhulü şeklinde gerçekleşebilen cinsel eylemler olarak algılanmadığını, geleneksel anlayışta kalan bu tür bir yorumun sosyal hayatta görülmesi muhtemel her çeşit cinsel ilişkiyi karşılayamadığını, madde metnindeki cinsel ilişki kavramının, cinsel birleşmeyle vücuda organ ya da sair bir cisim sokma şeklindeki tüm davranışları kapsayıcı surette yorumlanması gerektiğini, nitekim çocuğun cinsel organına parmak, yapay penis veya sair bir cisim sokulmasını ya da çocuğun ağız boşluğuna penis sokulması eylemlerinin de yoğun bir şekilde cinsel anlam içerdiklerini belirtmektedir. Bu görüşüne bir başka dayanak olarak da TCK'nın 225'inci maddesinde düzenlenen "Hayâsızca Hareketler" başlıklı suç tipini gösterebileceğini, cinsel ilişki teriminin bu suç tipi için de maddi unsur olarak kullanıldığını, bu suç tipi açısından tanımlanan cinsel ilişki kavramının öğretide geniş yorumlandığını, madde gerekçesinde de cinsel ilişki teriminin "*cinsel arzuların tatminine yönelik her türlü davranış*" olarak ifade edildiğini, bu kapsamda "*erkeğin kadının göğüslerini öpmesi, cinsel organın elle uyarılması*" gibi hareketlerin de cinsel ilişki kavramı içerisinde kabul edildiğini, her ne kadar TCK'nın 104'üncü maddesi ile 225'inci maddesinin koruduğu hukuksal değerlerin aynı olmadığı anlaşılıyor ise de, "*cinsel ilişki*" teriminin her iki suç bakımından aynı şekilde yorumlanabileceğini, reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda da cinsel ilişki kavramının geniş yorumlanması gerektiğini ileri sürmüştür.

¹⁸⁵ AKSAKAL, s.260.

¹⁸⁶ MEMİŞ KARTAL, Reşit Olmayanla Cinsel İlişki (TCK m.104), s.2089.

Kantarıcı'ya göre cinsel ilişkinin varlığından söz edilebilmesi için eylemin içerisinde ilk olarak mutlaka cinsel organ olarak nitelendirilecek bir organ bulunmalı, ikinci olarak da eylemde ya yukarıda anılan cinsel organlara herhangi bir organ veya sair bir cisim dahil edilmeli ya da bu organlar vücudun herhangi bir boşluğuna sokulmalıdır. Bu şekilde mağdurun vajinasına parmak sokulması, ağız boşluğuna erkek cinsel organı sokulması veya mağdurun kulağına, burun deliklerine veya göbek deliğine cinsel organ sokulması nev'inden örneksemeler cinsel ilişki kapsamında değerlendirilmiş olacaktır. Ancak mağdurun burnuna veya ağız boşluğuna kalem ya da parmak sokulması gibi eylemler, örneksime ile anlatılan olayda mutlak bir cinsel organ olmadığından cinsel ilişki kapsamında değerlendirilemeyecektir.¹⁸⁷

Kanaatimizce de, cinsel ilişki kavramı geniş yorumlanmalıdır. Kanun koyucunun suçla korumak istediği hukuki değer, suçun ihdas edilme amacı kabul edilerek yorumlar, mağdurun üstün yararı, cinsel bütünlüğü, cinsel dokunulmazlığı ve doğru ve düzgün cinsel gelişimi esas alınarak yapılmalıdır. Burada kanun koyucu, madde metninde sırf “*cinsel ilişki*” kavramını kullandı diye, mağdurun sağlıklı cinsel gelişimini daha fazla örseleyecek olan, sair bir organ ya da cisim sokma eylemlerini veya mağdurun ağız boşluğuna erkeklik organı sokma (*oral ilişki*) eylemlerini, madde metnini tam karşılamadığını gerekçe göstererek suç tipikliğinin dışında tutmak, suçun ihdas edilme amacına ters düşecektir. Yukarıda değişik bölümlerde bu suç tipinde kanuni boşluklar bulunduğunu, madde metninin değiştirilmesi gerektiğini biz de vurgulamıştık. Ancak madde metni gerekçe gösterilerek cinsel ilişki kavramı dar yorumlanmamalı ve aşağıda tarif edeceğimiz erkeklik organı sokma dışındaki diğer eylemlerin de bu suça vücut vereceği kabul edilmelidir. Bizce, mağdurun anal veya vajinal bölgesine erkeklik organı (penis) ya da sair bir organ veya cisim sokulması yahut ağız boşluğuna veya diğer vücut boşluklarına (kulak, burun delikleri ve göbek deliği) sadece erkeklik organı sokulması şeklinde gerçekleşen eylemler bu suçu oluşturabilecektir. Burada mağdurun erkek ya da kız çocuğu olması suçun oluşması açısından bir farklılık oluşturmayacaktır. Mağdur erkek çocuğuna karşı bu suç anal bölgesine karşı ya da ağız boşluğu ve diğer vücut boşluklarına (kulak, burun delikleri ve göbek deliği) yönelen eylemler vasıtasıyla gerçekleştirilebilecektir. Mağdur erkek çocuğunun anal bölgesine erkeklik organı (penis) ya da sair bir organ veya cisim sokulması yahut ağız boşluğuna veya diğer vücut boşluklarına (kulak, burun delikleri ve göbek deliği) ise sadece erkeklik organının sokulması bu suçu oluşturabilecektir. Ancak mağdur erkek çocuğunun ağız boşluğuna veya diğer vücut boşluklarına (kulak, burun delikleri ve göbek deliği) sair bir organ veya cisim sokmak bu suçu oluşturmayacaktır. Mağdur kız çocuğuna karşı bu suç, mağdurun vajinal ya da anal bölgesine erkeklik organı (penis) ya da sair bir organ veya cisim sokulmak suretiyle yahut ağız boşluğuna veya diğer vücut boşluklarına (kulak, burun delikleri ve göbek deliği) erkeklik organı (penis) sokulması halinde oluşacaktır. Mağdur kız çocuğunun da ağız boşluğuna veya diğer vücut boşluklarına (kulak, burun delikleri ve göbek deliği) sair bir organ veya cisim sokmak bu suçu oluşturmayacaktır. Mağdur kız çocuğunun anal ve vajinal ya da mağdur erkek çocuğunun anal bölgesi haricindeki diğer vücut boşluklarına sair bir organ veya cisim sokulması bu suçu oluşturmayacaktır.

¹⁸⁷ KANTARCI, s. 146.

2.3.1.4. Suçun Konusu

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun konusunu, cinsel ilişkiye girilen küçüğün vücudu oluşturmaktadır.¹⁸⁸ Öğretide Özen, suçun maddi konusu ve hukuki konusu ayrımı yaparak, suçun maddi konusunun 15-18 yaş aralığında olup cinsel ilişkiye giren çocuk olduğunu, suçun hukuki konusunun ise çocuğun vücut ve cinsel bütünlüğü olduğunu ifade etmektedir.¹⁸⁹ Özbek, Doğan, Bacaksız ve Tepe ise, suçun hukuki konusunun üzerinde cinsel ilişki gerçekleştirilen çocuğun vücudu ve cinsel bütünlüğü olduğunu belirtmişlerdir.¹⁹⁰

2.3.2. Suçun Manevi Unsuru

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçu, ancak kasten işlenebilir.¹⁹¹ Taksirle işlenme olanağı bulunmamaktadır. Suçun oluşması için genel kast yeterli olup, ayrıca özel kast aranmayacaktır. Kişi 15 yaşını doldurmuş ve ergin olmayan kişi ile cinsel ilişkide bulunduğunu bilecek ve bu ilişkiyi isteyecektir. Amaç önemli değildir.¹⁹² Yani failin cinsel arzularını tatmin amacını taşıması gerekmez.

Failin, cinsel ilişkiye, mağdurun yaşına ve mağdurun rızasına ilişkin kastının ve bilgisinin bulunması gerekir.¹⁹³ Failin suçun maddi unsurlarına ilişkin hatası, kastı kaldıracağından suç oluşmayacaktır.¹⁹⁴ Yargıtay da failin hatasına ilişkin benzer mahiyette kararlar vermektedir.

Madde metninde, açık bir şekilde düzenlenmediğinden suç olası kast ile de işlenebilecektir. Çünkü kanunda özel olarak belirtilmediği sürece, genel kast ile işlenebilen suçlar hem doğrudan hem de olası kastla işlenebilir. Taner'e göre ise, suçun olası kastla işlenmesi mümkün değildir. Zira cinsel ilişkiye girme fiilinin fail tarafından doğrudan istenmesi gerekmektedir.¹⁹⁵

Resmi nikah olmaksızın, örf, adet ve geleneklere uygun bir biçimde yapılan düğün sonucu yasal olmayan şekilde evlenmelerde, cinsel ilişkinin evlenmenin doğal bir sonucu olduğu, şehvet kastı bulunmadığından, suçun oluşmayacağı ileri sürülemez. Amaç ne olursa olsun failde cinsel ilişkiye girmek kastı mevcutsa suç oluşacaktır.¹⁹⁶

¹⁸⁸ KOCA ve ÜZÜLMEZ, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.331.

¹⁸⁹ Mustafa ÖZEN, Ceza Hukuku Özel Hükümler Dersleri, Adalet Yayınevi, Ankara 2017, s.315.

¹⁹⁰ ÖZBEK, DOĞAN, BACAKSIZ ve TEPER, s.397.

¹⁹¹ TUĞRUL VE TUĞRUL, S.1184.; TEZCAN, ERDEM ve ÖNOK, s.375.; AYDIN, Çocukların Cinsel İstismarı ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, s.94.; YAŞAR, GÖKÇAN ve ARTUÇ, s.3418.; GÜNDEL, s.149-150.; KANTARCI, s.188.; TANER, Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s.339.

¹⁹² YAŞAR, GÖKÇAN ve ARTUÇ, s.3418.

¹⁹³ AYDIN, Çocukların Cinsel İstismarı ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu s.94.; SONER BAYKAL, s.60.

¹⁹⁴ KANTARCI, s.189.

¹⁹⁵ TANER, Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s.339.; Aynı görüşte bkz. MEMİŞ KARTAL, Reşit Olmayanla Cinsel İlişki (TCK m.104), s.2089.

¹⁹⁶ YAŞAR, GÖKÇAN ve ARTUÇ, s.3418.

2.3.3. Hukuka Aykırılık Unsuru

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun niteliği gereği, meşru savunma ve zorunluluk hali, kanun hükmü ve amirin emrini icra gibi hukuka uygunluk nedenlerinin, bu suç kapsamındaki fiiller açısından hukuka uygunluk sebebi olabilmesi mümkün değildir.

Mağdurun rızası, reşit olmayanla cinsel ilişki suçu bakımından bir hukuka uygunluk nedeni değil, suçun bir unsurudur.¹⁹⁷ Kanun koyucu, 15 yaşını tamamlamış henüz 18 yaşını doldurmamış çocukların cinsel ilişkiye gösterecekleri rızayı, geçerli ve muteber bir rıza olarak kabul etmemiş¹⁹⁸, cinsel ilişkiyi, mağdurun rızasına dayansa bile suç saymıştır. Bu nedenle, 15-18 yaş grubundaki çocukların rızası, reşit olmayanla cinsel ilişki suçu bakımından bir hukuka uygunluk nedeni oluşturamayacaktır.

Mağdurun cinsel ilişkiye rızasının bulunmadığı yahut mağdurun rızasının cebir, tehdit veya hile ile sakatlandığı durumlarda zaten suç, reşit olmayanla cinsel ilişki suçu olmayacak, diğer şartları da var ise çocukların cinsel istismarı suçu gündeme gelecektir.

TCK'nın 26'ncı maddesinde tanımlanan "*hakkın kullanılması*" başlıklı hukuka uygunluk nedeni acaba reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda geçerli bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilebilecek midir? Bu hükmün hukuka uygunluk sebebi oluşturabilmesi için hakkın, hukuk düzenince kabul edilmiş bir hak olması ve bu hakkın doğrudan fail tarafından kullanılması gerekmektedir.¹⁹⁹ Bu kapsamda, Türk Medeni Kanunu çerçevesinde kurulmuş meşru bir evlilik birliği içerisinde eşlerin rızaları dahilinde cinsel ilişkiye girmeleri herhangi bir suç teşkil edecek midir?

Evlilik birliği, haklar ve sorumluluklar temeline dayalı kurulmuş olan bir hayat ortaklığıdır.²⁰⁰ Evlilik birliğinin mutluluğunu sağlama yükümlülüğü, cinsel alan da dahil olmak üzere evliliğin bütün alanları bakımından kabul edilir.²⁰¹ Bu sebeple, evlilik birliği içerisinde cebir, tehdit, hile ve sair nedenler olmaksızın her iki tarafın da rızalarına dayalı olarak gerçekleştirilen cinsel ilişkiler, reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun tipine uymakla beraber, Türk Medeni Kanunu'nun öngördüğü, eşlerin birbirleri üzerinde cinsel tasarrufta bulunma hakkına dayandığı için "*hakkın kullanılması*" hukuka uygunluk sebebi, bu suç için de bir hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilecek ve eşler arasındaki eylemler suç teşkil etmeyecektir. Ancak Medeni Kanun hükümlerine göre yapılmayan evlilikler bakımından, "*hakkın kullanılması*" bir hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilmeyecektir.

2.3.3.1. Rıza

TCK'nın 26'ncı maddesinin 2'inci fıkrasında bir hukuka uygunluk nedeni olarak "ilgilinin rızası" düzenlenmiştir. Madde metninde; "*Kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde*

¹⁹⁷ KOCA ve ÜZÜLMEZ, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.332.

¹⁹⁸ İlhan ÜZÜLMEZ, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, Erişim: (<http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/122.doc>) Erişim Tarihi:23/10/2019, s.6.

¹⁹⁹ HAKERİ, s.285-286.; KOCA ve ÜZÜLMEZ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.269.

²⁰⁰ Ömer Uğur GENÇCAN, Aile Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2011, s.537.

²⁰¹ GENÇCAN, s.550.

*işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez.*²⁰² denilmektedir. Bu düzenleme gereğince, ilgilinin üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olarak vermiş olduğu rıza üzerine kanuni tipte tanımlanmış bir fiili gerçekleştiren kişi hukuka uygunluktan yararlanabilecektir.²⁰³

2.3.3.1.1. Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçunda Rıza

TCK m. 104 hükmü gereğince 15 yaşını bitirmiş bir çocukla cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka neden olmaksızın cinsel ilişkiye girilmesi reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu oluşturacak, bu araç unsurların herhangi birinin bulunması halinde ise TCK m.103 uyarınca çocukların cinsel istismarı suçu oluşacaktır.²⁰⁴

15-18 yaş aralığındaki, cinsel davranışların anlamını algılayabilecek durumda olan mağdurun rızası, cinsel ilişki dışındaki cinsel davranışları mutlak olarak hukuka uygun hale getirir.²⁰⁵ Cinsel ilişki bakımından ise söz konusu rıza, suçun niteliğini değiştirip, onu reşit olmayanla cinsel ilişki suçuna dönüştürmektedir.²⁰⁶ Bu nedenle diğer cinsel suç tiplerinin aksine reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda rızanın yokluğu değil, varlığı suçun unsurudur.²⁰⁷ Dolayısıyla reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun oluşabilmesi için mağdurun, cinsel ilişkiye bilinçli olarak ve hukuken geçerli olacak şekilde rıza göstermesi gerekmektedir. Aksi takdirde çocukların cinsel istismarı suçu değerlendirmeye tabi olacaktır.

Kanun koyucu, TCK m.103/1-b’de cebir, tehdit, hile ve iradeyi etkileyen diğer nedenlere madde metninde açıkça yer vermesine rağmen, TCK m.104’de yalnızca cebir, tehdit ve hileden bahsedilip iradeyi etkileyen diğer nedenlere yer verilmemesi yerinde bir düzenleme değildir.²⁰⁸ Çünkü cebir, şiddet veya tehdit olmamasına karşın cinsel davranışın anlamını kavrayabilecek nitelikte olan mağdurun cinsel ilişkiye rızasının da bulunmaması halinde (örneğin; uyku, sarhoşluk) cinsel istismar suçunun oluşması

²⁰² TCK m.26

²⁰³ Zeynel T. KANGAL, Ceza Hukukunda Varsayılan Rıza, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cıl:XV, Yıl:2011, Sayı:4, s.224.

²⁰⁴ KANTARCI, s.148.

²⁰⁵ TANER, Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s.337.

²⁰⁶ “...Dosya içeriğine göre, sanığın, mağduru cebir, tehdit veya hile kullanmaksızın birden fazla evine götürerek basit cinsel istismarda bulunduğu ve son olarak da İlçe Tarım Müdürlüğü’nün yakınındaki Keskin sağlık ocağının arkasında bulunan çeşmenin yanında cinsel istismarda bulunduğu sabit olduğu ve mahkemece bu şekilde kabul edilen olay nedeniyle iddianamede sanık hakkında çocuğun basit cinsel istismarı suçu yanında çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçundan da kamu davası açıldığı, **suç tarihinde on beş yaşını bitirmeyen mağdurun rızası hukuken geçersiz olduğundan, sanığın mağduru cinsel istismarda bulunmak amacıyla cebir, tehdit veya hile kullanmadan** evine ve sağlık ocağının arkasındaki çeşmenin yanına götürüp buralarda tutmaktan ibaret eylemlerinin zincirleme şekilde kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu oluşturduğu anlaşıldığından, sanık hakkında 5237 sayılı TCK’nın 109/1, 109/3-f, 109/5 ve 43/1. maddelerinin uygulanabilmesi için 5271 sayılı CMK’nın 226. maddesi uyarınca ek savunma hakkı verilerek bu suçtan mâhkûmiyetine hükmedilmesi yerine koşulları oluşmadığı gerekçesiyle 5237 sayılı TCK’nın 234/3. maddesinin uygulanmasına yer olmadığına ve kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan suç duyurusunda bulunulmasına karar verilmesi...” (Yargıtay 14. CD. Tarih: 18/04/2016, E: 2016/2635, K: 2016/3872) (UYAP’tan Alınmıştır).

²⁰⁷ YOKUŞ SEVÜK, 5237 S. TCK’da Çocukların Cinsel İstismarı ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçları, s.297.

²⁰⁸ KANTARCI, s.148.

gerekir.²⁰⁹ Bu sebeple, anlam bütünlüğünün sağlanması ve TCK m.103 ve 104’de düzenlenen her iki suçun farklarının tam olarak ortaya konulabilmesi için TCK m.104 açısından da “iradeyi etkileyen diğer nedenler” halinin düzenlenmesi gerekmektedir ya da hem TCK m.103 hem de TCK m.104 için “mağdurun rızası” kavramının madde metnine açıkça yerleştirilmesi gerekmektedir. Aksi takdirde iradeyi etkileyen diğer nedenlerin varlığı halinde işlenen suçun hangi suç tipine ait olduğunu tespit etmek güçleşecektir.

Her ne kadar TCK m.104’de cebir, tehdit ve hile olmaksızın düzenlemesi bulunmasına rağmen öğreti ve uygulayıcılar bu hali “mağdurun rızası” olarak anlamakta ve kanun metnini bu şekilde yorumlamaktadırlar. Yargıtay da cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir neden olmaksızın gerçekleşen cinsel ilişkiyi mağdurun rızasıyla gerçekleşen cinsel ilişki olarak kabul etmektedir.²¹⁰

765 sayılı TCK’nın reşit olmayanla cinsel ilişki suçuna karşılık gelen 416/3’üncü maddesinde “reşit olmayan bir kimse ile rızası ile cinsi münasebette bulunan” kişilerin cezalandırılacağı hükmü bulunmaktaydı. Dolayısıyla eski TCK döneminde mağdurun rızası madde metninde açıkça yer aldığından rızasızlık hallerinin belirlenebilmesi güç değildi. 5237 sayılı TCK’nın 104’üncü maddesinde yapılacak bir değişiklik ile bu durum düzeltilebilecektir.

5237 sayılı TCK m.104 açısından öğretinin ve uygulayıcıların örnekseme ve yorum vasıtasıyla varmış oldukları “mağdurun rızası” kavramı aslında cebir, tehdit, hile ve iradeyi etkileyen diğer hallerden daha geniş bir durumu kapsamaktadır. Çünkü cebir, tehdit, hile ve iradeyi etkileyen diğer haller bulunmaksızın ve mağdurun rızası haricinde mağdura yönelen cinsel davranışların varlığı halinde eylemlerin hangi suç tipine vücut vereceği belirlenebilmiş değildir. Doktrinde, bazı yazarlara göre, böyle bir durumun varlığı halinde suç çocukların cinsel istismarı suçu değil cinsel saldırı suçu olarak kabul edilecektir.²¹¹

Kanaatimizce de, cebir, tehdit, hile ve iradeyi etkileyen diğer nedenler “mağdurun rızası” kavramıyla örtüşmektedir. Ancak yukarda da bahsettiğimiz gibi mağdurun rızası daha geniş bir hali ifade etmekte ve TCK m.104 açısından iradeyi etkileyen diğer nedenlere yorum sonucu ulaşılmaktadır.

²⁰⁹ TANER, Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s.338.

²¹⁰ “...Mağdurenin aşamalarındaki beyanları, alınan doktor raporları ile tüm dosya kapsamına göre, sanık D. H’nin onbeş yaşından büyük olan mağdure ile cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir neden olmaksızın rızası dahilinde anal yoldan birçok kez cinsel ilişkiye girdiğinin anlaşılması karşısında, eyleminin reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu oluşturduğu gözetilerek sanığın zincirleme şekilde reşit olmayanla cinsel ilişki suçundan mahkûmiyeti yerine suç vasfının tayininde yanılığa düşülerek yazılı şekilde beden veya ruh sağlığını bozacak şekilde çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçundan mahkûmiyetine karar verilmesi...” (Yargıtay 14. CD. Tarih: 03/12/2015, E: 2015/7489, K: 2015/11316) (UYAP’tan Alınmıştır).

²¹¹ Cankat TAŞKIN, Çocuğun Cinsel İstismarı Suçu, s.22-28. Erişim: (<http://cankattaskin.av.tr/wp-content/uploads/2011/03/%C3%A7ocu%C4%9Fun-cinsel-istismar%C4%B1.pdf>) Erişim Tarihi: 15/05/2019

2.3.3.1.2. Bir İrade Beyanı Olarak Rızanın Varlığı ve Kabulü Sorunu

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda mağdurun rızası, suçu hukuka uygun hale getiren bir hukuka uygunluk nedeni değil, aksine suçun oluşması için bulunması gereken bir unsurdur. Çünkü mağdurun, fail tarafından kendisine yönelen cinsel davranışlara karşı rızasızlık halinin bulunduğu durumlarda tipik eylem cinsel davranış olmasına rağmen suç reşit olmayanla cinsel ilişki suçu değil, çocukların cinsel istismarı suçu olacaktır. Kanun koyucu, 15 yaşından küçük çocukların her türlü cinsel davranışa karşı gösterdikleri rızayı hukuken geçerli bir rıza olarak kabul etmemişken, 15-18 yaş aralığındaki çocukların sadece cinsel ilişkiye varan davranışlara karşı rızalarına değer atfetmemiştir. Bu sebeple mağdurun rızası, reşit olmayanla cinsel ilişki suçu ile çocukların cinsel istismarı suçunu birbirinden ayırt etmede kullanılan en temel ölçüttür.

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçu bağlamında mağdurdan sergilenmesinin istenildiği rıza fesada uğratılmamış ve hukuken geçerli bir rıza olmak zorundadır.

Mağdurun rızası cebir, tehdit, hile ve iradeyi etkileyen başka nedenlere dayalı olarak ifsat edilmiş olabilir veya mağdurun gerçekten rıza göstermediği ancak failde mağdurun rızasının bulunduğu varsayımını oluşturan haller ya da mağdurun varsayılan rızası veya mağdurun zımni kabulüne dayanan rızası halleri bu suç için ayrıca değerlendirilmesi gereken hallerdendir.

Öncelikle mağdurun rızasının cebir ile sakatlandığı hallere bakacak olursak; reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun istismar suçundan ayrılması için mağdurun cinsel ilişkiye rızasının bulunması ve rızasının cebir ile elde edilmemiş olması gerekmektedir.

Cebir, sözlük anlamı olarak zor, zorlayış²¹² anlamlarına gelmektedir. Hukuki bir terim olarak ise doktrinde dar ve geniş olmak üzere iki anlamı bulunmaktadır.

Dar yoruma göre cebir; *“kişiye karşı bedenlen hissedebileceği şekilde maddi kuvvet kullanmak suretiyle onun davranışları üzerinde zorlayıcı bir etkinin meydana getirilmesi”* olarak tanımlanmıştır.²¹³ Bu görüşe göre, cebirden kastın, mağdura bedenlen acı verecek şekilde bir fiziki kuvvetin kullanılmasıdır, mağdura acı vermeyen hipnotizma, uyuşturucu veya uyarıcı madde verme gibi davranışlar cebir olarak kabul edilmeyecektir.²¹⁴

Geniş yoruma göre ise cebir; *“yoğunluk ve etkiye göre bir başkasının özgürce irade oluşturmasını ve bu doğrultuda hareket etmesini engellemeye elverişli biçimde güç kullanmak veya başkaca fiziki etkide bulunmak suretiyle bedene yönelik zorlamalar”* şeklinde anlaşılmalıdır. Bu yoruma göre zorlamanın bedene temas etmesine ve vücuda acı vermesine gerek yoktur. Buna göre, hipnoz etme ve uyuşturucu madde verme cebir olarak kabul edilecektir.²¹⁵

Cebir suçunu düzenleyen TCK’nın 108’inci maddesinin gerekçesinde ise cebirli hareketin sonucunda mağdurun vücudunda bir acı hissetmesi gerektiği belirtilmiştir.²¹⁶ Görüldüğü

²¹² <https://sozluk.gov.tr/>

²¹³ KANTARCI, s.161.

²¹⁴ KANTARCI, s.161.

²¹⁵ TEZCAN, ERDEM ve ÖNOK, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, s.415-418.

²¹⁶ ÖZGENÇ, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi, s.830-831.

üzere, kanun koyucu cebir suçunu düzenlediği TCK m.108’de cebri tanımlamış ve gerekçesinde de cebrin vücuda acı veren tarzda eylemlerle işlenebileceğini belirtip öğretideki dar yorumu benimsemiştir.

Buna göre reşit olmayanla cinsel ilişki suçu bakımından, mağdura yönelik vücuduna acı verebilecek tarzda olan eylemler (mağdura tokat atılması, cinsel davranışlara mukavemetini kırmak amacıyla ellerinin ve kollarının tutulması, bağırması için ağzının kapatılması vasıtasıyla vücuduna acı verilmesi) cebir olarak kabul edilecek ve mağdurun ilişkiye rızasının bulunmadığı tespit edilip suç çocukların cinsel istismarı suçu olarak kabul edilecektir.²¹⁷

Fail tarafından gerçekleştirilecek olan cebirli hareket bizzat mağdura yönetilmeli, yani cebirli hareketin muhatabı bizzat mağdur olmalıdır. Failin cinsel ilişki boyunca, mağdura cebir uygulaması şart olmayıp, mağdurun direncini kırarak ölçüde en başında cebir uygulaması yeterli olarak kabul edilecektir.²¹⁸

İkinci olarak, mağdurun rızasının tehdit ile sakatlandığı hallere bakacak olursak; reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun istismar suçundan ayrılması için mağdurun cinsel ilişkiye rızasının bulunması ve rızasının tehdit ile elde edilmemiş olması gerekmektedir.

Tehdit, sözlük anlamı olarak gözdağı²¹⁹ anlamına gelmektedir. Hukuki bir terim olarak ise tehdit; failin mağdurdan bir şey yapmasını veya yapmamasını istemesi ve istediği şeyin yapılmaması halinde, ilerleyen zamanda kendisine kötü bir şey yapılacağına mağdura bildirilmesidir.²²⁰

Mağdurun rızasının cebir ile fesada uğratılması halinde, cebrin bizzat mağdura karşı gerçekleştirilmesi ve mağdurun vücudunda cebir eyleminden kaynaklı olarak bir acı duyması gerekmektedir. Tehditte ise, muhatap bizzat yine mağdur olmasına (tehdit

²¹⁷ “...Mağdurun soruşturma aşamasında alınan 27.07.2008 tarihli beyanında; birlikte yaşadığı sanığın yaklaşık bir aydır kendisi ile birçok kez zorla ters ilişkiye girdiğini ve karşı koyduğunda kendisini dövdüğünü, en son 26.06.2008 tarihinde sanığın ters ilişkiye girme istediğini reddetmesi üzerine sanığın banyoda üzerine soğuk su döktüğünü ve koluna ve omuzuna yumrukla vurarak “bana arkadan vereceksin yoksa elimde kalırsın” dediğini iddia etmesi karşısında; sanığın eyleminin TCK’nın 103/2. maddesinde düzenlenen çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçunu oluşturup oluşturmayacağı konusundaki delilleri tartışıp değerlendirme ve suç niteliğini belirleme görevinin üst dereceli ağır ceza mahkemesine ait bulunduğu nazara alınarak 5235 sayılı Kanunun 12 ve CMK’nın 4 ve 5. maddeleri gereğince görevsizlik kararı verilmesi gerekirken duruşmaya devamlı yazılı şekilde hüküm kurulması...” (Yargıtay 14. CD. Tarih: 28/03/2013, E: 2012/11582, K: 2013/3603) (UYAP’tan Alınmıştır).

²¹⁸ TEZCAN, ERDEM ve ÖNOK, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, s.362-363.; “...Mahkemesince, suç tarihinde onsekiz yaşından küçük, onbeş yaşından büyük olan mağdurenin sanığın kendisi ile zorla ilişkiye girdiğine dair beyanlarına itibar edilmeyerek sanığın cebir, tehdit ve hile olmaksızın onbeş yaşını bitirmiş çocukla cinsel ilişkiye girme suçundan anılan Kanunun 104/1. maddesine göre cezalandırılmasına karar verilmesine rağmen, hürriyeti tahdit suçu açısından onbeş yaşını bitirmiş olan mağdurenin rızasının anılan Kanunun 26/2. maddesi gereğince suçun sübutuna engel olacağı dikkate alınmaksızın hürriyeti tahdit suçundan sanığın cezalandırılmasına karar verilmesinde isabet görülmediğinden bahisle 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 309. maddesi uyarınca anılan kararın bozulması lüzumu Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğünün 04.09.2015 gün ve 94660652-105-34-7066-2015-18174/58545 sayılı yazılı istemlerine müsteniden ihbar ve dava evrakı ile birlikte tevdi kılınmakla gereği düşünüldü...” (Yargıtay 14. CD. Tarih: 01/12/2015, E: 2015/8435, K: 2015/11180) (UYAP’tan Alınmıştır); Kanun Yarına Bozma Sonucu Verilen Yargıtay İlamları, Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Dairesi Başkanlığı, Sayı:1, Yıl: Temmuz 2016, s.163.

²¹⁹ <https://sozluk.gov.tr/>

²²⁰ KANTARCI, s.165.

sözlerinin bizzat mağdura karşı söylenilmesi) rağmen gerçekleştirilecek kötülüğün mağdur dışında üçüncü bir kişiye karşı işlenecek olması da tehdit kapsamında değerlendirilecektir.²²¹ Yani tehdidin mağdurun şahsına yönelik olması şart değildir. Mağdura karşı, yakınlarına yönelik sarf edilen tehdit içerikli sözlerde de aynı netice oluşacaktır.²²²

Tehdit sırf hareket unsurundan oluşur. Hareketin gerçekleşmesi yeterli olup neticenin varlığı aranmaz. Tehditte mağdurun iradesinin etkilenmiş olması yeterlidir.²²³

Tehditte sarf edilen sözler kişinin iç huzurunu bozma, korku ve endişeye yol açma elverişliliğine sahip olması gerekmektedir.²²⁴ Mağdur bir zarara uğrayacağından bahisle korku ve telaş içerisinde olmalıdır. Mağdurun içinde bulunduğu korkunun ve telaşın belirli bir ağırlığa ulaşması yani ciddi olması gerekmektedir.²²⁵ Sözle, yazıyla veya işaretle sarf edilen tehdit sözlerinin mağdurun iç huzurunu bozmaya, korku ve endişe meydana getirmeye elverişli olduğu hallerde ayrıca sarf edilen sözlerin neticesinde mağdurun sübjektif olarak iç huzurunun bozulması, korku ve endişeye kapılması gerekmez. Yani tehdidin objektif olarak ciddi bir mahiyet arz etmesi yeterli olup mağdurda oluşturacağı etki önemli değildir.²²⁶ Ünver, aksi görüşte olup reşit olmayanla cinsel ilişki suçu ve çocukların cinsel istismarı suçu bakımından sarf edilen tehdit sözlerinin objektif olarak ciddi olup olmadığı belirlendikten sonra mağdurun iradesini ve serbest seçim özgürlüğünü etkileyip etkilemediğinin tespit edilmesi gerektiğini savunmaktadır.²²⁷ Kantarcı'da sarf edilen tehdit içerikli sözlerin mağdurda oluşturduğu etkiye önem atfederek objektif ve sübjektif kriterlerin bir arada değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir.²²⁸ Yargıtay ise, sözlerin ciddi mahiyette olup korkutucu bir etki oluşturabilecek olmasını yeterli görmüştür. Ayrıca mağdurun objektif olarak korkutucu nitelikte olan tehdit sözlerinden korkmaması halini tehdit suçunun oluşabilmesi açısından değerlendirmeye tabi tutmamıştır.²²⁹

Tehditte, yapılması veya yapılmaması istenen ve tehdidin konusunu oluşturan eylemin tehdide maruz kalan kişi tarafından gerçekleştirilmemesi halinde failin iradesiyle mağdura bir kötülük yapılması söz konusudur. Bu kötülük mağdurun iç huzurunu bozmaya mağdurda korku uyandırmaya elverişli olmalıdır. Bu elverişliliğe sahip olmayan

²²¹ Adem SÖZÜER, Tehdit Suçu, İÜHFİM, Cilt:LIV, Yıl:1994, Sayı:1-4, s.130.

²²² Alaaddin EGEMENOĞLU, Yargıtay Kararları Işığında 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Tehdit Suçu (TCK m.106), İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 4(1), Bahar 2017, 59-102, s.72.

²²³ SÖZÜER, s.129.; EGEMENOĞLU, s.74.

²²⁴ EGEMENOĞLU, s.75.

²²⁵ KANTARCI, s.165.

²²⁶ EGEMENOĞLU, s.75.

²²⁷ ÜNVER, Türk Maddi Hukukunda Cinsel Suçların Eleştirel Olarak İncelenmesi, s.32-33

²²⁸ KANTARCI, s.166.

²²⁹ "...Oluşa uygun olarak yakınlıkla kavga ettikten on dakika sonra elinde av tüfeği ile yakınının kapısı önüne gelen sanığın 'sizi öldüreceğim' demesi biçiminde kabul edilen eylemin TCY.nın 191/2. maddesine uyan suçu oluşturduğu ve tehdit suçunun oluşması için mağdurun fiilen korkmasının şart olmayıp, eylemin objektif olarak mağdurun iç dünyasında korku meydana getirmeye elverişli olmasının yeterli bulunduğu gözetilmeden, 'mağdurun korkmadığından' söz edilerek Yasanın 466/1. maddesi ile hükmümlülüğe karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir..."(Yargıtay 14. CD. Tarih: 24/04/2002, E: 2002/5409, K: 2002/6926) (UYAP'tan Alınmıştır).

uyarı niteliğinde söz, hareket veya işaret tehdit kapsamında değerlendirilemez.²³⁰ Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun mağduruna uyarı niteliğinde sarf edilen sözler tehdit olarak kabul edilemeyecektir. Sarf edilen sözlerin mağdur üzerinde ciddi bir etki oluşturması gerekmektedir. Failin mağdura yönelik “benimle cinsel ilişkiye girmezsen yüzümü bir daha göremezsin, bir daha asla telefonlarına cevap vermem” şeklindeki sözleri ciddi bir mahiyet taşımadığından tehdit olarak kabul edilemeyecektir.

Tehdit, failin iradesine bağlı gelecekte meydana gelecek olan kötülüktür. Eğer ileriki zamanda meydana gelecek bir kötülük yoksa tehditten de bahsedilemeyecektir. Örneğin “arabama zarar verseydin seni öldürürdüm” sözü geleceğe dair işlenilmesi planlanan bir kötülük içermediğinden tehdit olarak kabul edilemeyecektir.²³¹

Tehdit içerikli sözlerin mağdura cinsel ilişkiden önce yahut cinsel davranışlara başlanıldığı sırada veya cinsel davranışların devam ettiği sürece söylenilmesi gerekmektedir. Cinsel ilişkiden sonra mağdura tehdit edilmesi eylemi, çocukların cinsel istismarı suçu bağlamında suçun bir unsuru olarak değil, ayrıca tehdit suçu (TCK m. 106) kapsamında değerlendirilmelidir.²³² Çünkü fail tarafından mağdura sarf edilen tehdit içerikli sözler reşit olmayanla cinsel ilişki suçu tamamlandıktan sonra icra edilmektedir.

²³⁰ EGEMENOĞLU, s.76.

²³¹ EGEMENOĞLU, s.75.

²³² “...Mağdure D.’nin bütün ifadelerinde, sanığın bıçakla tehdit ederek zorla kendisiyle birden çok cinsel ilişkiye girdiğini iddia ettiği, ancak sanık hakkında reşit olmayanla cinsel ilişki suçundan TCK’nın 104/1. maddesi uyarınca cezalandırılması istemiyle Ömerli Sulh Ceza Mahkemesi’ne kamu davasının açıldığı ve yapılan yargılama sonucunda sanığın TCK’nın 104/1, 43/1, 62/1. maddeleri uyarınca cezalandırılmasına karar verildiği, Ömerli Sulh Ceza Mahkemesi tarafından düzenlenen gerekçeli kararda ise eylemlerin tehditle gerçekleşip gerçekleşmediğinin tartışıldığı, ancak mahkemenin zor ve tehdit iddiasını tartışmakla görev sınırını aştığı, zira cinsel ilişkinin cebir tehdit ve hile ile gerçekleştiğinin kabulü halinde, TCK’nın 103/2-4, 43/1. madde ve fıkralarında düzenlenen nitelikli cinsel istismar suçunun oluşacağı bu durumda; hükümden sonra 28.06.2014 tarihinde yürürlüğe giren ve cinsel dokunulmazlığa karşı suçlarda değişiklik yapan 6545 sayılı Kanun ile 02.12.2016 tarihinde yürürlüğe giren 6763 sayılı Kanunla yapılan değişiklikler sonrası öngörülen cezanın üst sınırı itibarıyla davaya bakma, delilleri değerlendirme ve suç vasfının tayini ile buna göre lehe kanunu belirleme görevinin üst dereceli Ağır Ceza Mahkemesine ait olduğu gözetilerek 5235 sayılı Kanunun 12 ve 5271 sayılı CMK’nın 4. maddeleri gereğince görevsizlik kararı verilmesinde zorunluluk bulunması...” (Yargıtay 14. CD. Tarih: 11/09/2019, E: 2016/1899, K: 2019/10758) (UYAP’tan Alınmıştır);

“...Mağdurenin aşamalarda değişmeyen özde samimi anlatımlarına, Kocaeli Üniversitesi Tıp Fakültesi Araştırma ve Uygulama Hastanesi Adli Tıp Anabilim Dalında düzenlenen rapora ve tüm dosya içeriğine göre, sanığın, mağdureye yönelik cinsel içerikli eylemlerini yapmaması için tepki gösterdiğinde, sanığın izin vermezse yada herhangi birine söylese öldüreceğini ve dayak atacağını söylemek suretiyle eylemlerine devam ettiği ve bu şekilde tehdit kullandığının anlaşılması karşısında, TCK’nın 103/4. maddesi uyarınca sanığın cezasında artırım yapılmaması suretiyle eksik ceza tayini...” (Yargıtay 14. CD. Tarih: 26/11/2013, E: 2013/7590, K: 2013/12141) (UYAP’tan Alınmıştır);

“...Mağdurenin aşamalarındaki istikrarlı beyanlarına göre sanığın, suça konu eylemleri gerçekleştirdiği sırada mağdurenin annesi katılanın mağdureye seslenmesi üzerine sanığın, yaptıklarını kimseye anlatmamasını aksi halde kendisini öldüreceklerini söyleyerek mağdureyi tehdit ettiğinin anlaşılması karşısında, tehdidin suçun işlenmesi sırasında olmadığı, suçun tamamlanmasından sonra gerçekleştiği, sanığın olayın ortaya çıkması amacıyla söylediği sözlerin ayrıca tehdit suçunu oluşturduğu gözetilmeden, sanık hakkında TCK’nın 103/4. maddesinin uygulanması...” (Yargıtay 14. CD. Tarih: 12/02/2014, E: 2013/10485, K: 2014/1588) (UYAP’tan Alınmıştır);

“...Mağdurenin aşamalarındaki beyanları ve dosya içeriğine göre, sanığın cinsel istismar eylemlerini gerçekleştirdiği sırasında veya öncesinde cebir veya tehdit kullandığına dair delilin bulunmadığı, sanığın ikinci fiilini gerçekleştirdikten sonra mağdurenin olayı başkasına anlatmasını engellemek amacıyla söylediği “bunu kimseye söyleme, babamın adamları var seni öldürürüz” şeklindeki sözlerinin sübutu

Tehdidin en belirgin ayırt edici niteliği ise tehdidin konusunu teşkil eden tecavüzün gerçekleşip gerçekleşmeyeceğinin, failin iradesine bağlı bir husus olduğudur. Tehdit konusu tecavüz, gerçekten veya en azından görünüş itibarıyla failin hakimiyetine bağlılık arz etmektedir. Fakat bu, tehdit konusu tecavüzün mutlaka fail tarafından gerçekleştirileceği anlamına gelmez; failin bir üçüncü kişi vasıtasıyla bu tecavüzü gerçekleştireceğini açıklaması da, tehdidin oluşması için yeterlidir.

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçu özelinde, sarf edilen tehdit mahiyetindeki sözlerin mağdurda bir korku ve telaşa sebebiyet vermesi ve mağduru, failin sarf ettiği sözleri işleyebileceği düşüncesine sevk etmiş olması gerekmektedir. Mağdurun, sarf edilen sözler neticesinde iç huzuru bozulmalı ve tehdit içerikli sözlerin ciddiyeti ve ağırlığı sebebiyle, içerisine düştüğü korku ve telaş uyarınca cinsel ilişkiye rıza göstermelidir. Bu nedenle mağdurun rızası özgür iradesine dayanmamaktadır. Sarf edilen tehdit içerikli sözler sebebiyle iradesi fesada uğratıldığından kendisine yönelen cinsel eylemler mağdurun gerçekte rızası olmaksızın gerçekleştirilmektedir.

Bizce, fail tarafından sarf edilen sözlerin objektif olarak ciddi mahiyette olması yeterli olup ayrıca mağdurun bu sözlerden subjektif olarak etkilenmesi beklenmemelidir. Çünkü zaten mağdur, rıza göstererek cinsel ilişkiye girmişse ortada hukuken geçerli bir rıza bulunduğundan, failin eylemleri reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu oluşturacaktır. Ancak mağdur, cinsel ilişkiye rızası olmamasına rağmen failin sarf ettiği sözler sebebiyle cinsel ilişkiye girmişse artık burada failin sarf ettiği sözlerin objektif olarak ciddi bir mahiyet taşıyıp taşımadığı önemli olacaktır. Yoksa bu sözlerin mağdur üzerinde oluşturduğu subjektif etki, iradesinin fesada uğratılması açısından bir özellik arz etmeyecektir. Ancak önemle belirtmek gerekir ki, mağdurun çok hassas, çok kırılgan ve ürkek bir yapısının olduğunun Adli Tıp, doktor veya kurul raporlarıyla belgelenmiş olduğu durumlarda, tehdidin objektif kriterinin gerçekleşip gerçekleşmediğine bakıldıktan sonra, mağdurun yapısından dolayı üzerinde oluşturmuş olduğu subjektif etkiye de bir değer atfedilmelidir. Çünkü artık bu halde mağdurun belgelendirilmiş bir hastalığı vardır ve bu durum, suçun oluşumuna etki edecektir. Tehdit unsurunda mağdurun üzerindeki subjektif etkinin araştırılmasına gerek olmadığına dair kanaatimizin temel dayanağı, bunun ispatının çok zor, hatta neredeyse imkansız olduğudur. Örneğin; failin mağdurla cinsel ilişkiye girmek istediği ancak mağdurun kabul etmediği bir olayda, failin ters bir bakışından bile ürkecek ruh hali ve psikolojiye sahip mağdurenin, failin “bak kötü olacak” demesi üzerine hemen cinsel ilişkiyi kabul edip, fail ile cinsel ilişkiye girdiği varsayalım. Somut olayda, failin tehdit vasıtasıyla mağdurenin iradesini fesada uğrattığının tek bir tanığı yoktur. Mağdurenin beyanları esas alınacaktır. Fail cinsel ilişkinin mağdurun rızasıyla gerçekleştiğini ısrarla söylemektedir. Böyle bir durumda, tehdit unsuru ile iradenin fesada uğratıldığı nasıl ispat edilecektir? Yukarıda ifade edildiği gibi tehdidin ciddi bir mahiyet taşıyıp taşımadığına bakılacaktır. Şayet mağdurun psikolojik veya ruhsal bir rahatsızlığı var ise ve bu belgelendirilmiş ise o halde mağdur üzerindeki etki de araştırılacaktır ve bu değerlendirmeler uyarınca bir karar verilecektir.

halinde ayrı ve bağımsız tehdit suçunu oluşturabileceği gözetilmeden sanığın cezasının TCK'nın 103/4. maddesiyle artırılması...” (Yargıtay 14. CD. Tarih: 14/01/2014, E: 2012/533, K: 2014/215) (UYAP’tan Alınmıştır).

Üçüncü olarak, mağdurun rızasının hile ile sakatlandığı hallere bakacak olursak; reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun istismar suçundan ayrılması için mağdurun cinsel ilişkiye rızasının bulunması ve rızasının hile ile elde edilmemiş olması gerekmektedir.

Hile, sözlük anlamı olarak; “birini aldatmak, yanıltmak için yapılan düzen, dolap, oyun, ayak oyunu, alavere dalavere, desise, entrika”²³³ anlamlarına gelmektedir. Hukuki bir terim olarak ise hile; belli olgu karşısında kişinin yanılgıya sevk edilmesidir.²³⁴ Hile ile kişinin belli bir hususta tasarruf özgürlüğü üzerinde doğrudan doğruya etkide bulunulmamaktadır. Ancak bu tasarrufun dayanağını teşkil eden olgular konusunda kişi yanılgıya sevk edilmektedir. Hileye maruz kalan kişi, bu yanılgı sebebiyle, esasında irade göstermeyeceği bir şekilde tasarrufta bulunmaktadır.²³⁵ Bu doğrultuda, reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda mağdur hile vasıtasıyla gerçek hakkında yanlış bir tasarrufa yönlendirilmekte ve iradesi aldatıcı davranışlarla fesada uğratılmaktadır.²³⁶

Mağdur, fail tarafından aldatıcı (hileli) davranışlarla belli bir yönde davranması gerektiğine inandırılmakta, mağdurun failin baskısıyla oluşturduğu irade yanıltılmaktadır.²³⁷ Dolayısıyla mağdurun iradesi tamamen yok edilmemekte, hileli hareketlerle aldatılmaktadır. Bu sebeple mağdurun iradesinin aldatılmayıp tamamen yok edildiği, başka bir deyişle iradesini hiç yönlendiremeyeceği bir hale getirildiği durumlarda, (mağdurun hipnoz edilmesi, içeceğine uyuşturucu madde veya uyku ilacı katılması) hile unsurundan bahsedilemeyecek “*iradenin başka suretlerle ifsadı*” hali gündeme gelecektir. Ancak doktrinde hipnoz halini hile kavramı içinde değerlendiren görüşler de bulunmaktadır.²³⁸

Hile unsurunda iradeyi etkileyen diğer nedenlerden farklı olarak, daha ihtiyatlı olmak ve ne tür hilelerin bu suç kapsamında iradenin sakatlanmasına yol açtığını belirlemek gerekmektedir.²³⁹ Nitekim İtalyan Ceza Kanun’unda yalnızca “*failin mağduru bir başka kişi olduğuna inandırarak suçu işlemesi*” hali hileye ilişkindir.²⁴⁰ Taner’e göre, Türk Hukukunda da İtalyan Ceza Kanununda olduğu gibi hile unsurunun cinsel suçlar bakımından dar yorumlanması gerekmektedir.²⁴¹

Failin para karşılığı cinsel ilişkiye girdiği kimseye, aslında başından itibaren para ödemeye niyetinin olmaması ve ilişki sonunda ödeme yapılmaması halinde de, mağdurun rızasının hile vasıtasıyla fesada uğratıldığından bahsedilemeyecek ve mağdurun rızası geçerli bir rıza kabul edileceğinden çocukların cinsel istismarı suçu değil reşit olmayanla cinsel ilişki suçu gündeme gelecektir. Bu sebeple doktrinde, bir kısım yazarlar tarafından

²³³ <https://sozluk.gov.tr/>

²³⁴ SÖZÜER, s.126.

²³⁵ SÖZÜER, s.126.

²³⁶ SÖZÜER, s.127.

²³⁷ KANTARCI, s.171-172.

²³⁸ KOCAOĞLU, s.112.

²³⁹ TANER, Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s.130.

²⁴⁰ TANER, Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s.131.

²⁴¹ TANER, Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s.131.

mağdurun cinsel davranışlara yönelik rızasının, bir sonucun gerçekleşmesi şartına bağlanmasının mümkün olmadığı savunulmaktadır.²⁴²

Türk Hukuku'nda, mağdurun evlenmek vaadiyle kandırılması suretiyle cinsel ilişkiye girilmesi halinin hile olarak kabul edilip edilmemesi hususu tartışmalıdır. Doktrindeki ilk görüşe göre, mağdurun cinsel ilişkiye rıza göstermesini sağlamak amacıyla başvuru her türlü aldatıcı davranış hile olarak kabul edileceğinden, evlenme vaadi de bir hile olarak değerlendirilmelidir.²⁴³ Doktrinde ki ikinci görüşe göre, salt evlenme vaadi hile olarak kabul edilmemelidir.²⁴⁴ Bu görüşe göre burada kişinin fiile rıza gösterip göstermeme imkanı vardır. Üstelik her birey diğeri ile cinsel ilişki kurmakta özgür olduğu gibi, evlenip evlenmemekte de özgürdür. Bu nedenle toplumda sık görülen şekli ile erkeğin evlenmeye dair iradesinin cinsel ilişkiye bağlı olarak ipotek altına alınması aksi takdirde erkeğin cinsel suçlardan yargılanma tehdidi altında bırakılması, ancak hukuki korunmanın boyutlarını aşan, aşırı korumacı hatta “ahlakçı” bir anlayışın yansıması olarak yorumlanabilir.²⁴⁵ Mağdur evlenme vaadinin gerçekleşmeyeceğini bilmek ve buna göre davranmak durumundadır. Aydın'a göre ise, evlenme vaadi tek başına hileli bir davranış olarak nitelendirilemez. Bu yüzden evlenme vaadinin suçun oluşup oluşmayacağına etkisinin somut olayın özelliklerine göre tartışılması gerekir.²⁴⁶

Ancak sanığın sahte bir düğün ve nikah merasimi tertip ederek mağdurda kendisi ile evlenmiş olduğu düşüncesini oluşturduğu durumlarda hilenin boyutu ciddi olduğundan mağdurun iradesinin hile vasıtasıyla fesada uğratıldığı kabul edilecektir. Yargıtay da bu konuda böyle düşünmektedir.²⁴⁷

²⁴² TANER, Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s.132-133.; KANTARCI, s.173-174-175.

²⁴³ TEZCAN, ERDEM ve ÖNOK, s.326-332.; KÖSE ŞAHİN, s.56.

²⁴⁴ ÜNVER, Türk Maddi Hukukunda Cinsel Suçların Eleştirel Olarak İncelenmesi, s.38.; TANER, Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s.132.; TUĞRUL ve TUĞRUL, s.107.; AKÇİN, s.107.

²⁴⁵ TANER, Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s.132.

²⁴⁶ AYDIN, Çocukların Cinsel İstismarı ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, s.34-35.

²⁴⁷ “...Mağdurenin aşamalarındaki istikrarlı anlatımlarına, sanık savunmalarına, tanık beyanları ve tüm dosya içeriğine göre, mağdurenin Kütahya ilinde öğretmen olduğu, gerçek ismini gizleyerek, başka bir kişinin kimliği olan Ü. Y. adını kullanan sanık ile internetten tanıştığı, sanığın Kütahya iline geldiği, yüzyüze görüştükleri, sanığın kendini mağdureye mimar olarak tanıttığı, iki aylık bir arkadaşlıktan sonra mağdurenin sanık ile evlenmeye karar verdiği, sanığın Ankara'daki evinde aile arasında nişan merasimi yaptıkları, peşinden de 2008 yılı Ağustos ayı içerisinde sanığın resmî nikah işlemlerini yapacağını söyleyerek mağdureyi Ankara'ya çağırdığı, sanığın Çankaya Belediyesinde tanıdıkları olduğunu, bu nedenle nikahı evde yapacaklarını söylemesi ile, 20.08.2008 tarihinde elinde bir defterle eve gelen ve kimliği tespit edilemeyen, sanığın nikah memuru olduğunu belirttiği bir şahıs tarafından deftere imzaları alınarak mağdureye evlenme cüzdanının verildiği, ancak sanığın resmî işlemleri takip etmek bahanesiyle evlenme cüzdanını geri aldığı, 27.08.2008 tarihinde de Kütahya ilinde düğün merasimi yaptıkları, bu tören ve düğün merasimlerinden sonra mağdurenin gerçekte evli olduğunu zannettiği sanıkla hile ile elde edilen rızası dahilinde cinsel ilişkiye girdiği, yaklaşık bir yıl boyunca mağdurenin görev yaptığı Kütahya ilinden Ankara iline hafta sonraları gelerek gerçek sandığı evliliği sürdürdüğü, keza bu arada sanığın telkin ve hileleri ile mağdurenin arabasını sattırıp parasını aldığı, bankadan kredi çektiği, kredi kartını alıp kullandığı, mağdurenin nüfus cüzdanını yenilenmesi ve Ankara'ya tayin talebini ise, Alman vatandaşı olduğundan evraklar ikmal edilmedi diye usulî işlemleri bahane ederek oyaladığı, zamanın uzaması nedeniyle tayin işinin başlatılmamasını nüfus cüzdanının yenilenmemesine bağlayan mağdurenin önce Kütahya Belediyesi evlendirme memurluğuna sonra da nüfus müdürlüğüne giderek sorması ile evli olmadığını öğrenmesi üzerine 30.09.2009 günü sanık hakkında Ankara Cumhuriyet Başsavcılığını şikâyetle bulunduğu, soruşturmaya başlanıp kamu davası açıldıktan sonra sanığın gerçek isminin C. Y. olduğunun

Üzerinde durulması gereken bir diğer husus ise, mağdurun dini duyguları istismar edilerek veya bazı metafizik kavramlardan yararlanılarak cinsel ilişki veya cinsel davranışlarda bulunmaya iradesi ifsat edilerek razı edilmesidir. Taner'e göre, normal ve akıl sağlığı yerinde olan bir insan bakımından, bu davranışlar hile olarak kabul edilemez. Zira mağdurun cinsel ilişkiye girmeyi hangi saikle kabul ettiği de failin saiki de hukuken önemsizdir. Önemli olan, mağdurun gerçekleşen cinsel davranışı anlayabilecek durumda olmasıdır. Rızanın konusu olan hukuki menfaate ilişkin olmayan, ancak kişiyi rıza göstermeye sevk eden beklentilere ilişkin saik hatası ve bu konudaki hile ise hukuken bir değer taşımamaktadır.²⁴⁸ Yargıtay'a göre ise, sanığın dini duyguları istismar ederek mağdurların hile vasıtasıyla iradelerini fesada uğrattığı kabul edilmektedir.²⁴⁹

Kanaatimizce, hile unsurlarının her somut olayın özelliklerine göre ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir. Burada uygulayıcılara çok önemli bir görev düşmektedir. Soruşturma ve kovuşturma aşamasında failin mağdurun iradesini aldatabilmek amacıyla kullanmış olduğu hile vasıtaları somut olay ve mağdur özelinde ayrıca tartışılmalı, hile unsuru genel kalıplar dışarısına çıkartılmalı ve mağdur özelinde yeniden yorumlanmalıdır. Örneğin; failin evlenmek vaadiyle mağdur ile cinsel ilişkiye girdiği bir olayda, direkt evlenmek vaadi hile unsuru olarak kabul edilemez demek yerine suçun korumak istediği hukuki menfaate hizmet etmek maksadıyla, failin hilesinden, mağdurun içinde bulunduğu koşullar göz önüne alınarak ne kadar etkilendiği yorumlanmalıdır. Bu şekilde somut olay adaleti sağlanmış ve mağdurun her yönüyle istismar edilmesinin önüne geçilmiş olacaktır. Bu failin kullanmış olduğu her türlü vasitanın hile olarak kabul edilmesi anlamına gelmemelidir. Bilakis olayın özelliklerine göre hukukun yorumlanması anlamını taşımaktadır.

ortaya çıktığı olayda, mağdurenin cinsel ilişkiye girme rızasının, kandırıcı nitelikte, yoğun, ustaca sergilenen hileli davranışlarla elde edildiği, gerçekte evlendiği zannı ile zincirleme şekilde cinsel ilişkiye girdiği, ancak bu rızanın gerçek iradesini yansıtmadığı anlaşıldığından, Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 05.04.2011 gün ve 2011/56 Esas, 2011/76 sayılı Kararında açıklandığı üzere, Adli Tıp Kurumu ilgili ihtisas kurulundan veya Adli Tıp Kurumu Kanununun 7, 23/B ve 31. maddeleri gereğince Yükseköğretim Kurumları veya birimlerinde Adli Tıp Kurumu ilgili ihtisas kurulu ölçütlerine göre oluşacak bir heyetten rapor alınarak bunun da takdiri ile, sanığın sübut bulan üzerine atılı nitelikli cinsel saldırı suçundan mahkûmiyeti yerine, yazılı şekilde dosya içeriğine uymayan gerekçelerle eylemin rızaya dayandığından bahisle beraat kararı verilmesi..." (Yargıtay 14. CD. Tarih: 04/07/2013, E: 2013/4640, K: 2013/8615) (UYAP'tan Alınmıştır).

²⁴⁸ TANER, Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s.133.

²⁴⁹ "...Tarikat lideri olduğunu iddia ederek dergah açan sanığın, mağdurları cinsel organını ağzına alarak ve erekte ettikten sonra çıkan meniye yutarak badelenmeleri, daha da mertebelerinin yükselmelerini istiyorlarsa, sır odası denilen kapalı mekanda kapıyı kilitledikten sonra mağdurelerle vajinal, mağdurlarla anal yoldan ilişkiye girmelerini ve kendisine bu şekilde tâbi olmalarını, bunun Allah'a yaklaşmak amacıyla yapılmasının gerekli olduğunu anlatarak ve içeriğinin ne olduğu anlaşılamayan bir sudan mağdurların rızaları ile içmemeleri halinde zorla ağızlarından akıtarak içmelerini sağlayarak, mağdurların bir kısmının nişanlı ya da eşlerini badelenme tabir edilen eylem ve cinsel ilişki için dergaha getirecek kadar sanığa inanıp aldanmaları gözetildiğinde, sanığın dini duyguları istismar ederek mağdurların iradelerini fesada uğrattığı, hile kullanmak suretiyle elde etmiş olması sebebiyle itibar edilemeyecek olan irade açıklamaları niteliğindeki ifsad edilmiş rızaları ile gerçekleştirdiği oral, vajinal ve anal yollardan cinsel ilişkiye girme eylemlerinin, mağdurlar M, M, Ç, A, R, Ü, M, İ, A, İ, M ve A. C. ile mağdureler A, E, G ve B'ye yönelen birden fazla nitelikli cinsel saldırı eylemleri nedeniyle TCK'nın 102/2 ve 43. maddeleri, mağdurlar Y ve E ile mağdureler A ve N'ye yönelik birer defa gerçekleşen eylemleri nedeniyle TCK'nın 102/2. maddesi uyarınca ayrı ayrı cezalandırılması gerekirken, mağdurların cinsel ilişkiye rızalarının geçerli olduğu biçimindeki yerinde olmayan gerekçeyle beraat kararları verilmesi..." (Yargıtay 14. CD. Tarih: 03/10/2012, E: 2012/11328, K: 2012/9412) (UYAP'tan Alınmıştır).

Dördüncü olarak, mağdurun rızasının iradeyi etkileyen diğer nedenler vasıtasıyla sakatlandığı hallere bakacak olursak; reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun istismar suçundan ayrılması için mağdurun cinsel ilişkiye rızasının bulunması ve rızasının iradeyi etkileyen diğer nedenler vasıtasıyla elde edilmemiş olması gerekmektedir.²⁵⁰

“*İradeyi etkileyen başka nedenlerin*” ne olduğu konusunda kanunda bir açıklık bulunmamaktadır. Kanunda sınırlayıcı olarak bir sayım da yapılmamıştır.²⁵¹ TCK’nın 104’üncü maddesinde tanımlanan reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda ise, iradeyi etkileyen diğer nedenlerin varlığından hiç söz edilmemiştir. Daha önce de söylediğimiz gibi doktrin, TCK m.103/1-b uyarınca böyle bir nedenin reşit olmayanla cinsel ilişki suçu açısından da bulunması gerektiğini yorum yapmak suretiyle belirlemiştir. Çünkü mağdurun rızası iradeyi etkileyen diğer nedenler vasıtasıyla ifsat edilmişse suç, reşit olmayanla cinsel ilişki suçu değil, ortada meşru bir rıza bulunmadığından çocukların cinsel istismarı suçu olacaktır.

Bu ifade ile asıl anlatılmak istenen, geçici bir nedenle irade dışı alınan alkol veya uyuşturucu madde etkisi ile mağdurun davranışlarını yönlendirme yeteneğinin ortadan kalkması veya iradesini kullanamayacak şekilde azalmasıdır. Bu nedenlerin bizzat fail tarafından oluşturulmasına gerek yoktur; mağdurun içine düştüğü bu durumdan herhangi bir şekilde yararlanmak suretiyle failin fiilini icra etmesi yeterlidir. Zaten mağdurun içerisine düştüğü bu tür durumların fail tarafından oluşturulması, örneğin; mağdurun içtiği içeceğe uyuşturucu karıştırılması durumunda doktrindeki ağırlıklı görüşlere göre hileden söz etmek gerekecektir.²⁵² Bu görüşe göre; iradeyi etkileyen diğer nedenler tabirinin içine mağdurun kendi rızası ile aldığı alkol veya uyuşturucu sonucu bilincini yitirmesi hali girebilir. Failin, mağdurun haberi olmaksızın mağduru bu tür durumlara düşürmesi halinde hile vasıtasıyla irade fesada uğratılmış olacaktır. Örneğin; mağdur aşırı derecede uyuşturucu almış ve bilinci yerinde değilse ve bu halde fail ile cinsel ilişkiye girerse bu durum iradeyi etkileyen başka bir neden kapsamında değerlendirilecektir.²⁵³ Ancak bu görüşün aksini savunan yazarlar da bulunmaktadır. Aksi görüşteki yazarlara göre, mağdurun içerisinde bulunduğu durumun fail tarafından oluşturulması ile mağdurun kendi iradesiyle o duruma düşmesi arasında, netice itibarıyla bir fark bulunmayacaktır.

²⁵⁰ “...Olayın intikal şekli ve zamanı, katılan baba Ramazan’ın soruşturma evresindeki ifadeleri, tanık beyanları ile tüm dosya kapsamı nazara alındığında sanığın, mağdureye karşı cebir, tehdit, hile kullandığına veya onun iradesini etkileyen başka bir nedenle hareket ettiğine dair cezalandırılmasına yeter, her türlü şüpheden uzak, kesin ve inandırıcı delil bulunmayıp, mevcut haliyle on sekiz yaşı içerisinde bulunan mağdurenin hukuken geçerli rızası dahilinde yanında kaldığı sanıkla birden fazla cinsel ilişkiye girdiği anlaşıldığından, çocuğun nitelikli cinsel istismarı eyleminin reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu ve katılanın bilgisi dışında yetkili makamları da haberdar etmeksizin mağdurenin rızasıyla alıkonulması eyleminin ise 5237 sayılı TCK’nın 234/3. maddesinde düzenlenen çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçunu oluşturduğu kabul edilerek bu suçlardan mahkumiyetine karar verilmesi gerekirken suç vasfının tayininde yanılığa düşülerek yazılı şekilde hükümler kurulması...” (Yargıtay 14. CD. Tarih: 24/04/2019, E: 2015/7049, K: 2019/9328) (UYAP’tan Alınmıştır).

²⁵¹ KÖSE ŞAHİN, s.56.

²⁵² TEZCAN, ERDEM ve ÖNOK, s.329, 369-370.

²⁵³ KÖSE ŞAHİN, s.56.

Her iki halde de mağdurun içerisinde bulunduğu hal iradeyi etkileyen diğer nedenler kapsamında değerlendirilecektir.²⁵⁴

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçu bakımından kullanılan bu araçların, mağdur çocuğun direnme gücünü ve mukavemetini ortadan kaldıracak ölçüde olması aranmamış, iradeyi etkilemiş olması başka bir deyişle zayıflatması yeterli sayılmıştır. Çocukların cinsel istismarı suçunun gerekçesinde de bu husus vurgulanmıştır.²⁵⁵ Fakat “iradeyi etkileyen başka bir neden” ifadesinin kapsamı buna rağmen tam belirgin değildir. Gerekçe de bizzat belirtildiği üzere, mağdurun aksi yöndeki iradesini kırmaya, bertaraf etmeye, başka bir ifade ile mağdurun karar verme yetisinin ortadan kaldırmaya yönelik bir etkinin varlığı aranmıştır.²⁵⁶ Öyle ise, algılama yeteneği gelişmiş olan çocuğu, cebir, tehdit ve hile olmaksızın kendisi ile cinsel ilişkiye girmesi konusunda ikna etmeye çalışan failin hareketleri bu kapsamda sayılabilecek midir? Yani failin mağduru “ikna” çabaları “iradeyi etkileyen diğer nedenler” kapsamında sayılabilecek midir?²⁵⁷ Öğretide failin iknasının iradeyi etkileyen bir sebep olarak değerlendirilmeye müsait olabileceği şeklinde görüşler olmakla birlikte, bu ihtimalin suç tipinin uygulama alanını önlenemez bir şekilde genişleteceğinden “iradeyi etkileyen diğer nedenler” halini kanaatimizce sınırlı düşünmek gerekmektedir.

Mağdurun zor durum ve çaresizlik içerisinde bulunması sebebiyle cinsel ilişkiye rıza göstermesi halinde iradeyi etkileyen bir nedenin varlığının kabul edilmesinin gerektiği yönünde doktrinde görüşler bulunmaktadır.²⁵⁸ Biz de burada aksi görüşte olan Kantarcı’ya²⁵⁹ katılarak cebir, tehdit ve hile unsurları içerisinde değerlendirilemeyen diğer tüm sebeplerin “iradeyi etkileyen diğer sebepler” içerisinde yorumlanmaya çalışılmasını, suç tipini oldukça ve önlenemez bir şekilde genişleteceğini ve uygulamada birlik oluşturulması düşüncesine set çekeceğini düşünmekteyiz. Çünkü mağdurun kendi yapısından kaynaklı içerisinde bulunduğu tüm haller iradeyi etkileyen diğer sebepler başlığı altında değerlendirilecek olursa, bu durumda kanunilik ve belirlilik ilkelerinin dışına çıkılarak uygulayıcıların yorumuna göre her somut olay ayrı bir hükümle sonuçlanacak ve uygulamada birlik sağlanamayacaktır.

Beşinci olarak, mağdurun rızasının şantaj vasıtasıyla sakatlandığı hallere bakacak olursak; reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun istismar suçundan ayrılması için mağdurun cinsel ilişkiye rızasının bulunması ve rızasının şantaj vasıtasıyla elde edilmemiş olması gerekmektedir.

Şantaj, sözlük anlamı olarak; “*Herhangi bir çıkar sağlamak amacıyla bir kimseyi, kendisiyle ilgili lekeleyici, gözden düşürücü bir haberi yayma veya açığa çıkarma tehdidiyle korkutma*” anlamlarına gelmektedir. Hukuki bir terim olarak ise şantaj; zor durumda bulunan mağdurun içinde bulunduğu durum tehdit konusu yapılarak ondan çıkar

²⁵⁴ TANER, Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s.283.; KANTARCI, s.179.; HOROZGİL, s.126.; TUĞRUL ve TUĞRUL, s.329-335.

²⁵⁵ KÖSE ŞAHİN, s.57.

²⁵⁶ KÖSE ŞAHİN, s.57.

²⁵⁷ HOROZGİL, s.126.

²⁵⁸ KANTARCI, s.180-181.

²⁵⁹ KANTARCI, s.181.

sağlanması ya da belirli bir davranışa zorlanmasıdır.²⁶⁰ Şantaj tehdit suçunun özel bir görünüş biçimidir.²⁶¹

Mağdurun hayatına, beden bütünlüğüne veya cinsel özgürlüğüne zarar vereceğini söyleyerek bir kimseyi sadece bir şeyi yapmaya veya yapmamaya zorlamak TCK'nın 107'inci maddesinde tanımlanan şantaj suçuna vücut vermez ve dolayısıyla başka bir suçun unsuru itibarıyla da şantaj niteliğinde eylemler olarak görülemez. Failin bir hakkını kullanacağını, bir yükümlülüğünü yerine getireceğini söyleyerek bir kimseyi yapmaya yükümlü olmadığı bir şeyi yapmaya veya yapmamaya veya kendisine çıkar sağlamaya yönelik eylemleri, şantaj unsurları olarak sayılabilir. Örneğin; kişinin suç işlemiş olan bir kimseyi ihbar edeceğinden bahisle, kendisine bir menfaat temin etmeye zorlaması²⁶²...

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun tanımlandığı TCK m.104'de şantaj da mağdurun rızasızlığı sonucunu doğurabilecek unsurlar arasında sayılmamıştır. Acaba mağdurun rızasının şantaj vasıtasıyla elde edilmesi durumunda mağdurun rızasının bulunduğu kabul edilecek midir?

Doktrinadaki ilk görüşe göre, şantaj tehdidin özel bir şekli olduğundan, tehdit unsuru içerisinde değerlendirilmelidir.²⁶³ Bu görüşe göre, şantaj düzenlemeleri, konu bakımından sınırlandırılmış birer tehdit olarak kabul edilmeli ve tehdidin özel bir şekli olarak kabul edilen şantaj eylemlerinin TCK m.103/1-b bakımından suçun bir unsuru olarak kabul edilip faile ayrıca şantaj suçundan ceza verilmemelidir.²⁶⁴

Doktrinadaki ikinci görüşe göre; TCK m.104 kapsamında suçun şantaj olmaksızın işlenmesi şekline yer verilmediğinden, kanunilik ve belirlilik ilkeleri uyarınca şantaj niteliğindeki eylemlerin, tehdit unsurları içerisinde değil de “*iradeyi etkileyen diğer nedenler*” kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu görüşün netice itibarıyla pratikte bir farkı bulunmayacaktır. Çünkü eylemlerin hangi unsur içerisinde değerlendirildiğinin suç tipikliği açısından onu değiştirebilecek bir etkisi olmayacaktır.²⁶⁵

Kanaatimizce şantaj, tehdidin özel bir şeklini oluşturduğundan, reşit olmayanla cinsel ilişki suçu bakımından, failin icra etmeyi planladığı eylemleri kolaylaştırmak amacıyla mağdura uyguladığı şantaj niteliğindeki fiillerin tehdit unsurları kapsamında değerlendirilmesi yerinde olacaktır dolayısıyla mağdurun rızası şantaj vasıtasıyla fesada uğratılmış olacağından, failin eylemleri çocukların cinsel istismarı suçunu oluşturacaktır. Bunu da önemle belirtmek gerekir ki failin eylemlerinin şantaj veya tehdit unsurları kapsamında değerlendirilmesinin, suç tipikliğini değiştirme konusunda bir etkisi olmayacaktır.

²⁶⁰ TEZCAN, ERDEM ve ÖNOK, s.406-407.

²⁶¹ Fahri GÖKÇEN TANER, Türk Ceza Hukukunda Şantaj Suçu, TBB Dergisi, Yıl:2011 (92), s.12.

²⁶² Zeki HAFIZOĞULLARI ve Muharrem ÖZEN, Türk Ceza Hukukunda Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar, US-A Yayıncılık, Ankara, s.183.

²⁶³ TANER, Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s.129.; TEZCAN, ERDEM ve ÖNOK, s.418.; KANTARCI, s.169.; ARTUK, GÖKÇEN ve YENİDÜNYA, s.269.

²⁶⁴ KANTARCI, s.170.

²⁶⁵ KANTARCI, s.170.

2.3.3.1.3. Rızanın Geçerli Olabilmesi İçin Gerekli Şartlar

Rızanın hukuken geçerli olabilmesi için bazı şartları taşıması gerekmektedir.

İlk olarak, kişinin üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği bir hukuksal değer bulunması gerekir.²⁶⁶ Bu nedenle rıza, yalnızca kişilerin serbestçe yararlanmalarını garanti altına almak amacıyla hukuki koruma altına alınmış olan kişilere ait hukuksal değerler üzerinde etkilidir. Hukuken koruma altına alınmış kişilere ait hukuksal değerlerden de kişi yalnızca kendisine ait olanlar üzerinde tasarruf edebilir. Hiç kimsenin bir başkasına ait hukuksal değer üzerinde hukuken o kişi tarafından yetkilendirilmediği sürece tasarruf yetkisi yoktur.²⁶⁷

Buna göre kişi yaşamı, beden bütünlüğü, cinsel özgürlüğü, mal varlığı, hürriyeti, özel hayatı ve şerefine ilişkin hukuksal değerleri üzerinde tasarruf edebilecek. Ancak hangisi üzerinde mutlak surette tasarruf edebilecektir?²⁶⁸ Örneğin; yaşama hakkı, kişiye ait bir hak olmakla birlikte bu hak üzerinde kişinin mutlak surette tasarruf yetkisi bulunmamaktadır.²⁶⁹ Yani ötanazide kişinin rızası fiili hukuka uygun hale getirmeyecektir.²⁷⁰

Kişinin tasarruf yetkisi bulunsa bile rızanın konusunun kanuna, ahlaka ve genel edep kurallarına aykırı olmaması gerekir.²⁷¹ Kişinin hangi konular üzerinde mutlak surette tasarrufta bulunabileceğine ilişkin genel bir ölçüt koymak mümkün değildir. Tasarruf edilebilirlikte ölçü olarak, kişinin belli bir hakkı üzerindeki tasarrufunun hukuk düzeninin belirlediği sınırlar içerisinde kişiliğinin serbestçe gelişimine hizmet edip etmediğine bakılması gerekmektedir.

Yukardaki açıklamalar çerçevesinde kişinin mal varlığı, şerefi, özel hayatı, konut hakkı ve cinsel özgürlüğü üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği genellikle kabul edilmektedir.²⁷²

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçu bağlamında kişi cinsel özgürlüğü üzerinde serbestçe tasarruf edebilir. Her bireyin cinsel tercihlerde bulunma ve her bireyin cinselliği özgürce yaşama hakkı vardır ve bu hak kişilik haklarının bir parçasıdır. Kişinin cinsel özgürlüğünü ihlal eden bir fiil, ayrı zamanda onun Anayasa'nın 17'inci maddesiyle güvence altına alınmış olan fiziksel ve ruhsal bütünlüğünü, maddi ve manevi varlığını yani kişi dokunulmazlığını da ihlal eder. Kişinin kendi cinselliğine ilişkin olarak serbestçe tasarrufta bulunabilmesi, cinsel tercihlerini açıklayabilmesi ceza hukukunda da korunur. Bireyin rızası dışında zor ile kendisine yönelen cinsel hareketler haksızlık oluşturur. Ancak kanun koyucu çocuklar açısından Türk Ceza Kanunu'nda farklı bir uygulama benimsemiştir. Buna göre 15 yaşından küçük çocuklara yönelen her türlü cinsel davranışlara karşı, çocukların rızalarını geçerli kabul etmemiş, 15-18 yaş aralığında

²⁶⁶ EKİCİ ŞAHİN, s.101.; KOCA ve ÜZÜLMEZ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.290.; HAKERİ, s.339.; KANTARCI, s.152.

²⁶⁷ EKİCİ ŞAHİN, s.101.

²⁶⁸ EKİCİ ŞAHİN, s.102.

²⁶⁹ KOCA ve ÜZÜLMEZ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.291.

²⁷⁰ KOCA ve ÜZÜLMEZ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.291.

²⁷¹ KOCA ve ÜZÜLMEZ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.291.

²⁷² EKİCİ ŞAHİN, s.101.

bulunan çocukların ise cinsel ilişki boyutundaki cinsel davranışlara ilişkin rıza açıklamalarını hukuken geçerli ve muteber görmemiştir.²⁷³ Bu nedenle 15-18 yaş aralığındaki çocuklara karşı cinsel ilişki boyutuna varan cinsel davranışlar mağdurun rızası olmasına rağmen, ceza kanununca mağdurun rızasına hukuken bir geçerlilik tanınmadığından (cinsel ilişki eylemleri o yaş aralığındaki mağdurun üzerinde mutlak surette tasarruf edeceği haklardan olmadığından) reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu oluşturacaktır.

İlk olarak, kişinin üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği bir hukuksal değer bulunması gerektiğini söylemiştik. *İkinci olarak* da kişinin rıza ehliyetinin bulunması gerekmektedir. Başka bir deyişle kendi vücudu üzerinde müdahalede bulunulmasına razı olan kimsenin bu rızayı açıklamaya ehil olması gerekmektedir.²⁷⁴

Kural olarak, her mümeyyiz kişi rıza beyanına ehliyetlidir. Rızaya ehliyet açısından Medeni Kanun'un fiil ehliyetine ilişkin kuralları burada geçerli değildir.²⁷⁵ Burada önemli olan ilgilinin, söz konusu haktan vazgeçmesinin anlamını, kapsamını ve önemini algılayabilecek durumda olmasıdır. Şayet rıza gösteren hangi menfaatlerden ne oranda vazgeçtiğini ve hangi risklerin bu vazgeçmeye bağlı ortaya çıkabileceğini anlıyorsa, anlama kabiliyeti ve dolayısıyla rıza ehliyeti vardır.

Rıza konusunda kişinin o somut olayda anlama ve isteme yeteneğinin (temyiz gücünün) olup olmadığına bakılır. Yapılacak işleme ilişkin anlama ve isteme yeteneğini ortadan kaldıracak derecede akıl hastalığı, yaş küçüklüğü, sağırlık-dilsizlik ve bilinç kaybı gibi arızı nedenlerin mevcudiyeti halinde temyiz gücü yoktur.²⁷⁶ Bu duruma, ceza hukukunda isnat yeteneğinin yokluğu denilmektedir. TCK'nın 31'inci maddesinde isnat yeteneği fail açısından değerlendirildiğinden suçun mağdurlarının rıza ehliyetleri, her somut olayda ayrıca araştırılması gereken önemli bir husustur.

Kanun mağdurun yaşından özel olarak söz etmişse, belirlenen yaştan küçük olanların rızası, tasarrufta bulundukları hakkın anlamını kavrasalar bile, hukuken geçerli değildir. Örneğin; kişinin cinsel hakları üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği kabul edilmekle birlikte, Türk Ceza Kanunu 18 yaşını doldurmamış çocukların bu konudaki rıza açıklamalarını kabul etmemiştir (TCK m.104). Kanun koyucu cinsel özgürlük bakımından kişinin rızasının ancak belli yaştan sonra kişiliğinin özgürce gelişimine hizmet edebileceğini kabul ederek, bu konuda özel bir yaş sınırı belirlemiştir.²⁷⁷

Rızanın şartlarından *üçüncüsü* ise, ilgilinin rıza beyanında bulunmuş olması gerekliliğidir. Rızanın açıklanmasına yönelik katı irade açıklaması teorisi, iradenin yönü teorisi ve sınırlı irade açıklaması teorisi doktrinde ortaya atılmış ise de²⁷⁸ konumuz rızanın hukuki

²⁷³ KOCA ve ÜZÜLMEZ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.289.; KANTARCI, s.152.

²⁷⁴ Mağdur Hakları Daire Başkanlığı, Çocuğun Cinsel İstismarı Suçlarında Mağdurun Rızasının Uluslararası Hukuk ve Cezaların Orantılılığı Bağlamında Değerlendirilmesi, s.2. Erişim: <http://www.magdur.adalet.gov.tr/images/cocugun-cinsel-istismari-suclarinda.pdf> Erişim Tarihi: 31/10/2019

²⁷⁵ KOCA ve ÜZÜLMEZ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.292.

²⁷⁶ HAKERİ, s.340.

²⁷⁷ KOCA ve ÜZÜLMEZ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.293.

²⁷⁸ EKİCİ ŞAHİN, s.152.

mahiyeti olmadığından rıza açıklamasını sadece söz konusu suç yönünden değerlendireceğiz.

Rıza beyanı açık veya örtülü, yazılı veya sözlü olabilir.²⁷⁹ Bazı durumlarda somut koşullardan ve kişinin davranışlarından, rıza gösterdiği anlaşıldığında da rıza beyanı açıklanmış sayılır. Eğer mağdurun rıza gösterdiğini anlamamıza yarayan başka emareler de varsa, (fiile karşı koymamak veya sessiz kalmak gibi) somut olayın özelliğine göre rıza açıklanması olarak değerlendirilebilir. Hal ve durumdan kişinin rıza gösterdiğinin anlaşılması yeterlidir. Bu nedenle ceza hukukunda rıza açıklanmasını şekli önemli değildir. Önemli olan rızanın var olduğunun dış dünyada algılanabilir, anlaşılabilir şekilde ortaya konulmasıdır.²⁸⁰

Rızanın kişinin gerçek iradesini ortaya koyabilecek nitelikte olması kadar, açıklamanın yapılacağı zaman da önemlidir. Rıza açıklamasının, mutlaka fiilden önce veya en geç fiilin gerçekleştirilmesine kadar yani fail tarafından icra hareketlerine başlanıldığı sırada yapılmalıdır. Suç tamamlandıktan sonra hukuki hakkın sahibinin yani mağdurun failin fiilini kabullenmesi rıza değil icazettir. Suç tamamlandıktan sonra faile sunulan kabullenme (icazet) ile rıza birbirine karıştırılmamalıdır. Fiilin icrasından önce açıklanan rıza üzerine fail tarafından gerçekleştirilen eylemler suç değildir. Buna karşın fiilin tamamlanmasından sonra verilen icazet fiili suç olmaktan çıkarmaz.²⁸¹

Rıza, fiilin işlenmesi sırasında da mevcut olmalıdır. Yani fiil işlendiği sırada mağdur tarafından geri alınmamış olmalıdır. Rıza, fiil tamamlanıncaya kadar her zaman geri alınabilir. Mağdur hukuksal değere ilişkin hukuki korumadan vazgeçtiğini faile bildirdiği anda failin mağdur üzerinde gerçekleştirdiği fiillere devam etmesi rıza kapsamında değerlendirilemeyecektir. Tıpkı rıza açıklamasında olduğu gibi rızanın geri alınması da herhangi bir şekil şartına bağlı değildir.²⁸² Rıza bizzat mağdur tarafından açıklanmışsa rızayı geri alma hak ve iradesinin de o mağdura ait olduğu kabul edilmektedir.

Rızanın geçerli olabilmesi için failin icra ettiği eylemin mağdurun açıkladığı rızasının kapsamı içerisinde kalması gerekmektedir.²⁸³ Yani cinsel davranış için verilen rıza cinsel

²⁷⁹ KOCA ve ÜZÜLMEZ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.293.

²⁸⁰ EKİCİ ŞAHİN, s.163.

²⁸¹ EKİCİ ŞAHİN, s.164.

²⁸² EKİCİ ŞAHİN, s.165.

²⁸³ KANTARCI, s.154.; "...Olayın intikal şekli, mağdurenin aşamalarındaki çelişkili beyanları ile darp, cebir ve anal muayene raporları içeriği, savunma, tanık beyanları ve tüm dosya kapsamına göre, olay günü birlikte tiner koklayarak gezen suça sürüklenen çocuklar ile sanıkla karşılaşan mağdurenin, G'nin arkadaşlık ve birlikte gezme teklifini kabul edip onlarla birlikte olayın meydana geldiği Şeker Fabrikası arazisine girdiği, burada mağdure ile G'nin, diğerlerinden ayrılıp çukur bir alana gittikten sonra cebir, tehdit, hile olmaksızın sevişmeye başlayıp öpüşükleri, bu sırada G'nin yerde yatan mağdurenin üzerinde olduğu, bir süre sonra fabrika arazisine izinsiz girişin güvenlik görevlisi tanıklar F ve M'ye bildirilmesi üzerine olay mahalline geldiklerini gören suça sürüklenen çocuk B ile sanık B'nin kaçtığı, mağdureyle G'nin ise yerden kalkarak kıyafetlerini düzelttikleri, kıyafetinin sırt kısmında çamur kalan mağdurenin, F'ye polis çağırmasını, bir şey yapmayıp sadece geldiklerini beyan ettiği, bu arada kaçan B ile B'nin de güvenlik görevlilerince yakalanarak mağdureyle birlikte polise teslim edildiğinin tüm dosya içeriğinden anlaşılması karşısında, mevcut haliyle suça sürüklenen çocuk G'nin, mağdureye yönelik cebir içermeyen eyleminin basit cinsel istismar düzeyinde kaldığı ve B ile B'nin ise G'nin, mağdurenin rızasına dayalı basit cinsel istismar ve kişiyi hürriyetinden yoksun kılma eylemlerine iştirak veya yardım etmeye yönelik herhangi bir eylemlerinin tespit edilemeyip, ani gelişen olaylara katılımlarının bulunmadığı gözetilerek suça sürüklenen çocuk G hakkında TCK'nın 103/1. maddesi yerine aynı Kanunun 103/2, 35 ve 103/4.

davranışlara ilişkin hareketlerin her aşamasında bulunmalı, bu rıza, geçerli olmalı ve davranışın yapılış biçimini de kapsamalıdır.²⁸⁴ Örneğin; mağdur cinsel ilişki düzeyine varmayan cinsel davranışlara rıza göstermiş fakat fail mağdur ile vajinal yoldan cinsel ilişki yaşamış ise eylem rıza kapsamında gerçekleşen bir eylem olarak kabul edilemeyecektir.

Rıza, yanıltma, korkutma, hile veya şaka yoluyla açıklanmışsa, bu durumda da geçerli değildir. Çünkü mağdurun rızasının özgür ve sağlıklı bir iradesine dayanması ve ciddi olması gerekmektedir.

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçu bağlamında mağdur, rızasını örtülü olarak açıklayabilecek midir? Ya da mağdurun failin eylemlerine direnmemesi halinde fiillere rıza gösterdiği kabul edilecek midir? Ya da rıza beyanının dış alemde tam olarak algılanabilir olmadığı durumlarda mağdur “hayır” demediği için fail eylemine devam ederse bu durumda mağdurun rızası geçerli bir rıza olarak kabul edilebilecek midir?

Cinsel suçlar açısından mağdurun failin fiiline karşı direnme yükümlülüğünün bulunup bulunmadığı ve mağdurun fiile direnmemesi halinde, rızasının bulunup bulunmadığı hususu oldukça tartışmalıdır.

Doktrindeki ilk görüşe göre, çocukların cinsel istismarı suçunun oluşabilmesi için mağdurun cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen diğer nedenler olmaksızın gerçekleştirilen cinsel eylemlere karşı direnmesi zorunludur.²⁸⁵ Aksi takdirde mağdurun eyleme karşı direnmemesi, failin fiillerine örtülü rıza gösterdiği anlamına gelmektedir. Bu görüş, bu suçun genel ahlaka veya adaba karşı bir suç olarak görüldüğü döneme aittir. Fakat günümüze kadar etkisini ve varlığını sürdürmüştür.

Doktrinde, birinci görüşe karşılık olarak ileri sürülen ikinci görüşe göre ise, mağdurun cinsel eylemlere karşı rızasının bulunmadığının faile bir şekilde aktarılması yeterli olup mağdurdan fiile karşı direnmesi beklenmemelidir.²⁸⁶ Cinsel saldırının mağdurda oluşturduğu şok etkisi sonucunda mağdurun “istenileni yapma” eğilimi altına girdiğinin, kriminal psikolojik verilerle sabit olmasını, görüşlerine dayanak olarak göstermektedirler.²⁸⁷ Yine bilimsel veriler suçun işlenmesi sırasında mağdur kadın ilk hedef olarak cinsel saldırıya uğramamayı amaçladığında suçun genellikle tamamlanamadığını, fakat mağdurun yaralanma veya öldürülme korkusuyla hareket ettiği hallerde, suçun tamamlanmasının mümkün olduğunu, zira mağdurun bu korkuyla cinsel saldırıya razı olmak zorunda kaldığını göstermektedir.²⁸⁸

maddelerinden ceza verilmesi ve suça sürüklenen çocuk B ile sanık B'nin ise atılı suçlardan beraatlerine karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde mahkumiyet hükümleri kurulması...” (Yargıtay 14. CD. Tarih: 25/04/2019, E: 2018/10324, K: 2019/9336) (UYAP’tan Alınmıştır).

²⁸⁴ Veli Özer ÖZBEK, Koray DOĞAN, Pınar BACAĞSIZ ve İlker TEPE, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Seçkin Yayıncılık 12.Baskı, Ankara Eylül 2017, s.331.

²⁸⁵ KANTARCI, s.155.

²⁸⁶ TANER, Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s.120-121.; İsmail DURSUN, Cinsel Saldırı Suçu, Legal Hukuk Dergisi, Cilt: 11, Sayı:130, Yıl:2013, s.12-13.; AYDIN, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, s.158.

²⁸⁷ TANER, Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s.120.

²⁸⁸ TANER, Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s.121.

Ayrıca “hayırın hayır” anlamına gelmesi ve mağdurdan fazladan bir direnç göstermesinin beklenmemesi gerektiği, direncin erkeğin sosyalleşmesine ait bir kavram olduğu, oysa özellikle şiddeti tanımayan veya az tanıyan, hatta şiddete nasıl başvurulacağını bilmeyen kadın için direnç kavramının farklı anlaşılması gerektiği ileri sürülmektedir.²⁸⁹ Gerçekten mağdur kendisine cinsel saldırıda bulunanlardan korktuğu veya daha fazla zarara uğramaktan çekindiği için direnememiş olabilir. Özellikle failin erkek kadının mağdur olduğu durumlarda, fiziki güç farkından dolayı erkeğin saldırgan bir tutum içerisinde kadının en ufak bir direnç hareketine yahut düşüncesine karşı vermiş olduğu aşırı tepki, mağdur kadını erkek failin eylemine karşı direnmek istek ve düşüncesinden alıkoyabilir. TCK’nın 102/4 maddesinde “cinsel saldırı için başvuru cebr” ifadesinin tüm cinsel saldırı olgularında cebrin var olduğu düşüncesine, bir atıf olarak anlaşılması gerektiğini düşünmekteyiz. Burada anlatılmak istenen, failin mağdura karşı uyguladığı cebirden dolayı mağdurun failden korkup cebrle karşı direnememesine rağmen failin cinsel hareketlerine devam edip mağdurda kasten yaralama suçunun ağır neticelerinin gerçekleşmesi halinde, failin ayrıca mağdurda ortaya çıkan yaralamadan dolayı da cezalandırılması gerektiğine ilişkindir. Yoksa tüm cinsel davranışlarda cebrin var olduğunu ve mağdurun failin cebrine karşı direnmesi gerektiğini mutlak surette kabul etmek, cinsel suçları unsurları itibarıyla tartışmayı gereksiz kılacak niteliktedir.

Alman Federal Mahkemesi’nin, mağdura cebr uygulanmasının ve buna karşı mağdurun direnmesinin zorunlu olduğu; korku çaresizlik veya ardı ardına gelen tecavüzlerin sonrasında direnmeyi bırakan mağdur bakımından, cebr unsurunun dolayısıyla suçun gerçekleşmediği yönündeki kararları, bu konunun Almanya’da da gündeme gelmesine yol açmıştır bunun üzerine Almanya’da yapılan kanun değişikliği ile mağdurun savunmasız olmasından yararlanması veya direnmenin anlamsız olması halinde, cebr şartının gerçekleştiği (varsayılan cebr) kabul edilmiştir.²⁹⁰

Cebrin gerçekleştiğinin kabulü için elbette cebrin tüm cinsel davranışlar boyunca sürmesi, cebirden kaçınmanın mutlak surette imkansız olması; mağdurun eyleme fiziksel gücünün sınırlarını zorlayarak sürekli ve enerjik biçimde karşı koyması gerekmez.²⁹¹ Cebr, mutlak ve zorlayıcı kuvveti kapsamaktadır. Nitekim mutlak bir kuvvete maruz kalan kimsenin iradesi devre dışı kaldığından, bu kimsenin cinsel saldırıya rıza gösterdiğinden bahsedilemez. Bu anlamda yolda yürümekte olan (A)’ya ansızın eli ile temas ederek cinsel arzularını tatmine yönelik bir davranışta bulunan (B), cebirle bu suçu işlemiş sayılır. Zira (A) karşı koyamayacağı bir cebrin etkisi altında fiile maruz kalmıştır. Failin sinsice ve çok hızlı bir şekilde kullandığı fiziksel kuvvet sebebiyle, mağdurun bu fiile ilişkin aksi yöndeki iradesini açıklama fırsatı bile kalmamıştır.²⁹² Zorlayıcı cebr halinde de failin, mağdur üzerinde kullandığı fiziksel kuvvetin etkisiyle, mağdurun karar verme veya verdiği kararlar doğrultusunda hareket edebilme yeteneği etkilenmekte, fiile mukavemet edebilmesi mümkün olamamaktadır. Örneğin; yolda yürümekte olan (A)’nın

²⁸⁹ AYDIN, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, s.157.

²⁹⁰ TANER, Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s.121.; AYDIN, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, s.157.

²⁹¹ TEZCAN, ERDEM ve ÖNOK, s.328.

²⁹² Mehmet Emin ARTUK, Ahmet GÖKCEN ve Ahmet Caner YENİDÜNYA, Türk Ceza Kanunu Şerhi, Cilt:3, Adalet Yayınevi, Ankara 2014, s.3631.

kollarını sıkıca kavrayıp, burkarak cinsel arzularını tatmine yönelik davranışlarına karşı koymasını engelleyen (B)'nin fiili bu niteliktedir.²⁹³ Yukardaki örnekler vasıtasıyla yapılan açıklamalar cinsel saldırı suçuna ilişkindir. Kanun koyucu mağdurun çocuk olduğu cinsel istismar ve reşit olmayanla cinsel ilişki suçlarında cebrin ve suçlarda kullanılan diğer araçların, çocuğun mukavemetini ortadan kaldıracak ölçüde olmasını aramamış “iradeyi etkilemiş” olmasını yeterli görmüştür.²⁹⁴

Yargıtay'ın mağdurun suça direnmesi konusunda her iki yönde de karar verdiği görülmüştür.²⁹⁵

Kanaatimizce, reşit olmayanla cinsel ilişki suçu bağlamında mağdurun failin fiiline karşı direnmemesi veya sessiz kalması mağdurun rızasının var olduğu anlamına gelmemelidir. Yargıtay'ın kararında da belirtildiği üzere mağdurun yaşı, kültür düzeyi, yaşadığı ortam ve ekonomik özgürlüğe sahip olmamasının doğal sonucu olarak yakınlarının desteği olmaksızın hayatını sürdürebilmesine olanak bulunmaması ve içinde yaşadığı ortam ve koşulların her somut olay için ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu değerlendirme uygulayıcılar açısından çok büyük önem arz etmektedir. Çünkü mağdurun fiile karşı direnme imkanı ve gücü olmasına karşın direnmemesi hali ile böyle bir güç ve iradesinin bulunmadığı haller suçun tipikliğini belirleme açısından olmazsa olmaz unsurlardır. Mağdurun failin fiiline karşı sessiz kalıp, fiile direnebilecek yetisi olmasına rağmen, failin fiilini devam ettirmesine engel olmaması tek başına mağdurun rızasının olmadığına dair soyut beyanını desteklemeyecektir.²⁹⁶ Ancak somut olayın özelliklerine göre mağdurun

²⁹³ ARTUK, GÖKCEN ve YENİDÜNYA, Türk Ceza Kanunu Şerhi, s.3631.; HAFIZOĞULLARI ve ÖZEN, s.160.

²⁹⁴ ARTUK, GÖKCEN ve YENİDÜNYA, Türk Ceza Kanunu Şerhi, s.3711.

²⁹⁵ “...Dosya içeriğine göre, suç tarihinde onyediyedi yaşında olan mağdurun, mahalleden tanıdığı sanıkla arasında fazla yaş farkının olmadığı, bu nedenle mağdurun rızası dışında gerçekleştirildiğini iddia ettiği fiili livata eylemine bulundukları ortam itibari ile karşı koyarak kurtulabilme imkanına sahip olduğu, nitekim mağdur hakkında Bakırköy Adli Tıp Şube Müdürlüğünden olayın sıcağı sıcağına alınan 25.02.2010 tarihli raporunda mağdurun vücudunda darp cebir izinin görülmediğinin bildirildiği, bir kısım tanık beyanlarında mağdurun mahallede "kız N" olarak tanındığına ilişkin beyanları, yine tanık C'nin, mağdurun sanığı kast ederek "mahallede kaslı bir ağbi var bana onu ayarlasana" dediğine ilişkin beyanı, olayın ortaya çıkış şekli ve tüm dosya kapsamına göre, sanığın fiili livata eylemini mağdurun rızasıyla işlediğinin anlaşılması karşısında, sanığın eyleminin TCK'nın 104/1. maddesinde düzenlenen reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu oluşturduğu gözetilmeden, suç vasfında yanılığa düşülerek TCK'nın 103/2. maddesi uyarınca hüküm kurulması...” (Yargıtay 14. CD. Tarih: 23/09/2014, E: 2012/15410, K: 2014/10316) (UYAP'tan Alınmıştır);

“...babası ile annesinin çok önceden ayrılıp başkalarıyla evlilik yapmaları nedeniyle küçüklüğünden itibaren köy ortamında babaannesi ve dedesinin yanında büyüyen mağdure 15 yaşını henüz bitirmiş genç bir kızdır. Yaşı, kültür düzeyi, yaşadığı ortam ve ekonomik özgürlüğe sahip olmamasının doğal sonucu olarak yakınlarının desteği olmaksızın hayatını sürdürebilmesine olanak bulunmamaktadır. Mağdurenin, sanığın sürekli tahdidine maruz kaldığı, bu tehditlerin babalık otoritesinin ötesinde bir davranış olduğu ve içinde yaşadığı ortam ve koşullarda mağdurenin cinsel eylemlere direnmesini engelleyecek ölçüde korkutucu bir etkisinin bulunduğu da açıktır...” (Yar. CGK., E: 2002/5324, K: 2003/55, T: 25/03/2003). (KANTARCI, s.156.)

²⁹⁶ “...Olayın intikal şekli ve zamanı, mağdurenin beyanları, savunma ve tanık anlatımları ile tüm dosya içeriği nazara alındığında, sanığın suç tarihinde 15 yaşını bitirmiş mağdure ile cinsel ilişkiye girdiğinin anlaşılmasına göre; olayda cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başkaca bir neden bulunduğu hususunda mağdurenin soyut beyanın dışında herhangi bir delil bulunmadığı değerlendirildiğinde, eyleminin 5237 sayılı TCK'nın 104/1. maddesinde düzenlenen reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu oluşturduğu gözetilerek, 5237 sayılı TCK'nın 104/1. maddesinde düzenlenen reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun, soruşturma ve kovuşturmasının, şikayete tabi olması ve dosya kapsamına göre sanıkla rızaen

içinde bulunduğu ortam, şart ve koşullar ile failin cebir kullanması ve cebre yönelik korkutucu gücü mağdurun direnmesine rağmen ya da direnseydi bile neticenin gerçekleşmesine engel olamayacaktı çıkarımını netice veriyorsa artık burada failin mağdurun rızası olmaksızın bu suçu gerçekleştirdiği kabullenilmelidir. Çünkü aksi sonuç bizim de katılmadığımız mağdurun her hal ve şart altında direnmesi gerekir şeklindeki soyut görüşü desteklemek olacaktır ki bu da somut olay adaletini benimseyen modern ceza hukuku sistemimize aykırılık teşkil edecektir.

Son olarak belirtmek gerekir ki; Türk Ceza Kanun’unda düzenlenmeyen ve bu nedenle öğretide kanun üstü bir hukuku uygunluk nedeni olarak kabul edilen “varsayılan rıza”²⁹⁷ kapsamında reşit olmayanla cinsel ilişki suçu işlenebilecek midir?

Varsayılan rıza, ilgilinin gerçek iradesinin alınamadığı durumlarda, ilgiliye sorulabilseydi, müdahaleye rıza gösterirdi şeklindeki bir tahmine dayanmaktadır.

Varsayılan rızada ilgilinin bir rıza açıklaması bulunmamaktadır. Fail, başka birine ait bir hukuki konuya rıza olmaksızın müdahale ederek kanunda suç olarak belirlenmiş bir fiili gerçekleştirmektedir. Ancak failin müdahalesi bakımından ilgilinin rızası objektif bir değerlendirmeye göre varsayılmak suretiyle fiilin hukuka uygunluğu kabul edilmektedir.²⁹⁸

Varsayılan rıza yalnızca, ilgilinin gerçek rızasının mevcut olmaması halinde devreye girebilecek olan bir hukuka uygunluk nedenidir. Bu nedenle, ilgilinin gerçek rızasının alınamadığı ve ağır bir tehlikenin ortaya çıkma ihtimalinin bulunduğu durumlarda uygulama alanı bulabilecektir.²⁹⁹ Ayrıca failin varsayılan rıza kapsamında mutlaka hukuki konunun sahibinin yani mağdurun yararına hareket etmesi gerekmektedir.³⁰⁰

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçu bağlamında varsayılan rıza mağdurun gerçek rızasının alınamadığı durumlarda gündeme gelebilecektir. Örneğin; daha önce birçok kez mağdur ile rızasıyla cinsel ilişkiye giren failin mağdur uyurken mağduru uyandırmadan rıza

cinsel ilişkiye giren onbeş-onsekiz yaş grubuna dahil mağdurenin, bozma sonrası alınan beyanında sanıktan şikayetçi olmadığını bildirdiği de gözetilerek şikayet yokluğu nedeniyle TCK’nın 73 ve 5271 sayılı CMK’nın 223/8. maddeleri uyarınca düşme kararı verilmesi yerine, yazılı şekilde hüküm tesisi...”

(Yargıtay 14. CD. Tarih: 03/04/2019, E: 2018/1019, K: 2019/8715) (UYAP’tan Alınmıştır);

“...Mağdure 08.07.2008 tarihli kolluk beyanında eylemin 2007 Yılı Temmuz sonlarında, babası Oğur 08.07.2008 tarihli kolluk beyanında, ifade tarihinden yaklaşık 6-7 ay önce gerçekleştirdiğini, sanığın 09.07.2008 tarihli kolluk beyanında ise en son 2007 Eylül’de görüştiklerini ifade etmeleri karşısında suç tarihi konusunda şüphe olduğu, mağdurenin 05.08.1992 tarihinde doğduğu da gözetilerek oluşan şüphenin sanık lehine değerlendirilip suç tarihinde mağdurenin on beş yaşını tamamladığı kabul edilerek, olayın, yaklaşık bir yıl sonra evden izinsiz ayrılıp tekrar eve dönmesi üzerine ailesine anlatmasıyla soruşturmaya başlandığı da nazara alındığında intikal şekli ve zamanı ile tüm dosya kapsamına göre, sanığın eylemlerini cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen bir nedenle gerçekleştirdiğine dair mağdurenin zora ilişkin ayrıntıdan uzak soyut beyanı dışında, yeterli delil bulunmadığı gözetilerek, çocuğun nitelikli cinsel istismarı eyleminin reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu oluşturduğu ve şikayet süresi de nazara alınarak belirtilen suçtan hüküm kurulması ve kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan açıklanan nedenlerle beraatine karar verilmesi gerektiğinin gözetilmemesi...” **(Yargıtay 14. CD. Tarih: 14/03/2019, E: 2018/6940, K: 2019/8242) (UYAP’tan Alınmıştır).**

²⁹⁷ Zeynel T. KANGAL, Ceza Hukukunda Varsayılan Rıza, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: XV, Yıl:2011, Sayı:4, s.223.

²⁹⁸ KANGAL, s.224.

²⁹⁹ KANTARCI, s.160.; KANGAL, s.233.

³⁰⁰ KANGAL, s.242-243.

göstereceğini düşünerek mağdur ile cinsel ilişkiye girmesi halinde failin eylemi varsayılan rıza kapsamında değerlendirilebilecek midir? Varsayılan rızanın geçerli olabilmesi için ağır bir tehlike ihtimalinin bulunması, failin eylemini gerçekleştirmesinin mağdurun yararına olması ve o an için mağdurun rızasının alınamaması gerekmektedir. Ancak örneğimizde mağdurun uyku halinde olması o an için mağdurun gerçek rızasını öğrenmeye engel bir hal değildir. Çünkü mağdur uyandırılarak cinsel ilişkiye rızasının olup olmadığı sorulabilir. Bu yüzden biz burada failin fiilinin mağdurun rızasına dayanmadığını düşünmekteyiz. Fakat, mağdur uyandıktan sonra fail mağdur ile uykusunda cinsel ilişkiye girdiğini mağdura söyledikten ve mağdurda bu ilişkiye icazet verdikten sonra failin fiilini suç olarak niteleyebilecek miyiz? Mağdurun, “fail o an beni uyandırıp bana cinsel ilişkiye girmek istediğini söyleseydi ben zaten faile rıza gösterecektim” dediği ihtimalde varsayılan rızanın ceza hukukundaki kabulüne göre hareket etmek gerekecektir. Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun takibi mağdurun şikayetine bağlı olduğundan, mağdur da failin varsayılan rızasına dayanarak mağdur ile uykusundayken cinsel ilişkiye girmesi eylemine icazet verdiğiinden dolayısıyla mağdur failden şikayetçi olmadığından fail hakkında ceza yargılamasının yapılmasına engel olabilecektir. Ancak bu ihtimalde dahi varsayılan rızanın hukuk alanında ne anlama geldiği tezine değer atfeden bazı yazarlar mağdurun cinsel eylemden sonraki icazetini geçerli kabul etmeyip suç tipikliği açısından failin eyleminin çocukların cinsel istismarı suçunu oluşturduğunu kabul etmektedirler.³⁰¹

Kanaatimizce, varsayılan rızanın geçerli olabilmesi için gerekli şartları taşıması gerekmektedir. Ancak failin mağdurun varsayılan rızasına dayalı olarak gerçekleştirdiği cinsel ilişki eylemine mağdur gerçek rızasını beyan edip failin fiilini gerçekleştirdiği anda da rızasını beyan edebilseydi “rıza gösterecektim” dediği hallerde artık burada mağdurun icazetinden bahsedilecek ve eylem reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu oluşturacaktır. Ancak önemle belirtmek gerekir ki bu açıklamamız sadece failin mağdur ile daha önce defalarca kez mağdurun rızasıyla cinsel ilişkiye girip, son ilişkide mağdurun uyku halinde bulunması örneğine ilişkindir. Failin daha önce mağdur ile hiç cinsel ilişkiye girmediği ve mağdur uyku halindeyken mağdurun gerçek rızasını almadan mağdur ile cinsel ilişkiye girmesi halinde fail yönünden herhangi bir varsayılan rızadan bahsedilemeyeceğinden failin eylemleri mağdurun rızasının yokluğu sebebiyle çocuğun cinsel istismarı suçunu oluşturacaktır. Artık burada mağdurun eyleme icazet vermesinin de suç tipikliği açısından bir önemi olmayacaktır. Çünkü fail eylemi gerçekleştirdiği anda mağdurun rızasını alabilecekken rızasını almadan eylemine devam etmiştir ve mağdur ile de daha önceki tarihlerde yaşanmış bir cinsel ilişki bulunmadığından mağdurun varsayılan rızasının varlığını da iddia edemeyecektir.

2.3.4. Kusurluluğu Etkileyen Haller

2.3.4.1.Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu Bakımından Kastı Kaldıran Hata Halleri

TCK’nın 30’uncu maddesinin 1’inci fıkrasında failin gerçekleştirmeyi planladığı fiilin icrası sırasındaki suçun kanuni tanımında mevcut olan maddi unsurları bilmemesi hali

³⁰¹ KANTARCI, s.160.

düzenlenmiştir. Bu düzenleme uyarınca failin suçun kanuni tanımındaki maddi unsurları bilmemesi halinde failin kasten hareket etmiş olduğu iddia edilemeyecektir. Başka bir deyişle failin bilgisizliğinin kastı ortadan kaldıracağı belirtilmiştir.³⁰² Ancak, hata dolayısıyla taksirli sorumluluk halinin saklı kaldığını önemle belirtmek gerekir.

Hatanın ceza sorumluluğunu tamamen ortadan kaldırabilmesi için esaslı ve kaçınılmaz olması gerekir. Fiilin kurucu unsurlarına ilişkin hata esaslı hatadır. Bu durumda fail aslında suç olan fiilden başka bir fiil gerçekleştirmek istemektedir. Hataya düşme konusunda hataya düşen kişinin herhangi bir biçimde kınanamaması ve ortalama her insanın aynı hataya düşmesinin olağan kabul edilmesi halinde kaçınılmaz hatadan söz edilir.³⁰³ Eğer fail, kayıtsızlık, düşüncesizlik gibi ihtimallerle hareket etmiş ise hatasından söz edilemeyecektir.³⁰⁴

Ceza hukuku alanında hata fiil üzerinde ve kural üzerinde hata olarak iki biçimde ortaya çıkabilir. Kural üzerinde hata mazeret sayılmaz ve ceza sorumluluğuna etkilemezken, fiil üzerinde hata esaslı ve kaçınılmaz olduğu takdirde kastı kaldıran bir neden olarak kabul edilmektedir.³⁰⁵ Kural üzerinde hata bir ceza normunu veya ceza normu dışında kalan bir normun bilinmemesinden veya yanlış yorumlanmasından kaynaklanan bir hata türüdür.³⁰⁶ Fiil üzerinde hata ise, kural bakımından herhangi bir bilgisizliği veya yanılması olmayan failin, işlediği suçun harekete ilişkin bir hususunda yanılmasıdır. Birinci durumda hukuki bilgisizlikten, ikinci halde ise fiili veya maddi hata ya da sapmadan söz edilir.³⁰⁷ Başka bir deyişle fiili hatada failin işlediği fiilin suç oluşturduğu konusunda herhangi bir yanılması söz konusu değildir. Failin yanılması, fiilin unsurlarında, hukuka uygunluk nedenlerinde, nedensellik bağında, neticede veya nitelikli hallerde olabilir.³⁰⁸ Daha açık bir deyişle failin mağdurun yaşını 15'ten büyük olduğu yönündeki hatası fiil üzerinde ve esaslı bir hata iken, belirli bir yaşın altındaki çocuklara yönelik cinsel davranışta bulunulmaması gerektiğini bilmemesi kural üzerinde hatadır.³⁰⁹

Suçun maddi unsurları içerisinde, suçun konusu, fail ve mağdurun özellikleri, fiil, netice ve nedensellik bağı bulunmaktadır. Biz bu başlık altında reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun maddi unsurlarından olan ve suçun tipikliği ile suçun oluşup oluşmadığını belirleyebilecek mahiyette olan mağdurun yaşı ve mağdurun rızasında hata hallerini değerlendireceğiz.

³⁰² KOCA ve ÜZÜLMEZ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.253.

³⁰³ TANER, Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s.178.; Devrim GÜNGÖR, Ceza Hukukunda Fiil Üzerinde Hata, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayınlanmış Doktora Tezi, Ankara 2006, s.54-55.

³⁰⁴ TANER, Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s.179.

³⁰⁵ GÜNGÖR, Ceza Hukukunda Fiil Üzerinde Hata, s.7.

³⁰⁶ Devrim GÜNGÖR, Ceza Hukukunda Kural Üzerinde Hata, TBB Dergisi, Sayı:68, Yıl:2007, s.135.

³⁰⁷ M. Serhat KAŞIKARA, Türk Ceza Hukukunda Şahısta Hata ve Hedefte Sapma, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Temmuz 2010, Yıl:1, Sayı:2, s.349.

³⁰⁸ Sesim SOYER GÜLEÇ, Türk Ceza Kanununda Haksızlık Yanılgısı (M.30/4), Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 10, Sayı:1, Yıl:2008, s.60.

³⁰⁹ TANER, Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s.298.

2.3.4.1.1. Mağdurun Yaşında Hata

Fail, mağdurun 15-18 yaşında bir çocuk olduğunu bilmiyorsa, yahut mağdur kendisine ait olmayan bir nüfus cüzdanı kullanarak faili yaşı konusunda yanıltıyorsa, mağdurun yaşı suçun maddi unsuru olduğundan, bu unsurlarda hata failin kastını kaldıracaktır. Ancak failin mağdurun yaşına ilişkin bilgisizliği kesin olmalıdır; fail mağdurun yaşı konusunda şüpheye düşmesine rağmen onunla cinsel ilişkiye giriyorsa olası kastla hareket etmiş olur.³¹⁰

Fail, mağdurun 18 yaşından büyük olduğunu düşünerek hataya düşmesi kastını kaldırır ve suçun oluşumuna engel teşkil eder.³¹¹

Mağdurun niteliğinde hataya düşülmesi de imkan dâhilindedir. Buna göre örneğin, TCK'da düzenlenen “çocukların cinsel istismarı” ve “reşit olmayanla cinsel ilişki” gibi “cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar” ile ilgili olarak mağdurun yaşı, fiilin niteliğini belirleyen bir unsur olarak kabul edilir. Bu çerçevede söz konusu suçlar bakımından, Güngör'e göre yaşı küçük olan kimsenin rızasının yasadan ötürü geçerli olmadığı, bu nedenle failin mağdurun yaşına ilişkin olarak içine düştüğü hatanın, rıza yokluğu nedeniyle fiilin suç olmasını önlemeyeceği düşünülebilir. Ancak kanunumuzda aksi yönde bir hüküm bulunmadığından, bu tür suçlarda mağdurun yaşı konusunda içine düşülen hatanın mazeret olarak ileri sürülebilmesi mümkündür. Dolayısıyla bu suçlar bakımından mağdurun yaşı konusunda düşülen hata failin kastını kaldırır.³¹²

Yargıtay; failin, mağdurun yaşı konusundaki hatasının esaslı, kaçınılmaz ve kabul edilebilir olmasını aramaktadır.³¹³

³¹⁰ AKSAKAL, s.265.

³¹¹ KÖKSAL, s. 708.

³¹² GÜNGÖR, Ceza Hukukunda Fiil Üzerinde Hata, s.64-65.

³¹³ “... Sanık G.'in soruşturma ve yargılama evresinde 14 yaşı içinde bulunan mağdurenin yaşını 17 olarak bildiğini belirtmesi, mağdurenin beyanlarında 17 yaşında olduğunu söylediğini ifade etmesi, mağdurenin fiziksel olarak 175 cm boyunda ve 58 kg ağırlığında olduğunun, yaşından büyük gösterdiğinin anlaşılması ve sanık Gülümser'in mağdurenin gerçek yaşını bildiğine, öbür sanıklar H. ve E.'in kendisine yaş konusunda bilgi verdiklerine ilişkin kesin ve inandırıcı delil bulunmaması karşısında, sanık G.'in TCK'nın 30/1. maddesinde öngörülen hata kurumundan yararlandırılması gerektiği ve suçun maddi unsurlarında hataya düştüğü gerekçesi ile beraatine karar verilemesi gerektiği gözetilmeden, TCK'nın 103/2, 39/1, 43. maddeleri uyarınca mahkûmiyetine hükmedilmesi, ...” (Yargıtay 14. CD. Tarih: 10/10/2013, E: 2012/14879, K: 2013/10478) (UYAP'tan Alınmıştır); “... Suç tarihi itibarıyla onbeş yaşını tamamlamasına kısa bir süre kalan mağdurenin soruşturma evresinde “... evlerine gittiğim şahıslar benim kaç yaşında olduğunu bilmiyorlar...” şeklindeki beyanı, sanık ile müdafinin aşamalarda mağdurenin yaşı ve görünümü konusundaki savunmaları ve tüm dosya kapsamına göre, 5237 sayılı TCK'nın 30. maddesi hükümlerine göre hata halinin mevcut olup olmadığının tespiti için mağdurenin suç tarihi itibarıyla görünüm olarak onbeş yaşından küçük olduğunun anlaşılıp anlaşılamayacağı, içinde bulundukları sosyal ve kültürel durumları da dikkate alınarak sanığın mağdurenin yaşı konusunda hataya düşmesinin mümkün olup olmadığı araştırılarak mahkemenin dosyadaki tüm verilerle beraber kendi gözlemine de tespit edip, gerekirse bu konuda bilirkişi incelemesi de yaptırılmak suretiyle tüm deliller birlikte değerlendirilerek sonucuna göre, sanığın hukuki durumunun tayin ve takdiri gerekirken eksik araştırma ile yazılı şekilde karar verilmesi ...” (Yargıtay 14. CD. Tarih: 09/06/2016, E: 2016/3667, K: 2016/5743) (UYAP'tan Alınmıştır); “...15-18 yaş arasında bulunan sanığın, henüz 15 yaşını bitirmesine az süre kalan mağdure ile kaçtığı ve rızaya dayalı ilişkisinin gerçekleştiği, akabinde de resmî evliliğin vuku bulup, müşterek çocuk sahibi oldukları ve halen de evliliğin devam ettiği olayda, aynı yargılamada hakkında beraat kararı verilen sanığın babası Mehmet Acar'ın soruşturma safhasında Cumhuriyet Başsavcılığından alınan 24.03.2008 tarihli beyanında mağdureyi 15-16 yaşlarında olarak bildiğini söylemesi, Adli Tıp raporlarında da bazen

Kanaatimizce failin, mağdurun yaşı konusunda esaslı ve kaçınılmaz bir hataya veya yanılmaya düştüğü hallerde hatanın, failin kastını ortadan kaldırması gerekmektedir. Örneğin faili çok beğenen ve fail ile cinsel ilişkiye girmek arzusunda olan 17 yaşındaki mağdurun faili yaşı konusunda gerçek olmayan bir kimlik belgesiyle aldatarak, kendisini faile 19 yaşındaki biri gibi tanıtip failin kendisiyle cinsel ilişkiye girmesini sağladığı bir olayda failin esaslı ve kaçınılmaz bir hataya düştüğü kabul edilmelidir. Çünkü fail somut olayda bizzat mağdur tarafından aldatılmaktadır. Fail, mağdurun gerçek yaşını öğrenme konusunda elinden gelen tüm çabayı göstermesine rağmen, mağdurun aldatmasından dolayı gerçek yaşını öğrenememiştir. Ancak mağdurun gerçek yaşının 14 olup faile kendisini 17 yaşındaki biri olarak tanıttığı bir olayda; failin bu durumu yeterince araştırmaksızın, içerisinde bulunduğu şüpheli hali de merak etmeksizin mağdur ile cinsel ilişkiye girmesi halinde artık burada esaslı ve kaçınılmaz bir hatadan söz edilemeyecektir. Çünkü fail, mağdurun yaşı konusunda şüpheye düşmektedir. Ancak şüphesini giderebilecek herhangi bir araştırma yapmamaktadır. Oysa fail basit bir araştırma ile mağdurun kimlik belgesinden gerçek yaşını öğrenebilecektir. Bu nedenle olayda mağdurun herhangi bir esaslı aldatmacası da bulunmadığından failin hatasının kastını ortadan kaldırmayacağını düşünmekteyiz. Burada hata failin doğrudan kastını ortadan kaldıracaktır. Ancak fail olası kastla reşit olmayanla cinsel ilişki suçundan sorumlu tutulabilecektir.

hormonal gelişim ve beslenme nedeniyle kemik yaş ve görünümünün farklı olacağının belirtilmesi karşısında, sanık hakkında TCK'nın 30. maddesi hükümlerine göre hata halinin mevcut olup olmadığının tespiti için mağdurenin suç tarihi itibarıyla görünüm olarak 15 yaşından küçük olduğunun anlaşılıp anlaşılamayacağı, içinde bulundukları sosyal ve kültürel durumları da dikkate alınarak sanığın, mağdurenin yaşı konusunda hataya düşmesinin mümkün olup olmadığı araştırılarak mahkemenin dosyadaki tüm verilerle birlikte kendi gözlemini de tespit edip, gerekirse bu konuda bilirkişi incelemesi de yaptırılmak suretiyle tüm deliller birlikte değerlendirilerek sonucuna göre sanığın hukuki durumunun tayin ve takdiri gerekirken eksik incelemeyle yazılı şekilde hüküm kurulması, ...” (Yargıtay 14. CD. Tarih: 30/01/2013, E: 2011/8556, K: 2013/810) (UYAP’tan Alınmıştır); “...Mağdure ile sanıkların aşamalarındaki mağdurenin yaşı konusundaki beyanları ile tüm dosya kapsamı nazara alındığında, her ne kadar Adli Tıp Kurumu Genel Kurulunun 27.07.2017 tarihli raporunda mağdurenin doğum kaydına uygun gelişim gösterdiği belirtilmiş ise de 15.05.2014 tarihli 17 yaş içi ile uyumlu olduğuna dair usulüne uygun heyet raporu ve mahkemece 12.10.2017 tarihli duruşmada yapılan gözlemlerde 20 yaş civarında olduğuna ilişkin tespitinde mağdurenin kayıt yaşına göre daha büyük olduğunun anlaşılması ve bozma öncesi de sanıkların mağdurenin yaşı konusunda hataya düştüklerinin kabul edilmesi karşısında, sanıklar hakkında TCK.30. maddesinde düzenlenen hata hükümlerinin uygulanması suretiyle karar verilmesi gerektiğinin gözetilmemesi, ...” (Yargıtay 14. CD. Tarih: 18/10/2018, E: 2018/4624, K: 2018/6131) (UYAP’tan Alınmıştır); “...Sanığın savunmasında mağdurenin on yedi yaşında olduğunu sandığını belirtmesi, mağdurenin resmi bir kurumda doğmadığının anlaşılması ve hakkında Karabük Devlet Hastanesince düzenlenen 06.04.2010 tarihli raporda kemik yaşının on yedi yaş ile uyumlu olduğunun belirtilmesi karşısında, sanık hakkında hata hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı tartışılmadığı gibi gerekçede bu hususa ilişkin savunmaya neden itibar edilmediğinin de açıklanmaması, ...” (Yargıtay 14. CD. Tarih: 22/10/2018, E: 2018/4808, K: 2018/6162) (UYAP’tan Alınmıştır); “...Suç tarihinde 17 yaş 11 aylık olan mağdurenin, sanıkla arasında geçen dosyada mevcut yazışmalarından yaşını 18 olarak söylediği, sanıkla mağdurenin birbirlerini daha önceden yakından tanımadıkları ve yalnızca iki kez görüştikleri anlaşılma, Anayasa Mahkemesinin gerekçeli karar hakkına ilişkin 25.03.2015 günlü, 2014/6419 başvuru numaralı kararı ve dosya içeriği nazara alınarak, olayda 5237 sayılı TCK’nın 30. maddesinde düzenlenen hata hükümlerinin uygulanma koşullarının bulunup bulunmadığı tartışılıp karar yerinde açıklandıktan sonra hükme varılması yerine, noksan gerekçe ile yazılı şekilde mahkumiyet hükmü kurularak 5271 sayılı CMK’nın 230. maddesine muhalefet edilmesi, ...” (Yargıtay 14. CD. Tarih: 16/04/2019, E: 2018/8230, K: 2019/9136) (UYAP’tan Alınmıştır).

2.3.4.1.2. Mağdurun Rızasında Hata

Fail, 15-18 yaş aralığında bulunan mağdurun, gerçekte cinsel ilişkiye rızası bulunmamasına rağmen, rızasının var olduğunu zannederek cinsel ilişki eylemini gerçekleştirmiş ise, içine düştüğü bu hatasından yararlandırılabilir midir?³¹⁴

Taner ve Köksal'a göre failin, içine düştüğü hata esaslı ve kaçınılmaz olması kaydıyla çocukların cinsel istismarı suçunun oluşumunu önler ve bu halde reşit olmayanla cinsel ilişki suçu ortaya çıkar.³¹⁵

Kantarci ise, rızanın tipiklik unsuruna mı dâhil olduğunun hukuka uygunluk sebebi olarak mı kabul edildiğinin belirlenmesi gerektiğini söylemektedir. Rıza, tipikliğe dahil bir unsur olarak kabul edildiğinde, TCK m. 30/1'in uygulama alanı bulacağını ve failin mağdurun rızasının varlığında yanılmasının kastı kaldıracağını ancak mağdurun rızasının hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edildiği ihtimalde, TCK m.30/3'ün uygulama alanı bulacağını ve failin hatasından yararlanabilmesi için içine düştüğü hatanın kaçınılmaz olmasının aranacağını belirtmektedir. Kantarci'ya göre reşit olmayanla cinsel ilişki suçu bağlamında rıza, tipikliğe dahil bir unsur olduğu için failin, mağdurun rızasında yanılığa düşmesi halinde, hatasından yararlanabilmesi için yeterli olacağını dolayısıyla hatanın kaçınılmaz olup olmadığının araştırılmasının gereksiz olacağını belirtmektedir.³¹⁶

Her ne kadar, rızanın tipiklik unsuruna mı dahil olduğu hukuka uygunluk sebebi olarak mı kabul edileceği, hukuki mantık açısından önem arz etse de, kanaatimizce; failin, mağdurun rızasında yanılması halinde failin kastını ortadan kaldırabilmesi için hatanın her halükarda esaslı ve kaçınılmaz olması gerekmektedir. Çünkü mağdurun rızası da, mağdurun yaşı gibi, mağdurun niteliklerine dair özellikler olup, suçun maddi unsurları arasında sayıldığından fiil üzerinde hata olarak algılanmalıdır. Bu sebeple rızanın, tipiklik unsuruna dâhil olduğu kabul edilse bile hatanın esaslı ve kaçınılmaz olması gerektiği aranmalıdır.

2.3.4.1.3. Mağdurun Rızasında Sınırın Aşılması

Rıza kavramını, rıza başlığı altında detaylı bir şekilde incelediğimizden bu kısımda rızanın varlığı, şartları ve hukuki anlamına değinmeyeceğiz. Sadece mağdurun rızasının kapsamını ve fail tarafından kasten rızada sınırın aşılması üzerine bir değerlendirme yapacağız.

Suçun pasif süjesinin, bir başka deyişle rıza açıklama hak ve iradesine sahip olan mağdurun faile yönelen söylemlerinde rızasının hangi tür eylem ve davranışları kapsadığı açıkça belirtilmesine rağmen failin, mağdurun rızası kapsamının dışına çıkması halinde fail bu sınır aşımından dolayı sorumlu tutulabilecek midir?

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçu bakımından rızanın kapsamını belirleme hakkı, rıza açıklama hakkına sahip olan mağdura aittir. Buna göre mağdur, faile hangi sınırlar içerisinde kalarak kendisine cinsel davranışlarda bulunmasına izin vermişse fail, mağdurun kendisine açıkladığı sınırlar içerisinde kalarak eylemini gerçekleştirmek

³¹⁴ KANTARCI, s. 192; KÖKSAL, s. 708.

³¹⁵ TANER, Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s. 339; KÖKSAL, s. 708.

³¹⁶ KANTARCI, s. 192-193.

zorundadır. Örneğin, 17 yaşında bulunan mağdur, faile sadece vajinal yoldan cinsel ilişkiye rıza göstermiş ise, fail mağdurla sadece vajinal yoldan cinsel ilişki yaşamalıdır. Ancak fail, mağdur ile oral yahut anal yoldan cinsel ilişki gerçekleştirirse bu durum, mağdurun rızası kapsamında gerçekleşen bir cinsel ilişki sayılamayacağından failin eylemleri, mağdurun rızasızlığı sebebiyle “çocukların cinsel istismarı” suçunu oluşturacaktır. Başka bir örnek olarak 16 yaşındaki mağdur, faile sadece bir kez vajinal yoldan cinsel ilişkiye rıza göstermiş ise, fail, mağdur ile ikinci kez vajinal yoldan cinsel ilişki yaşarsa ikinci ilişki mağdurun rızası kapsamında gerçekleşen bir ilişki olmadığından fail açısından “çocukların cinsel istismarı” suçu gündeme gelecektir.

2.4. Suçun Nitelikli Hali

Türk ceza hukuku sistematğinde, suçun nitelikli halleri, o suçun temel şekline ilişkin tüm unsurların yanında ayrıca en azından bir tane özel unsurun bulunmasının öngörüldüğü hallerdir.³¹⁷ Başka bir deyişle suçun nitelikli halinde, suçun temel şeklinin bütün unsurları vardır ancak temel tipinin cezasını ağırlaştıran veya hafifleten ayrı bir sebep de bulunmaktadır. Çünkü temel şekli gerçekleşmeyen bir suçun nitelikli halinden söz edilemeyecektir. Buna karşılık, bir suçun nitelikli halinin gerçekleşmemesi, o suçun temel şeklinin oluşmasına engel değildir.³¹⁸

5237 sayılı TCK’nın ilk halinde, 104’üncü maddenin 2’nci fıkrasında “... failin, mağdurdan 5 yaş büyük olması ...” hali nitelikli hal olarak düzenlenmiş iken, anılan hüküm 23/11/2005 tarihinde Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir.³¹⁹

18/06/2014 tarih ve 6545 sayılı Kanun’un 60’ıncı maddesi ile TCK’nın 104’üncü maddesinin 2 ve 3’üncü fıkralarına fail yönünden iki ayrı nitelikli hal eklenilmiştir. Bu kapsamda bir özgü faillik durumu oluşturulmuştur.³²⁰

2.4.1. Suçun Mağdur İle Arasında Evlenme Yasağı Bulunan Kişi Tarafından İşlenmiş Olması Hali

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçu failinin, mağdur çocuk ile arasında evlenme yasağı bulunan bir kişi olması halinde şikayet aranmaksızın fail hakkında suçun temel şeklinin cezası artırılabacaktır. Suçun temel şeklinin cezası “iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası” olarak öngörülmüşken, maddeye 2’nci fıkra olarak eklenilen düzenleme kapsamındaki fiiller bakımından “On yıldan onbeş yıla kadar hapis cezası” öngörülmüştür. Bu nedenle failin, 104’üncü maddenin 2’nci fıkrasında belirtilen ve mağdur çocukla aralarında “evlenme yasağı” bulunan bir kimse olması hali cezayı ağırlaştırıcı bir nitelikli hal olarak düzenlenmiştir.

Evlenme yasağı TMK m.129 hükümlerine göre belirlenecektir.³²¹ TMK m.129 uyarınca “üstsoy ile altsoy arasında; kardeşler arasında; amca, dayı, hala ve teyze ile yeğenleri arasında, kayın hısımlığı meydana getirmiş olan evlilik sona ermiş olsa bile, eşlerden biri

³¹⁷ KOCA ve ÜZÜLMEZ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.140.

³¹⁸ KOCA ve ÜZÜLMEZ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.140.

³¹⁹ bkz: “Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Olmayan Suçun Türk Hukukundaki Tarihi Gelişimi” başlığı.

³²⁰ bkz: “Fail” başlığı.

³²¹ ÖZBEK, DOĞAN, BACAKSIZ ve TEPE, s.373.

ile diğerinin üst soyu veya alt soyu arasında, evlat edinen ile evlatlığın veya bunlardan biri ile diğerinin alt soyu ve eşi arasında” evlenmek yasaktır.

TCK’nın 104’üncü maddesinin 2’nci fıkrasında öngörülen nitelikli hal için ensest fiillerin suç kapsamına alınıp alınmadığı hususu da değerlendirilmesi gereken bir diğer konudur. Her ne kadar maddeye getirilen 2’nci fıkra, mağdur çocuk ile aralarında “evlenme yasağı” olan kişilerin cinsel ilişkileri suçun nitelikli hali olarak kabul edilse de Özbek, Doğan, Bacaksız ve Tepe’ye göre bu düzenleme tam olarak ensest fiillere karşılık gelmemektedir.³²² Ensest ilişkilerde yaş unsuru tek başına bir değerlendirme ölçütü olarak ele alınmamalıdır. Aksine, yakınlık, akrabalık unsuru en önemli kıstas olarak kabul edilmektedir. Bu nedenle maddeye getirilen ikinci fıkra hükmü, sadece 15 yaşını dolduran çocukların, hukuken geçerli bir şekilde verdikleri rıza üzerine aralarında “evlenme yasağı” olan kişiler ile cinsel ilişkilerini düzenlediğinden, suçun nitelikli hal olarak ensest kapsamını çok sınırlı olarak belirlemektedir.³²³

TCK’nın 104’üncü maddesinin 2’inci fıkrasında nitelikli halin gerçekleşmesi halinde, suçun soruşturma ve kovuşturması re’sen yapılacaktır. Ve mağdurun şikayeti aranmayacaktır.³²⁴

2.4.2. Suçun Evlat Edineceği Çocuğun Evlat Edinme Öncesi Bakımını Üstlenen veya Koruyucu Aile İlişkisi Çerçevesinde Koruma, Bakım ve Gözetim Yükümlülüğü Bulunan Kişi Tarafından İşlenmiş Olması Hali

6545 sayılı Kanun’un 60’ıncı maddesi ile getirilmiş olan ve suçun faili bakımından önemli olan diğer nitelikli hal düzenlemesi ise, suçun, evlat edineceği çocuğun evlat edinme öncesi bakımını üstlenen veya koruyucu aile ilişkisi çerçevesinde koruma, bakım ve gözetim yükümlülüğü bulunan kişi tarafından işlenmesi halidir.³²⁵ Bu nitelikli hal uyarınca da, faile ilk nitelikli halin cezasına göre cezaya hükmolunacaktır. Bu düzenleme de fail açısından özgü bir faillik halidir. Buna göre, kanun koyucu suçun daha kolay işlenebilecek hallerini, mağduru erken cinsel deneyimden korumak ve mağdurun cinsel bütünlüğü ile cinsel sağlığının örselenmesinin önüne geçilmesi amacıyla suçun temel şekline nazaran nitelikli halleri olarak düzenlemiştir ve temel şeklinin cezasına nazaran cezada ciddi bir artırımı öngörmüştür.

Bu nitelikli halin gerçekleşmesi halinde de, suçun soruşturma ve kovuşturması re’sen yapılacaktır. Ve mağdurun şikayet aranmayacaktır.³²⁶

2.5. Suçun Özel Görünüş Biçimleri

Bu başlık altında suça teşebbüs, gönüllü vazgeçme, suça iştirak, suçların içtimaı konuları; reşit olmayanla cinsel ilişki suçu özelinde ele alınıp, örnekler ve uygulama kapsamında değerlendirilecektir.

³²² ÖZBEK, DOĞAN, BACAKSIZ ve TEPE, s.374.

³²³ ÖZBEK, DOĞAN, BACAKSIZ ve TEPE, s.374.

³²⁴ ÖZEN, s. 329.

³²⁵ KOCA ve ÜZÜLMEZ, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 333.

³²⁶ ÖZEN, s. 330.

2.5.1. Teşebbüs

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçu teşebbüse elverişli bir suçtur.³²⁷ Failin eylemi kısımlara bölünebildiği oranda, teşebbüse elverişli hale gelecektir. Cinsel ilişkiye yönelik olarak icra hareketlerine başlanılıp da elde olmayan nedenlerle, ilişkinin gerçekleşmemesi halinde teşebbüsten söz edilir.³²⁸

Suç, yetişkin bir kişinin 15 yaşını tamamlamış bir çocukla rızasıyla cinsel ilişkiye girmesiyle tamamlanır. Suçun tamamlanması, cinsel arzuların tatmin edilmiş olmasına

³²⁷ YAŞAR, GÖKCAN ve ARTUÇ, s. 3419; TUĞRUL ve TUĞRUL, s. 1186; KOCAOĞLU, s.19; AYDIN, Çocukların Cinsel İstismarı ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, s.94; Mustafa ARSLANTÜRK, *Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar*, Seçkin Yayıncılık, 2014, Ankara, s. 416-417; TANERİ, s.129; ÖZEN, s. 328; TEZCAN, ERDEM ve ÖNOK, s. 375; KOCA ve ÜZÜLMEZ, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.333; ÖZBEK, DOĞAN, BACAĞIZ ve TEPE, s.375; KANTARCI, s. 201; TANER, *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, s.340.

³²⁸ “... Tüm dosya kapsamına göre olay gecesi sanık M. A.'nın, yanında uzanmakta olan mağdureden cinsel organıyla oynamasını istediği, onun kabul etmemesi üzerine kollarından tutarak yapması yönünde isteğini tekrarladığı, ardından yatak üzerinde bulunan bıçağı işaret ederek, tanık M.'in gözü önünde soyunup kendisiyle cinsel ilişkiye girmesini istediği ve tanığın ikna etmesi üzerine kendiliğinden eylemine son verdiği anlaşıldığından, mevcut haliyle olayda çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçu yönünden teşebbüs hükümlerinin uygulanma koşulları bulunmayıp, mevcut haliyle sanığın o ana kadar gerçekleştirdiği eylemin 5237 sayılı TCK'nın 36. maddesinde düzenlenen gönüllü vazgeçme hükümleri uyarınca sarkıntılık düzeyinde kalan çocuğun basit cinsel istismarı suçunu oluşturduğu gözetilerek hüküm kurulması gerekirken yazılı şekilde atılı suçtan ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmesi, Tüm dosya kapsamına göre olay gecesi sanık M. A.'nın, yanında uzanmakta olan mağdureden cinsel organıyla oynamasını istediği, onun kabul etmemesi üzerine kollarından tutarak yapması yönünde isteğini tekrarladığı, ardından yatak üzerinde bulunan bıçağı işaret ederek, tanık M.'in gözü önünde soyunup kendisiyle cinsel ilişkiye girmesini istediği ve tanığın ikna etmesi üzerine kendiliğinden eylemine son verdiği anlaşıldığından, mevcut haliyle olayda çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçu yönünden teşebbüs hükümlerinin uygulanma koşulları bulunmayıp, mevcut haliyle sanığın o ana kadar gerçekleştirdiği eylemin 5237 sayılı TCK'nın 36. maddesinde düzenlenen gönüllü vazgeçme hükümleri uyarınca sarkıntılık düzeyinde kalan çocuğun basit cinsel istismarı suçunu oluşturduğu gözetilerek hüküm kurulması gerekirken yazılı şekilde atılı suçtan ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmesi, ...” (Yargıtay 14. CD. Tarih: 12/04/2017, E: 2016/12465, K: 2017/1869) (UYAP'tan Alınmıştır); “...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, oluşa uygun kabule ve dosya içeriğine göre, gerçekleşen eylemlerin kanunun aradığı anlamda cinsel ilişki kapsamında bulunmadığı ve TCK'nın 104. maddesinde öngörülen suçun kanuni unsurları itibarıyla oluşmadığı gözetilerek suça sürüklenen çocuk ile sanığın çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçuna teşebbüsten beraatlerine karar verilmesi yerine suç vasfının tayininde yanılğıya düşülerek reşit olmayanla cinsel ilişki suçuna teşebbüsten mahkumiyetlerine hükmedilmesi, ...” (Yargıtay 14. CD. Tarih: 04/05/2017, E: 2015/363, K: 2017/2429) (UYAP'tan Alınmıştır); “... her ne kadar mağdure aşamalarda, olay gecesi tanık D.'in evinde sanığın kendisiyle zorla cinsel ilişkiye girdiğini beyan etmiş ise de, sanığın savunmalarında cinsel ilişkilerin rızayla olduğunu belirtmesi, tanık M.S.'nin gece boyunca herhangi bir ses duymadığını, mağdurenin bağırma ve çağırmasının olmadığını söylemesi ve sanık ile mağdurenin ertesi sabah kalkıp beraber kahvaltı yaptıktan sonra evden ayrılıp gittikleri parkta tekrar ilişkiye girdiklerinin anlaşılması karşısında, olay gecesindeki cinsel ilişkilerin cebir, tehdit veya hileyle gerçekleştiğine dair mağdurenin soyut beyanından başka delil bulunmadığından, mevcut haliyle anılan ilişkilerin rızayla gerçekleştiği kabul edilip Burç ormanında gerçekleşen eylem dışındaki ilişkilerin 5237 sayılı TCK'nın 104. maddesinde düzenlenen zincirleme şekilde reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu oluşturduğu, Burç ormanında gerçekleşen eylemin ise çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçuna teşebbüs olduğu gözetilmeden ve Burç ormanında gerçekleşen olay hükmün gerekçesinde değerlendirilmeden, dosya içeriğine aykırı olacak şekilde hüküm kurulması, ...” (Yargıtay 14. CD. Tarih: 27/11/2017, E: 2015/2612, K: 2017/5958) (UYAP'tan Alınmıştır).

bağlı değildir.³²⁹ Buna göre, suçun icra hareketleri tamamlanıncaya kadar, yani cinsel ilişki gerçekleşinceye kadar suça teşebbüs mümkündür.

Cinsel saldırı suçu bakımından vücut dokunulmazlığının ihlali niteliğini taşıyan cinsel davranışlarla belirli bir yakınlık ve bağlantı içinde bulunan hareketlerin gerçekleştirilmesiyle birlikte fail teşebbüs alanına girmiş olur.³³⁰ Acaba, cinsel ilişki eyleminin bizatihi kendisinin suç olarak düzenlendiği; reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun hazırlık hareketleri ne zaman biter ve suçun icra hareketleri ne zaman başlar? Aksakal'a göre failin suça teşebbüs ettiğini ispatlamak çok zor olacaktır. Zira cinsel ilişki öncesinde yaşanan cinsel davranışlar, mağdurun rızası sebebiyle suç oluşturmayaacağından, hangi eylemlerin cinsel ilişkiyi gerçekleştirmeye elverişli icra hareketi olduğu, hangilerinin salt cinsel davranış olduğunu tespit etmek güç olacaktır. Failin, hareketlerinin cinsel ilişkiye ilişkin olmadığı, yalnızca cinsel davranışlar olduğu iddiasının aksini ispat etmek pek mümkün görülmemektedir.³³¹ Köksal'a göre ise, suçun tamamlanma anı, cinsel ilişkinin başladığı yani cinsel ilişki için gerekli duhulün gerçekleşmesiyle eşzamanlıdır. Fiilin belli bir uzunlukta devam etmesi, tarafların cinsel yönden tatmine ulaşmaları ve boşalmanın gerçekleşmesi aranmamaktadır.³³² Dolayısıyla suç teorik açıdan görünüşte teşebbüse elverişlidir.³³³ Anal ve vajinal cinsel ilişki açısından, anüs veya vajina halkasına sair cismin duhulü ile suç tamamlanacağı için, duhul henüz gerçekleşmezden evvel, organ veya sair cisim yerleştirilmekle kalınırsa, fiil teşebbüs aşamasında kalmıştır.³³⁴ Taner ve Köksal'a göre, duhul öncesi öpüşme, dokunma, sürtünme hazırlık hareketi niteliğindedir.

Failin teşebbüs açısından, cezai sorumluluğu TCK m.35'e göre belirlenecektir.³³⁵ Teşebbüs nedeniyle cezada yapılacak indirim açısından değerlendirme ise, TCK m.35/2 çerçevesinde failin o ana kadar yapmış olduğu hareketlerin, suçun konusunda oluşturduğu tehlikenin ağırlığı göz önüne alınarak belirlenecektir.³³⁶

Kanaatimizce de, failin eyleminin kısımlara bölünebildiği oranda, suçun teşebbüse elverişli bir hale geleceğini kabul etmek gerekmektedir. Çocukların cinsel istismarı ve cinsel saldırı suçlarında, fail açısından cinsel ilişki dışında da cinsel davranışlar tanımlandığından cinsel saldırı ve çocukların cinsel istismarı suçlarında failin cinsel davranışlarını kısımlara bölmek ve dolayısıyla hangi davranışın hazırlık hareketi olduğunu, hangi davranışın ise suç için gerekli icrai hareket olduğunu belirlemek reşit olmayanla cinsel ilişki suçuna göre daha kolaydır. Çünkü reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda fail yönünden tek bir hareket bulunmaktadır. O da cinsel ilişkidir. Cinsel ilişki eylemi ise, failin cinsel organının, sair bir organın veya sair bir cismin duhulü ile

³²⁹ KOCA ve ÜZÜLMEZ, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 333; ÖZBEK, DOĞAN, BACAŞIZ ve TEPE, s.375.

³³⁰ TEZCAN, ERDEM ve ÖNOK, s. 339.

³³¹ AKSAKAL, s. 269.

³³² KÖKSAL, s. 709.

³³³ KÖKSAL, s. 709; TANER, Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s. 340; KANTARCI, s. 201.

³³⁴ KÖKSAL, s. 709.

³³⁵ ÖZBEK, DOĞAN, BACAŞIZ ve TEPE, s.375.

³³⁶ KOCAOĞLU, s.420.

tamamlanır. Bu nedenle hareketin pratikteki karşılığında eylemin teşebbüs aşamasında kaldığını ispat etmek pek olanaklı görünmemektedir. Ancak failin, cinsel organını mağdurun vajina veya anal bölgesine yaklaştırıp değdirmesi fakat tam duhul sağlanmadan yakalanması hali suçun teşebbüste kalması haline örnek olarak gösterilebilecektir. Yoksa failin mağduru, öpme veya okşama şeklindeki eylemleri bu suç açısından icrai hareketler olarak kabul edilemeyecektir.

2.5.1.1. Gönüllü Vazgeçme

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda, fail, icra hareketlerinden gönüllü olarak vazgeçerse bu durumda TCK m.36 hükümlerine göre failin reşit olmayanla cinsel ilişki suçundan ceza sorumluluğuna gidilemez. Ancak şartları varsa ve failin o ana kadarki hareketleri ayrı bir suç oluşturuyorsa bu suçtan dolayı cezai sorumluluğu belirlenir.³³⁷ Koca ve Üzülmmez ile Özbek, Doğan, Bacaksız ve Tepe'ye göre failin hareketlerinin gönüllü vazgeçme anına kadarki kısmına TCK'da uyabilecek herhangi bir suç tipi yer almamaktadır.³³⁸

Kanaatimizce de, reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda fail işlemeye kast ettiği suçtan gönüllü olarak vazgeçerse, failin; mağdur üzerinde gönüllü vazgeçme anına kadar gerçekleştirmiş olduğu hareketler, suçun tipiklik unsuruna uymadığından ve mağdurun rızası hilafına gerçekleşmediğinden herhangi bir suç teşkil etmeyecektir.³³⁹

2.5.2. İştirak

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçuna bir başkasını azmettirmek veya yardım etmek mümkündür.³⁴⁰ Tezcan, Erdem ve Önok'a göre, bu suç, "bizzat işlenebilen" suç niteliğinde olduğundan bu suç bakımından birlikte faillik söz konusu olamayacaktır.³⁴¹ Özbek, Doğan, Bacaksız ve Tepe'ye göre ise, suç bakımından birlikte failliğin ortaya çıkması zor görünse de teorik olarak mümkündür.³⁴² Taner'e göre ise; böyle bir tartışma ancak iki kişinin kadın mağdurla vajinal ve anal yoldan aynı anda ilişkiye girdiği halde söz konusu olabilir. Ancak bu noktada iki ayrı cinsel ilişki dolayısıyla iki ayrı fiil söz konusudur ve davranışların aynı anda gerçekleşmesi faillerin, birlikte fail olarak nitelendirmelerini gerektirmez.³⁴³ Köksal da Taner'in yorumuna katılarak ileri sürdüğü

³³⁷ ÖZBEK, DOĞAN, BACAKSIZ ve TEPE, s.375.

³³⁸ KOCA ve ÜZÜLMEZ, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.333; ÖZBEK, DOĞAN, BACAKSIZ ve TEPE, s.375.

³³⁹ "...Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun düzenlendiği TCK'nın 104. maddesinde belirtilen cinsel ilişkinin, erkek cinsel organının bir kadına vajinal veya anal yoldan ya da bir erkeğe anal yoldan ithal edilmesi olarak anlaşılması karşısında, dosya içeriği ve 5237 sayılı TCK'nın 36. maddesinde yer alan gönüllü vazgeçme hükümleri de nazara alındığında, sanığın mağdure ile cinsel ilişkiye girmek üzere anlaşıp olay mahalline giderek cinsel ilişkinin hazırlık hareketlerine başladıktan sonra mağdurenin istememesi üzerine eyleminden vazgeçmesinin kanunun aradığı anlamda cinsel ilişki kapsamında bulunmadığı ve TCK'nın 104. maddesinde öngörülen suçun unsurları itibarıyla oluşmadığı anlaşıldığından, sanığın müsnet suçtan beraatine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması,..." (Yargıtay 14. CD. Tarih: 24/09/2019, E: 2018/7624, K: 2019/11023) (UYAP'tan Alınmıştır).

³⁴⁰ KOCA ve ÜZÜLMEZ, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.334.; TEZCAN, ERDEM ve ÖNOK, s.375.; ÖZBEK, DOĞAN, BACAKSIZ ve TEPE, 376.

³⁴¹ TEZCAN, ERDEM ve ÖNOK, s.375.

³⁴² ÖZBEK, DOĞAN, BACAKSIZ ve TEPE, 376.

³⁴³ TANER, Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s.341.

görüşünde; “madde metninde ifadesini bulan fiili birlikte gerçekleştirmek” iradesi, eylemi bizzat icra etmek ile eylemi irtikap etmek ifadelerini toplayan bir üst başlık olarak kabul edilmelidir. Bu açıdan madde metninde tanımlanan tipik eylemin işlenişini bizzat birlikte gerçekleştiren kişilerle beraber tipik eylemin dışında olan fakat suçun gerçekleşmesi için zorunlu olduğu belirtilen davranışları gerçekleştiren kimseler de birlikte fail olarak değerlendirilmelidir. Ancak reşit olmayanla cinsel ilişki suçu, tipik eylemi oluşturan davranışlar bakımından bizzat işlenebilecek bir suç olması nedeniyle birlikte failliğe elverişli değildir.³⁴⁴

Faili, küçükle cinsel ilişkiye azmettiren veya ona bu hususta yardım eden, örneğin; cinsel ilişkinin gerçekleşmesini sağlamak için evini tahsis eden kişi³⁴⁵ ya da aracını tahsis eden kişi veya aracı ile mağduru failin evine taşıyan kişi yardım eden olarak sorumlu tutulacaktır. 18 yaşından büyük bir kişiyi, 15-18 yaş arasındaki çocuklarıyla cinsel ilişkide bulunmaya azmettiren anne veya baba, suça azmettiren kişiye örnek olarak verilebilir.³⁴⁶

Küçüğü cinsel ilişkiye ikna eden kişi ise bu davranışıyla failin fiilini mümkün hale getirebilmekte ve iştirak iradesiyle hareket etmektedir. Dolayısıyla mağduru ikna eden kişi, suçun icrasından önce faile yardımda bulunarak suçun icrasını kolaylaştırmaktadır.³⁴⁷

Birden fazla kişinin mağdur ile ardı ardına cinsel ilişkide bulunmaları halinde ise, bunların her biri suçun doğrudan failidir.³⁴⁸

Kanaatimizce de, kabul edilen cinsel ilişki tanımı ne olursa olsun aynı anda farklı failer tarafından aynı mağdurun farklı duhul noktalarından gerçekleştirilen cinsel ilişki eylemlerinde tek bir cinsel ilişki ve dolayısıyla tek bir eylemden bahsedilemeyeceğinden faillerin birlikte fail olarak sorumlu tutulmaları yerinde olmayacaktır. Bu durumda her bir fail kendi fiillerinin karşılığı uyarınca cezalandırılacaktır. Ayrıca iştirak halinde işlenen suçlarda uygulayıcılara önemli görevler düşmektedir. Her bir failin sorumluluk alanları ve aşamaları somut olay nezdinde TCK 61 vd. maddeleri uyarınca titizlikle belirlenmelidir. Şayet faillerin fiillerine karşılık olarak TCK’da hüküm altına alınmış yardım etme veya azmettirme halleri belirlenemezse ya da eksik belirlenirse faillerin olduğundan daha çok veya daha az cezalandırılmalarının önüne geçilemeyecektir. Uygulayıcıların mağdura yönelen her bir eylemi, kendisine has özel durumları göz ardı etmeksizin yorumlayıp, eylemlerin nitelik ve ağırlığına göre fail ve olay nezdinde somutlaştırılmasını sağlamaları gerekmektedir.

Biz fail konu başlığında ilgili suçun failinin 18 yaşından büyük biri olması gerektiği görüşünü savunduğumuzu belirtmiştik. Acaba 18 yaşından büyük, reşit bir failin fiiline katılan kişi 18 yaşından küçük bir çocuk ise burada nasıl davranılacaktır?

³⁴⁴ KÖKSAL, s.711.

³⁴⁵ KOCA ve ÜZÜLMEZ, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.334.

³⁴⁶ TANER, Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s.341.

³⁴⁷ KOCA ve ÜZÜLMEZ, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.334.

³⁴⁸ KOCAOĞLU, s.428.; TEZCAN, ERDEM ve ÖNOK, s.375.; ÖZBEK, DOĞAN, BACAKSIZ ve TEPE, 376.

18 yaşından küçük bir çocuk suçun işlenişine yetişkin bir faili azmettirme ya da faile yardım etme niteliğindeki eylemler ile katılmışsa TCK md. 40 uyarınca iştirak ettiği fiilin yardım etme veya azmettirme boyutunda sorumlu tutulacaktır.

2.5.3. İçtima

TCK’da ya da özel kanunlarda yer alan suç tiplerinin hepsinde olduğu gibi, reşit olmayanla cinsel ilişki suçu özelinde cinsel dokunulmazlığa karşı suçlarda da, failin işlediği suçların çokluğunda cezalandırmanın hangi şekilde yapılacağını kanunlarda tanımlanan “içtima kuralları” belirler. Ancak, TCK m. 104 bakımından cinsel ilişkide rızanın varlığından dolayı reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun diğer suç tipleriyle birlikte işlenebilmesi, mevcut istisnai bir takım hükümler (normlar) haricinde mümkün değildir. Bu yüzden reşit olmayanla cinsel ilişki suçu ile cinsel saldırı ve cinsel istismar suçları birlikte işlenemez.³⁴⁹

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçu “mağdurun rızası” üzerine işlenebilen bir suç tipi olduğu için iradeyi kaldıran ya da fesada uğratan “tehdit, cebir, işkence, eziyet ve şantaj” gibi suçlarla meydana gelmez. Zira daha önce rıza bölümünde detaylı bir şekilde açıkladığımız gibi “cebir, tehdit, hile” vb. bir davranışa başvurularak mağdur ile cinsel ilişkinin gerçekleşmesi halinde, reşit olmayanla cinsel ilişki suçu değil çocukların cinsel istismarı suçu oluşur.³⁵⁰

TCK’nın 234’üncü maddesinde “çocuğun kaçırılması ve alıkonulması” suçu düzenlenmiştir. 3’üncü fıkrasında da; kanuni temsilcisinin bilgisi ve rızası olmaksızın evden ayrılan çocuğu, rızası bulunsa dahi yanında tutan kişinin tipik fiile uyan bir davranış gerçekleştirdiği ve dolayısıyla cezalandırılacağı hüküm altına alınmıştır. Dolayısıyla hükümde belirtilen şekilde evi terk etmiş olan çocuğu yanında tutan ve onunla rızasıyla cinsel ilişkiye giren kişi hem reşit olmayanla cinsel ilişki suçundan hem de TCK’nın 234/3’üncü maddesinde yer alan suçtan sorumlu olur.³⁵¹ Başka bir deyişle rıza, her iki suç tipini de hukuka uygun hale getirmez. İki suçun birlikte işlendiği hallerde şartları varsa gerçek içtima hükümleri uygulanmalıdır.

TCK’nın 116’ncı maddesinde düzenlenen “konut dokunulmazlığının ihlali” suçu ile reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun birlikte işlenebilmesi ihtimalini değerlendirdiğimizde; evlilik birliğinde aile bireylerinden herhangi birinin ya da konutun birden fazla kişi tarafından birlikte kullanılması durumunda konutta yaşayanlardan her birinin rızası ile konuta giren kişiler açısından konut dokunulmazlığının ihlali suçu oluşmayacaktır. Mağdurun da ailesi ile birlikte yaşadığı eve failin girmesi durumunda normal şartlar altında konut dokunulmazlığının ihlali suçu oluşmaz. Ancak fail mağdurun rızasıyla girmiş olduğu konutta mağdur ile cinsel ilişki gerçekleştirmiş ise, TCK m. 116/3 uyarınca; mağdurun, faili konutuna alması noktasında göstermiş olduğu rıza iradesi meşru bir amaca yönelik olmadığı için fail yönünden gerçek içtima kuralları uygulanmalıdır.

³⁴⁹ KOCAOĞLU, s.421.

³⁵⁰ KOCAOĞLU, s.422-423.

³⁵¹ TANER, Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s.342.

Dolayısıyla fail şartları varsa, her iki suç yönünden cezalandırılacaktır.³⁵² Ancak 15-18 yaş aralığında bulunan mağdurun faili, ailesi ile birlikte yaşadığı konuta davet ettiği ve konutta fail ile cinsel ilişkiye girmeksizin rızası ile cinsel ilişki dışında diğer cinsel davranışların yaşandığı bir olayda, 15-18 yaş aralığındaki çocuğun cinsel ilişki dışındaki diğer cinsel davranışlara rıza göstermesi TCK'nın rızaya atfettiği meşru rıza kapsamında kaldığından, failin, mağdur ile yaşadığı cinsel ilişki dışındaki diğer cinsel davranışlar herhangi bir suç teşkil etmediğinden, mağdurun rızası meşru bir amaç kapsamında gösterilmiş rıza olarak kabul edilecektir. Dolayısıyla konut dokunulmazlığının ihlali suçu da reşit olmayanla cinsel ilişki suçu da oluşmayacaktır.

Cinsel ilişkinin üstsoy tarafından gerçekleştirildiği hallerde, fiil TCK'nın 104'üncü maddesinin 2'inci fıkrasındaki suçun yanı sıra, TCK'nın 232'inci maddesindeki aile efradına kötü muamele suçunu da oluşturur. Bu gibi hallerde konunun farklı neviden fıkri içtima hükümleri çerçevesinde değerlendirilmesi gerekir.³⁵³ Taner ise bu görüşe katılmayarak; rızayla cinsel ilişkiye girme davranışının kötü muamele olarak nitelendirilmesinin mümkün olmadığını, eğer bu davranış bir suç teşkil edecekse o suçun enstest olduğunu, fakat TCK da böyle bir suça yer verilmediğini belirtmektedir.³⁵⁴

2.5.3.1.Zincirleme Suç

Bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda 15 yaşını tamamlamış çocukla birden fazla cinsel ilişkiye giren fail hakkında zincirleme suç hükümleri uygulanır.³⁵⁵ Aynı mağdura yönelik değişik aralıklarla gerçekleştirilen her bir cinsel ilişki ayrı bir suç oluşturur. Bunlar aynı suç işleme kararına bağlı ise zincirleme suç hükümlerinin uygulanması yoluna gidilir.³⁵⁶ Ancak zincirleme suç hükümlerinin uygulanması için suçların aynı mağdura karşı işlenmesi zorunluluğuna bağlı olarak değişik kişilere karşı işlenen suçlar aynı suç işleme kararına bağlı olsa bile zincirleme suç kuralları uygulanmaz ve her bir kişiye karşı işlenen suçtan dolayı fail ayrı ayrı cezalandırılır.

Yargıtay'a göre araya kast yenilenecek kadar süre girerse zincirleme suç değil yeni bir suç oluşur.³⁵⁷ Yani Yargıtay, failin mağdur ile gerçekleştirdiği cinsel ilişki eylemlerinin arasındaki sürenin uzunluğuna dikkat çekerek sanığın mağdur ile ikinci kez girmiş olduğu cinsel ilişkinin birincisinin devamı olmadığını, başka bir deyişle sanığın tek bir suç işleme kararına dayanarak ikinci kez mağdur ile cinsel ilişki yaşamadığını, sanığın ilk cinsel ilişkiden sonra mağdur ile yeniden cinsel ilişkiye girme konusunda ikinci kez yeni bir karar aldığını ve bunun da sanığın suç kastını yenilediğini gösterdiğini ifade etmiştir.

Kanaatimizce, Yargıtay'ın "suç kastının yenilendiği" gerekçesiyle failin iki ayrı suçtan cezalandırılması gerektiğine hükmettiği karar yerinde bir karardır. Çünkü fail ile mağdurun ilk cinsel ilişki tarihleri 2009 yılı Mart ayı olmasına rağmen ikinci kez 2010

³⁵² KOCAOĞLU, s.424.

³⁵³ KOCA ve ÜZÜLMEZ, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.334.; bkz. aynı görüşte ÖZBEK, DOĞAN, BACAĞIZ ve TEPE, s.376-377.

³⁵⁴ TANER, Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s.342.

³⁵⁵ KOCA ve ÜZÜLMEZ, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.334.

³⁵⁶ TEZCAN, ERDEM ve ÖNOK, s.375.

³⁵⁷ Yargıtay 14. CD Tarih:10/11/2014, E:2013/2402, K:2014/12359.; KOCAOĞLU, s.427.

yılı Ocak ayında cinsel ilişkiye girmişlerdir. Her ne kadar “bir suç işleme kararının icrası kapsamı” ifadesi, süreyle sınırlanabilecek bir kavram olarak görülemez ise de olayda failin hangi saikle yeniden mağdur ile cinsel ilişkiye girmek istediğini, tek bir suçun işlenmesi kararının icrası kapsamında açıklaması ve bunu gerekçelendirebilmesi mümkün gözükmemektedir. Aksi takdirde fail tarafından değişik aralıklarla mağdura yönelen ve suç teşkil eden tüm davranışlar tek bir suçun icrası kapsamında değerlendirilerek adaletten sapmaya ve failin az cezalandırılmasına yol açabilecektir. Gerçekten de uygulayıcılar açısından aynı mağdura aynı fail tarafından yöneltilen tipik hareketlerin her birinin kast yenilenmesi sonucunda gerçekleşip gerçekleşmediğini değerlendirmek çok zor olsa da bu vb. durumlarda mağdurun iradesi ve bayanları ile olayın oluş şekli, iki veya daha fazla gerçekleşen olaylar arasındaki süre, birinci eylemden sonraki eylemlerin herhangi bir plan kapsamında olmaksızın ani bir kararla yahut bir anda gerçekleşip gerçekleşmediğinin yorumlanması ve bu kriterler uyarınca bir kanıya varılması önem arz etmektedir. Örneğin; 14 yaşındaki bir mağdur ile failin mağdur henüz 15 yaşına girmezden evvel 20 gün içerisinde mağdurun rızasıyla farklı gün ve tarihlerde dört defa cinsel ilişki gerçekleştirdikleri daha sonra araya 19 aylık bir süre girdikten ve mağdur 15 yaşını tamamladıktan sonra tekrar fail ile bir ay içerisinde rızasıyla altı defa cinsel ilişki gerçekleştirdikleri bir olayda fail hangi suçlardan nasıl cezalandırılabilecektir? 15 yaşından küçük mağdurların cinsel ilişkiye göstermiş oldukları rızaya hukuken bir değer atfedilmediğinden failin mağdur ile mağdur 15 yaşını tamamlamadan gerçekleştirmiş olduğu cinsel ilişkiler çocuğun cinsel istismarı suçunu oluşturacaktır. Failin aynı eylemi aynı mağdura karşı dört defa ve 20 günlük süre zarfında gerçekleştirdiği göz önüne alındığında, diğer kriterler ve şartlar da uygunsa, eylemlerin aynı suç işleme kararının icrası kapsamında olduğu değerlendirilerek faile zincirleme çocukların cinsel istismarı suçundan ceza verilmelidir. Ancak mağdur 15 yaşına girdikten sonra fail ile mağdurun yaşadıkları cinsel ilişki mağdurun rızasıyla gerçekleştiğinden suç reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu oluşturacaktır ve failin bir aylık sürede mağdur ile altı defa yaşamış olduğu cinsel ilişki eylemler arasındaki süre, oluş şekli ve mağdurun rızası birlikte değerlendirildiğinde, aynı suçun icrası kapsamında olduğu kabul edilecek ve faile zincirleme reşit olmayanla cinsel ilişki suçundan ceza verilecektir. Ancak zincirleme şekilde çocukların cinsel istismarı suçunu oluşturan failin eylemleri ile reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu oluşturan failin eylemleri arasında uzunca bir süre bulunduğundan her iki eylem aynı suçun icrası kapsamında kalan eylemler olarak nitelendirilemez. Şayet olayda mağdur 15 yaşını tamamladıktan sonra fail ile birden fazla kez cinsel ilişkiye girmiş olup daha sonra fail ile girmiş olduğu cinsel ilişkiye bir yıl kadar ara verdikten sonra tekrar fail ile birden fazla kez cinsel ilişki yaşamış olsaydı sonuç yine değişmeyecekti. Yani fail, birden fazla kez mağdur ile girmiş olduğu cinsel ilişkiye bir yıl ara verilmeden önceki eylemleri açısından zincirleme şekilde reşit olmayanla cinsel ilişki suçundan cezalandırılacaktı ve fakat cinsel ilişkiye bir yıl ara verdikten sonra tekrar gerçekleştirdiği cinsel ilişkilerden dolayı yeniden Yargıtay’ın kast yenilenmesi gerekçesi göz önüne alındığında ayrı bir zincirleme şekilde reşit olmayanla cinsel ilişki suçundan cezalandırılacaktı.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

SUÇUN BENZER SUÇ TIPLERİ İLE MUKAYESESİ, SORUŞTURMA VE KOVUŞTURMA USULÜ İLE YAPTIRIM

3.1. Suçun Benzer Suç Tipleri İle Mukayesesi

TCK'nın Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar Bölümünde düzenlenen Cinsel Saldırı, Çocukların Cinsel İstismarı ve Cinsel Taciz suçları ile tezimizin konusunu oluşturan Reşit Olmayanla Cinsel İlişki suçunun farklılıklarını her bir suç tipi açısından ayrıca değerlendirip, genel itibariyle diğer suçların da bir takım özelliklerine yer vereceğiz.

3.1.1. Cinsel Saldırı Suçu (TCK m. 102) İle Karşılaştırma

Cinsel Saldırı suçu³⁵⁸, 5237 sayılı TCK'nın 102'inci maddesinde düzenlenmiştir. Reşit Olmayanla Cinsel İlişki suçunda bir takım değişiklikler öngören 6545 sayılı Kanun Cinsel Saldırı suçu açısından da bir kısım değişiklikler içermektedir. 6545 sayılı Kanun'un 58'inci maddesi, ilgili suçu söz konusu değişikliklerle yeniden düzenlemiştir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki TCK'nın 102'inci maddesinde düzenlenen Cinsel Saldırı suçu, 765 sayılı TCK'da, "*Irza tasaddi, ırza geçme ve sarkıntılık*" suçlarının karşılığıdır.³⁵⁹

Kanun sistematğinde failin eylemi üç ayrı şekilde tanımlanmış, birinci tanımda cinsel davranışlarla bir kimsenin vücut dokunulmazlığının ihlal edilmesi hali, ikinci tanımda cinsel davranışın sarkıntılık düzeyinde kalması hali, üçüncü tanımda ise filin vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi hali düzenlenmiştir. Fiilin, vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi hali suçun nitelikli hali olarak düzenlendiği gibi, 102'inci maddenin 3'üncü fıkrasında belirtilen haller de fail açısından nitelikli haller olarak kabul edilmiştir. 102'inci maddenin 4'üncü ve 5'inci fıkralarında suçun neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış halleri belirtilmiştir. 102'inci maddenin 2'inci fıkrasının 2'inci cümlesinde ise suçun nitelikli halinin eşe karşı işlenmesi durumunda soruşturma ve kovuşturmanın yapılmasının mağdurun şikayetine tabi olacağı hüküm altına alınmıştır.

Cinsel saldırı suçu ile korunması amaçlanan hukuki değer kişilerin cinsel dokunulmazlığı ve cinsel özgürlüğüdür.³⁶⁰ Bu suç yetişkinlere karşı işlenebilen bir suçtur. Çocuklara karşı sergilenen cinsel davranışlar TCK'nın 103'üncü maddesinde "*Çocukların Cinsel İstismarı*" suçu başlığı altında düzenlenmiştir.

Suçun maddi konusu ve mağduru, yalnızca yaşayan bir insan olabilir. Madde de düzenlenen fiillerin ölümler üzerinde gerçekleştirilmesi halinde, TCK'nın 130/2

³⁵⁸ TCK Madde 102- (Değişik: 18/6/2014-6545/58 md.)

³⁵⁹ KILIÇ, s.180.

³⁶⁰ Pınar MEMİŞ KARTAL, Türk Ceza Hukukunda Cinsel Saldırı Suçu, Ceza Hukukunda Kadının Şiddete Karşı Korunması, (Editör: Nur CENTEL), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2013, s.95.; Durmuş TEZCAN, Mustafa Ruhan ERDEM ve Murat ÖNOK, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku 10. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2013, s.323-324.; KANTARCI, s.52.; TANER, Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s.80.

maddesinde düzenlenen “*Ölünün Hatırasına Hakaret*” suçu oluşacaktır.³⁶¹ Böylece suçun mağduru 18 yaşından büyük kadın veya erkektir.³⁶² Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda ise mağdur 15-18 yaş aralığında olan çocuktur.

Cinsel Saldırı suçunun faili kural olarak herhangi bir gerçek kişi olabilir. Yani fail erkek de kadın da olabilecektir. Reşit Olmayanla Cinsel ilişki suçunda ise fail çocuk olabileceği gibi yetişkin bir kişi de olabilir.³⁶³ Ancak ilerde açıklayacağımız üzere fail kanaatimizce 18 yaşından büyük bir kişi olmalıdır.

Cinsel Saldırı suçunun basit şeklini oluşturan hareket “*Cinsel davranışlarla vücut dokunulmazlığının ihlali*” olarak belirtilmiştir.³⁶⁴ Failin eyleminin dokunma niteliğini taşıyan cinsel hareketler olması gerekmektedir. Failin fiziksel bir temasını içermeyen eylemler, TCK’nın 105’inci maddesinde “*Cinsel Taciz*” suçu olarak tanımlanmıştır. 5237 sayılı Kanun’un ilk halinde failin eylemi “*cinsel davranışlarla bir kimsenin vücut dokunulmazlığının ihlali*” şeklinde tanımlanmışken 6545 sayılı Kanun ile 102’inci maddenin 1’inci fıkrasının 2’inci cümlesine “*cinsel davranışın sarkıntılık düzeyinde kalması*” hali eklenilmiştir. 6545 sayılı Kanun’un gerekçesinde ise sarkıntılık fiilinden ne anlaşılması gerektiği belirtilmiştir. Buna göre sarkıntılık fiilini, cinsel taciz suçundan ayıran temek etken fiziksel temastır. Başka bir deyişle sarkıntılık fiili; cinsel ilişki boyutuna varmayan, cinsel arzuları tatmin amacına yönelik mağdura fiziksel olarak temas eden ani hareketlerle yapılan cinsel davranışlar olarak tanımlanmaktadır.³⁶⁵ Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda ise hareket bizatihi cinsel ilişkiye girmektir, bu sebeple cinsel ilişki dışında kalan hareketler mağdurun rızasının varlığı ile doğru orantılı olarak suç teşkil etmeyecektir, mağdurun rızasının bulunmadığı haller ise TCK’nın 104’üncü maddesinde değil de çocukların cinsel istismarı başlıklı 103’üncü maddesinde düzenlenmiştir.³⁶⁶

³⁶¹ TANER, Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s.80-81.; Nevzat TOROSLU, Ceza Hukuku Özel Kısım, 8’inci Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara Eylül 2015, s.80-81.

³⁶² TANER, Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s.83.; KANTARCI, s.52.; SONER BAYKAL, s.30.

³⁶³ TANER, Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s.90.; Bizim bu konudaki kanaatimiz için bkz, Fail Konu Başlığı

³⁶⁴ Doğan SOYASLAN, Ceza Hukuku Özel Hükümler 10. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara Ekim 2014, s.237.; İhsan AKÇİN, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, Yargıtay Dergisi, Cilt:32, Sayı:1-2, Ocak-Nisan 2006, s.104.

³⁶⁵ Mehmet Emin ARTUK ve Mehmet Emin ALŞAHİN, Sarkıntılık Fiili, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 65(4), Ankara 2016, s.3249-3250.

³⁶⁶ “...Olay günü on yedi yaşındaki mağdurenin hukuken geçerli rızasıyla sanıkla birlikte kaçarak arkadaşının evine gitmesinin ardından burada bira içtikten sonra sanıkla cinsel ilişkiye girmesi, olaydan sonra emniyete müracaat etmeksizin sanığın ablasının evine gidip, sonradan emniyette verdiği ek ifadesinde sanığın kendisiyle zorla ilişkiye girmediğini beyan etmesi, savunma ve tüm dosya kapsamı nazara alındığında, halihazırda şikayetin devam etmesi nedeniyle mağdure ile rızasıyla cinsel ilişkiye giren sanığın eyleminin 5237 sayılı TCK’nın 104/1. maddesinde düzenlenen reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu oluşturduğu gözetilerek bu suçtan mahkumiyeti yerine suç vasfının tayininde yanılığa düşülerek nitelikli cinsel saldırı suçundan beraatine karar verilmesi,

Kabule göre de;

Mahkemeye verilen kısa hüküm ile sonradan hazırlanan gerekçeli kararda cinsel ilişkinin, tarafların rızasıyla olduğu veya delil yetersizliği gerekçelerinden birinin tercih edilmesi gerekirken, her iki gerekçenin de aynı anda kabul edilerek karara yazılması suretiyle hükümde çelişkiye düşülmesi,

Cinsel saldırı suçunda mağdurun rızasının varlığı eylemi suç olmaktan çıkaracakken, reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda cinsel ilişkinin mağdurun rızasıyla gerçekleşmesi gerekmektedir.

TCK'nın 102'inci maddesinin 2'inci fıkrasının 2'inci cümlesinde suçun nitelikli halinin (fiilin vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi) eşe karşı işlenmesi durumu düzenlenmiştir. 765 sayılı TCK döneminde evliliğin, esas itibarıyla taraflara cinsel davranışlarda bulunma hakkı verdiği anlayışı benimsendiğinden suçun eşe karşı işlenmesi hali düzenlenmemiştir.³⁶⁷ 5237 sayılı TCK döneminde ise her ne kadar fiilin eşe karşı gerçekleştirilmesi hali suçun nitelikli hali olarak düzenlenen 2'inci fıkrada yer alıyor ise de, kanunda açıkça yazılmamasına rağmen kanaatimizce suçun temel hali de eşe karşı işlenebilecektir. Kanun koyucunun buradaki temel amacı, suçun temel şekli için öngörülen şikayet müessesinin eşlere karşı da tanınması ve evlilik içi cinsel davranışlara doğrudan müdahale edilmemesidir.³⁶⁸

Kanuna aykırı, katılan mağdure vekilinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görüldüğünden, hükmün 5320 sayılı Kanunun 8/1. maddesi gözetilerek 1412 sayılı CMUK'nın 321. maddesi uyarınca BOZULMASINA..” (Yargıtay 14'üncü Ceza Dairesi Tarih:25/06/2019, Esas: 2015/5898, Karar: 2019/10363) (UYAP'tan Alınmıştır);

“...Ancak; Mağdurenin aşamalarındaki istikrarlı ve samimi beyanları ile tüm dosya kapsamına göre; sanığın, mağdure ile tehdit etmek suretiyle cinsel ilişkiye girdiği, sanığın bu eylemlerini mağdurenin 15 yıl 5 aylık olduğu 2011 yılı yaz aylarından 19 yıl 9 aylık olduğu 2015 yılı Ekim ayına kadar devam ettirdiği, mağdurenin onsekiz yaşını doldurduğu tarihe kadar gerçekleşen eylemlerin çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçu kapsamında kaldığı, onsekiz yaşını ikmal ettikten sonraki eylemlerinin ise nitelikli cinsel saldırı suçunu oluşturduğu, buna göre, mağdurenin onsekiz yaşından küçük olduğu dönemde başlayıp onsekiz yaşını doldurmasından sonra da devam eden bu eylemlerle ilgili olarak sanığın daha ağır olan ve zincirleme surette gerçekleşen çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçundan eylemine uyan TCK'nın 103/2, 103/3-c, 43. maddeleri uyarınca cezalandırılmasına karar verilmesi gerektiği gözetilmeden, suç vasfının tayininde yanılgıya düşülerek reşit olmayanla cinsel ilişki suçundan mahkûmiyetine karar verilmesi, Eylemini öz kızına karşı TCK'nın 53/1-c. maddesindeki yetkinin kötüye kullanılması suretiyle gerçekleştirdiği anlaşılan sanık hakkında aynı Kanunun 53/5. maddesinin uygulanmaması, Kabule göre de;

Kayden 26.01.1996 doğumlu olan mağdurenin onsekiz yaşını 26.01.2014 tarihinde doldurduğu ve bu tarihte yürürlükte bulunup altı aydan iki yıla kadar hapis cezası öngören TCK'nın 104. maddesinin, 6545 sayılı Kanun ile değiştirilerek ceza miktarının arttırıldığı ancak bu düzenlemenin mağdurenin onsekiz yaşını tamamlamasından sonra 28.06.2014 tarihinde yürürlüğe girdiği gözetilmeden sanık hakkında 6545 sayılı kanunun ile değişik TCK'nın 104. maddesi uyarınca hüküm kurulması,

Kanuna aykırı, sanık müdafii ile O Yer Cumhuriyet Savcısının temyiz itirazları bu itibarla yerinde görüldüğünden, re'sen de temyize tâbi hükmün 5320 sayılı Kanunun 8/1. maddesi gözetilerek 1412 sayılı CMUK'nın 321. maddesi uyarınca BOZULMASINA...” (Yargıtay 14. CD. T:14/02/2017, E: 2016/7129, K: 2017/655) (UYAP'tan Alınmıştır); (Yargıtay Ceza Genel Kurulu, T: 11/10/2016, E: 2015/14-282, K: 2016/350) (UYAP'tan Alınmıştır).

³⁶⁷Selman DURSUN, Türk Ceza Hukukunda Cinsel Suçlara Genel Bir Bakış, Ceza Hukuku Dergisi, Seçkin Yayıncılık, Nisan 2014, Sayı:24, s.65.

³⁶⁸DURSUN, Türk Ceza Hukukunda Cinsel Suçlara Genel Bir Bakış, s.65.

3.1.2. Çocukların Cinsel İstismarı Suçu (TCK m. 103) İle Karşılaştırma

Çocukların Cinsel İstismarı suçu³⁶⁹ TCK'nın 103'üncü maddesinde düzenlenmiştir. Cinsel istismar suçu 6545 ve 6763 sayılı Kanun'lar ile ciddi değişikliklere uğramıştır.

Tezimizin konusunu oluşturan Reşit Olmayanla Cinsel İlişki suçu ile konusu bakımından en çok bağlantılı olan suç tipi çocukların cinsel istismarı suçudur. Çünkü her iki suç tipindeki mağdur kitle ve onlara yönelen eylemler birden çok yönüyle benzerlik arz etmektedir.

Madde metninin içeriği ve gerekçesine bakıldığında kanun koyucu, 15 yaşından küçük çocukların cinsel davranışlara karşı gösterdikleri rızaya hukuksal olarak bir geçerlilik tanımamıştır.³⁷⁰

Kanun koyucu eylemi nitelerken 103'üncü maddenin ilk cümlesinde “*çocuğu cinsel yönden istismar eden kişi*” ibaresini kullanmıştır. Böylece çocuklara yönelen cinsel davranışlar “*cinsel saldırı*” olarak tanımlanmayıp, istismar terimi kullanılmıştır.

Cinsel istismar suçunda korunması amaçlanan hukuksal yarar cinsel özgürlük yanında, özellikle mağdurun erken cinsel deneyimden uzak tutulması ve bu yolla çocuğun engelsiz biçimde cinsel gelişiminin korunması olarak belirlenmiştir.³⁷¹ Suçun hukuki konusu, üzerinde cinsel istismar eylemleri gerçekleştirilen çocuğun vücudu³⁷² ve cinsel dokunulmazlığıdır. Suçun faili herkes olabilir. Madde metninde failin yaşı ile ilgili herhangi bir kısıtlama bulunmamaktadır. Suçun maddi unsuru, çocuğun cinsel yönden istismar edilmesidir.³⁷³ Reşit Olmayanla Cinsel İlişki suçu şikayete tabi iken; Çocukların Cinsel İstismarı suçu re'sen takip edilen suçlardandır. Suçun maddi konusu ve mağduru ise çocuklardır.³⁷⁴ Ancak kanun koyucu çocuklar açısından ikili bir ayırım yapmıştır. Buna göre cinsel istismar deyiminden;

- a) 15 yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş çocuklara karşı gerçekleştirilen her türlü cinsel davranış
- b) Diğer çocuklara karşı sadece cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilen cinsel davranışlar

anlaşılır, denilerek cinsel istismarın tanımı yapılmıştır.

Böylece 15 yaşını tamamlamayan çocuklara karşı gerçekleştirilen her türlü cinsel davranış cinsel istismar olarak anlaşılacaktır. 15 yaşından büyük 18 yaşından küçük ve fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmiş çocuklara karşı ise sadece cebir, tehdit, hile veya iradelerini etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilen cinsel davranışlar istismar olarak kabul edilecektir. Buna göre mağdur, 15-18 yaş

³⁶⁹ TCK Çocukların cinsel istismarı Madde 103- (Değişik: 18/6/2014-6545/59 md.)

³⁷⁰ KANTARCI, s.61.

³⁷¹ TEZCAN, ERDEM ve ÖNOK, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, s.358.

³⁷² Mahmut KOCA ve İlhan ÜZÜLMEZ, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Adalet Yayınları, Ankara 2017, s.331.

³⁷³ Fatma AYRAL, Çocukların Cinsel İstismarı ve Bu Suçla Mücadele, Yalın Yayıncılık, İstanbul 2010, s.1-3.

³⁷⁴ TANER, Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s.269.

aralığında olup, fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayabilecek seviyede ise ve cebir, tehdit, hile veya sair haller olmadan cinsel ilişki gerçekleşmiş ise reşit olmayanla cinsel ilişki suçu oluşacaktır. Ancak mağdur 15-18 yaş aralığında olup, rızası hilafına gerçekleşen cinsel davranışlar mevcut ise cinsel istismar suçu söz konusu olacaktır. 15 yaşından küçük çocuklara karşı ise gerçekleştirilen her türlü cinsel davranış cinsel istismar olarak kabul edilecektir. Her türlü cinsel davranış kavramının ne olduğu, bu kavramın bedensel temas içermeyen hareketleri de kapsayıp kapsamadığı hususu tartışmalıydı. Doktrindeki bir görüşe göre, cinsel istismarın oluşabilmesi için fiziksel bir temas şart olmayıp, çocuklara karşı işlenen her türlü cinsel davranış, cinsel istismar suçunu oluşturacak idi.³⁷⁵ Bu görüşe göre cinsel taciz suçunun çocuklara karşı işlenmesi mümkün değildi.³⁷⁶ Diğer bir görüşe göre ise çocukların cinsel istismarı suçunun oluşabilmesi için failin mağdura yönelen fiziksel ve bedensel teması şart olup, fiziksel temas içermeyen cinsel davranışlar cinsel taciz suçunu oluşturacaktı.³⁷⁷ Kanun koyucu, 6545 sayılı Kanun'un 61'inci maddesinde çocukların, cinsel taciz suçunun mağduru olabileceklerine dair bir hüküm ekleyerek tartışmalara son vermiştir.

6545 sayılı Kanun ile TCK'nın 102'inci maddesi için öngörülen cinsel saldırının sarkıntılık düzeyinde kalması hali TCK'nın 103'üncü maddesi için de öngörülmüştür. Sarkıntılık fiili hakkında, bir önceki başlık olan cinsel saldırı suçu ile mukayesede ayrıntılı açıklama yapıldığından burada tekrar değinilmeyecektir.

Çocukların Cinsel İstismarı suçunu düzenleyen TCK'nın 103'üncü maddesinin 2'inci fıkrasında; cinsel istismarın vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi hali suçun nitelikli şekli olarak öngörülmüştür. 103'üncü maddenin 3'üncü fıkrasında belirtilen haller ise suçun diğer nitelikli şekillerini oluşturmaktadır.

Yukarıda da kısaca bahsedildiği üzere reşit olmayanla cinsel ilişki suçu, çocukların cinsel istismarı suçu ile benzerlikler arz ettiğinden uygulamada birbirine karıştırılabilmektedir. Uygulayıcılar her iki suç açısından en temel ölçüt olan mağdurun rızası üzerinde ayrıca bir değerlendirme yapmak ve sonuç ceza itibarıyla birbirinden çok farklı neticelere yol açabilecek her iki suçu, unsurları açısından iyice irdelemek zorundadırlar. Aksi takdirde failerin işlemedikleri ya da işlediklerinden daha ağır ceza öngören suçlarla karşı karşıya bırakılması problemi ortaya çıkacaktır.³⁷⁸

³⁷⁵ Murat KAYA, Çocuğun Cinsel İstismar Suçunda Vücuda Temas Şartı Var mıdır?, Terazi Hukuk Dergisi, Yıl:5 Sayı:52, Aralık 2010, s.107.; KANTARCI, s.65.

³⁷⁶ KANTARCI, s.65.

³⁷⁷ ÜNVER, Cinsel Dokunulmazlığa ve Genel Ahlak Karşı Suçlar, s.313.; TANER, Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s.287.; Denizhan HOROZGİL, Çocukların Cinsel İstismarı Suçunun Basit Şekli, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Yı:2011, Sayı:93, s.122-123.

³⁷⁸ "...Mağdure D.'nin bütün ifadelerinde, sanığın bıçakla tehdit ederek zorla kendisiyle birden çok cinsel ilişkiye girdiğini iddia ettiği, ancak sanık hakkında reşit olmayanla cinsel ilişki suçundan TCK'nın 104/1. maddesi uyarınca cezalandırılması istemiyle Ömerli Sulh Ceza Mahkemesi'ne kamu davasının açıldığı ve yapılan yargılama sonucunda sanığın TCK'nın 104/1, 43/1, 62/1. maddeleri uyarınca cezalandırılmasına karar verildiği, Ömerli Sulh Ceza Mahkemesi tarafından düzenlenen gerekçeli kararda ise eylemlerin tehditle gerçekleşip gerçekleşmediğinin tartışıldığı, ancak mahkemenin zor ve tehdit iddiasını tartışmakla görev sınırını aştığı, zira cinsel ilişkinin cebir tehdit ve hile ile gerçekleştiğinin kabulü halinde, TCK'nın 103/2-4, 43/1. madde ve fıkralarında düzenlenen nitelikli cinsel istismar suçunun oluşacağı bu durumda; hükümden sonra 28.06.2014 tarihinde yürürlüğe giren ve cinsel dokunulmazlığa karşı suçlarda değişiklik yapan 6545 sayılı Kanun ile 02.12.2016 tarihinde yürürlüğe giren 6763 sayılı Kanunla yapılan değişiklikler

3.1.3. Cinsel Taciz Suçu (TCK m. 105) İle Karşılaştırma

Cinsel Taciz suçu³⁷⁹ 5237 sayılı TCK'nın 105'inci maddesinde düzenlenmiştir. 105'inci maddenin 1'inci fıkrası suçun temel şeklini, 2'inci fıkrası ise nitelikli hallerini hüküm altına almıştır. Diğer cinsel suçlarda değişiklik öngören 18/06/2014 tarihli 6545 sayılı Kanun'un 61'inci maddesi cinsel taciz suçunda da bir kısım değişiklikler öngörmüştür.

Cinsel taciz suçunun eski kanun dönemindeki karşılığının, 765 sayılı eski TCK'nın 421'inci maddesindeki “söz atma ve sarkıntılık” suçu olduğu belirtilmektedir. Ancak cinsel taciz suçunun vücuda fiziksel teması gerektiren eylemlerle işlenebilmesi mümkün değildir, bu yönüyle, 6545 sayılı Kanun ile TCK'ya yeniden giriş yapan “sarkıntılık fiili”,

sonrası öngörülen cezanın üst sınırı itibarıyla davaya bakma, delilleri değerlendirme ve suç vasfının tayini ile buna göre lehe kanunu belirleme görevinin üst dereceli Ağır Ceza Mahkemesine ait olduğu gözetilerek 5235 sayılı Kanunun 12 ve 5271 sayılı CMK'nın 4. maddeleri gereğince görevsizlik kararı verilmesinde zorunluluk bulunması,

Bozmayı gerektirdiğinden na aykırı, sanık ve O Yer Cumhuriyet Savcısının temyiz itirazları bu itibarla yerinde görüldüğünden, hükmün sair hususlar incelenmeksizin 5320 sayılı Kanunun 8/1. maddesi gözetilerek 1412 sayılı CMUK'nın 321. maddesi uyarınca BOZULMASINA...” (Yargıtay 14. CD. T:11/09/2019, E: 2016/1899, K: 2019/10758) (UYAP'tan Alınmıştır);

“...Olay günü on yedi yaşındaki mağdurenin hukuken geçerli rızasıyla sanıkla birlikte kaçarak arkadaşının evine gitmesinin ardından burada bira içtikten sonra sanıkla cinsel ilişkiye girmesi, olaydan sonra emniyete müracaat etmeksizin sanığın ablasının evine gidip, sonradan emniyette verdiği ek ifadesinde sanığın kendisiyle zorla ilişkiye girmediğini beyan etmesi, savunma ve tüm dosya kapsamı nazara alındığında, halihazırda şikayetin devam etmesi nedeniyle mağdure ile rızasıyla cinsel ilişkiye giren sanığın eyleminin 5237 sayılı TCK'nın 104/1. maddesinde düzenlenen reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu oluşturduğu gözetilerek bu suçtan mahkumiyeti yerine suç vasfının tayininde yanılgiya düşülerek nitelikli cinsel saldırı suçundan beraatine karar verilmesi,

Kabule göre de;

Mahkemece verilen kısa hüküm ile sonradan hazırlanan gerekçeli kararda cinsel ilişkinin, tarafların rızasıyla olduğu veya delil yetersizliği gerekçelerinden birinin tercih edilmesi gerekirken, her iki gerekçenin de aynı anda kabul edilerek karara yazılması suretiyle hükümde çelişkiye düşülmesi,

Kanuna aykırı, katılan mağdure vekilinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görüldüğünden, hükmün 5320 sayılı Kanunun 8/1. maddesi gözetilerek 1412 sayılı CMUK'nın 321. maddesi uyarınca BOZULMASINA...” (Yargıtay 14. CD. T:25/06/2019, E: 2015/5898, K: 2019/10363) (UYAP'tan Alınmıştır);

“...Olayın intikal şekli ve zamanı, savunma ve tanık beyanları nazara alındığında, sanığa ait işyerinde çalışan on yedi yaşındaki mağdurenin, nitelikli cinsel istismara maruz kaldığını iddia ettiği ilk olaydan sonrada çalışmaya ve sanıkla görüşmeye devam ettiğinin beyanları ile tüm dosya içeriğinden anlaşılması karşısında, yaşanan cinsel ilişkilerin zorla gerçekleştiğine dair mahkumiyete yeter, her türlü şüpheden uzak, kesin ve inandırıcı delil bulunmadığı gözetilip, mevcut haliyle eylemlerin 5237 sayılı TCK'nın 104. maddesinde düzenlenen reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu oluşturması nedeniyle sanığın bu suçtan mahkumiyeti yerine, delillerin değerlendirmesinde yanılgiya düşülerek çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçundan cezalandırılmasına karar verilmesi,

Sanık hakkında kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan kurulan hümmün temyiz incelemesine gelince:

Mağdurenin, sanığın işyerinde çalıştığının ve rızasıyla işyerine gidip geldiğinin tüm dosya içeriğinden anlaşılması karşısında, olayda kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun kanuni unsurları itibarıyla oluşmadığı gözetilerek sanığın beraati yerine yazılı şekilde mahkumiyetine karar verilmesi,

Kanuna aykırı, sanık müdafisi ile O Yer Cumhuriyet Savcısının temyiz itirazları bu itibarla yerinde görüldüğünden, hükümlerin 5320 sayılı Kanunun 8/1. maddesi gözetilerek 1412 sayılı CMUK'nın 321. maddesi uyarınca BOZULMASINA...” (Yargıtay 14. CD. T:01/07/2019, E: 2019/2139, K: 2019/10483) (UYAP'tan Alınmıştır).

³⁷⁹ Cinsel taciz TCK Madde 105.

765 sayılı eski TCK dönemindeki sarkıntılık suçunu, cinsel taciz suçu yönünden tam olarak karşılamamaktadır.³⁸⁰

Cinsel taciz, kişinin vücut dokunulmazlığını ihlal niteliğini taşımayan cinsel davranışlar olarak tanımlanmaktadır.³⁸¹ Bir başka deyişle cinsel taciz, cinsel yönden, ahlak temizliğine aykırı olarak mağdurun rahatsız edilmesinden ibarettir. Tacizde bir incitcilik özelliğinin bulunması gerekir. Bu nedenle mağdurun kişisel ve sosyal durumunun göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Aynı zamanda davranışın küçültücü bir tarzda sergilenmesini aramak ta suçun yapısına uygun olur. O nedenle normal şekilde ve iki dost arasında söylenmiş ve reddedilmesi üzerine özür dilenmiş bir durumda suç kastının ayrıca değerlendirilmesi ve tipiklik unsurunun irdelenmesi gerekecektir.³⁸²

Bu suçun faili herkes olabilir. Suç, ayrı cinsler arasında olduğu gibi, aynı cinsler arasında da işlenebilir. Failin yaşının genel hükümler dışında bir özelliği bulunmamaktadır.³⁸³ Suçun mağduru da erkek veya kadın olabilir.³⁸⁴ 18/06/2014 tarihli 6545 sayılı Kanun'un 61'inci maddesinde bu suçun çocuklara karşı da işlenebileceği hüküm altına alınmıştır. Suçun manevi unsuru kasttır ancak failin cinsel amaç gütmesi gerekmektedir.³⁸⁵ Suçla korunması amaçlanan hukuki değer ise kişilerin cinsel dokunulmazlık ve bütünlüklerinin korunmasıdır.³⁸⁶

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda, rızaya dayalı bir cinsel ilişki (cinsel birleşme) mevcutken cinsel taciz suçunda bedensel temas içermeyen davranışlar bulunmaktadır. Örneğin, *“saniğin mağdureye yaklaşp hiçbir bedensel temasta bulunmaksızın cinsel organını çıkarıp oynatarak göstermekten ibaret eylemi cinsel taciz suçunu oluşturur.”*³⁸⁷ Cinsel taciz suçunda mağdurun rızasının bulunmaması gerekir. Mağdurun rızasının bulunması halinde suç oluşmayacaktır. Cinsel taciz suçunun da reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun temel şeklinde olduğu gibi soruşturulması ve kovuşturulması mağdurun şikayetine tabidir.³⁸⁸

³⁸⁰ Mehmet Emin ARTUK, Cinsel Taciz Suçu, Çalışma ve Toplum Dergisi, Sayı:2006/4, s.30.

³⁸¹ Gökhan TANERİ, Cinsel Suçlar, Bilge Yayınevi, Ankara 2014, s.147

³⁸² İsmail MALKOÇ, Yeni Türk Ceza Kanununda Cinsel Saldırı Suçları, Malkoç Kitapevi, Ankara 2005, s.162.

³⁸³ Osman YAŞAR, Hasan Tahsin GÖKCAN ve Mustafa ARTUÇ, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Cilt:3, Adalet Yayınevi, Ankara 2010, s.3456.

³⁸⁴ Ali PARLAR ve Meltem BANKO, 6545 sayılı Kanun ile Yapılan Değişiklikler Çerçevesinde Cinsel Suçlar, Adalet Yayınevi, Ankara 2014, s.346.

³⁸⁵ Ahmet GÜNDEL, 5237 Sayılı TCK'da Cinsel Saldırı-Cinsel İstismar, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2009, s.161.

³⁸⁶ Remzi GÜNDÜZ ve Veysel GÜLTAŞ, Cinsel Suçlar, Bilge Yayınevi, Ankara 2013, 3. Baskı, s.298.

³⁸⁷ Erdener YURTCAN, Yargıtay Kararları Işığında Cinsel Suçlar, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2009, s.93.; (Yargıtay 5'inci ceza Dairesi 04/06/2007 3731/4315)

³⁸⁸ *“...Sani hakkında cinsel taciz suçundan kurulan hükmün incelenmesinde;*

Oluş ve kabule göre, suç tarihinde onbeş-onsekiz yaş aralığında bulunan mağdurenin, okuldan öğretmeni olan sanık ile aralarında geçen duygusal yakınlaşma sonrası 2011 yılı Ocak ayında saniğin evinde rızaen cinsel ilişkiye girdiği tüm dosya içeriğinden anlaşıldığından mevcut haliyle kabul edilen eylemin 5237 sayılı TCK'nın 104/1. maddesinde düzenlenen reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu oluşturup, şikayetin altı aylık kanun süresinden sonra 14.10.2011 tarihinde yapılması nedeniyle açılan kamu davasının düşürülmesi yerine, dava konusu yapılmayan cinsel taciz suçundan mahkûmiyet hükmü kurulması...

3.2. Şikayet

3.2.1. Genel Açıklamalar

Suçlar kamu düzenini ihlal ettiklerinden re'sen soruşturmaya ve kovuşturmaya tabidirler. Kural re'sen takip olmakla birlikte, kanun koyucu değişik gerekçelerle bazı suçlar hakkında soruşturma ve kovuşturmanın yapılabilmesini şikayetin varlığına bağlı kılmıştır.³⁸⁹ TCK'nın 73'üncü maddesinde de şikayet müessesesi ve şartları geniş bir şekilde anlatılmıştır.

Bazı suçların soruşturulmasının veya kovuşturulmasının suçtan zarar görenin şikayetine bağlanması öğretide çeşitli gerekçelerle açıklanmaktadır. Ağırlık oluşturan görüşe göre, her suçun sosyal düzeni aynı derecede ihlal etmediği, kamu düzenini ağır bir şekilde ihlal eden suçların re'sen kovuşturulmasının gerekli olduğu, bu düzeni hafif şekilde ihlal eden fiillerin re'sen kovuşturulmasında kamu faydasının bulunmadığı öne sürülmektedir.³⁹⁰

Şikayet suçun tamamlanması için gerekli bir unsur değildir. Şikayetten bağımsız olarak suç tamamlanmıştır, ancak şikayet fail tarafından işlenilmiş olan söz konusu suç hakkında soruşturmaya veya kovuşturmaya başlanabilmesi için gerçekleşmesi gereken zorunlu bir şart olarak ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla bir suç işlendiği haberini alan soruşturma makamları takibi şikayete bağlı bir suçun bulunduğunu tespit ederlerse şikayet gerçekleşmeden soruşturmayı yürütemeyeceklerdir.

TCK m.73 uyarınca şikayet süresi, şikayete yetkili kişinin fiili ve faili öğrendiği tarihten itibaren altı aydır ve bu süre zaman aşımı süresini geçmemelidir. Şikayet süresi kesin bir süre olup, bu sürenin geçmesinden sonra şikayet hakkı kullanılamaz. Şikayete yetkili olanların başında suçtan zarar gören gelmektedir. Suçtan zarar gören kişi, işlenen suçla hakları ihlal edilen kişidir. Ancak şikayet hakkına sahip olanlar, suçtan doğrudan zarar görenlerdir. Önemle belirtmek gerekir ki, suç mağdurunun yanı sıra fiilden doğrudan zarar gören kişilerin de şikayet hakkına sahip oldukları kabul edilmektedir.³⁹¹ Tüzel kişilerin de şikayet hakkı vardır ve bunlar hakkında şikayeti yetkili organları gerçekleştirir.

Şikayet süresinin işlemeye başlaması için ilk olarak fiilin bilinmesi gerekmektedir. Esasen şikayette bulunabilmek için fiilden haberdar olmak yeterlidir. Ancak şikayet süresinin başlaması için fiilden haberdar olmakla birlikte failden de haberdar olmak gerekmektedir. Başka bir deyişle sürenin işlemeye başlaması için faili bilmek veya kim olduğunu öğrenmek gerekmektedir.

Şayet şikayet hakkına sahip birden fazla kişi mevcutsa herhangi birinin altı aylık süreyi geçirmesi diğerlerinin haklarını etkilemeyecektir. Suçun birden fazla mağduru varsa, her birinin şikayet hakkı diğerinden ayrıdır ve her biri diğerinden bağımsız olarak şikayet hakkını kullanabilecektir. Bunun sonucu olarak, şikayet süresi her bir hak sahibi

...Kanuna aykırı, sanık müdafii ile katılan mağdure vekilinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görüldüğünden, hükümlerin 5320 sayılı Kanunun 8/1. maddesi gözetilerek 1412 sayılı CMUK'nın 321. maddesi gereğince BOZULMASINA..." Yargıtay 14. CD. T: 18/12/2017 E: 2015/335, K: 2017/6502;

³⁸⁹ KOCA ve ÜZÜLMEZ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.372.

³⁹⁰ KOCA ve ÜZÜLMEZ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.372.

³⁹¹ KOCA ve ÜZÜLMEZ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.375-378.

bakımından birbirinden bağımsız olarak ayrıca işleyecektir. Bu husus şikayetten vazgeçme bakımından da geçerlidir.

İştirak halinde işlenmiş suçlarda sanıklardan biri hakkındaki şikayetten vazgeçme diğer sanıkları da kapsayacaktır. Ayrıca şikayetten vazgeçmeyi ilgili sanığında kabul etmesi gerekmektedir.³⁹²

Şikayetin yazılı şekilde yapılması gerekmele birlikte içeriğinin ne olacağına ilişkin TCK'da bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle şikayetin şahıstan şikayetçi olmak ve onun hakkında bir muhakeme yapılmasını talep iradesini yansıtan bir içeriğe sahip olması gerekmektedir.

CMK'nın 158'inci maddesinde ise ihbar ve şikayetin nasıl yapılacağı ile bazı özel halleri düzenlenmektedir. 15/08/2017 tarihli ve 694 Sayılı KHK'nın 145'inci maddesi ile CMK'nın 157'inci maddesinin 6'ncı fıkrası yeniden düzenlenmiştir. İlgili düzenleme; ihbar veya şikayetin soyut ve genel nitelikte olması halinde soruşturmaya yer olmadığına dair karar verilmesi gerektiğini ve bu kararların ayrı bir sistemde tutulacağını belirtmektedir.

CMK'nın 158/7'inci maddesinde suçun şikayete bağlı olduğunun kovuşturma evresinde anlaşılması halinde; mağdurun açıkça şikayetten vazgeçmediği takdirde yargılamaya devam olunacağı hüküm altına alınmıştır. Bu hükme göre; kovuşturma evresinde, suçun şikayete tabi olduğunun anlaşılması halinde, şikayet hakkı sahibine şikayetçi olup olmadığı sorularak, şikayetçi olduğunun öğrenilmesi üzerine yargılamaya devam olunmalıdır. Aksi halde yani kişi şikayetçi olmadığını açıkça belirtirse bu durumda davanın düşmesi kararı verilmelidir.

3.2.2. Şikayet Hakkının Kime Ait Olacağı Sorunsalı

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun kanuni düzenlemesinden dolayı şikayet hakkının kime ait olduğu konusu tartışmalıdır.

Suçtan zarar gören kavramı çoğu zaman suçun mağduruna karşılık gelirken, bazı suçlarda mağdur dışındaki kişilerin de hukuken korunan varlıkları veya menfaatleri zarar görmüş olabilir.³⁹³ Reşit olmayanla cinsel ilişki suçu bakımında da bir tarafta suçtan doğrudan zarar gören, cinsel ilişki fiili kendi vücudu üzerinde gerçekleştirilen mağdur, diğer tarafta ise suçtan dolaylı olarak zarar gören mağdurun velisi ya da kanuni temsilcisi bulunmaktadır. Bu suç bakımından şikayet hakkı sadece mağdura mı aittir? Yoksa mağdurun velisi veya kanuni temsilci de şikayet hakkını kullanabilecek midir?

Öğretide ileri sürülen ve ağırlık oluşturan görüşe göre, reşit olmayan kişi ile cinsel ilişkide bulunma suçunun soruşturma ve kovuşturması şikayete bağlı olup, bu suç

³⁹² “...mağdurenin babası müşteki Cemal'in 15.06.2011 tarihli savcılık beyanında Erdem hakkındaki şikayetinden vazgeçmesi ve 5237 sayılı TCK'nın 73/5. maddesi gereğince iştirak halinde işlenen suçlarda sanıklardan biri hakkındaki şikayetten vazgeçmenin diğerlerini de kapsamı nedeniyle anılan vazgeçme diğer sanık Emin'e de sirayet edeceğinden, her iki sanık yönünden davaların düşmesine ve sanık Erdem'in çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçuna konu eylemin ise reşit olmayanla cinsel ilişki suçu kapsamında kaldığı gözetilerek mahkûmiyetine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hükümler kurulması...” (Yargıtay 14. CD. Tarih: 24/06/2019, E: 2018/10052, K: 2019/10291) (UYAP'tan Alınmıştır).

³⁹³ TANER, Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s.343.

bakımından şikayet hakkına sahip olan kişi de 15 yaşını tamamlayan ve kendisi ile cinsel ilişkiye girilen mağdur çocuktur.³⁹⁴ Çünkü burada şahsa sıkı sıkıya bağlı bir hak söz konusudur. Şikayet konusunda mağdur ve veli arasında bir anlaşmazlık söz konusu olursa bu gerekçe ile mağdurun iradesi esas alınacaktır. Şikayet hakkı sahibi, şikayet hakkını TCK'nın 73'üncü maddesi hükümlerine göre kullanacaktır. TCK'nın 73'üncü maddesi uyarınca; müştekinin şikayet hakkını, fiili ve faili bildiği veya öğrendiği günden itibaren dava zaman aşımı süresini geçmemek kaydıyla altı ay içinde kullanması gerekir.³⁹⁵ Mağdur bu fiilin suç olduğunu cinsel ilişkiyi ilk yaşadığı andan itibaren biliyorsa, altı aylık şikayet süresinin bugünden itibaren başlaması gerekir. Ancak mağdur yaşadığı cinsel birlikteliğin suç olduğunu sonradan öğrenirse, altı aylık şikayet süresi mağdurun bunu öğrendiği günden başlar.³⁹⁶ Çünkü şikayet süresi hem fiilin hem de failin bilindiği ve öğrenildiği tarihten itibaren başlar.

Hafizoğulları ve Özen'e göre; suç kişilere karşı suçlar arasında yer almış olduğuna göre ana-babanın şikayet hakkından söz edilemez.³⁹⁷

Taner'e göre de; reşit olmayanla cinsel ilişki suçu, diğer cinsel özgürlüğe karşı suçlarla birlikte kişilere karşı suçlar arasında düzenlendiği için, şikayet hakkı yalnızca mağdura aittir, veli veya vasinin şikayet hakkı yoktur. Zira şikayet şahsa sıkı sıkıya bağlı bir haktır.³⁹⁸ 5237 sayılı TCK'da kanuni temsilcinin de doğrudan suçtan zarar gören olduğunu gösteren herhangi bir ifade yer almamaktadır. Kanunun sistematüğinden ve hükmün hukuki konusundan da böyle bir sonuç çıkartmak mümkün değildir. Bu suçun mağduru ancak 15-18 yaş arasındaki kendisine yönelik fiilin anlamını kavrayabilecek durumdaki bir çocuk olabileceğine göre, bu durumda olan bir çocuğun, şikayet hakkı bakımından fiil ehliyetine sahip olduğunun kabul edilmesi gerekir.

Ünver'e göre; TCK m.102 ve 105'te şikayet hakkını mağdurun kullanacağı açıkça düzenlenmesine karşılık, TCK m.104'te garip bir biçimde bu açık düzenlemeden kaçınılmıştır. Yargıtay TCK m.104'te düzenlenen rızası ile reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda 16 yaşındaki mağdurun şikayet hakkına sahip olduğunu ve onun şikayeti yoksa, şikayet olmaksızın açılan davanın düşürülmesi gerektiğine karar vermiştir. Bu içtihat birkaç açıdan hatalıdır; ilk olarak şikayet hakkı mağdura ait olmakla birlikte, 18 yaşını tamamlamayan kimseler için bu hakkı o hak sahibi değil kanuni temsilcisi kullanabilir. Somut vakada, mağdur şikayet etmese bile, kanuni temsilcisi şikayetçi olursa şikayet muhakeme koşulu var kabul etmek gerekir.³⁹⁹ Ünver'e göre, eyleme rıza ile şikayeti birbirine karıştırmamak gerekir. Rızanın bu suç bakımından bir hukuka uygunluk etkisi doğurmadığı suç tipinden açıkça görülmektedir. Diğer yandan, kanun koyucu mağdurun rızasına rağmen fiili şikayete bağlı olsa bile, suç olarak düzenlemekle birlikte, şikayet iradesinin başkası tarafından açıklanması gerektiğine vurgu yapmıştır. Aksi takdirde

³⁹⁴ TEZCAN, ERDEM ve ÖNOK, s.376.; ÖZBEK, DOĞAN, BACAKSIZ ve TEPE, s.377.; KOCA ve ÜZÜLMEZ, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.334.; YAŞAR, GÖKCAN ve ARTUÇ, s.3420.

³⁹⁵ ÖZBEK, DOĞAN, BACAKSIZ ve TEPE, s.377.

³⁹⁶ ÖZBEK, DOĞAN, BACAKSIZ ve TEPE, s.377.

³⁹⁷ HAFIZOĞULLARI ve ÖZEN, s.168-169.

³⁹⁸ TANER, Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s.344.

³⁹⁹ ÜNVER, Türk Maddi Hukukunda Cinsel Suçların Eleştirel Olarak İncelenmesi, s.49-50.

kanun koyucunun abesle iştigal ettiğini kabul etmek gerekir ki, kanun koyucu eğer şikayet hakkını kullanmayı mağdur çocuğa karşı tanımak isteseydi bunu madde metninde açıkça düzenlerdi. Yine, mevcut düzenleme karşısında şikayet hakkını mağdura tanımak, hakkın suiistimaline meşruluk kazandırma çabası olur ki, kabul edilemez. Bu nedenlerle yaşı küçük olan ve reşit olmayan bu kişinin adına şikayeti kanuni temsilcisinin yapabileceğini kabul etmek gerekir. Ayrıca suç küçüğe karşı işlenmekle birlikte yaralama vb. suçlardan farklı bir durum mevcut olup, reşit oluncaya kadar o şikayet hakkının kanuni temsilci tarafından kullanabilmesi veya bu suçun suç olmaktan çıkarılması düşüncesi benimsenmiyor ise suç re'sen kovuşturulan suç haline getirilmelidir.⁴⁰⁰

Özen'e göre ise; şikayet hakkı mağdur ile suçtan zarar görenin birleştiği durumlarda, sorun olmayacaktır. Şikayet hakkı mağdura aittir. Yani mağdurun veli ve vasisinin bulunmadığı durumlarda şikayet hakkı mağdurdadır. Mağdur ile suçtan zarar görenin farklılaştığı durumlarda, her ikisi de şikayet hakkına sahip olmalıdır. Mağdur ile kanuni temsilcisinin iradeleri çelişir ise mağdurun iradesine üstünlük tanınmalıdır.⁴⁰¹

Ayrıca önemle belirtmek isteriz ki; 6545 sayılı Kanun'un 60'ıncı maddesi ile maddeye eklenen 2'inci ve 3'üncü fıkra hükümleri kapsamında belirtilen failler tarafından reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun işlenmesi halinde 1'inci fıkra düzenlenmiş olan şikayet şartı aranmayacaktır. Bu düzenlemeler uyarınca, 2'inci ve 3'üncü fıkralardaki fiiller bakımından soruşturma ve kovuşturma re'sen gerçekleştirilecektir.⁴⁰²

Kanaatimizce, reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda şikayet hakkı, 15 yaşından büyük olup kendisi ile cinsel ilişkiye girilen mağdura ait olmalıdır. 765 sayılı kanun döneminde bu suç genel ahlak-adap ve aile düzenine karşı işlenen bir suç olarak düzenlenmişken, 5237 sayılı TCK döneminde bizzat kişilere karşı suçlar bölümünde ve mağdurların cinsel özgürlüklerine karşı işlenen bir suç olarak düzenlenmiştir. Dolayısıyla bu düzenleme uyarınca kanun koyucu burada genel ahlak ve adabın korunmasından ziyade bizzat mağdurun cinsel bütünlüğünün ve cinsel sağlığının korunmasını amaçladığından şikayet hakkının da bizzat mağdura ait olması gerekmektedir. Aksi halde ailenin bu suç bakımından şikayet hakkına sahip olduğunu düşünmek hem suçun TCK'da düzenlenme yerine ve düzenlenme amacına aykırılık teşkil edecek hem de mağdurun şahsına sıkı sıkıya bağlı bir hakkın bertaraf edilmesine neden olacaktır. Bilindiği gibi bu suçun mağduru 15 yaşını tamamlamış ve fiilin anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmiş olan kişidir. Suç açısından mağdurun algılama yeteneğinin gelişmiş olmasını aramak ve aynı zamanda mağdura şikayet hakkı tanımamak hukuk mantığına da ters düşmektedir. Ayrıca suçun mağdurunu korumak ve kollamak iç güdüsüyle hareket eden mağdurun velisine şikayet hakkı tanımak mağdurun iradesinin de somut olaya doğrudan ve özgür olarak yansımaya engel olacaktır. Suç rızaya dayalı bir suç olarak öngörüldüğü için mağdurun rızasızlık savı suçu çocukların cinsel istismarı suçuna dönüştüreceğinden soruşturmanın ve kovuşturmanın her aşamasında mağdurun beyanının özgür ve etkilenmemiş bir iradeyle savunmasına yansımaya gerekmektedir. Mağdur ile birlikte

⁴⁰⁰ ÜNVER, Türk Maddi Hukukunda Cinsel Suçların Eleştirel Olarak İncelenmesi, s.51.

⁴⁰¹ ÖZEN, s.331.

⁴⁰² ÖZBEK, DOĞAN, BACAKSIZ ve TEPE, s.378.

mağdurun veli ve vasisine şikayet hakkının birlikte verilmesi varsayımı da bizce kabul edilebilir değildir. Çünkü mağdurun şikayete dair iradesi ile mağdurun veli veya vasisinin şikayete dair iradelerinin çelişmesi ihtimalinde hangisinin iradesine neden dolayı üstünlük tanınacağı tartışmalı bir hale gelecektir. Bu ve yukarda açıklanan diğer nedenler gereğince mağdur, suçun hukuki konusunun ve hukuksal değerinin bizzat sahibi ve muhatabı olduğundan şikayet hakkını da bizzat kendisinin kullanması gerekmektedir. Yargıtay'ın da şikayet hakkı sahibinin bizzat mağdur olduğu yönünde ki kararları ağırlıktadır.

3.3. Uzlaştırma

Uzlaştırma kurumu, suç teşkil eden fiillerin arttığına dair istatistikler göz önüne alınarak değişen ve yenilenen toplumun ihtiyaçlarını daha iyi karşılayabilmek ve ceza hukuku mantığını toplumsal değişime uyarlayarak, nitelikleri kanunlarda açıkça belirtilen bazı uyuşmazlıkların henüz yargıya (mahkemelere) intikal ettirilmeden daha az bir zamanda, barışçıl yollar ile çözümlenebilmesi amacı ile hukukumuzda yerini almıştır.⁴⁰³

Uzlaşma, uzlaşma kapsamına giren bir suç nedeniyle, mağdur ve/veya suçtan zarar görenin sanık veya şüpheli ile ilgili kanunlar ve yönetmelikler uyarınca sonunda anlaşılmış veya anlaşmış olmalarını ifade eder.⁴⁰⁴

Uzlaştırma kurumu, 5275 sayılı CMK'nın 253, 254 ve 255'inci maddelerinde, 5395 sayılı ÇKK'nın 24'üncü maddesinde ve 05/08/2017 tarihinde, 30145 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren "Uzlaştırma Yönetmeliği" kapsamında detaylı olarak düzenlenmiştir.⁴⁰⁵

Uzlaştırmanın amacı, ceza adalet sisteminde, suçtan zarar görenin veya mağdurun yararlarının göz ardı edilmemesi, karşılanması, herhangi bir zararı oluşmuşsa zararının giderilmesi ve zararın onarımına öncelik verilmesidir. Failin, işlediği suç nedeniyle dış dünyada oluşturduğu zararın giderilmesi ve mağdur ile failin arasındaki yargılamaya konu olabilecek hukuki bir olayın bertaraf edilmesi, uzlaştırmanın asıl amacını oluşturmaktadır.

Bilindiği üzere genel itibariyle şikayete tabi suçlarda uzlaştırma yoluna gidilebilir. Soruşturulması ve kovuşturulması şikayete tabi olmayan suçlar bakımından uzlaştırma yoluna müracaat edilebilmesi için kanunda açıkça bir hükmün bulunması gerekmektedir. Uzlaştırma kapsamına giren bir suçun başka bir suç ile birlikte işlenmesi ihtimalinde o suç için uzlaşma yoluna gidilebilmesi için, o suçun da uzlaşma kapsamında kalan bir suç olması gerekmektedir. Aksi takdirde uzlaşma kapsamına giren suç için de birlikte işlenilme özelliğinden dolayı uzlaşma yoluna gidilemeyecektir.

⁴⁰³ Şeniz ANBARLI BOZATAY ve Avni Akın ÜRÜNAL, Ceza Muhakemesi Kanunu Kapsamında Uzlaştırma Kapsamına Giren Suçlar: Kurumsal ve Hukuksal Bir Değerlendirme, Yönetim Birimleri Dergisi, Cilt: 16, Sayı:32, Yıl:2018, s.329

⁴⁰⁴ Özge Tuçe GÖKALP, Ceza Usul Hukukunda Uzlaşma, Hukuk ve İktisat Araştırmaları Dergisi, Cilt:5, Sayı:1, Yıl:2013, s.22.

⁴⁰⁵ ANBARLI BOZATAY ve ÜRÜNAL, s.330.

Birden fazla kişinin birlikte mağdur olduğu yahut birden fazla kişinin suçtan birlikte zarar gördüğü bir suçtan dolayı mağdur yahut suçtan zarar görenlerin her birinin uzlaşmayı kabul etmesi ihtimalinde uzlaştırma yoluna gidilebilecektir.

Uzlaştırmanın yapılamaması halinde tekrar uzlaştırma yoluna gidilemeyecektir.

Uzlaştırmanın nasıl yapılacağı, şekli, süreleri, yasal başvuru yolları ve diğer hükümleri CMK'nın 253'üncü maddesinde ayrıntılı olarak belirtilmiştir.

3.3.1. Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu Bağlamında Uzlaşma

Takibi şikayete bağlı olan suçlar uzlaşmaya bağlıdır. CMK'nın 253'üncü maddesinin 3'üncü fıkrası uyarınca; soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlı olsa bile, cinsel dokunulmazlığa karşı suçlarda uzlaşma hükümleri uygulanmayacaktır. Dolayısıyla kanun sistematığında reşit olmayanla cinsel ilişki suçu da cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar arasında yer aldığından reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda uzlaşma hükümleri uygulanamayacaktır.

Uzlaşmaya ilişkin düzenlemeler 5237 sayılı TCK'nın 73/8'inci maddesinde ve CMK'nın 253'üncü maddesinde birlikte yer almaktaydı. Ancak 5560 sayılı Kanun ile TCK'nın 73/8'inci maddesi yürürlükten kaldırıldığından uzlaşmaya ilişkin düzenlemelerin tamamı CMK'nın 253'üncü maddesi içerisine alınmış ve 253'üncü maddenin 3'üncü fıkrasına da cinsel suçlarda uzlaştırmanın yapılamayacağına dair hüküm eklenilmiştir.⁴⁰⁶

Kanun koyucu, cinsel dokunulmazlığa karşı suçlarda, yakışsız pazarlıklara mahal vermemek ve uzlaşma hükümlerinin kötü emellere alet edilmesini engellemek amacıyla bu hükmü sevk etmiştir.⁴⁰⁷

3.4. Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması

Hükümün açıklanmasının geri bırakılması müessesesi CMK'nın 231'inci maddesinde düzenlenmiştir. 231'inci maddenin 6'ıncı fıkrasında ise hükümün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilebilmesi için gerekli şartlar belirlenmiştir. Buna göre; sonuç ceza miktarının iki yıl ve daha az süreli hapis veya adli para cezası niteliğinde olması, sanığın daha önce kasıtlı bir suçtan mahkum edilmemiş olması, yeniden suç işlemeyeceği hususunda kanaate varılması, sanığın kabul etmesi ve suçun işlenmesi sonucunda kamunun veya suçtan zarar görenin uğradığı zararın tamamen giderilmesi halinde sanık hakkında hükümün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilebilecektir.

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun temel şeklinin cezası TCK'nın 104'üncü maddesinde “iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası” olarak öngörülmüştür. Buna göre cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirmesi sonucu, mahkemenin takdiri ile sonuç ceza iki yıldan daha az ise diğer şartların da varlığı halinde sanık hakkında hükümün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilebilecektir.

⁴⁰⁶ KANTARCI, s.226.

⁴⁰⁷ KOCA ve ÜZÜLMEZ, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.335.

3.5. Görevli ve Yetkili Mahkeme

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun temel şeklinin tanımlandığı TCK madde 104/1’de iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası öngörüldüğünden, suçun temel şekli bakımından yetkili ve görevli mahkeme, cinsel ilişkinin gerçekleştiği yer Asliye Ceza Mahkemesi’dir.

Suçun nitelikli hali olarak düzenlenen TCK’nın 104/2 ve 104/3’üncü maddeleri bakımından, kanunda “on yıldan onbeş yıla kadar hapis cezası” öngörüldüğünden maddenin 2’inci ve 3’üncü fıkraları kapsamındaki fiiller hakkında yetkili ve görevli mahkeme reşit olmayanla cinsel ilişkinin gerçekleştiği yer Ağır Ceza Mahkemesi’dir.

Ancak davanın açılması konusunda uygulayıcılara, özellikle de iddianame tanzim etme yetkisine sahip olan Cumhuriyet Savcısı’na çok önemli bir görev düşmektedir. İddianame suçun açılacağı mahkeme türünü belirlediğinden, iddianamede şüphelinin eylemleri ile mağdurun fiile ilişkin rızasının somut olay özelinde ve Yargıtay kararları ile öğreti doğrultusunda tartışılması ve gerekçelendirilmesi gerekmektedir. Cumhuriyet Savcısı mağdurun gerçek yaşını tespit ettikten sonra mağdurun ilişkiye ilişkin rızasının özgür iradesine dayanıp dayanmadığını belirlemek zorundadır. Aksi takdirde mağdurun rızasızlığı kanaatine varılırsa suç çocukların cinsel istismarı suçuna dönüşecek ve kamu davası Ağır Ceza Mahkemesi’ne açılacaktır. Bu nedenle reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun soruşturma evresinde mağdurun rızası kavramı birincil öneme sahiptir. Çünkü suçun düğümlendiği, karmaşıklaştığı ve çözüme kavuşturmada zorlanıldığı en önemli husus mağdurun rızasının bulunup bulunmadığı ile mağdurun rızasının özgür iradesine dayanıp dayanmadığı sorunudur. Bu sorun, soruşturma evresinde aşılamadığı takdirde kamu davası yanlış mahkemeye açılmakta ve şüpheli sanık sıfatını Asliye Ceza Mahkemesi’nde alacakken Ağır Ceza Mahkemesi’nde almaktadır. Bu durum da ceza hukukunun en temel ilkelerinden olan lekelenmeme hakkının ihlaline vücut verecektir.

3.6. Zaman aşımı

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun TCK’nın 104/1’inci maddesinde tanımlanan temel şekli, TCK m. 66/1-e hükmü uyarınca sekiz yıllık zamanaşımı süresine tabidir. TCK’nın 104/2 ve 104/3’üncü maddelerinde tanımlanan nitelikli halleri bakımından ise TCK 66/1-d hükmü uyarınca onbeş yıllık zamanaşımı süresi geçerlidir.

TCK’nın 66/6’ıncı maddesine göre zamanaşımı teşebbüs halinde kalan suçlarda son hareketin yapıldığı günden ve zincirleme suçlarda son suçun işlendiği günden itibaren işlemeye başlayacaktır. Ayrıca reşit olmayanla cinsel ilişki suçu, çocuklara karşı üst soyları veya çocuklar üzerinde hüküm ve nüfuz sahibi olan kimseler tarafından işlendiği takdirde zamanaşımı süresi, çocuğun 18 yaşını bitirdiği günden itibaren işlemeye başlayacaktır. Fakat önemle belirtmek gerekir ki çocuklar açısından bu hükmün uygulanabilmesi için şikayet süresi içinde, şikayetin yapılmış olması şarttır. Söz konusu hüküm şikayet süresinin de aynı şarta bağlı olduğu anlamına gelmez.⁴⁰⁸ Zira şikayet süresi hak düşürücü bir süre olup, dava zamanaşımı süresinden tamamen farklıdır.

⁴⁰⁸ TANER, Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s.348.

3.7. Yaptırım

TCK'nın 104'üncü maddesinin 1'inci fıkrasına göre reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun temel şekli için öngörülen yaptırım iki yıldan beş yıla kadar hapis cezasıdır. Maddenin 2'inci ve 3'üncü fıkrasında tanımlanan nitelikli hallerin cezası ise on yıldan onbeş yıla kadar hapis cezasıdır.

Sonuç ceza olarak verilen mahkumiyet hükmü ile birlikte TCK'nın 53'üncü maddesinde yer alan hak yoksunlukları da uygulanacaktır.⁴⁰⁹

TCK'nın 3'üncü bölümünde cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesi halleri düzenlenmektedir. Buna göre uygulayıcılar her somut olay özelinde failin ve mağdurun suçtaki rollerini belirleyerek, suçun işleniş şekli ve diğer şartları göz önünde bulundurarak, sonuç cezayı belirleyeceklerdir.

3.8. İnfaz

Suç faillerinin sonuç ceza itibarıyla hapis cezasına çarptırıldığı ve haklarında tesis edilen hapis cezasının kesinleşmesi hallerinde hükümlünün infazına ilişkin düzenlemeler gündeme gelecektir. Tutukluların ve hükümlülerin infazına ilişkin düzenlemeler “Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun’unda” yer almaktadır. Dolayısıyla infaza ilişkin tespitler ve özel haller CGTİHK hükümlerine göre belirlenecektir.

⁴⁰⁹ KANTARCI, s.230.

SONUÇ

Dünyada ve özellikle de ülkemizde son yıllarda artış gösteren suç işleme oranları, Devletleri, suçun önlenmesi noktasında ciddi arayışların içerisinde sevk etmiştir. Kimi ülkeler kanunların sistematik dönüşümü ve suç tiplerinin değiştirilmesi yolunu tercih etmiş, kimileri cezaların caydırıcılığına atıf yapabilmek suretiyle ceza oranlarını artırmış, kimi ülkeler ise eğitim faaliyetlerinin alanlarını genişleterek, eğitim vasıtasıyla bazı önlemler almaya çalışmışlardır. Ancak bu önlemlerin hepsi de bütünüyle cezaların artış oranının önüne geçememiş gözükmektedir.

Özellikle Türk Ceza Yargısında suça sürüklenen çocuk diye adlandırdığımız çocuk suçlular ve mağdur çocuk diye adlandırdığımız, kendisine karşı suç işlenen çocukların sayısındaki artış da ciddi mahiyettedir. Öncelikle belirtmek isteriz ki, kanunlardaki suç tiplerini değiştirmek ve bununla bağlantılı olarak cezaları arttırmak, tek başına cezaların caydırıcılığı amacını yerine getiremeyecektir. Cezaların caydırıcı olması sadece kanunlardaki sonuç cezaların artırılması yöntemiyle sağlanamaz. Özellikle çocuklar arasında gittikçe yaygınlaşan erken cinsel deneyimin önüne geçilebilmesi için, onların çok yönlü eğitim ve terapi programlarına tabi tutulması ve bu tür eğitim programlarının da çocuk psikolojisi ve suç psikolojisi alanında uzmanlaşmış kişiler tarafından hazırlanması gerekmektedir. Ancak böyle nitelikli bir eğitim faaliyeti çocuğun suç işleme ve kendisine karşı işlenen suçu kabullenme psikolojisini gözler önüne serebilecektir.

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçu özelinde açıklayacak olursak, bu suçun mağdurları henüz 15-18 yaş aralığında bulunan ve kendisine yönelen cinsel davranışların anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmiş olan çocuklardır. Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda, fail tarafından mağdur çocuğa yönlendirilen fiil, cinsel ilişkidir. Yani mağdur özgür iradesiyle failin cinsel ilişki teklifini kabul ederek fail ile cinsel birliktelik yaşamaktadır. Suç psikolojisi, tam olarak da faili söz konusu suçu işlemeye iten nedenlerle, mağdurun bu suçu kabulüne ilişkin nedenler üzerinde çalışmaktadır. Ancak mağdurun içinde bulunduğu psikolojik, fizyolojik, sosyolojik, ruhsal vb. haller göz ardı edilerek sadece suç için amaçlanmış irade ve tespitlerle de bu suçun psikolojik irdelenmesi yapılamaz. Bu süreç bütün yönleriyle birlikte değerlendirilerek sorunlar tespit edilip, çözüme yönelik adımlar atılabilir. Bu bağlamda kanun koyucu da mağdur çocukları erken cinsel deneyimden uzak tutup, onların düzgün ve sağlıklı cinsel gelişimlerini amaçladığı için mağdur tarafından rıza gösterilen cinsel ilişkiyi Türk Ceza Kanunu'nda suç olarak ihdas etmiştir.

Reşit Olmayanla cinsel ilişki suçu, TCK'nın İkinci Kitabında yer alan "Kişilere Karşı Suçlar" kısmının "Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar" bölümünde yer almaktadır. Suçun kanunlardaki düzenlenme yeri suçun maddi ve hukuki konusunu tespit etmede yönlendiricidir. Buna göre 5237 sayılı TCK'da cinsel suçların bireyi hedef alan suçlar olduğu ve bizzat birey aleyhine işlendiği kabul edilmiştir. Dolayısıyla bireye karşı yönelen cinsel davranışlarla icra edilen reşit olmayanla cinse ilişki suçunun da mağdur çocuklar aleyhine işlendiği ve çocuğun cinsel bütünlüğü ile onun sağlıklı ve düzgün cinsel gelişimini hedef aldığı kabul edilmelidir. Bu nedenle, reşit olmayanla cinsel ilişki

suçu ile korunması amaçlanan hukuki değer çocuğun doğru ve düzgün cinsel gelişimi ile çocuğun cinsel bütünlüğüdür.

Kanaatimizce bu suçun faili 18 yaşından büyük bir kimse olmalıdır. Çünkü kanunda suç “reşit olmayanla cinsel ilişki” adıyla düzenlenmiştir. Suçun adı ilk bakışta reşit olan birinin reşit olmayan birisiyle cinsel ilişkisi olarak göze çarpmaktadır. Kanunların madde başlıkları içeriğin ayrılmaz bir parçası olduğundan madde başlığı ile vurgulanmak istenen mananın bu olduğunu düşünmekteyiz. Bu yorumda kanun koyucunun suçla korumak istediği hukuki değer de önemli bir rolü bulunmaktadır. Çünkü kanun koyucu çocukların sağlıklı cinsel gelişimini hedef aldığından nitelik olarak yaşça büyük kişilerin küçüklere karşı cinsel eylemlerini sınırlamak istemiştir. Anayasa Mahkemesi’nce iptal edilen 104’üncü maddenin 2’inci fıkrası da kanun koyucunun bu suç ile yukarıda belirtilen amacı güttüğünü doğrulamaktadır. Aksi düşünüldüğü zaman her ikisi 17 yaşında olup da rızalarıyla cinsel ilişki yaşayan çocukların hangisinin fail, hangisinin mağdur olacağı hangi kritere göre belirlenebilecektir?

Bu suçun failinin cinsiyeti açısından bir ayırım yapmak mümkün değildir. Kanaatimizce cinsel ilişki geniş yorumlanarak bu suçun bir kadın tarafından diğer bir kadına karşı işlenebilmesi mümkün olmalıdır. Aksi takdirde, kanun koyucunun madde metninde açıkça düzenlenmemiş olmasına rağmen kadınların bu suçun faili olamayacağını düşünmek Anayasa’nın eşitlik ilkesini düzenleyen hükümleri ile ceza hukukunun diğer temel ilkelerine aykırılık oluşturacaktır.

Mağdur ve failin her ikisinin de 15-18 yaş grubunda bulunan çocuklardan olması halinde gerçekleşen cinsel ilişkide mağdur ve fail kim olacaktır? Tartışmaya konu olan bu sorunun çözümü için kanunilik ilkesi uyarınca 5237 sayılı TCK’nın 104’üncü maddesine açıkça failin niteliklerini, cinsiyetini ve yaşını belirtir bir cümle eklenilmesi gerekmektedir. Bu cümle, kanun koyucunun suçla ulaşmak istediği amacı tam olarak karşılayan, tartışmalara, farklı yorumlara ve uygulamada farklılıklara yol açmaya elverişli olmayan bir cümle olmalıdır. Biz, bu suçun failinin 18 yaşından büyük olması gerektiğini savunduğumuzdan, kanuna bu suçun faili, “ancak 18 yaşını tamamlayan bir kişi olabilir” şeklinde bir cümle eklenerek sorun çözüme kavuşturulabilir.

Madde metninde mağdur çocuğun cinsiyetine ilişkin herhangi bir açıklama bulunmamaktadır. Biz bu durumda mağdurun erkek veya kız çocuğu olabileceğini kabul ediyoruz. Bu suç fail erkek tarafından mağdur erkeğe karşı, fail erkek tarafından mağdur kadına karşı, fail kadın tarafından mağdur erkeğe karşı ve fail kadın tarafından mağdur kadına karşı işlenebilecektir.

Kanun koyucunun mağdur için sınırları belirlerken yaş kriterini esas aldığını düşünmekteyiz. Çünkü bu yorum suçla korunmak istenen hukuki değere daha uygun düşmektedir. Aksi takdirde herhangi bir gerekçe ile mahkeme tarafından ergin kılınan bir çocuğun kendisine yönelen cinsel eylemler açısından bu suçun mağduru olamayacağını düşünmek kanun koyucunun suçla korunmasını amaçladığı hukuki menfaate hizmet etmeyecektir. Evlenmek suretiyle ergin olma açısından da ikili bir ayırım yapılması gayet yerindedir. Çünkü evliliğin her iki eşe yüklediği sorumluluklar, yükümlülükler olduğu gibi evlilikten kaynaklanan ve her iki eşin de kullanabileceği haklar da bulunmaktadır.

Evlilikten kaynaklanan haklar uyarınca, evlilik birliği içerisinde, rızayla gerçekleşen cinsel eylemlerin mağduru, evlenmek suretiyle ergin olan eş olamayacaktır. Burada evlenme, evlenmek suretiyle ergin olan eş açısından bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilecektir. Ancak ergin olan eşin, eşi haricinde başka bir kimseyle yaşamış olduğu cinsel ilişki evlilik birliği içerisinde gerçekleşen bir cinsel ilişki olmadığından bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilemeyecektir. Çünkü Medeni Kanun uyarınca, evlilik birliği içerisinde eşlerin cinsel olarak birbirlerinden tasarrufta bulunma hakları vardır. Ancak önemle belirtmek gerekir ki, evlilik birliği içerisinde rızayla gerçekleşen cinsel ilişkiler bu suç tipine uymaktadır. Eşlerin birinin rızası hilafına gerçekleşen cinsel davranışların ise TCK’da öngörülen diğer cinsel suçlar açısından değerlendirilmesi gerekmektedir. Kanun koyucunun madde başlığında “reşit olmayanla cinsel ilişki” ifadesini kullanıp, madde metninde 15 yaşını bitirmiş çocuk tabirini tercih etmesi tartışmalara yol açtığından, evlenmekle yahut yargı kararıyla rüştünü elde eden mağdurlar açısından suç tipi kanunilik ve belirlilik ilkeleri uyarınca yeniden düzenlenmeli ve 18 yaşından önce ergin kılınanlar açısından maddeye suç tipinin tam tespit edilebilmesi amacıyla net cümleler eklenilmelidir.

Kanaatimizce, mağdur açısından fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayabilme yeteneği belirsiz bir ölçüttür. Çünkü 15-18 yaş aralığındaki bir mağdurun sağlıklı cinsel gelişimi ve cinsel bütünlüğü korunmak istenirken mağdurdan suçun hukuki sonuçlarının ne anlama geldiğini bilmesi gerektiğini beklemek tutarlı değildir. Mağdurun kendisine yönelen cinsel davranışların yani suçun oluşması için işlenmesi gereken fiilin ne olduğunu bilmesi yeterlidir. Ayrıca 15-18 yaş aralığındaki akıl hastalığı vb. hallere duçar olan mağdurların algılama yeteneğinin olmadığını genel bir kalıpla kabul etmek de doğru olmayacaktır. Bizce, her somut olaya göre, uygulayıcılar hem soruşturma aşamasında hem de kovuşturma aşamasında bu durumu değerlendirmek ve özellik arz ediyorsa belgelemek zorundadırlar. Akıl hastalığının türleri bulunmakla birlikte, her akıl hastalığı türü, insanlarda aynı sonucu doğurmayacaktır. Bu yüzden akıl hastalığının türüne göre mağdurun, fiilin anlam ve sonuçlarını algılayabilme yeteneğine ilişkin bir bilirkişi raporu alınmalıdır. Bu raporda mağdurun rapor tarihine göre değil, suç tarihine göre değerlendirilmesi zorunluluk arz etmektedir. Ayrıca raporda, mağdurun fiilden ne anladığı, fiile göstermiş olduğu rızanın iradi bir rıza olup olmadığı ve mağdurun içinde bulunduğu akıl hastalığının türü ve mağdur üzerindeki etkileri detaylıca ve suç için somutlaştırılarak açıklanmalıdır.

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun hareket unsuru “ cinsel ilişkidir” Kanaatimizce, cinsel ilişki kavramı geniş yorumlanmalıdır. Kanun koyucunun suçla korumak istediği hukuki değer, suçun ihdas edilme amacı kabul edilerek yorumlar, mağdurun üstün yararı, cinsel bütünlüğü, cinsel dokunulmazlığı ve doğru ve düzgün cinsel gelişimi esas alınarak yapılmalıdır. Burada kanun koyucu, madde metninde sırf “cinsel ilişki” kavramını kullandı diye, mağdurun sağlıklı cinsel gelişimini daha fazla örseleyecek olan, sair bir organ ya da cisim sokma eylemlerini veya mağdurun ağız boşluğuna erkeklik organı sokma (oral ilişki) eylemlerini, madde metnini tam karşılamadığını gerekçe göstererek suç tipikliğinin dışında tutmak, suçun ihdas edilme amacına ters düşecektir. Yukarıda değişik bölümlerde bu suç tipinde kanuni boşluklar bulunduğunu, madde metninin

değiştirilmesi gerektiğini biz de vurgulamıştık. Ancak madde metni gerekçe gösterilerek cinsel ilişki kavramı dar yorumlanmamalı ve erkeklik organı sokma dışındaki diğer eylemlerin de bu suça vücut vereceği kabul edilmelidir.

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun konusunu, cinsel ilişkiye girilen küçüğün vücudu oluşturmaktadır

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçu, ancak kasten işlenebilir. Taksirle işlenme olanağı bulunmamaktadır. Suçun oluşması için genel kast yeterli olup, ayrıca özel kast aranmayacaktır.

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda mağdurun rızası, suçu hukuka uygun hale getiren bir hukuka uygunluk nedeni değil, aksine suçun oluşması için bulunması gereken bir unsurdur. Çünkü mağdurun, fail tarafından kendisine yönelen cinsel davranışlara karşı rızasızlık halinin bulunduğu durumlarda tipik eylem cinsel davranış olmasına rağmen suç reşit olmayanla cinsel ilişki suçu değil, çocukların cinsel istismarı suçu olacaktır. Reşit olmayanla cinsel ilişki suçu bağlamında mağdurdan sergilemesinin istenildiği rıza fesada uğratılmamış ve hukukten geçerli bir rıza olmak zorundadır. Kanaatimizce, reşit olmayanla cinsel ilişki suçu bağlamında mağdurun failin fiiline karşı direnmemesi veya sessiz kalması mağdurun rızasının var olduğu anlamına gelmemelidir. Yargıtay'ın kararında da belirtildiği üzere mağdurun yaşı, kültür düzeyi, yaşadığı ortam ve ekonomik özgürlüğe sahip olmamasının doğal sonucu olarak yakınlarının desteği olmaksızın hayatını sürdürebilmesine olanak bulunmaması ve içinde yaşadığı ortam ve koşulların her somut olay için ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu değerlendirme uygulayıcılar açısından çok büyük önem arz etmektedir. Çünkü mağdurun fiile karşı direnme imkanı ve gücü olmasına karşın direnmemesi hali ile böyle bir güç ve iradesinin bulunmadığı haller suçun tipikliğini belirleme açısından olmazsa olmaz unsurlardır. Mağdurun failin fiiline karşı sessiz kalıp, fiile direnebilecek yetisi olmasına rağmen, failin fiilini devam ettirmesine engel olmaması tek başına mağdurun rızasının olmadığına dair soyut beyanını desteklemeyecektir

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda, failin, mağdurun yaşı konusunda esaslı ve kaçınılmaz bir hataya veya yanılmaya düştüğü hallerde hatanın, failin kastını ortadan kaldırması gerekmektedir. Failin, mağdurun rızasında yanılması halinin failin kastını ortadan kaldırabilmesi için hatanın esaslı ve kaçınılmaz olması gerekmektedir. Çünkü mağdurun rızası da, yaşı gibi, mağdurun niteliklerine dair özellikler olup, suçun maddi unsurları arasında sayıldığından fiil üzerinde hata olarak algılanmalıdır. Bu sebeple rıza, tipiklik unsuruna dâhil kabul edilse bile hatanın esaslı ve kaçınılmaz olması gerektiği aranılmalıdır.

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçu bakımından, rızanın kapsamını belirleme hakkı, rıza açıklama hakkına sahip olan mağdura aittir. Buna göre mağdur, faile hangi sınırlar içerisinde kalarak kendisine cinsel davranışlarda bulunmasına izin vermişse fail, mağdurun kendisine açıkladığı sınırlar içerisinde kalarak eylemini gerçekleştirmek zorundadır.

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçu failinin, mağdur çocuk ile arasında evlenme yasağı bulunan bir kişi olması halinde veya 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 aranmaksızın fail hakkında suçun temel şeklinin cezası artırılacaktır. Bu düzenlemeler fail açısından bir özgü faillik halidir ve suçun daha ağır cezalandırılmasını gerektiren nitelikli halleridir.

Teşebbüs açısından reşit olmayanla cinsel ilişki suçuna bakıldığında; failin eyleminin kısımlara bölünebildiği oranda, suçun teşebbüse elverişli bir hale geleceğini kabul etmek gerekmektedir. Suçun teşebbüse elverişliliği teorik olarak kabul edilmektedir. Çünkü pratikte tek eylemden oluşan suçun teşebbüs aşamasında kalmasının pek mümkün olmadığı haklı olarak belirtilmektedir.

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun temel şeklinin takibi şikayet şartına bağlıdır. Nitelikli halleri için ise kanunda re'sen soruşturma ve kovuşturma yapılması gerektiği belirlenmiştir.

Yukarda da ayrıntısıyla anlatıldığı gibi bu tez uygulama içindeki eksiklik ve aksaklıklar göz önünde bulundurularak hazırlanmıştır ve mahiyeti itibariyle kanunun doğru anlaşılması ve doğru yorumlanmasına hizmet etme amacı taşımaktadır. Bizatihi uygulamaya yönelik örneksemeler ve tartışmalı konular hakkındaki görüşler bu beyanımızı desteklemektedir.

Hukukçulara ve özellikle de uygulayıcılara yol gösterici olması ümidiyle...

KAYNAKÇA

- (2006). Ekim 01, 2019 tarihinde <http://www.resmigazete.gov.tr:>
<http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2006/02/20060225-6.htm> adresinden alındı
- Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Dairesi Başkanlığı. (2016). *Kanun Yararına Bozma Sonucu Verilen Yargıtay İlamları*. Ankara: Yayın İşleri Dairesi Başkanlığı.
- Akarıslan, M. (1998). *Anahatlarıyla Çocuk Hakları ve Çocuk Hakları Mevzuatı*. İstanbul: Alfa.
- Akay, E. (1985). Irza Geçme. *İstanbul Üniversitesi Mecmuası*, 656.
- Akçin, İ. (2006, Ocak-Nisan). Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar. *Yargıtay Dergisi*, s. 99-144.
- Aksakal, E. (2014). Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu. *İstanbul Barosu*, 257-276.
- Alacakaptan, U. (tarih yok). *Suçun Unsurları*. Ekim 07, 2019 tarihinde <http://kitaplar.ankara.edu.tr:>
<http://kitaplar.ankara.edu.tr/dosyalar/pdf/802.pdf> adresinden alındı
- Anbarlı Bozatay, Ş., & Ürünal, A. A. (2018). Ceza Muhakemesi Kanunu Kapsamında Uzlaştırma Kapsamına Giren Suçlar: Kurumsal ve Hukuksal Bir Değerlendirme. *Yönetim Birimleri Dergisi*, 329-344.
- Arslantürk, M. (2014). *Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Artuk, M. E. (2006, Mayıs 01). Cinsel Taciz Suçu (TCK. M.105). *Çalışma ve Toplum Dergisi*, 29-44.
- Artuk, M. E., & Alşahin, M. E. (2016). Sarkıntılık Fiili. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 3243-3270.
- Artuk, M. E., Gökçen, A., & Yenidünya, A. C. (2014). *Türk Ceza Kanunu Şerhi*. Ankara: Adalet Yayınevi.
- Artuk, M. E., Yenidünya, A. C., & Gökçen, A. (2015). *Ceza Hukuku Özel Hükümler*. Ankara: Adalet Yayınevi.
- Aydın, D. Ö. (2004). Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar. *Hukuki Perspektifler Dergisi*, 156.
- Aydın, M. (2014). *Çocukların Cinsel İstismarı Ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu 2.Baskı*. Ankara: Seçkin.
- Aygörmez, G. A. (2009). Hukuki Kurum Rızanın Tıp Ceza Hukukunda Geçerli Olarak Kurulması. *Yedi Tepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 135-173.
- Ayral, F. (2010). *Çocukların Cinsel İstismarı ve Bu Suçla Mücadele*. İstanbul: Yalın Yayıncılık.

- Beyazıt, Ö. (2010). Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu. *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 293-310.
- Birleşmiş Milletler Çocuk Adalet Sisteminin Uygulanması Hakkında Asgari Standart Kurallar Pekin Kuralları*. (tarih yok). Eylül 17, 2019 tarihinde Çocuk Hakları Baro Birlik: http://cocukhaklari.barobirlik.org.tr/dokuman/mevzuat_uakararlar/cocukadaletsistemininuygulanmasi.pdf adresinden alındı
- Centel, N. (1997). *Cinsel Suç Mağduru Kadının Korunması*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi.
- Çakıcı Gerçek, L. (2011). Yargıtay Kararlarıyla Cinsel Taciz Suçu. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 54-60.
- Çocuğun Cinsel İstismarı Suçlarında Mağdurun Rızası Kavramı*. (tarih yok). Ekim 31, 2019 tarihinde <http://www.magdur.adalet.gov.tr: http://www.magdur.adalet.gov.tr/images/cocugun-cinsel-istismari-suclarinda.pdf> adresinden alındı
- Doğan, R. (2017). Anlamlı Yanıt Üretilmeyen İkilem: Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu. *Ankara Barosu*, 123-149.
- Dönmezer, S. (1975). *Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları.
- Dönmezer, S. (1983). *Ceza Hukuku Özel Kısım*. İstanbul: Filiz Kitapevi.
- Dönmezer, S. (1983). *Ceza Hukuku Özel Kısım, Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler*. İstanbul: Filiz Kitapevi.
- Dönmezer, S., & Yenisey, F. (2003). *Ceza Hukuku Güncel Kaynakları Cilt 1 I-Cinsel ve Cinselliğe İlişkin Suçlarda Yeni Trendler*. İstanbul: Bahçeşehir Üniversitesi.
- Dursun, İ. (2013). Cinsel Saldırı Suçu. *Legal Hukuk Dergisi*, 12-13.
- Dursun, S. (2014). *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Suçlara Genel Bir Bakış*. Ankara: Seçkin.
- Egemenoglu, A. (2017). Yargıtay Kararları Işığında 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Tehdit Suçu (TCK m.106). *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 59-102.
- Ekici Şahin, M. (2010). *Ceza Hukukunda Rıza*. Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilimdalı Doktora Tezi. Ankara.
- Erem, F. (tarih yok). *Suçun Konusu ve Hümanist Doktrin*. Ekim 02, 2019 tarihinde <http://dergiler.ankara.edu.tr: http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/335/3395.pdf> adresinden alındı
- Freud, S. (2019). *Cinsellik Üzerine*. İstanbul: Say.
- Gençcan, Ö. U. (2011). *Aile Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları.

- Gökalp, Ö. T. (2013). Ceza Usul Hukukunda Uzlaşma. *Hukuk ve İktisat Araştırmaları Dergisi*, 21-30.
- Gündel, A. (2009). 5237 Sayılı TCK'da Cinsel Saldırı-Cinsel İstismar. Ankara: Seçkin.
- Gündüz, R., & Gültaş, V. (2013). *Cinsel Suçlar*. Ankara: Bilge Yayınevi.
- Güngör, D. (2006). Ceza Hukukunda Fiil Üzerinde Hata.
- Güngör, D. (2007). Ceza Hukukunda Kural Üzerinde Hata. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 135-160.
- Güngören, İ. (1193). Önsöz. Ü. SAYIN içinde, *Cinselliğin Farklı Boyutları* (s. 9). İstanbul: Yol.
- Hafizoğulları, Z. (tarih yok). *Beşeri Cinsellik ve Yeni Türk Ceza Kanunu*. Eylül Pazartesi, 2019 tarihinde <http://baskent.edu.tr: http://www.baskent.edu.tr/~zekih/uygulamaci/cinselsuclar.doc> adresinden alındı
- Hafizoğulları, Z., & Güngör, D. (2007). Türk Ceza Hukukunda Suçların Tasnifi. *Türk Barolar Birliği Dergisi*, 21-50.
- Hafizoğulları, Z., & Özen, M. (tarih yok). *Türk Ceza Hukukunda Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar*. Ankara: US-A Yayıncılık.
- Hakeri, H. (2014). *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Adalet Yayınevi.
- Horozgil, D. (2011). Çocukların Cinsel İstismarı Suçunun Basit Şekli. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 108-146.
- KANGAL, Z. (2011). Ceza Hukukunda Varsayılan Rıza. *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 223.
- Kangal, Z. T. (2011). Ceza Hukukunda Varsayılan Rıza. *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 223-251.
- Kantarci, N. (2016). *Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu*. Ankara: Adalet.
- Kaşıkar, M. S. (2010). Türk Ceza Hukukunda Şahısta Hata ve Hedefte Sapma. *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 347-384.
- Katoğlu, T. (2012). *Ceza Hukukunda Suçun Mağduru Kavramının Sınırları*. Ekim 10, 2019 tarihinde <https://dergipark.org.tr: https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/624032> adresinden alındı
- Kaya, M. (2010). Çocuğun Cinsel İstismarı Suçunda Vücuda Temas Şartı Var mıdır? *Terazi Hukuk Dergisi*, 107.
- Kılıç, A. (2008). Cinsel Hakimiyet ve Yeni Türk Ceza Kanununda Cinsel Saldırı Suçu (TCK m.102). *Türk Barolar Birliği Dergisi*, 167-204.
- Koca, M., & İlhan, Ü. (2017). *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*. Ankara: Adalet Yayınları.
- Koca, M., & Üzülmöz, İ. (2017). *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Seçkin.

- Kocaoğlu, S. S. (2016). *Yargı Kararları Işığında Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar*. Ankara: Yetkin Yayınları.
- Koç, Z. (2009). Alman Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı İşlenen Suçlar Alanında Son Gelişmeler. *Adalet Dergisi*, 244.
- Köksal, A. (2015). *Ankara Üniversitesi*. Mart 26, 2019 tarihinde <http://kitaplar.ankara.edu.tr:> <http://kitaplar.ankara.edu.tr/dosyalar/pdf/873.pdf> adresinden alındı
- Köze Şahin, B. (2009). Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlardan Çocukların Cinsel İstismarı. Konya.
- Malkoç, İ. (2005). *Yeni Türk Ceza Kanununda Cinsel Saldırı Suçları*. Ankara: Malkoç Kitapevi.
- Malkoç, İ. (2009). *Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar*. Ankara: Malkoç Kitapevi.
- Memiş Kartal, P. (2013). Türk Ceza Hukukunda Cinsel Saldırı Suçu. N. CENTEL içinde, *Ceza Hukukunda Kadının Şiddete Karşı Korunması* (s. 95). İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- Memiş Kartal, P. (2014). *Türk Ceza Hukukunda Çocukların Cinsel İstismarı*. İstanbul: D&R.
- Memiş Kartal, P. (2016). *Reşit Olmayanla Cinsel İlişki (TCK m.104)*. Temmuz 08, 2019 tarihinde <https://dergipark.org.tr:> <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/621650> adresinden alındı
- Nuhoğlu, A. (2004). *Türk Ceza Kanunda ve 2002 Tasarısında Cinsel Suçlar*. İstanbul: Seçkin.
- Otacı, C. (2000). *Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Suçlar*. Ankara: Seçkin.
- Önder, A. (1985). *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*. İstanbul: Beta Yayınları.
- Özbek, V. Ö. (2008). *Türk Ceza Kanunun Anlamı TCK İzmir Şerhi*. Ankara: Seçkin.
- Özbek, V. Ö., Doğan, K., Bacaksız, P., & Tepe, İ. (2017). *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*. Ankara: Seçkin.
- Özek, Ç. (1999). 1997 Türk Ceza Yasası Tasarısına İlişkin Düşünceler. *Prof.Dr.Sahir ERMAN'a Armağan* (s. 663). içinde İstanbul: Alfa Basım Yayım Dağıtım.
- Özen, M. (2017). *Ceza Hukuku Özel Hükümler Dersleri*. Ankara: Adalet Yayınevi.
- Özen, M., & Özen, M. (2008). Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak Hukukta Rıza. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 236-248.
- Özgenç, İ. (2004). *Gerekçeli Türk Ceza Kanunu*. Ankara: Seçkin.
- Özgenç, İ. (2005). *Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi*. Ankara: Seçkin.
- Özgüven, İ. E. (2012). *Cinsellik ve Cinsel Yaşam*. Ankara: Nobel Akademik Yayıncılık.

- Özgüven, İ. E. (2012). *Cinsellik ve Cinsel Yaşam*. İstanbul: Nobel Yayınları.
- Paris, G. (2016). *Cinselliğin Önemi-Arzuya Yeniden Kavuşmak*. İstanbul: Ayrıntı.
- Parlar, A., & Banko, M. (2014). *6545 Sayılı Kanun İle Yapılan Değişiklikler Çerçevesinde Cinsel Suçlar*. Ankara: Adalet Yayınevi.
- Polat, O., & Reva, Z. (2018). Çocuk Hakları Sözleşmesi'ndeki Çocuk Tanımının Karşılaştırmalı Hukuk Çerçevesinde İncelenmesi. *Adalet Dergisi*, 167-190.
- Sağlam, M., & Aral, N. (2016). *Tarihsel Süreç İçerisinde Çocuk ve Çocukluk Kavramları*. Eylül 16, 2019 tarihinde Çocuk ve Medeniyet: <http://cocukvemedenyet.cocukvakfi.org.tr/index.php/CMD/article/view/41/18> adresinden alındı
- Savaşçı, B. (2012). *Çocukların Cinsel İstismarı Suçu*. İstanbul: Legal Yayıncılık.
- Seçgin, D. (2018). Çocukların Cinsel İstismarı Suçu. ANKARA.
- Serozan, R. (2005). *Çocuk Hukuku*. İstanbul: Vedat Kitapevi.
- Soner Baykal, C. (2019, Haziran). Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu.
- Soyaslan, D. (2014). *Ceza Hukuku Özel Hükümler*. Ankara: Yetkin Yayıncılık.
- Soyer Güleç, S. (2008). Türk Ceza Kanununda Haksızlık Yanılgısı (M.30/4). *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 59-91.
- Sözüer, A. (1994). Tehdit Suçu. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 125-146.
- Şare, E. (2016). Suça Teşebbüsün Cezasızlığı: Gönüllü Vazgeçme. *Adalet Dergisi*, 157-182.
- Şenol, C. (2017). 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'na Göre İştirak Halinde İşlenen Suçlarda Gönüllü Vazgeçme (TCK m.41). *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, 507-552.
- Taner, F. G. (2011). Türk Ceza Hukukunda Şantaj Suçu. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 118-156.
- Taner, F. G. (2013). *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*. Ankara: Seçkin.
- Taneri, G. (2014). *Cinsel Suçlar*. Ankara: Bilge Yayınevi.
- Taşkın, C. (tarih yok). *Çocuğun Cinsel İstismarı Suçu*. Mayıs 15, 2019 tarihinde <http://cankattaskin.av.tr:> <http://cankattaskin.av.tr/wp-content/uploads/2011/03/%C3%A7ocu%C4%9Fun-cinsel-istismar%C4%B1.pdf> adresinden alındı
- Tezcan, D., Erdem, M. R., & Önok, M. (2013). *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku 10.Baskı*. Ankara: Seçkin.
- Toroslu, N. (2015). *Ceza Hukuku Özel Kısım 8.Baskı*. Ankara: Savaş Yayınevi.

- Tuğrul, A. C., & Tuğrul, M. C. (2018). *Cinsel Dokunulmazlığa Karşı İşlenen Suçlar & Enstet İlişkiler*. Ankara: Ütopya Grafik.
- Ünver, Y. (2001). Özellikle Cinsel Suçlar Alanında Olmak Üzere, Kadınlarla İlgili Ceza Hukuku Normlarındaki Değişim ve Türkiye'deki Durum. *Adalet Yüksekokulu 20.Yıl Armağanı* (s. 295). içinde İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş.
- Ünver, Y. (2003). *Ceza Hukuku İle Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer*. Ankara: Seçkin.
- Ünver, Y. (2008). *Cinsel Dokunulmazlığa ve Genel Ahlak Karşı Suçlar*. İstanbul: Türk Ceza Huku Derneği Yayınları.
- Ünver, Y. (2014). Türk Maddi Hukukunda Cinsel Suçların Eleştirel Olarak İncelenmesi, II.Türkiye-Slovenya Uluslararası Hukuk Sempozyumu, Cinsel Suçlar ve Evlilik Hukuku. *II.Türkiye-Slovenya Uluslararası Hukuk Sempozyumu* (s. 51). Ankara: Seçkin.
- Üzülmüş, İ. (tarih yok). *Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar*. Ekim 23, 2019 tarihinde <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr:bb.adalet.gov.tr/makale/122.doc> adresinden alındı
- Yalçın Sancar, T. (2002). Türk Ceza Kanunu Tasarısının (2000) Bazı Hükümleri Hakkında Düşünceler. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1-25.
- Yaşar, O., Gökcan, H. T., & Artuç, M. (2010). *Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*. Ankara: Adalet Yayınevi.
- Yenerer Çakmut, Ö. (2010). *Soybağının Belirlenmesi ve Ceza Hukukunda Soybağını Değiştirme Suçu*. Beta Basım Yayın.
- Yenidünya, A. C. (2005). 5237 sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar. *Legal Hukuk Dergisi*, 3305.
- Yıldırım Doğru, S. (tarih yok). *Zihinsel Engelli Çocuklarda Cinsel İstismar*. Ekim 15, 2019 tarihinde <https://dergipark.org.tr:https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/16578> adresinden alındı
- Yokuş Sevik, H. (2005). 5237 S. TCK'da Çocukların Cinsel İstismarı ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçları. *Hukuk ve Adalet Dergisi*, 297.
- Yokuş Sevik, H. (2005). 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Cinsel Saldırı Suçları ve Cinsel Taciz Suçları. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 243-282.
- Yokuş Sevik, H. (2015). 6545 Sayılı Kanun İle Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlarda Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi. *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi*, 119-145.
- Yörükoğlu, A. (1997). *Değişen Toplumda Aile ve Çocuk*. İSTANBUL: ÖZGÜR.
- Yurtcan, E. (2009). *Yargıtay Kararları Işığında Cinsel Suçlar*. İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları.

ÖZGEÇMİŞ

Ömer Faruk Keser, 4 Temmuz 1989 tarihinde Van'da doğdu. İlk ve orta öğrenimini Van Atatürk Ortaokulunda tamamladıktan sonra 2007 yılında Van Anadolu Öğretmen Lisesinden mezun oldu. 2008 yılında derece ile İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesini kazandı. 2012 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesini bitirdikten sonra 2013 yılında İstanbul Adliyesinde Cumhuriyet Savcısı stajyeri olarak Cumhuriyet Savcılığı mesleğine başladı.

Sırasıyla Adana ve Erciş'te Cumhuriyet Savcısı olarak çalıştıktan sonra 2018 yılında Adalet Bakanlığı, Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürlüğüne Hakim olarak atanmış olup halen buradaki görevine devam etmektedir.

